



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

TESI DI DOTTORATO

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA
IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
CICLO XXVII

L'INTERESSE LEGITTIMO NEL DIRITTO PRIVATO

CONTRIBUTO ALLA TEORIA DELL'AFFIDAMENTO

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Dottorando: Andrea Maria Garofalo

ABSTRACT

La tesi è incentrata sulla figura degli interessi legittimi, di cui propone una ricostruzione dogmatica che si estende a tutto il diritto, amministrativo e privato.

Più specificamente, una prima parte descrive lo stato dell'arte in materia, e in particolare nella dottrina pubblicistica, soffermandosi in particolare sulla questione della risarcibilità in caso di lesione di queste posizioni giuridiche (che tanto ha interessato gli studiosi del diritto privato).

La seconda parte si focalizza sulla contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, proponendo una definizione di quest'ultimo che possa renderlo una situazione giuridica di ampio spettro, comune sia al diritto amministrativo, sia a quello civile. La proposta si basa soprattutto su una rivisitazione del concetto di affidamento e del ruolo della buona fede e riconnette all'interesse legittimo un rimedio generale, di tipo successivo e risarcitorio (cui andrebbero applicate le regole della responsabilità contrattuale), e taluni altri rimedi specifici, ove previsto dall'ordinamento.

La terza parte enumera i settori del sistema giuridico in cui la prospettata posizione potrebbe fungere da perno: l'interesse protettivo nell'ambito della tutela offerta ai soggetti passivi dei rapporti giuridici (di obbligazione o di potere; quest'ultimo tanto privato, quanto pubblico); l'interesse pretensivo nell'area dell'aspirazione all'acquisizione di beni, non garantita nelle forme assolute del diritto soggettivo (e in particolare il riferimento va alle trattative e ai rapporti di cortesia nel diritto privato, e ai provvedimenti idonei ad ampliare la sfera giuridica nel diritto pubblico).

This Ph.D. dissertation addresses the issue of legitimate interests, in respect of both administrative and private law.

In dealing with the topic, the first part outlines the relevant state of the art, with particular regard to the public law doctrine, focusing mainly on the possibility of compensation for the violation of legitimate interests (a subject in which private law scholars have often drawn their attention).

The second part analyses the contrast between subjective right and legitimate interest, suggesting a broad definition of this last one, suitable to be applied to private as well as administrative law. The proposal, which rests principally on a restatement of the concept of reliance and of the role of good faith, equips the legitimate interest with a general remedy (subsequent and compensatory and to which contractual liability rules should apply) and with some other specific remedies when the law so provides.

The third part explains in which sectors of the legal system the envisaged legal category could play a pivotal role: the protection interest which comes into play in the context of the safeguarding granted to the passive subjects in a legal relation (concerned with obligations or with – public or private – authority); the claiming interest in the context of aspiration to acquisition of goods, in situations where this is not granted through absolute subjective rights, such as negotiations, courtesy relationships and measures suitable for broadening the juridical scope in the public law.

a Charlotte

INDICE

| | |
|---|------------|
| INTRODUZIONE | 11 |
| 1. LE RAGIONI DI UNA RICERCA DEDICATA ALL'INTERESSE LEGITTIMO NEL DIRITTO PRIVATO..... | 11 |
| 2. L'OSTILITÀ VERSO L'INTERESSE LEGITTIMO..... | 14 |
| 3. DECOSTRUZIONE E RICOSTRUZIONE DELL'INTERESSE LEGITTIMO..... | 19 |
| CAPITOLO PRIMO | 31 |
| GLI INSTABILI CONFINI DELL'INTERESSE LEGITTIMO E DEL DIRITTO SOGGETTIVO: UNA REVISIONE STORICA | 31 |
| 1. RICOGNIZIONE DELLE TEORIE PROPOSTE IN TEMA DI INTERESSE LEGITTIMO | 31 |
| 2. L'INTERESSE LEGITTIMO E LA RISARCIBILITÀ IN CASO DI LESIONE: A) IL PRIMO POLO.... | 39 |
| 3. B) IL SECONDO POLO..... | 61 |
| 4. C) LE TEORIE MISTE TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA | 69 |
| 5. QUESITI E SPUNTI..... | 77 |
| CAPITOLO SECONDO | 83 |
| INTERESSE LEGITTIMO E TEORIA GENERALE | 83 |
| 1. LA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA..... | 83 |
| 2. <i>FACULTAS AGENDI</i> | 88 |
| 3. ... E <i>FACULTAS CONFIDENDI</i> | 140 |
| 4. L'INTERESSE LEGITTIMO COME TUTELA CONTRO LA VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE (ED ECCEZIONALMENTE DI FRONTE AD ALTRI PREGIUDIZI)..... | 163 |
| 5. LA PROTEZIONE DELL'INTERESSE LEGITTIMO: RISARCIMENTO DEL DANNO E RIMEDI SPECIFICI..... | 205 |
| PARTE SECONDA..... | 233 |
| LE DIVERSE SPECIE DI INTERESSE LEGITTIMO | 233 |
| CAPITOLO PRIMO | 235 |
| INTERESSE LEGITTIMO PROTETTIVO..... | 235 |
| 1. L'INTERESSE LEGITTIMO PROTETTIVO E L'ABUSO DEL DIRITTO..... | 235 |
| 2. ABUSO DEL DIRITTO ED ECCESSO..... | 237 |
| 3. ABUSO DEL DIRITTO, BUONA FEDE | 275 |
| 4. ... E RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE | 284 |
| 5. L'INTERESSE LEGITTIMO PROTETTIVO E LA TUTELA VERSO IL CREDITORE | 324 |
| 6. L'INTERESSE LEGITTIMO PROTETTIVO NEL DIRITTO PUBBLICO | 354 |
| 7. L'INTERESSE LEGITTIMO PROTETTIVO E LA TUTELA NEI CONFRONTI DEL TITOLARE DI UN POTERE PRIVATO..... | 391 |
| 8. ALTRI INTERESSI LEGITTIMI PROTETTIVI: CENNI..... | 408 |
| CAPITOLO SECONDO | 423 |

| | |
|---|------------|
| INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO NEGATIVO | 423 |
| 1. PROBLEMI GENERALI DELL’AFFIDAMENTO PRETENSIVO | 423 |
| 2. RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO IN GERMANIA.. | 426 |
| 3. RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO IN ITALIA | 441 |
| 4. LE FASI DELL’INTERESSE LEGITTIMO PRECONTRATTUALE E CONTRATTUALE: A) DAL CONTATTO SERIO AL CONTRATTO | 451 |
| 5. B) L’AVVENUTA CONCLUSIONE DI UN CONTRATTO..... | 474 |
| 6. C) INTERESSI LEGITTIMI IN COSTANZA DI CONTRATTO E DOPO IL CONTRATTO | 525 |
| 7. L’INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO NEGATIVO AL DI FUORI DELLA DIMENSIONE CONTRATTUALE: A) CONTRATTI NULLI..... | 537 |
| 8. B) RAPPORTI DI CORTESIA | 538 |
| 9. ... E INTEGRAZIONE TRA PRINCIPIO DELL’AUTONOMIA PRIVATA E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO | 566 |
| 10. C) RESPONSABILITÀ PER FALSE INFORMAZIONI | 578 |
| 11. D) RESPONSABILITÀ DEL MEDICO | 587 |
| 12. CONTATTO ‘SERIO’ E CONTATTO ‘SOCIALE’ | 597 |
| CAPITOLO TERZO | 615 |
| INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO POSITIVO..... | 615 |
| 1. L’INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO NEL DIRITTO PUBBLICO..... | 615 |
| 2. UNA PARENTESI: LA TUTELA DELLA <i>CHANCE</i> | 645 |
| 3. L’INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO POSITIVO IN DIRITTO PRIVATO: I CONCORSI PRIVATI, LA RINEGOZIAZIONE E ALTRE IPOTESI | 663 |
| BIBLIOGRAFIA | 679 |

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una ricerca dedicata all'interesse legittimo nel diritto privato. – 2. L'ostilità verso l'interesse legittimo. – 3. Decostruzione e ricostruzione dell'interesse legittimo.

1. Le ragioni di una ricerca dedicata all'interesse legittimo nel diritto privato

Così scriveva nel 1964 Salvatore Pugliatti, in apertura della densissima voce su *Diritto pubblico e privato* nell'*Enciclopedia del diritto*, citando testualmente un suo scritto di più di vent'anni prima: «ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e quando più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione; cioè si fermano alla superficie, e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato. Infatti, negata la distinzione, si dissolve il diritto: tutto pubblico, espressione di forza non controllata né limitata di chi detiene il potere; tutto privato, organismo senza la forza di un potere – quello, privo di garanzia, questo, privo di vitalità»¹.

Gli ultimi lustri hanno visto emergere un significativo movimento di osmosi tra diritto privato e diritto amministrativo²: segno, affermerebbe forse Pugliatti, del decadimento dei nostri tempi. Non occorre qui ricordare tutte le interazioni tra questi settori dell'ordinamento: troppe esse sarebbero, e di alcune si parlerà comunque estesamente nell'ambito di questo contributo. Basterà, al momento, rievocarne alcune: il risarcimento per lesione di interessi legittimi (con tutta la problematica che ne è conseguita, in particolare in punto di risarcimento in forma specifica e pregiudizialità amministrativa, in specie sotto forma di onere del privato di ridurre le conseguenze lesive della violazione della sua posizione giuridica)³; l'accordo pubblico e l'applicazione al medesimo dei principi del diritto civile in materia di obbligazione e

¹ S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 s. (ma le parole, come riferisce l'autore, sono riprese dalla *Prefazione* dei suoi *Istituti del diritto civile*, I, 1, Milano, 1943). Di recente tornano sul tema G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 819 ss., nonché A. ZOPPINI, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss.

² V. per tutti la monografia di G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, e la *Recensione* a firma di M. D'ALBERTI, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 237 ss.

³ Al tema sono dedicati i §§ 2-4 del primo Capitolo della Prima Parte di questo lavoro.

contratti (in quanto compatibili)⁴; la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego⁵; l'inserimento nell'art. 1 della l. 241/1990 di un comma 1-bis, dal controverso significato, a tenore del quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»⁶.

L'interrogativo che mi pongo è allora questo: uno studio che guardi ai confini tra interesse legittimo e diritto soggettivo e miri a fare della prima figura una posizione giuridica di applicazione generale, così come avviene per la seconda, ha una sua ragione? E, soprattutto, esso non va a scontrarsi con quell'avvertimento di Pugliatti, con cui mi sono sentito in dovere di esordire?

Se «ogni crisi», per riprenderne le parole citate in esordio, esprime, alla luce della sua etimologia greca, un momento di brusco mutamento, può apparire meno incauto⁷

⁴ Il riferimento va all'art. 11, l. 241/1990. La bibliografia sul punto è sterminata; v. ad esempio G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, p. 21 ss.; ID., *Gli accordi*, in *Diritto amministrativo*², a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 387 ss.; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 237 ss.

⁵ Con tutto quello che ne consegue in punto di riqualificazione dei poteri, che da amministrativi sono divenuti privati: cfr. A. PIOGGIA, *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 219 ss.

⁶ Proprio la 'privatizzazione' dell'attività amministrativa (che ha il suo fulcro proprio nell'art. 1, comma 1-bis, l. 241/1990, introdotto dalla l. 15/2005) impone di chiedersi attraverso quali mezzi si possa assicurare, anche in questi casi, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa alla tutela dell'interesse pubblico. Infatti, «la collocazione dell'attività amministrativa nel diritto privato impone di ricercare all'interno di questo gli spazi per soddisfare le insopprimibili esigenze di perseguimento di fini pubblici e di giustizia» (così L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 373; v. pure E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*³, Milano, 2002, p. 21; F. BENVENUTI, *Suggerimenti in tema di contratto tra diritto privato e pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2007 [ma il testo è del 1998], p. 5 ss.; A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 97 ss.). In generale, sulla 'privatizzazione' dell'attività amministrativa v. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 35 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 661 ss.; ID., *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, p. 5 ss.; G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzione e A. Saturno, Padova, 2006, p. 77; E. PICOZZA, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, *ivi*, p. 134 ss.; S. GIACCHETTI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione (sospeso tra realtà, mistificazione e fantasia)*, in *Giurisd. amm.*, 2007, IV, p. 511 ss.; ID., *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1-bis, della legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzione e A. Saturno, Padova, 2006, p. 113 ss.; P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa. Note a margine del nuovo comma 1-bis dell'art. 1 della legge 241 del 1990*, *ivi*, p. 80 ss.; ID., *Autorità e consenso nell'azione amministrativa. Alcuni spunti di riflessione*, in *Giust. amm.*, 2005, p. 576 ss.; M.C. CAVALLARO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove aut.*, 2005, p. 39 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, p. 79; M. LIPARI, *L'amministrazione per 'accordi': moduli consensuali e norme del diritto privato*, in *Nuova rass.*, 2005, p. 1848.

⁷ Soprattutto se si ricorda che Pugliatti stesso avvertiva la necessità di ribadire l'unitarietà dell'ordinamento (cfr. S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico*, cit., p. 697; v. anche L. BIGLIAZZI GERI,

il tentativo di percorrere un'area che si situa tra il diritto privato e quello amministrativo, indulgiando soprattutto su quegli ambiti di sovrapposizione che modernamente appaiono quanto mai estesi. È ovvio che quest'analisi, per dare dei frutti, non dovrà condurre all'indistinzione tra questi settori dell'ordinamento, ma semmai a tracciare diversamente la distinzione, giacché non può *in toto* cancellarsi la necessità di mantenere separati questi due ambiti del diritto. È vero anche, però, che l'emergere, anch'esso tipico della modernità, di nuovi centri di potere economici, spesso ben più importanti di quelli politici o comunque amministrativi, ha portato alla nascita di 'diritti secondi' – si pensi a quello dei consumatori, o all'area del terzo contratto – che per tanti versi non meno si allontanano dal 'diritto primo', ossia dal diritto civile di cui al nostro codice, di quanto non accada per il diritto amministrativo attuale⁸.

La convinzione che mi muove è, anzitutto, quella di un'intrinseca vitalità dell'interesse legittimo, che ha appena iniziato la sua storia e che, lungi dall'essere moribondo, ha ancora oggi molto da dire per gli studiosi di ogni branca dell'ordinamento. Ma una mia ancor più profonda persuasione è che la crisi – dell'ordinamento, del diritto civile tradizionale e delle categorie ricevute, del diritto amministrativo come storicamente inteso e cioè come diritto dell'autorità, dell'amministrazione stessa come autorità, dell'interesse legittimo medesimo –

Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967, p. 1 s., e M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II³, Milano, 1993, p. 45, ripreso anche da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 154), nonché A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 144 s. (ove, però, l'autore vi applica la teoria istituzionale della pluralità di ordinamenti, distinguendo tra norme di relazione – appartenenti all'ordinamento generale – e norme di azione – afferenti all'ordinamento amministrativo –). Ma cfr. anche le parole (attualissime, pur risalendo a quasi cinquant'anni or sono) di S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 87, in merito alle istanze di riforma del diritto civile, anche alla luce del sempre più stretto collegamento tra diritto pubblico (amministrativo) e privato (ma v. anche le riflessioni in tema di ampliamento delle aree di responsabilità, soprattutto della p.a., e di necessità di una legislazione per principi – o, meglio, per clausole generali –). Più in generale, vanno ricordate (sulla scia di F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti [teoria dinamica del diritto soggettivo]*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1969, p. 5 dell'estratto) le parole di K. JASPERS, *Psychologie der Weltanschauungen*, Berlin, 1919, p. 1: «die Loslösung einer wissenschaftlichen Sphäre von der *universitas* ist, wenn sie faktisch geschieht, deren Tod: statt Erkenntnis bleibt Technik und Routine, an die Stelle der Bildung des Geistes, der im Elemente der Erkenntnis, während er fachlich Einzelstoff bearbeitet, doch immer universal gerichtet ist, treten Menschen ohne alle Bildung, die nur noch – vielleicht vortreffliche – Werkzeuge haben und pflegen».

⁸ Sul tema del 'diritto primo' e dei 'diritti secondi' non posso che rinviare alle pagine di C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, p. 158 ss., e, più di recente, AA. VV., *Diritto civile e diritti speciali*, a cura di A. Plaia, Milano, 2008, ove pure Castronovo è tornato sul tema dell'articolo poc'anzi citato. Quanto, invece e più specificamente, alle considerazioni svolte nel testo, v. di recente (seppur da punti di vista diversi) C. CASTRONOVO, *La 'civiltà' della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 637 ss. (spec. p. 665 s.); A. PLAIA, *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, *ivi*, p. 1023 s. Sul contratto del consumatore v. § 5, Capitolo secondo, Parte Seconda; sul terzo contratto invece v. § 3, Capitolo terzo, Parte Seconda.

null'altro è che un moto⁹ di rinnovamento, un vento che solleva la polvere e libera dalle incrostazioni dogmatiche che frenano l'evoluzione del diritto e soprattutto la sua, sempre necessaria, conformità alle esigenze sociali. Ciò non deve indurre a ritenere che questo sviluppo, apparendo come un punto di rottura, si sottragga a una razionalizzazione da parte dell'interprete: semplicemente, esso impone una *nuova* razionalizzazione. Tanto che, in un certo qual modo, sembra ripresentarsi quella dialettica che sperimentò la Germania dell'Ottocento: alla nuova *Interessenjurisprudenz*, che parla di effettività della tutela¹⁰ e che pone al centro del discorso giuridico i rimedi, fa da contraltare la necessità di una *Begriffjurisprudenz* che, seppur senza riproporre gli eccessi di quel tempo, si proponga di creare una nuova dogmatica¹¹ (anche di dimensione europea), che tenga conto dei nuovi bisogni e di quelle ambizioni funzionalistiche di cui poc'anzi s'è detto.

L'esito cui questa ricerca vorrebbe approdare è proprio quello di rendere evidente la centralità all'interesse legittimo, situazione sinora comunemente confinata entro il perimetro del diritto amministrativo, rinvenendovi una posizione giuridica per così dire 'prima', e dunque né frutto di frazione, né altrimenti frazionabile, avente una sua individualità e una sua distinzione rispetto al diritto soggettivo: come, tra l'altro, imporrebbe la lettura dell'art. 24 Cost.¹², che per l'appunto pone sullo stesso piano interessi legittimi e diritti soggettivi.

2. L'ostilità verso l'interesse legittimo

⁹ È il moto della dialettica hegeliana, in fin dei conti, a richiedere un'antitesi in prospettiva di una nuova sintesi.

¹⁰ Emblematica, sul punto, la decisione Corte Giust., 30 settembre 2010, in causa C-314/2009, *Stadt Graz c. Strabag AG*, che, in nome dell'effettività del rimedio, ha ritenuto che la direttiva appalti vada interpretata «nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata».

¹¹ Il riferimento va ad A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 929 ss.

¹² Secondo cui, come noto, «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Cfr. poi pure gli artt. 103 e 113 Cost., più specificamente riferiti all'interesse legittimo di diritto pubblico.

L'interesse legittimo, tradizionalmente ricostruito dalla dottrina italiana quale situazione giuridica¹³ di diritto amministrativo, che attribuisce rimedi¹⁴ a un privato asseritamente leso da provvedimento illegittimo della p.a., costituisce un *proprium* del sistema legale italiano¹⁵: o, meglio, solo nell'ambito di questo ordinamento ha conquistato una importanza centrale e ha attirato a sé una attenzione notevole da parte degli studiosi, che vi hanno dedicato numerosissimi studi, interrogandosi ormai da svariati decenni sulla sua essenza.

Non si può affermare, però, che a tale ruolo dominante rivestito dall'interesse legittimo si accompagni una sua durevole fortuna o, comunque, che esso si colleghi a un successo dogmatico della nostra situazione giuridica, ché – anzi e piuttosto – essa, elaborata a livello scientifico fin dai tempi della l. 5992/1889, espressamente menzionata dalla Costituzione fin dalla sua approvazione nel 1948, ha visto sempre affollate le schiere dei suoi detrattori, convinti che tale posizione non dovrebbe godere di alcuna autonomia rispetto al diritto soggettivo, costituendo una superfetazione dell'ordinamento priva di ogni fondamento logico e sostanzialmente inutile.

¹³ Sul concetto di situazione giuridica soggettiva v. A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, § 36: situazione giuridica è «ogni situazione attribuita a determinati soggetti mediante un effetto giuridico» (e ancora – § 37, nel suo inizio –: «basta che l'effetto giuridico si concentri in certi soggetti che compiono atti o ricevono atti di altri soggetti, perché si abbia una situazione giuridica»). V. inoltre, su questo tema, di recente G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, § 5 (nel suo inizio), che la definisce come «sintesi concettuale della protezione accordata dall'ordinamento agli interessi (anche materiali) del singolo soggetto»; inoltre cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, Milano, 2011, secondo cui la situazione giuridica soggettiva è la «concreta situazione in cui è collocato – o, meglio, di cui è 'titolare' – un soggetto dall'ordinamento con riferimento al bene che costituisce oggetto dell'interesse», nonché V. FROSINI, voce *Situazione giuridica*, in *Nov.mo Dig.*, XVII, Torino, 1970, p. 468 ss.; P. STANZIONE, voce *Rapporto giuridico - II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 4 s. Io intenderò situazione e posizione giuridica come sinonimi; ed entrambe nel senso di 'centro di aggregazione di effetti e di fattispecie funzionali alla protezione di un interesse'. Mi sembra infatti che il riferimento all'effetto, che da Falzea in poi è rimasto tipico, debba essere completato con la prospettiva della fattispecie, in quanto dalla situazione giuridica possono sorgere, a loro volta, ulteriori effetti (v. Stanzione). Importante, a tal riguardo, il rinvio a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 272 s., il quale anzi ritiene che «le situazioni giuridiche soggettive [debbono] essere considerate da diversi angoli visuali: nel momento statico come interesse, nel momento effettuale come conseguenza di un fatto; nel momento dinamico come esercizio, attuazione, espressione della volontà di un soggetto; nel momento funzionale, e nel profilo normativo-regolamentare, come norma di condotta, di comportamento per i titolari della situazione stessa e degli altri centri di interessi che con la situazione divisata sono in relazione».

¹⁴ Lo stretto legame tra impianto sostanziale e rimediabile che caratterizza l'interesse legittimo, e che dovrebbe contribuire a farne la fortuna presso una scienza giuridica che sempre di più cerca un collegamento tra queste due prospettive, è sottolineato da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, Milano, 2003, p. 405 s., ove si tratta dell'interesse legittimo proprio nei termini di una 'tecnica rimediabile'.

¹⁵ F.G. COCA, voce *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 2 (anche con riferimento alla – parziale – eccezione spagnola). Più in generale, v. AA. VV., *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, in *Corso di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, Milano, 2007, e specialmente D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, p. 293 ss.

Anzi, basta una rapida scorsa alla dottrina degli ultimi decenni per rendersi conto che l'interesse legittimo vive in uno stato di crisi perenne¹⁶: da qui l'ovvia domanda, che chiunque sarebbe indotto a porsi, circa l'opportunità, la convenienza e finanche la necessità stessa di un concetto giuridico che, più che risolvere problemi, pare porne di continuo.

Del resto, è noto l'auspicio, di tanto in tanto fatto proprio perfino dalla dottrina amministrativistica, che in Italia si abbandoni la costruzione teorica dell'interesse legittimo; ed è altrettanto noto che spesso si è sostenuto che solamente il riconoscimento costituzionale di tale figura impedirebbe di tradurre in realtà l'augurio di quanti vorrebbero distaccarsene. Si è soliti citare, al riguardo, gli artt. 24, 103 e 113 Cost., i quali – tra l'altro – 'costituzionalizzano' il criterio di riparto di giurisdizione fondato, primariamente, sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi¹⁷.

Le giustificazioni che sul piano più strettamente pubblicistico motivano questa ostilità attengono, anzitutto, alla già citata debolezza ermeneutica dell'interesse legittimo, il quale, a detta di quanti così opinano, non possederebbe alcuna autonomia concettuale rispetto al diritto soggettivo, salvo non volerlo ricostruire (come accadeva nel tempo a noi più distante) nei termini di «situazione soggettiva protetta in via occasionale e indiretta rispetto alla tutela primaria dell'interesse pubblico»¹⁸. Quest'idea,

¹⁶ A distanza di quarant'anni parlano di «crisi» dell'interesse legittimo prima V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*², Milano, 1966, p. 19, poi A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, p. 1004, ed infine A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, p. 123; usa l'espressione «vento di crisi» F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 380 s.; del «problema dell'interesse legittimo» tratta F. LA VALLE, *L'interesse legittimo*, cit., p. 1, mentre S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 261 ss., esclude che l'interesse legittimo, visto come «occasionalmente o indirettamente protetto», possa «assurgere a situazione giuridica»; A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, 1998, § 3, vede nell'interesse legittimo «un rex travolto dalla stessa immensità della sua fortuna». Come vedremo, di crisi si parla anche a proposito del diritto soggettivo; più in generale, il tema riaffiora con riguardo a tutte le categorie (ricorre frequentemente in G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014; v. pure A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 36, e di recente, con riferimento all'oscuramento del nitore del diritto privato, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 1 ss.). Emblematico, allora, che già più di cinquanta anni fa S. SATTA, nel suo *Intervento* al Convegno napoletano del 1963 avente per tema il risarcimento degli interessi legittimi, pronunciasse queste parole: se l'amministrazione in molti settori non funziona bene la colpa è «in tutti noi, ..., in quella che con abusata parola è stata chiamata crisi del diritto (ma dura da tanto tempo che comincio a pensare che non sia più una crisi)» (vedile negli *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 427).

¹⁷ A. PAJNO-A. SANDULLI, *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, in *Corso di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, Milano, 2007. Sul tema mi permetto di rinviare al mio *La concorrenza di azioni e giurisdizioni tra diritto privato e amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1021 ss., e a tutta la bibliografia che ho ivi raccolto.

¹⁸ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 11; cfr. anche p. 26 s., ma v. anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁴, Bologna, 1994, p. 88 (secondo il quale la «definizione tradizionale ... dell'interesse legittimo ... vedeva nella nostra situazione un interesse individuale strettamente connesso

però, non è di certo più accettabile e condivisibile in una prospettiva della relazione tra p.a. e privato che voglia dirsi moderna, e che quindi costruisca tale relazione quale vero e proprio rapporto sostanziale che lega due parti in funzione di una collaborazione reciproca, e non solo al fine di assicurare la protezione dell'una dalla supremazia dell'altra¹⁹.

In secondo luogo, si sottolinea spesso la confusione che porta con sé un criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa basato sulla natura delle posizioni giuridiche²⁰ e non, più semplicemente, sulla mera qualità di parte dell'amministrazione.

Oltre alle varie giustificazioni di carattere strettamente giuridico che hanno segnato questo fenomeno di ripudio dell'interesse legittimo, vanno annoverati due

... con l'interesse pubblico e protetto dall'ordinamento attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo, protetto cioè non in via diretta e specifica ..., ma in via occasionale e indiretta»). Con accenti critici, cfr. in particolare M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, originariamente in *Riv. dir. proc.*, 1963-1964, e oggi in *Scritti*, 5, Milano, 2004, p. 260 s., e S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., p. 262 ss. Ma, a dire il vero, è già da vari decenni che la dottrina ha reputato insoddisfacenti le teorie che riducono l'interesse legittimo a un interesse protetto in via riflessa, oppure a una posizione avente rilievo esclusivamente processuale (V. BACHELET, *La giustizia*², cit., p. 19, testo e nt. 34); da allora, tuttavia, non si è mai formato accordo tra gli studiosi su una descrizione alternativa dell'interesse legittimo (F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 5 ss.). La tesi su riportata va ascritta a L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, p. 127: «ora l'interesse dell'attore si può trovare in due rapporti colla legge che egli pretende violata: o rapporto causale, in quanto la legge proteggeva quell'interesse, o rapporto occasionale, in quanto non proteggeva quell'interesse, ma questo per via indiretta ed eventuale si avvantaggiava dall'osservanza della legge». Essa, però, venne più strenuamente ed estesamente difesa da O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria amministrativa*, in *Foro it.*, 1893, I, c. 470 ss.; ID., *Diritti subbiettivi e interessi legittimi*, *ivi*, c. 481 ss.; ID., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 256 ss. e 430 ss. V. pure G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I⁸, *Principi generali*, p. 188 ss., e A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 197 ss. Probabilmente per la vischiosità (e il fascino) delle formule, la civilistica recepì l'idea dell'interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto e vi rimase a lungo affezionata (cfr. ad esempio E. BETTI, voce *Interesse [teoria generale]*, in *Nov.mo Dig.*, VIII, Torino, 1957, p. 840; viceversa, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 58 s., pur distinguendo l'interesse legittimo dall'interesse occasionalmente protetto, sembrerebbe fare del primo una *species* del secondo; in ogni caso, è ben interessante osservare che per l'autore messinese la caratteristica della nostra situazione fosse che il suo titolare «nulla ... può fare per mantenere o garantire il vantaggio che gliene deriva»: come vedremo, questo dato sussiste tutt'oggi, e fa dell'interesse legittimo una posizione vantaggiosa inattiva). Sulla *Reflexwirkung* nell'ambito delle posizioni giuridiche soggettive, e in specie dei diritti di credito, v. E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 18 s., testo e nt. 14. A proposito della (parziale) influenza, sulle prime ricostruzioni dell'interesse legittimo, dell'identificazione degli epigoni hegeliani tra interesse dello Stato e del singolo (che nel primo troverebbe la sua *Aufhebung*), cfr. M. FRACANZANI, *Alle radici teoriche dell'interesse legittimo. Sull'influsso della Destra hegeliana nella Giurispubblicistica tedesca tra XIX e XX secolo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 279 ss.

¹⁹ È la tesi di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit.; cfr. soprattutto le p. 101 ss., 159 ss. e la conclusione di p. 179, ove l'autore costruisce l'interesse legittimo quale *species* del diritto soggettivo.

²⁰ Così già M.S. GIANNINI, *Discorso*, cit., p. 314, pur aderendo alla (o, meglio, 'quasi proseguendo' la) teoria – all'epoca avanzatissima, ma ancora oggi tra le più aggiornate – di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962, il quale vedeva nell'interesse legittimo una posizione sostanziale e nel giudizio amministrativo un processo vertente su un rapporto giuridico (cfr. ad esempio *ivi*, II, p. 243).

elementi, che hanno giocato un forte ruolo e hanno spronato la dottrina a superare questa figura, ricollegabili in un certo senso a un generale atteggiamento di sfavore nei confronti dell'interesse legittimo, se non addirittura a una sensazione di disagio che l'accompagnerebbe.

Da un lato, v'è il disinteresse quasi totale della dottrina civilistica²¹, salvo eccezioni tanto rare quanto illustri²², per l'interesse legittimo, il quale non ha esercitato alcuna influenza²³ sulla maggior parte di questi studiosi; dall'altro, v'è il silenzio serbato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo dal diritto nazionale dei vari stati europei e oggi dal diritto comunitario, anche qui con talune eccezioni peraltro poco significative²⁴.

²¹ Non mancano, e pure nell'ambito della dottrina pubblicistica, le voci contrarie all'esportabilità dell'interesse legittimo nel diritto privato o per lo meno scettiche di fronte a questi tentativi: cfr., ad esempio, E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 24 s.

²² Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 527 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., *passim*; G. ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, I, Milano, 1943, p. 707 ss.; S. VENTURA, *Interessi legittimi e proprietà fondiaria*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962, p. 723 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 259 ss.; G. CATURANI, *Inapplicabilità agli interessi legittimi dei principi di risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 72 ss.; A.M. SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati dalla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, *ivi*, p. 286 s.; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 868 ss.; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, p. 120 ss.; C. MAZZÙ, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in *www.comparazionediritto.civile.it*, p. 1 ss.; ID., *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, spec. p. 73 ss.; G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 396; M. DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 303 ss. ID., *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 47 ss.; AA. VV., *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Bruscuoglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001; P. RESCIGNO, *Relazione*, in *Atti della tavola rotonda sul tema «Ma cos'è quest'interesse legittimo?»*, in *Foro amm.*, 1988, p. 343 ss.; ID., *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Napoli, 1989, p. 885 ss.; L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984, p. 67 ss. e 245 ss.; C. PINOTTI, *La risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo di diritto privato*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998, p. 163 ss., spec. p. 196 ss.

²³ V. A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, 1998, p. 322, secondo cui non «grandi» sono stati i risultati cui sono giunti i «tentativi» di estendere «l'applicabilità» dell'interesse legittimo «anche ad altri rami del diritto, e, in particolare, al diritto privato». Secondo l'autore sarebbe questa una riprova della tesi (altrove sostenuta: v. ID., *Interesse legittimo*, cit., p. 95 ss., su cui v. *infra*) volta a configurare distintamente l'ordinamento generale e quello amministrativo (cui apparterebbero le norme sull'azione amministrativa); giacché l'interesse legittimo vive – in quest'ottica – dell'intreccio tra questi due ordinamenti, sarebbe ovvio che, al di fuori di quest'ultimo, il primo perderebbe la sua ragion d'essere. Palese (e anzi apertamente ammessa) l'influenza della teoria istituzionale del diritto elaborata dal Santi Romano (e già estesa, al diritto privato, da Salvatore Romano).

²⁴ Cfr. nuovamente F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 2 s. (l'eccezione, come poc'anzi anticipato, è rappresentata dall'ordinamento spagnolo, su cui cfr. p. 3), e anche ID., *Relazione*, in *Atti della tavola rotonda sul tema «Ma cos'è quest'interesse legittimo?»*, in *Foro amm.*, 1988, p. 332.

Non voglio dire, con questo, che il dibattito cui si fa cenno sia riassumibile in termini meramente sociologici o addirittura psicologici, come se fosse il mero risultato di un malcelato senso di inferiorità del diritto amministrativo italiano rispetto al diritto civile autoctono e a quello pubblico straniero: ma è indubbio che una forte attenzione nei confronti dell'interesse legittimo da parte dei civilisti e in generale dei giuristi europei smorzerebbe il senso di rifiuto, che parte della dottrina amministrativistica prova nei confronti di questa situazione giuridica²⁵.

Ma vi è di più: se è vero che l'equilibrio tra interesse legittimo e diritto soggettivo è sempre stato instabile, oggi lo è ancora di più, essendo sottoposto a fortissime spinte²⁶ che ne impongono una rivisitazione.

3. Decostruzione e ricostruzione dell'interesse legittimo

Le precedenti osservazioni danno ulteriormente conto della necessità di verificare se all'interesse legittimo, pur rinnovato nel suo contenuto, possa ancora oggi riconoscersi cittadinanza nell'ordinamento o se esso abbia ormai compiuto i suoi giorni, dovendo venire espulso dal discorso giuridico, o per via interpretativa o sulla base di una riforma legislativa che asseconi le istanze della modernità e renda l'ordinamento maggiormente coerente, espellendone gli elementi di contraddizione.

L'esigenza, che ho così riassunta, ha alla sua base due postulati, cui presterò adesione nell'ambito di questo lavoro.

Anzitutto, la convinzione dell'utilità sistematica del concetto di posizione giuridica soggettiva, e dunque di un ragionamento che si affidi alle situazioni sostanziali, e non soltanto ai rimedi, come pur oggi parte della dottrina propone di fare²⁷.

²⁵ Cfr. F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 37 (ma anche p. 49 ss., ove l'autore sostiene che, nonostante le etichette e le diverse denominazioni, la figura dell'interesse legittimo è conosciuta in tutti gli ordinamenti europei, perfino in quello inglese; cfr. pure F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, V, p. 2216 e 2219; d'altro canto, S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998, p. 105 s. e 112, sostiene che l'idea di interesse legittimo è «ancora più antica di quella del diritto soggettivo» ed è «comune a tutti indistintamente gli ordinamenti democratici, anche se molti di essi o non [a] conoscono con questo nome ... o conoscono situazioni molto simili ... o non ne fanno una categoria a parte»).

²⁶ Cfr. F.G. COCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 404 ss.

²⁷ Di necessaria «rivisitazione» di questa figura, sottendendo la necessità di un aggiornamento del modello con cui essa viene descritta e conosciuta, parlava ormai più di venticinque anni or sono M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi e spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, c. 470.

In secondo luogo, vi è un certo modo d'intendere la teoria generale e la dogmatica²⁸, cui qui intendo riferirmi, pur con le precisazioni che seguono; mi riferisco all'idea della storicità e relatività delle costruzioni giuridiche, che non rappresenterebbero 'assoluti', ma semmai 'modelli di sintesi' del reale (ossia dei dati dell'ordinamento)²⁹.

Il problema che si pone oggi con urgenza, a ben vedere, non è tanto quello di sopperire a una ricerca giuridica insufficiente, ossia di migliorare un certo impianto dogmatico a suo tempo studiato a fondo (si potrebbe dire che non vi è bisogno di una 'progressione scientifica di stampo epistemologicamente popperiano'³⁰). Ciò che è necessario indagare, piuttosto, è se la posizione giuridica nota come interesse legittimo, abbandonato parzialmente o totalmente tale impianto dogmatico, si possa adattare ai mutati dati sociali e positivo-ordinamentali, e cioè se, quale situazione della teoria generale valevole per il nostro ordinamento e quale figura della nostra dogmatica, possa godere ancora oggi di un'applicazione e di una operatività, oppure se non possa tollerare un aggiornamento del modello conoscitivo nella stessa sintetizzato, poiché un tale processo finirebbe per svuotarla di ogni peculiarità e per renderla indistinguibile dal diritto soggettivo³¹.

In questo senso, del resto, la conoscenza giuridica si distingue da quella scientifica: i nuovi dati, i nuovi elementi da sussumere all'interno di categorie più ampie non sono frutto di esperimenti innovativi, che ampliano la comprensione del reale, ma sono modifiche legislative o sociali, che rendono necessarie nuove ricostruzioni, senza che ciò renda quelle più vecchie insostenibili, sancendone viceversa solo l'obsolescenza.

Così, di una teoria giuridica che esaurisca la sua funzione non può essere predicata l'erroneità: semplicemente, essa ha concluso la sua vita, perché risulta inidonea a offrire spiegazione a taluni fenomeni che il mutamento della società o

²⁸ Sul ruolo della dogmatica, dopo la sua 'crisi', v. i notissimi contributi di L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss.; ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 321 ss.; ID., voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; v. anche il già citato A. FALZEA, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 929 ss.

²⁹ Al dibattito possono farsi afferire anche la tesi di Pugliese e la replica di Guarino, riassunte in L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008, p. 173 ss.

³⁰ Pur non essendo estraneo il diritto alla logica falsificazionista (su cui v. ovviamente K. POPPER, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, Wien, 1935, spec. p. 40 ss.): ma non è questo il punto che rileva nell'attuale dibattito sull'interesse legittimo.

³¹ Al riguardo, può ripetersi quanto scriveva, seppur a proposito del diritto soggettivo, ormai quasi quarant'anni fa M. COMPORTE, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 52: «appare chiaro ... come la 'crisi' della nozione del diritto soggettivo, da più parti lamentata, altro non sia che la frattura esistente tra le categorie logiche proprie di orientamenti ormai superati e le nuove istanze di una realtà economico-sociale e giuridica profondamente trasformata, frattura che la dottrina ha il compito di eliminare con adeguata consapevolezza» (oggi cfr. anche M. COMPORTE, *Diritti reali in generale*², in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, p. 30).

l'evoluzione dell'intero sistema giuridico ha portato a emersione³². La tradizionale ricostruzione dell'interesse legittimo quale posizione occasionalmente protetta, di

³² Sulla storicità del diritto cfr. M. COMPORI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 453, nonché M. COMPORI, *Contributo*, cit., p. 1 ss.; il punto veniva sottolineato con forza anche da S. RODOTÀ, *Ideologie*, cit., p. 86 (ove, si noti, l'autore deduceva da tale constatazione la necessità di un «abbandono dei tradizionali procedimenti dommatici», a vantaggio non già di una anarchia interpretativa, ma semmai di una «costruzione sistematica capace di modellarsi più direttamente sulla realtà storica dell'ordinamento legislativo»). L'idea è magistralmente descritta dal fondamentale saggio di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960 (ma citerò dall'estratto), p. 1 ss. (con parziali modifiche anche in R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978, p. 113 ss.). Cfr. specialmente p. 10 s. (ove l'autore, nel trattare dell'«ostacolo ad ammettere diritti senza soggetto», non vi rinviene «nulla di assoluto», giacché esso «dipende esclusivamente dalla concettualizzazione di una serie di situazioni giuridiche in termini di diritto soggettivo, nonché dal modo in cui questo è stato definito e dalla posizione che gli è stata data nella costruzione del 'sistema': così che, «se si vuole superare l'ostacolo, ... bisogna riesaminarlo proprio nelle sue origini e nei suoi antecedenti, che non sono logici, ma storici, che non sono tecnici, ma ideologici»); p. 11 (secondo cui «la perfettibilità di ciascuna costruzione consiste appunto nel rendere esplicito, con rigore di svolgimenti, quanto in essa è già compreso e nell'ordinare nelle linee strutturali che ne risultano quanto è compatibile con le premesse medesime. All'interno di questo cerchio è senza dubbio sempre possibile una migliore razionalità e un maggiore rigore logico [quella che nel testo si è definita progressione popperiana], intesi come razionalità e rigore logico di quel determinato sistema, cioè come svolgimento di quelle determinate premesse. Ma fuori di quel limite si entra in un nuovo 'sistema'. ... Da qui il carattere ambiguo di molte 'correzioni', le quali possono essere ad un tempo 'giuste', se considerate rispetto alle nuove premesse cui si ricollegano e al diverso 'sistema' che postulano, e 'sbagliate' rispetto alla struttura interna del sistema che con esse s'intende criticare e alle sue premesse»); p. 15; p. 37 (ove ricorre la famosa espressione, secondo cui «tutto quello che si dice intorno al diritto soggettivo sembra presupporre infatti che esso sia un'entità da cogliere e da descrivere così come può essere descritta una cosa, se non pure, talvolta, come un'entità più o meno antropomorfizzata»; l'autore pare così criticare quanti hanno riconosciuto ai concetti giuridici, in particolare a quelli elaborati dai pandettisti, valenza universale e astorica, così del resto operando proprio con mentalità anch'essa 'pandettistica', 'vetero-dogmatica': ciò che criticava, ma forse senza trarne le dovute conseguenze, lo stesso Windscheid, come nota Orestano alla p. successiva); p. 38 s. (secondo cui erroneamente «pure alla nozione di diritto soggettivo ... si finisce con l'attribuire una esistenza reale, nel senso che se ne parla come se dietro la nozione vi sia una realtà, un *quid* di esistente nel concreto della fenomenologia giuridica e indipendente da ogni definizione»). In definitiva, si può affermare che dietro un sintagma giuridico, come l'espressione 'diritto soggettivo', «non c'è null'altro di reale, di effettivo, di concreto, se non il modo in cui i vari concetti sono stati volta a volta formulati, impiegati, discussi, esaltati, negati» (p. 40). Ciò, tuttavia, non deve indurre a uno scetticismo di fondo verso l'uso dei concetti giuridici e in generale verso la sistemazione razionale dell'ordinamento. Lo nota implicitamente già Orestano (sempre a p. 40): i concetti sono «una realtà, un dato dell'esperienza giuridica o per meglio dire di quelle esperienze che li hanno espressi (oppure li hanno accolti) e li hanno resi operanti». La ricostruzione delle maglie del sistema giuridico è difatti funzionale al discorso giuridico, che anzi non potrebbe farne a meno, se vuole aspirare a dotarsi di una serie di criteri volti a dar fondamento alla decisione del giudice, evitandone l'arbitrio (ritorna, qui, il problema del ruolo moderno della dogmatica e del suo rapporto con l'ermeneutica, in relazione al quale debbo nuovamente rinviare ai fondamentali testi di Mengoni già citati nell'introduzione; sull'ermeneutica giuridica v., quale primissima indicazione bibliografica, H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*⁷, in *Gesammelte Werke*, 1, *Hermeneutik*, I, Tübingen, 2010, trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1983; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1972, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983; ID., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*³, Tübingen, 1974; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶, Berlin, 1991; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, trad. it. di A. Baratta). Potrebbe anche risultare interessante il domandarsi se, davvero, i concetti giuridici non rivelino mai dietro a sé un *quid* ontologico, o se talvolta ciò possa accadere: non nel senso, però, di una realtà ideale che esiste al di fuori

natura prettamente processuale, non potrebbe essere oggi qualificata come ‘sbagliata’: essa, infatti, ha costituito una descrizione di sicura validità, fornita per una situazione giuridica indubbiamente differente rispetto al diritto soggettivo. Ciò non toglie che si tratti di una categoria ormai vuota, che va sostituita, ove possibile, con nuove figure.

Proprio un processo del genere ha riguardato l’interesse legittimo: in passato, questa nozione ha a mio avviso goduto, a buona ragione, di uno spazio nella teoria generale; nel presente, però, v’è da considerare il rischio che non solo le ricostruzioni tradizionali di questa posizione giuridica, spesso elaborate in epoche risalenti, ma che la stessa figura dell’interesse legittimo non riesca più a tenere il passo dei profondi mutamenti che hanno interessato *in primis* il ramo del diritto amministrativo. In altri termini, come tutte le figure di cui si serve la dogmatica, pure questa nozione vive all’interno di un ordinamento, il quale può, in un certo momento della sua evoluzione, non abbisognare più del ricorso a una categoria, la quale anzi potrebbe divenire di ostacolo all’armonia del sistema.

È ovvio che l’interprete, per rendersene conto, sia portato a rivolgere l’attenzione a tutti quegli aspetti che risultano problematici, irrazionali, farrinosi, e così via dicendo: è nei territori di confine che si misura la necessità di aggiornare un modello. Per quanto riguarda l’interesse legittimo, soprattutto uno è il dato della modernità che sembra imporre una profonda rivisitazione, se non un abbandono: si tratta, per la precisione, dell’importanza centrale che ha assunto la relazione tra p.a. e privato, tanto da aver reso – secondo la maggior parte della dottrina attuale – l’interesse legittimo espressione di un rapporto sostanziale, e non solo processuale,

dagli stessi, ma di una precisione semantica che è connaturata agli stessi, che si è formata sulla base della stratificazione di modalità di utilizzo e che attende di essere disconosciuta dall’interprete, il quale, in tal modo, si troverebbe a ‘togliere un velo’, a ‘scoprire’ ciò che esattamente (e direttamente) certi vocaboli indicano e identificano più che per il tramite di convenzioni semantiche, per una loro autoevidenza che di regola resta intuitiva (il mio riferimento non è alle *juristische Entdeckung*, su cui v. H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Juristentages*, II, Tübingen, 1959, anche se in effetti ad accumulare questi fenomeni sta il fatto che in entrambi è una sorta di sentimento giuridico intuitivo a cogliere certi principi – ora tramite la formulazione di concetti e la sedimentazione di significato, ora per mezzo di decisioni di casi singoli –, principi i quali aspettano di essere ‘scoperti’ e ‘rivelati’ in forma dogmatica). Senza avventurarci in temi che non ci competono, comunque, si può qui rinviare, con più stretto riferimento ai profili direttamente toccati da Orestano, ad A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013, p. 287; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 39; E. GABRIELLI, *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 969 ss.; B. ALBANESE, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, IV, Milano, 1963, p. 1 ss. V. anche A. ROMANO, *I soggetti*, cit., p. 288 s. (secondo cui le nozioni offerte a proposito delle situazioni giuridiche soggettive «non sono altro che mere costruzioni concettuali che disegna l’interprete dell’ordinamento, di un qualsiasi ordinamento, al fine di rappresentarne i contenuti. Perciò, parametro pertinente della loro validità è, più che una loro non ipotizzabile fondatezza, la loro effettiva idoneità al raggiungimento di questo obiettivo: la loro accettabilità è tanto maggiore, quanto più numerosi sono i problemi ricostruttivi di tale ordinamento che riescono a risolvere, e quanto meglio e con più aderenza al loro oggetto riescono a risolversi; ben s’intende, col rispetto del fondamentale principio della loro coerenza interna»).

teso a riequilibrare una situazione di disparità giuridica (di potere) e, dunque, connesso a una pluralità di rimedi sempre più effettivi e, soprattutto, non solo impugnatori³³. Del resto, questo esito è imposto sia dalla lettura di varie norme del codice del processo amministrativo (cfr., tra tutte, quella relativa all'azione di condanna nei confronti della p.a., e cioè l'art. 34, comma 1, lett. c)], sia dall'ormai sicura ammissibilità della domanda di risarcimento in caso di lesione dell'interesse legittimo³⁴ (o, meglio, in caso di lesione della posizione giuridica che il privato vanta verso la p.a., la cui natura verrà qui indagata).

Appare chiara, allora, la domanda sottesa alla presente indagine: si tratterà di chiedersi se una de-costruzione³⁵ dell'interesse legittimo, che ne sottolinei i tratti essenziali, possa essere seguita da una ri-costruzione, che salvi o per lo meno aggiorni queste note di fondo, che valgono a distinguerlo dal diritto soggettivo. Fermo restando che la figura giuridica, che risulterà, dovrà essere di carattere sostanziale, nonché idonea a descrivere un vero e proprio rapporto giuridico.

Se così non fosse, bisognerebbe sancire la fine di tutta questa teorica, destinata a infrangersi di fronte alle novità degli ultimi anni e a lasciare spazio, in sua vece, a veri e propri diritti³⁶. Se, viceversa, tale operazione di aggiornamento è possibile, e cioè se

³³ Anzi, si potrebbe affermare che la 'crisi dell'interesse legittimo' è iniziata fin dal momento in cui lo si è voluto configurare quale posizione giuridica sostanziale e non semplicemente processuale, e che tale crisi si sia manifestata in tutta la sua portata dirompente a partire dalla sentenza n. 500/1999, su cui si indugerà a breve. Il passaggio dalla processualità alla sostanzialità dell'interesse legittimo non è, ovviamente, collocabile temporalmente, poiché è dipeso da una vasta serie di fattori, tanto di diritto positivo, quanto di ordine più generale (soprattutto con riferimento a una diversa ricostruzione dei rapporti tra cittadino e p.a., tendenti sempre più al 'diritto amministrativo paritario', per usare la felice formula di Benvenuti). Tuttavia, se una data simbolica si vuole rinvenire, essa può essere quella dell'approvazione della Costituzione: quest'ultima, infatti, lungi dall'aver solamente recepito il sistema di giustizia amministrativa all'epoca vigente, ne ha impresso un forte cambiamento, in particolare collocando l'interesse legittimo sullo stesso piano del diritto soggettivo (cfr. art. 24 Cost.; in dottrina, cfr. G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 290 s.; con precipuo riferimento alla giurisdizione amministrativa, v. invece – anche per una rassegna delle diverse tesi sostenute in merito all'atteggiamento tenuto dai costituenti nei confronti del sistema previgente – A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 12 ss.).

³⁴ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 123. Già all'indomani della nota sentenza Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, F.G. SCOCA, *Risarcibilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 14, strenuo difensore dell'autonomia dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, riconosceva che la appena ammessa risarcibilità del primo riproponeva «il problema di cosa l'interesse legittimo sia ...: se sia un interesse di fatto; se rientri viceversa nella categoria (magari un po' allargata) dei diritti soggettivi; ovvero se mantenga una sua fisionomia concettuale, che ne giustifichi la sopravvivenza come ... situazione giuridica soggettiva». Cfr. anche A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 681 ss.

³⁵ Cfr. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 131.

³⁶ Oltre agli studi di Orsi Battaglini e di Marzuoli (su cui v. *infra*) cfr. L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 659 («l'interesse legittimo assume ... la fisionomia di un diritto al riconoscimento delle possibilità garantite dalla legge, con definizione ... dell'incerto stato in cui il soggetto versa rispetto al bene materiale: simile riconoscimento è una prestazione, che come tutte le prestazioni deve essere adempiuta entro un termine fissato»; così già ID.,

anche alla luce delle recenti evoluzioni si può predicare l'esistenza nell'ordinamento di una figura denominata interesse legittimo che presenti elementi di peculiarità rispetto al diritto soggettivo, questa figura trarrebbe nuova linfa, risultandone ammissibile una riedizione. Contemporaneamente andrebbe controllato se sulla base dell'interesse legittimo così decostruito e ricostruito risultino di più facile soluzione almeno alcuni dei problemi, in punto di riparto di giurisdizione, che più di frequente si sono posti ai pratici.

Tutto ciò, del resto, richiede di verificare, in base a nuove premesse, l'adattabilità di quella figura al diritto civile e dunque l'idoneità della stessa a descrivere, meglio del diritto soggettivo, le modalità di tutela di un privato nei confronti di un altro privato, in talune fattispecie. L'ammissibilità di un interesse legittimo di diritto amministrativo spingerebbe, insomma, la ricerca verso lo studio dell'interesse legittimo di diritto privato, ricostruito per sottrazione dall'analoga situazione pubblicistica: tutto questo al fine di valutare l'esistenza di una figura generale, comune a tutto l'ordinamento, declinabile tanto in ambiente privatistico quanto in altre aree del sistema giuridico.

A sua volta, quest'inversione del processo non potrà che essere il frutto di una rimediazione che, muovendo dalla risarcibilità dell'interesse legittimo³⁷ (tematica che tocca tanto il diritto civile quanto quello amministrativo), si attesti sul piano della teoria generale, per poi diffondere i suoi corollari tanto verso il diritto privato, quanto nei confronti di quello amministrativo.

Appare ancora evidente come l'ordinamento sia un sistema unico³⁸, privo di divisioni interne arbitrarie, che non rispondano a una logica: in altri termini, l'ordinamento richiede di essere concepito e inteso come corpo unitario, in cui un

I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?, in *Dir. amm.*, 2006, p. 605, nonché, meno recentemente, ID., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 91 ss., spec. p. 175 ss., e in tempo a noi più vicino ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 643); F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, p. 338 (secondo cui l'interesse legittimo «era nato per risolvere nel senso meno liberale il problema del giudizio su un'amministrazione che veniva pensata essenzialmente come autorità, e in modo quasi naturale scomparirà quando si sarà avuta la conquista del giudizio, e quindi di un processo che assicuri il 'farsi' del giudizio nel modo più adeguato ai dati dei problemi»); ID., *La giurisdizione amministrativa: appunti per i pronipoti*, in *Jus*, 1998, p. 535; ID., *Polemichetta*, cit., p. 2212 ss., spec. p. 2218 s.; ID., *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1999, p. 2713 ss.; parzialmente diversa l'idea di L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 935 ss., secondo cui l'interesse legittimo è sì diritto, ma con tratti diversi rispetto a quello (diritto) soggettivo (la tesi costituisce per ammissione dell'autore – *ivi*, § 5 – un'evoluzione di quella sostenuta in ID., *Atti non autoritativi*, cit., spec. p. 238, ove infatti non si parlava di interessi legittimi come diritti; v. però pure ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 368 s.).

³⁷ Vero e proprio «specchio dell'interesse legittimo» (cfr. G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della p.a. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 1).

³⁸ L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo*, cit., p. 542.

settore può obbedire a propri ed esclusivi principi solo in tanto in quanto la sua diversità rispetto agli altri settori obbedisca a una razionalità.

Anticipando gli esiti di questa ricerca, auspico che essa riesca a dimostrare l'esigenza logica e positiva – in una parola, dogmatica – di fare ancora oggi riferimento all'interesse legittimo, quale situazione giuridica differente dal diritto soggettivo, avente cittadinanza, e pure un rilevante ambito di applicazione, non solo nel campo del diritto pubblico, ma anche di quello privato.

In particolare, lo spazio che essa andrà a occupare sarà proprio quella 'terra di nessuno'³⁹, quell'area a cavallo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, al tempo stesso contesa e abbandonata tanto dall'art. 1218 c.c., quanto dall'art. 2043 c.c.: si tratta, come noto, di fattispecie sulla cui esatta qualificazione non v'è consenso in dottrina, che hanno dato la stura sia alla rielaborazione dell'intero settore aquiliano (verso una sempre maggiore atipicità dell'illecito), sia a una riedizione delle teorie sull'obbligazione (spinte fino all'idea di un rapporto obbligatorio non più semplice, ma complesso, comprensivo di obblighi di protezione e addirittura privo di un obbligo di prestazione)⁴⁰.

La nuova qualificazione potrà agevolare un diverso approccio alla problematica delle trattative prodromiche alla conclusione di un contratto, dei rapporti di cortesia e in generale di quelli che non danno vita a veri e propri contratti; inoltre, anche la perimetrazione dell'ambito, oggi di incerta definizione, dell'abuso del diritto potrà trarne giovamento⁴¹.

D'altro canto, l'impellenza di una rivisitazione dell'interesse legittimo non deriva solo dall'incertezza che domina il diritto amministrativo, soprattutto a far data dalla sentenza n. 500/1999⁴²; né solo dalla necessità di rinvenire un accettabile inquadramento per le fattispecie privatistiche cui ho poc'anzi accennato.

In realtà, vi sono pure motivi d'ordine pratico non meno secondari: una nuova sistemazione dell'interesse legittimo è, infatti, resa oggi sempre più urgente a causa

³⁹ Cfr. G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, p. 88. V. poi F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella 'terra di nessuno tra contratto e fatto illecito': la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 539 ss. (oggi v. F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, p. 321 ss.); A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 204 ss.

⁴⁰ Ampiamente sul tema nel Capitolo secondo della Parte Seconda.

⁴¹ È ovvio che non potrò affrontare tutte le tematiche ivi ricomprese: cionondimeno, mi propongo di esporre per lo meno alcuni dei corollari della mia tesi, soprattutto tentando in particolare una ricognizione della responsabilità precontrattuale – per parafrasare il titolo di un famoso convegno – 'nel prisma dell'interesse legittimo'.

⁴² Che ha la sua origine nella difficoltà di rinvenire nell'interesse legittimo, per com'è tradizionalmente considerato, una posizione pienamente sostanziale e in tutto e per tutto risarcibile, fulcro di un processo *sul rapporto*, più che *sull'atto*; ma che, emblematicamente, si traduce nella tentazione di accantonare la nostra figura, sopprimendola (anche già in via ermeneutica) o limitandola al potere di impugnare l'atto (così ricollegando il risarcimento del danno a un'obbligazione senza prestazione nascente in virtù della relazione tra privato e amministrazione: C. CASTRONOVO, da ultimo in *La 'civiltà'*, cit., p. 637 ss.).

dell'esistenza di uno spazio a cavallo tra diritto privato e amministrativo in cui, con un notevole disagio avvertito anzitutto dalla giurisprudenza e in genere dagli operatori del diritto, si assiste a una sorta di commistione e duplicazione di posizioni giuridiche e di tutele, che di certo pregiudica la comprensione dell'interprete, se non la stessa effettività della protezione assicurata al privato⁴³. Si tratta, in generale, dell'area del diritto privato della p.a., e in particolare di quella sua parte relativa alle forme di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione⁴⁴.

Tant'è vero che, soprattutto nell'ambito delle procedure a evidenza pubblica, là dove si ritengono oggi applicabili sia le norme tipicamente pubblicistiche sull'attività della p.a., sia quella di cui all'art. 1337 c.c., forte sarebbe la tentazione di abbandonare la teorica dell'interesse legittimo, sì da ricostruire tutta la gara pubblica quale procedimento precontrattuale speciale ma pur sempre totalmente privatistico, con conseguente traslazione e traduzione degli istituti amministrativistici in analoghe forme di tutela di stampo prettamente civilistico⁴⁵.

Quest'ipotesi conferma, da un lato, quanto il diritto civile e amministrativo siano oggi intrecciati⁴⁶, a riprova del carattere sostanzialmente unico dell'ordinamento; dall'altro lato, quale crisi viva oggi l'interesse legittimo, il quale sembra esser sul punto di venire travolto dall'enorme massa d'acqua mossa dal diritto soggettivo, senza che

⁴³ In contrasto con quelle esigenze che hanno portato, sin dalla l. 205/2000 e pur con le note oscillazioni giurisprudenziali che ha conosciuto la giurisprudenza degli anni Duemila, ad attrarre alla giurisdizione amministrativa le domande di risarcimento per lesione di interessi legittimi.

⁴⁴ Problemi analoghi, e da un punto di vista ancora più ampio, sono posti dai casi di annullamento o revoca di un provvedimento amministrativo favorevole, ma illegittimo: come noto, le Sezioni Unite (con le tre ordinanze gemelle del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596, cui si conforma di recente Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183; v. A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 933 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1749 ss., e, a proposito di un caso simile, ID., *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1949 ss.) hanno previsto per queste ipotesi la giurisdizione ordinaria, in linea con l'idea che ravvisa nelle stesse altrettanti diritti soggettivi lesi.

⁴⁵ Del resto, la recente monografia di G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, spec. p. 254 s., che si sofferma ampiamente sulle notevoli similitudini tra diritto privato e amministrativo, e in particolare tra sindacato per eccesso di potere e per violazione della clausola generale della buona fede (senza tralasciare l'attuale avvicinarsi del diritto pubblico, sempre più privatizzato, al diritto privato, sempre più pubblicizzato). Sul punto, cfr. anche ID., *Eccesso di potere e clausole generali: le analogie tra sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013, p. 307 ss., e lo scritto di D. SORACE, *Ragionando di eccesso di potere con Gianmarco Sigismondi*, sempre in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, *ivi*, p. 353 ss. (v. in particolare p. 354, ove lo studioso sottolinea quanto «la specialità del diritto dell'amministrazione [sia] sempre più ridotta e traballante»).

⁴⁶ A dire il vero, si potrebbero anche ricordare, tra i moltissimi esempi, l'applicazione che gli artt. 30, comma 2, e 124, comma 2, cod. proc. amm. fanno degli artt. 2058 e 1227 c.c. e il rimando al diritto privato nell'adozione degli «atti di natura non autoritativa» (espressione sull'interpretazione della quale si contendono il campo una miriade di teorie) di cui all'art. 1, comma 1-bis, l. 241/1990. Sui temi del confine tra diritto pubblico e privato, cfr. G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile*, cit., p. 819 ss.

alcuna diga possa fermarne il moto: salvo dimostrare la necessità, ancora attuale, di fare ricorso a questa figura giuridica, debitamente aggiornata nei contenuti.

A questo punto del discorso, si potrebbe obiettare – sull'onda di una certa esterofilia – che il desiderio di quanti auspicano per l'interesse legittimo un vicino decesso sia del tutto in linea con la necessità di demolire una bizzarria tutta italiana, che non trova eguali in Europa. La replica, però, prova troppo, giacché lo stesso potrebbe ripetersi proprio per una delle teoriche antagoniste rispetto a quella dell'interesse legittimo – quella dell'obbligazione senza prestazione –, che, a sua volta, ha preso spunto da quella che era una peculiarità tutta tedesca, ossia la costruzione di specifici obblighi di protezione all'interno del rapporto obbligatorio. Non solo: si deve pure ribadire che l'attuale ricerca, portando a una ridefinizione del territorio a cavallo tra responsabilità aquiliana e contrattuale, potrebbe fornire una spiegazione dogmatica e un forte appiglio per attestare la cittadinanza nel nostro ordinamento di una responsabilità per lesione dell'affidamento. In un certo senso, dunque, l'interesse legittimo andrebbe a porsi come posizione corrispettiva rispetto all'obbligazione senza prestazione: seppur, come dirò, quest'affermazione è vera solo in via del tutto tendenziale, giacché non si tratterà di una vera e propria obbligazione⁴⁷.

Proprio i due pregiudizi che indurrebbero ad abbandonare l'interesse legittimo e a scoraggiare l'attuale ricerca (il disinteresse serbato dalla dottrina civilistica e il mancato recepimento negli altri ordinamenti europei) possono essere capovolti, tramutandosi in argomenti che, tutt'al contrario, rinsaldano la convinzione dell'attualità della figura, persuadendo dell'opportunità di farla sopravvivere nell'ordinamento⁴⁸.

⁴⁷ Ampiamente sul punto nel Capitolo secondo della Parte Seconda, al § 3.

⁴⁸ Non sarà inutile notare come la dottrina italiana di fine Ottocento, di fronte alla legge del 1889 che aveva previsto per l'interesse legittimo una tutela di cui pian piano si affermerà la giurisdizionalità (pacificamente dopo la legge del 1907; ne dà conto, oggi, S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1406, nt. 14), propendesse per ritenere la nostra figura una sottocategoria del diritto soggettivo (cfr. tra tutti L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, 1908, p. 329, ma v. pure L. MEUCCI, *Istituzioni*, cit., p. 126, per cui «l'affermare l'interesse scevro di diritto come materia del giudizio contenzioso amministrativo è affermazione contraria ai principii di ragione»; l'autore finisce però per elaborare una tesi antesignana a quella di Ranalletti, come abbiamo già visto); solo con i decenni si giunse a ritenere diverso, come posizione giuridica, l'interesse legittimo dal diritto soggettivo. La stessa operazione dovrà ora essere condotta con riferimento all'intero ordinamento, cercando una collocazione per la situazione giuridica in questione che ne salvi, da un lato, l'autonomia concettuale e, dall'altro, che abbia un'utilità semantica, ricostruttiva e pratica (un'utilità pratica, si badi, che si traduca in forme diverse di tutela, in rimedi diversi per la lesione del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo: poca cosa sarebbe infatti ripristinare la duplicità delle posizioni ai soli fini di consentire il riparto di giurisdizioni; sul punto cfr. E.M. BARBIERI, *Quale risarcimento per la lesione di interessi legittimi?*, in *Riv. trim. app.*, 2000, p. 245, secondo cui, anche adottando il criterio di riparto della giurisdizione 'per materie' – come aveva in parte fatto il legislatore del d.lgs. 80/1998, poi ritenuto in questa parte incostituzionale –, sarebbe emersa comunque «la distinzione fra diritti soggetti ed interessi legittimi ..., quantomeno ... ai fini del risarcimento», trattandosi «di situazioni giuridiche soggettive differenti fra di loro non per effetto di scelte dogmatiche, ma perché l'ordinamento volutamente le configura in modo diverso, attribuendo loro garanzie e tutele differenti»; a ciò aggiungerei che, come vedremo, al fondo della distinzione c'è davvero la dogmatica: al

Riassumendo e schematizzando il percorso che dovrà seguire l'indagine, esso si avvierà (in questa Parte Prima, nel primo Capitolo) con una rapida sintesi delle più importanti definizioni di interesse legittimo sinora offerte nel campo del diritto pubblico e con una rassegna degli orientamenti in tema di risarcibilità dello stesso sviluppatasi dopo la storica sentenza n. 500/1999.

Questo permetterà (nel secondo Capitolo) di decostruire l'interesse legittimo e di scorgere quali siano esattamente gli elementi tipici che lo connotano, così ricostruendolo attorno al suo fulcro, quale posizione giuridica (risarcibile) di diritto sostanziale⁴⁹, cui possono essere connesse facoltà di stimolo e di collaborazione e poteri processuali di impugnativa.

Ne seguirà (ma solo nella Parte Seconda, a sua volta divisa in tre distinti Capitoli) una rassegna delle circostanze che vedono comparire interessi legittimi (ora oppositivi – o, meglio, ‘protettivi’ –, ora pretensivi – ‘negativi e positivi’ –): una rassegna che si snoderà tra i vari settori del diritto privato e che estenderà un cenno a quello pubblico, e che dovrà soprattutto individuare le condizioni in virtù delle quali nasce un interesse legittimo, le vicende che lo vedono protagonista e le modalità di tutela in caso di lesione. Lo spazio che questa figura giuridica può occupare apparirà, se non vado errato, di amplissima portata⁵⁰.

Cercherò allora di proporre alcuni esempi emblematici, tratti dei casi di maggior rilievo pratico (tra gli altri: recesso *ad nutum* e in generale abuso di potere, violazione della buona fede nelle trattative, procedimenti di primo e di secondo grado nel diritto amministrativo), pur tentando di non perdere di vista l'impianto generale della trattazione.

legislatore, secondo quanto osserverò, spetta di individuare il bene finale protetto, ma quando questo non è tutelato direttamente la situazione giuridica che viene in luce non potrà, anzitutto per ragioni appunto dogmatiche, essere un diritto).

⁴⁹ Già L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 56, testo e nt. 2, osservava come l'interesse legittimo fosse una posizione giuridica di stampo non prettamente processuale, ma sostanziale. Questo, però, non è stato a mio avviso seguito da una rivisitazione del suo contenuto, né da un'estensione della latitudine della sua applicabilità.

⁵⁰ Basti pensare ai problemi sollevati dalla responsabilità precontrattuale (ad esempio, quanto a natura della stessa) e soprattutto al legame tra posizioni giuridiche rilevanti prima e dopo la conclusione del contratto; al ruolo della buona fede in questi due diversi momenti e al loro rapporto; alla possibilità di creare in via ermeneutica sottospecie diverse di ‘trattative precontrattuali’, delineate da speciali normative di settore, tra cui da quelle a tutela del consumatore e quella (procedimentalizzata) relativa alla procedura ad evidenza pubblica.

PARTE PRIMA

LA FIGURA DELL'INTERESSE LEGITTIMO

CAPITOLO PRIMO

GLI INSTABILI CONFINI DELL'INTERESSE LEGITTIMO E DEL DIRITTO SOGGETTIVO: UNA REVISIONE STORICA

SOMMARIO: 1. Ricognizione delle teorie proposte in tema di interesse legittimo. – 2. L'interesse legittimo e la sua risarcibilità: a) il primo polo. – 3. b) Il secondo polo. – 4. c) Le teorie miste tra dottrina e giurisprudenza. – 5. Quesiti e spunti in tema di affidamento.

1. Ricognizione delle teorie proposte in tema di interesse legittimo

L'operazione decostruttiva, necessariamente prodromica a quella di rielaborazione degli elementi davvero essenziali dell'interesse legittimo, alla luce delle attuali istanze dell'ordinamento, presuppone anzitutto una brevissima ricognizione delle più importanti teorie proposte per descrivere tale situazione giuridica e, solo in seguito, un cenno ai problemi derivati dall'ammissione della risarcibilità della sua lesione.

Quanto al primo punto, cui è dedicato il presente paragrafo, ritengo più opportuno presentare sinteticamente le definizioni dell'interesse legittimo che la dottrina ha offerto, senza indugiare sulla arcinota evoluzione di questa figura nel pensiero dei giuristi italiani; al secondo tema saranno riservati gli altri paragrafi di questo Capitolo; i primi di quello successivo, invece, saranno occupati dalla decostruzione e dalla ricostruzione di essa in sede di teoria generale.

Seguendo l'ancora attuale ripartizione delle teorie in merito all'interesse legittimo, disegnata da un illustre autore⁵¹, v'è da tracciare una prima fondamentale divisione, quella tra le dottrine che riducono tale figura a un mero potere di reazione dinnanzi a un provvedimento illegittimo e le ricostruzioni che, all'opposto, ne ampliano la portata, finendo per attribuirle una dignità pari a quella del diritto soggettivo.

Le prime sono le teorie che, svalutando l'interesse legittimo, lo costruiscono come mera situazione processuale⁵²: su di esse v'è qui poco da dire, giacché oggi

⁵¹ Cfr. F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 6.

⁵² Le teorie processualistiche traggono origine dalla critica che Guicciardi elevò nei confronti delle ricostruzioni di quanti, aderendo alla tesi dell'interesse occasionalmente protetto (così G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli, 1965, rist., p. 357 ss.), finivano per configurare la giurisdizione amministrativa come «di diritto obiettivo» (E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, originariamente in *Arch. dir. pubb.*, 1937, e oggi in *Studi di giustizia*

appaiono del tutto anacronistiche, alla luce della necessità – imposta se non altro dalla Costituzione⁵³ – di accettare la ‘sostanzialità’ della posizione del privato che si trovi di fronte all’amministrazione⁵⁴.

Meglio allora soffermarsi sulle seconde, che per l’appunto riconoscono tutte il carattere sostanziale dell’interesse legittimo, così da un lato aderendo in pieno al *dictum* costituzionale che pone sullo stesso piano questa figura e il diritto soggettivo (art. 24 Cost.), ma dall’altro tradendo il rischio che un interesse legittimo elevato a vera e propria posizione giuridica non meramente processuale venga a confondersi proprio con il diritto soggettivo, come difatti osservano alcuni studiosi della materia⁵⁵.

amministrativa, Torino, 1967, p. 9; circolava infatti al tempo l’idea che l’interesse legittimo costituisse mero fatto giustificatore di un’azione popolare, e che andasse negato allo stesso qualsivoglia valore di posizione giuridica: su questi punti cfr. ancora F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 5 s., ma anche F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Diritto amministrativo*², a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 165 ss. e F.G. SCOCA, *La ‘gestazione’ dell’interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, *Teoria e storia. Diritto amministrativo generale*, Padova, 2007, p. 296 s. e 299 s.) e di quanti ritenevano che la giurisdizione amministrativa fosse tale solo «sotto l’aspetto formale» (E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., p. 10; cfr. anche F.G. SCOCA, *La ‘gestazione’*, cit., p. 312). Lo studioso dell’Ateneo patavino rinvenne nell’interesse legittimo un interesse che, «mentre rimane ... di fatto per il diritto sostanziale, acquista una rilevanza giuridica nel campo processuale, in quanto legittima il suo portatore ad agire per la tutela dell’interesse pubblico», costituendo dunque «la proiezione processuale dell’interesse qualificato» (così E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*³, Padova, 1957, p. 42 s.; ma l’autore si esprimeva già in questi termini – definendo l’interesse legittimo quale «interesse di ordine processuale, in cui il ricorrente trova ... la legittimazione per propor[re il ricorso]» – in E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., p. 13). Sulla scia di questa intuizione si sono poste tutte quelle tesi che vedono nell’interesse legittimo una posizione di valenza squisitamente processuale (nella varietà di accenti v. soprattutto E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*⁵, Torino, 1969, p. 108; E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, 1950, p. 58 ss.); si tratta di orientamenti oggi recessivi, come già rammentato nel testo (segue oggi questa tradizione di pensiero F. SATTA, *Giustizia amministrativa*³, Padova, 1997, in particolare p. 155). Ulteriore bibliografia in L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 22, nt. 9.

⁵³ V. R. VILLATA, *L’esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, p. 455 s. Secondo V. DOMENICHELLI, *Il significato della giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 192, è «scontato ... che diritto soggettivo ed interesse legittimo siano entrambe – nel dettato costituzionale – situazioni giuridiche di carattere sostanziale, modi di essere diversi di un soggetto rispetto alla norma che questa fa vivere dunque nelle concrete relazioni fra amministrazione e individuo con riferimento a beni della vita».

⁵⁴ Il che non sembra davvero rinunciabile, ove si voglia continuare ad ammettere la risarcibilità dell’interesse legittimo leso.

⁵⁵ Il percorso a tal fine più proficuo, come si vedrà più specificamente più avanti, è quello dell’indietreggiare il bene oggetto di tutela (ravvisando esso non nell’interesse finale del privato, ma nella legittimità dell’azione amministrativa) e costruendo attorno ad esso una vera e propria pretesa del privato (o un fascio di pretese). È il ragionamento, ad esempio, di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 159 ss., nonché di C. MARZUOLI, *Un diritto ‘non amministrativo’?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 138 (ma cfr., condivisibilmente, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo*, cit., p. 542; secondo D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*⁶, Bologna, 2012, p. 487, «anche gli interessi legittimi possono essere ... ricostruiti teoricamente come diritti soggettivi al rispetto in sé di certe regole [procedimentali e sostanziali]; tuttavia ... non si può non prendere atto che sul piano del diritto positivo ... le situazioni di questo tipo hanno la specifica denominazione di interessi legittimi»; meno radicale l’impostazione di C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 657, per il quale, mentre l’interesse legittimo oppositivo, ove leso, non è sostanzialmente diverso dal diritto soggettivo pieno, allorché violato, l’interesse legittimo pretensivo, invece, «è simile ad un diritto di credito per una prestazione non totalmente determinata, che in questo senso può dirsi dare luogo ad un

Questi orientamenti, a loro volta, si possono distinguere per il «diverso collegamento che ... instaura[no] tra l'interesse legittimo e l'interesse finale»⁵⁶, che esprime la tensione del soggetto verso un certo bene (finale)⁵⁷.

In particolare, possono rinvenirsi due⁵⁸ filoni principali (ciascuno dei quali conosce dei rinvii secondari): a) il primo ricostruisce, pur nella varietà di interpretazioni, l'interesse legittimo quale interesse alla legittimità dell'azione della p.a., lasciando sullo sfondo il bene cui davvero il privato aspira (per esempio, la facoltà di edificare nel caso di permesso di costruire, la proprietà di un edificio nell'ipotesi di espropriazione); b) il secondo, invece, valorizza proprio l'interesse finale del privato, e attorno a esso modella l'interesse legittimo.

Comincio il discorso dal primo di questi due insiemi. Poiché difatti il 'bene della vita' – secondo la nota espressione chiovendiana⁵⁹ di cui farò largo uso⁶⁰ – non è

giudizio ... definito 'di spettanza'»). Mi preme ribadire che questo percorso di pensiero prende spunto dalla retrocessione del bene della vita, individuato – a mio avviso ingiustificatamente – nella legittimità in sé (ingiustificatamente, giacché il privato non tende a ciò; né vi può essere confusione alcuna con i casi delle obbligazioni di mezzi, in cui il risultato non è dedotto nel rapporto obbligatorio per evitare che il credito si trasformi in garanzia o comunque per diminuire l'area di responsabilità del debitore, e non per offrire una posizione solo eventuale alla sua controparte: erra, a mio avviso, L. FERRARA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 650, nt. 57, che proprio il contrario sostiene; sul punto, v. pure più avanti). Non si tratta, dunque, di un fraintendimento della tesi dell'obbligazione senza prestazione (in cui cade invece la sentenza n. 157/2003, su cui mi intratterò oltre), giacché la teoria in esame non vuole ricostruire alcun rapporto di protezione (v. anche, e criticamente, A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, § 9); né si tratta di una scelta tra il far sorgere un rapporto di protezione o un vero e proprio rapporto di prestazione, avente ad oggetto un bene della vita comunemente accettato come tale (viceversa, a questo dibattito vanno ascritti gli interventi di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., e di C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 708; qui si discute se il rapporto paziente-medico, sorto al di fuori di un contratto, sia di protezione o di vera e propria prestazione, pur nella particolarità della fonte che lo fa sorgere). Pur nell'evidente e ovvia diversità di punti di vista, le più recenti tesi finiscono con il riprendere alcuni aspetti della teoria del Mortara, il quale intende «l'interesse privato, di fronte al potere (discrezionale) dell'amministrazione come vero e proprio diritto soggettivo», come «diritto alla legittimità» (cfr. F.G. COCCA, *La 'gestazione'*, cit., p. 312 e 314; v. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, cit., p. 329). Cfr. anche A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini*, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa' (*Sonntagsgedanken*), in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 104.

⁵⁶ A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*^A, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 82.

⁵⁷ V. già (ma tornerò oltre sul tema) S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, p. 65 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 71; A. DE CUPIS, voce *Danno (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, § 4.

⁵⁸ La duplicità è, tra gli altri, riconosciuta di recente da G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 586 s.

⁵⁹ Cfr. ad esempio G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, p. 342. V. pure ID., *Principii*^B, cit., p. 33 (ove si parla di diritto come garanzia della «aspettazione d'un bene») e p. 909 («la sentenza è ... l'affermazione di una volontà dello Stato che garantisca ad alcuno un bene della vita nel caso concreto»).

garantito sempre e comunque al soggetto, a differenza di quanto avviene nel caso di diritto soggettivo, gli studiosi che aderiscono a questa soluzione identificano l'oggetto della tutela offerta dall'interesse legittimo non tanto nel risultato materiale cui davvero il privato aspira, ma semplicemente nella legittimità dell'azione amministrativa.

Le teorie così raggruppate differiscono, com'è ovvio, in più punti: la più parte delle stesse costituisce un affinamento di quella prima intuizione formulata negli anni Trenta del secolo scorso, che scorgeva nell'interesse legittimo davvero solo un interesse alla legittimità⁶¹. Tali perfezionamenti cercano, in vario modo, di collegare questa posizione, che di fatto è solo strumentale, al bene della vita finale, ferma restando la convinzione circa la sua estraneità all'interesse legittimo stesso (sia con riguardo al suo oggetto, sia con riferimento all'interesse su cui esso nasce).

Da un lato, allora, si è postulata l'esistenza di «un interesse materiale (di fatto) di un soggetto, il quale, in seguito alla sua lesione da parte di un atto amministrativo illegittimo, acquista rilevanza giuridica per il solo motivo che, per ottenerne la tutela, il suo titolare ha pure necessariamente un interesse strumentale e giuridico alla legittimità dell'atto amministrativo»⁶²; dall'altro, si è affermato che «al fondo dell'interesse legittimo» – e cioè dell'interesse «alla legittimità degli atti amministrativi» – «o, per lo meno al fondo del comportamento del singolo per la tutela di tale interesse, vi è la utilità privata del cittadino stesso»⁶³, così che l'interesse all'osservanza delle norme che disciplinano il potere giuridico dell'amministrazione «diviene legittimo per il

⁶⁰ Con la precisazione, che sin d'ora debbo svolgere, per cui l'interesse finale protetto nell'ambito degli interessi legittimi pubblicistici è, secondo la teoria che proporrò, direttamente quello alla modifica giuridica che la p.a. può produrre con la sua attività, e indirettamente quello al bene materiale ivi sotteso.

⁶¹ E. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937; ID., *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 13 ss.

⁶² E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 619 s. A ben vedere, però, l'autore così prosegue la sua esposizione: «l'interesse legittimo è quindi una situazione soggettiva ... di vantaggio, costituita dalla protezione giuridica di interessi (materiali), che si attua non direttamente ed autonomamente, ma attraverso la protezione indissolubile ed immediata di un altro interesse meramente strumentale del soggetto alla legittimità dell'atto amministrativo, mediante l'attribuzione al soggetto stesso della potestà di ricorso alle giurisdizioni amministrative, e nei limiti della realizzazione di quest'ultimo interesse» (*ivi*, p. 623). Tuttavia, il passaggio dalla tesi di Tosato a quella di Sandulli pare avvenire proprio per il tramite della teoria testé riportata: per tale ragione, a prescindere da questioni nominalistiche, essa pare trovare piena cittadinanza nel filone in cui la si è inserita. Più di recente, il Casetta ha parzialmente integrato la sua tesi, aggiornandola alla luce della sempre maggior enfasi che la dottrina pone sulle facoltà del privato di partecipazione al procedimento: così, è venuto definendo l'interesse legittimo come «situazione soggettiva di vantaggio a progressivo rafforzamento. Nella prima fase esso garantisce la mediazione dell'amministrazione in forza di poteri tipici, il cui esercizio è sindacabile dal giudice. Nell'ambito della seconda fase, invece, rileva il profilo della legittimità dell'azione, limite di soddisfazione dell'aspirazione del soggetto» (ID., *Manuale di diritto amministrativo*⁹, Milano, 2007, cit., p. 304).

⁶³ E. CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 348.

collegamento ... con il diritto soggettivo» «di colui, nei cui confronti il potere viene esercitato»⁶⁴.

Questi spunti preparano la strada a quella che, a ragione, può definirsi quale la più compiuta espressione dell'orientamento di cui si discute: essa ha, infatti, chiaramente indicato la distinzione tra «la posizione soggettiva rilevante ... con la quale l'azione amministrativa viene a interferire (posizione cui si rapporta l'interesse finale, ultimo, dell'amministrato)», che «rimane sullo sfondo», e «l'oggetto immediato della protezione dell'ordinamento», il quale «prende il nome di interesse legittimo» ed è «l'interesse dell'amministrato a che il potere amministrativo, nel quale si imbatte tale posizione soggettiva, venga esercitato nel rispetto delle regole imposte dall'ordinamento all'azione amministrativa»⁶⁵.

Si situa all'interno di questo ampio filone, ma con accento in parte critico, chi ha proposto di definire l'interesse legittimo come «interesse strumentale» a un «comportamento» della p.a., e più precisamente al «provvedimento amministrativo» o alla «mancanza del provvedimento»⁶⁶, tra l'altro sottolineando l'importanza di

⁶⁴ E. CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., p. 351. V. pure ID., voce *Interesse*, cit., § 14. Lo richiama, proponendo la sua definizione di interesse legittimo come «pretesa alla legittimità dell'atto amministrativo, che viene riconosciuta a quel soggetto, che si trovi rispetto all'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione in una particolare posizione legittimante», P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2³, *Atti e ricorsi*, Milano, 1995, p. 181, testo e nt. 5. L'idea di Virga si situa quale ideale tramite tra le tesi dell'interesse alla legittimità (si noti che E. CANNADA-BARTOLI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, § 57, si dimostra contrario a qualsiasi tentativo di rendere omogenei diritti soggettivi e interessi legittimi) e quelle del diritto (pretesa, diritto di credito, fascio di pretese, che dir si voglia) alla legittimità (o alla legalità) dell'azione amministrativa (v. oltre: Orsi Battaglini, Ferrara).

⁶⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, 1, Napoli, 1989, p. 107 s.; Re. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*³, Milano, 1974, p. 573 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*⁹, Torino, 2010, p. 73 s. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*⁴, Padova, 1959, p. 227 e 233 parlava invece di una «aspettativa che il potere ... sarà esercitato in modo legittimo o perfino opportuno» «immediatamente tutelata» (v. pure G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, p. 163): la tesi è simile a quella di Sandulli, ma se ne distingue giacché il concetto di aspettativa è ben più sfumato e incerto rispetto a quello di interesse (cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226 ss.; P. RESCIGNO, voce *Condizione nel negozio giuridico [dir. vig.]*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, § 34). Continua, comunque, F. BENVENUTI, *Appunti*⁴, cit., p. 233: «questa aspettativa tutelata ... è dunque l'interesse di ogni soggetto che si trovi in una situazione di soggezione, a che l'amministrazione non eserciti i suoi poteri in modo difforme dalla legge» (del resto, per E. BETTI, *Il concetto*, cit., l'interesse è «aspettativa di un determinato bene della vita»). Differente è, invece, l'idea sostenuta da P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 21 s., il quale, nel ritenere che l'interesse legittimo pretensivo (su cui appunta la sua attenzione) costituisca un'aspettativa tutelata avente ad oggetto un provvedimento, non aderisce alle tesi dell'interesse strumentale; viceversa, se non erro, il provvedimento viene, seppur implicitamente, visto come bene finale (o, meglio, la modificazione indotta dal provvedimento favorevole). Per G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, 1², Milano, 1983, ma pubblicato con la stessa numerazione delle pagine anche come estratto (Milano, 1994), da cui cito, p. 112, infine, «l'interesse legittimo è l'interesse all'osservanza di una norma posta nell'interesse generale di una categoria che rispetto alla stessa si trovi in una posizione specifica».

⁶⁶ Cfr. F.G. COCA, voce *Interessi*, cit., p. 7 (ma cfr. anche p. 10). La tesi costituisce l'evoluzione di quella sostenuta in ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 113 ss., spec. p. 138; cfr.

considerare quali forme di estrinsecazione dell'interesse legittimo anche le facoltà che il privato può esercitare nell'ambito del procedimento (per esempio, gli «atti di iniziativa procedimentale» e gli «atti di collaborazione procedimentale»⁶⁷).

Un diverso gruppo di teorie, invece, critica l'identificazione dell'oggetto dell'interesse legittimo che si è ora riassunta, sulla base della considerazione per cui è assolutamente arbitrario individuare l'aspirazione di un privato, tutelata dalla legge, nella conformità stessa alla legge dell'azione di un diverso soggetto: in primo luogo, perché ciò che il diritto protegge – seppur nelle diversità delle forme di garanzia – è sempre un bene finale, che ha una consistenza pre-giuridica, in quanto bene della vita che non è creato dall'ordinamento ma che esiste prima di tutto in *rerum natura*; in secondo luogo, perché la concezione su riportata «confonde il problema del concetto

poi anche F.G. SCOCA-L. GIANI, *Spunti sulle nozioni di interesse legittimo e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 327 ss. Simili le ipotesi ricostruttive di G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, p. 109 ss. (le differenze sono indicate dall'autore stesso, alla nt. 135 di p. 151), che definisce l'interesse legittimo «in termini di pretesa all'emissione o alla non emissione di un determinato provvedimento, da parte di chi possa esserne destinatario» (anche se l'autore, così facendo, e pur con la precisazione che il termine pretesa, sulla scia di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁹, cit., p. 71, dev'essere inteso «nel senso tecnico ..., come polo positivo di un rapporto, cui corrisponde un vero e proprio obbligo giuridico», finisce per far rifluire la sua tesi nel secondo gruppo di teorie, su cui v. subito nel testo: così, effettivamente, ammette lo stesso G. GRECO, nel recente *Dal dilemma*, cit., p. 484 ss.). Diversamente dallo Scoca, il Greco avvicina così facendo l'interesse legittimo al diritto soggettivo (in quanto «pretesa» – *ivi*, p. 155 – [seppur «condizionata», ossia assimilabile – quando si tratta di attività amministrativa discrezionale – a un «diritto di credito sottoposto a una condizione potestativa altrui» – *ivi*, p. 161 s. –], e «più specificamente ... pretesa all'emanazione del provvedimento favorevole», secondo la sintesi di L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 48, che si riferisce all'interesse 'dinamico' – o pretensivo –, e «pretesa alla non emissione dell'atto amministrativo», secondo le parole di G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., p. 152, per l'interesse 'statico' – od oppositivo –, e pur con la persistente sussistenza di un «elemento differenziatore», «individuato ... nella circostanza che, a differenza del diritto soggettivo, l'interesse legittimo è correlato, oltre che all'altrui 'dovere' [obbligo], anche al potere dell'amministrazione»: p. 164) e soprattutto pone l'accento sulla distinzione tra norme sostanziali e formali (*ivi*, p. 141 s., 144 s. e soprattutto 148 s.): «soltanto le prime», infatti, sarebbero «definitorie dell'interesse legittimo come posizione sostanziale di vantaggio» (sulla distinzione in parola v. anche P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 18 s.). V., più di recente, le precisazioni di su questa voce cfr. G. GRECO, *Dal dilemma*, cit., p. 479 ss. (anche per l'annotazione della vicinanza tra interesse legittimo e diritto soggettivo, pure sulla scorta delle tesi di Orsi Battaglini e di Marzuoli, seppur nella convinzione che ciò non comporti una «totale sovrapposizione delle due figure»). Simile anche la ricostruzione di G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 245 ss., che definisce l'interesse legittimo quale «interesse a conseguire un provvedimento favorevole (attributivo di un 'bene della vita') o ad evitare un provvedimento sfavorevole (soppressivo o diminutivo del bene della vita)». V. pure L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo*², II, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, 1998, p. 1809, per il quale «l'interesse legittimo potrebbe ... essere definito come la situazione giuridica di vantaggio di un soggetto, costituita dall'attribuzione di un insieme di poteri, mediante i quali gli è dato influire sull'esercizio di un potere amministrativo, che veda coinvolti degli interessi attinenti a una situazione giuridica (ovviamente diversa, e altrettanto ovviamente di vantaggio) di cui quello stesso soggetto risulti titolare».

⁶⁷ Cfr. F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 9.

dell'interesse sostanziale giuridicamente protetto con il problema dei limiti entro cui l'ordinamento concede la protezione»⁶⁸.

Per questa via si giunge, quasi necessariamente, a ravvisare l'oggetto dell'interesse legittimo nell'utilità finale a cui il privato tende, e dunque a definire la figura in esame quale interesse a un bene della vita, che si distingue dal diritto soggettivo solamente quanto a modalità di tutela, e cioè a «grado (consistenza) e forme della protezione»⁶⁹. Così, mentre si definisce il diritto soggettivo quale «fondamentale posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di una forza concretantesi nella disponibilità di strumenti vari (facoltà, pretese, poteri) atti a realizzare in modo pieno l'interesse al bene»⁷⁰, si vede nell'interesse legittimo «la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul

⁶⁸ Questa osservazione si deve a G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, p. 52. Con notevolissima modernità di pensiero, lo studioso prendeva posizione, rifiutandole, su tutte le teorie di cui si è sinora detto nel testo, alcune delle quali erano state appena disegnate e soltanto nei loro punti fondamentali. A p. 50 s., l'autore infatti spiega che «l'interesse in questione è una categoria che attiene al diritto sostanziale ed esclusivamente a questo», per il che «non si tratta ... di sopprimere questo termine, identificandolo con l'interesse a ricorrere o riducendolo a una mera condizione del ricorso, come si legge nei seguaci della giurisdizione di diritto obiettivo» (essenzialmente individuati in Chiovenda e in D'Alessio) «ed anche in altri autori, che a tale concezione sembrano aderire» (così Guicciardi); «neppure è possibile darne una nozione puramente formale, facendone un interesse alla legittimità degli atti amministrativi» (come avrebbe voluto Tosato). V. pure P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, p. 119, secondo cui «le situazioni giuridiche soggettive non si distinguono per i diversi interessi che ne costituiscono il contenuto, sibbene per il tipo di protezione che dalle stesse deriva ai vari interessi sostanziali», nonché L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 26. Più di recente, per riflessioni analoghe, v. E. FOLLERI, *Risarcimento*, cit., p. 84, nt. 165, e 86 ss. *Contra*, E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, ed. provv., Milano, 1963, e poi, con poche aggiunte, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, p. 113 e 116, secondo cui oggetto e interesse materiale sottostante all'interesse legittimo non possono coincidere con quelli del diritto soggettivo. L'autore sostiene allora, per non ricadere nelle tesi confutate dagli autori poc'anzi citati in questa nota, che gli interessi tutelati dagli interessi legittimi – e dalle norme di azione, che li proteggerebbero assieme a quello primario (pubblico) – coinciderebbero con quei vantaggi assicurati dalle norme di azione, e precisamente sarebbero «gli interessi alla esplicazione delle proprie capacità, attitudini, preparazione, ed all'apprezzamento delle medesime su un piano di parità con tutti gli altri concorrenti» e così via. La tesi, però, non riesce a mio avviso a non rifluire in quelle contestate (d'altro canto, lo stesso Capaccioli finisce per sostenere che «fra i due termini del vantaggio ... e della legittimità dell'azione amministrativa» «esiste una identità assoluta»: cfr. p. 130), se non ammettendo (come faranno in un tempo a noi più vicino altri studiosi fiorentini) che l'interesse legittimo altro non è che un fascio di pretese. V. pure F.G. COCA, voce *Interessi*, cit., p. 24, e già L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 24 s., nt. 13 (e v. la risposta di Capaccioli, nell'edizione sinora citata, a p. 132 ss., nt. 4, nonché la replica della stessa Bigliazzi Geri, nella voce *Interesse legittimo*, cit., p. 541 ss.).

⁶⁹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁴, cit., p. 94. Dello stesso autore v. *Sulla natura giuridica*, cit., p. 251 ss., ove si esprimeva una concezione diversa (se è permesso, più 'acerba') dell'interesse legittimo.

⁷⁰ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁴, cit., p. 87 s.

corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità»⁷¹.

Questo parallelo dovrebbe, nelle intenzioni di chi lo ha immaginato, descrivere eloquentemente l'interesse legittimo e in particolare il carattere di eventualità della soddisfazione finale, su cui il privato non può contare con certezza ove si veda tutelato secondo queste forme. Tuttavia, a parere di certa dottrina l'obiettivo testé tratteggiato non è raggiunto: di conseguenza, continuerebbe a destare «perplexità ... il riferimento

⁷¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁴, cit., p. 96. Segue quasi del tutto questa definizione R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, I, Padova, 1987, p. 93, testo e nt. 110. Come noto, è più frastagliata la posizione di M.S. GIANNINI, *Discorso*, cit., p. 273 ss., che avvicina tre diverse specie di interessi legittimi (di legittimazione, procedimentali, legittimi in senso stretto). L'idea costituisce un'originale evoluzione della teoria – seguita molto più da vicino, tra gli altri, da P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, cit., p. 115 ss. (ma ID., *L'aspettativa*, cit., spec. p. 10 ss., precisa il suo distacco dalla tesi di Piras che vuole oggetto del processo amministrativo l'intero rapporto amministrativo) – di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., p. 225 ss., spec. p. 243, secondo cui l'interesse legittimo è «una situazione giuridica soggettiva, strumentale ed attiva» «che sorge solo dopo che l'atto sia stato emanato e sul presupposto del pregiudizio che questo abbia illegittimamente arrecato al soggetto che di quella situazione diventa titolare». Critico su quest'ultimo profilo (che anche a me appare inaccettabile, come vedremo a suo tempo: l'interesse legittimo nasce di sicuro prima della sua lesione) è R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., p. 481 (per il quale – *ivi*, p. 492 – l'interesse legittimo è «l'utilità, il vantaggio garantito attraverso l'uso corretto del potere, non l'interesse a tale uso corretto»). La costruzione di Giannini, di cui ho poc'anzi detto, è ripresa in M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, § 6). Secondo F. LA VALLE, *L'interesse legittimo*, cit., p. 44, nella nostra figura è d'originario diritto, al contempo nella sua pristina configurazione, ma anche nella sua potenzialità dinamica di trasformazione, l'oggetto della tutela. O, per altro verso, il diritto nella pristina configurazione sì, ma anche nel nesso che dinamicamente lo lega al diritto nella nuova configurazione, risultante dalla trasformazione, o all'assenza del diritto, del pari risultante da tale trasformazione». Quest'idea dell'interesse legittimo in un certo qual modo paragonato a un diritto soggettivo dinamico non è distante dalle tesi che pongono quale oggetto dell'interesse legittimo il bene della vita finale: basta sostituire, nell'ambito del passo poc'anzi riportato, la formula 'interesse finale protetto' al termine 'diritto' per rendersene conto. V'è poi da considerare la definizione di L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., spec. p. 156, 226 s., 238 e 262 s., il quale, se oggi parla di interessi legittimi come diritti (ID., *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, cit., p. 935 ss.; v. pure, sempre con parziali modifiche e aggiornamenti rispetto alla tesi originaria, ID., *La considerazione del risultato*, cit., p. 299 ss., spec. p. 304 s. e 344), in quella sede ravvisava nella nostra posizione giuridica una «situazione di vantaggio riconosciuta al soggetto dall'ordinamento riguardo a un bene della vita oggetto di potere, consistente nella pretesa – cui corrisponde un obbligo specifico gravante sul titolare del potere in correlazione con l'interesse protetto come legittimo – ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse in funzione della sua realizzazione» (v. anche ID., *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo [dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale]*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 370 ss.). L'autore, pur sottolineando il ruolo dell'interesse finale e con questo avvinandosi all'opinione del Nigro (tanto che lo studio affermava di situarsi «rispetto ad essa in una posizione di continuità evolutiva»: *ivi*, p. 233), costruiva l'interesse legittimo attorno all'attività della p.a., qualificandolo come pretesa (più avanti, nel definire la nostra posizione giuridica come 'affidamento in un'attività che potrebbe attribuire un bene o non incidere su certi interessi', mi affrancherò dal termine pretesa proprio per dare rilievo precipuo all'interesse finale, sul quale sorge la tutela giuridica, mantenendo però quale oggetto dell'interesse legittimo l'attività della controparte).

diretto ed immediato ... all'interesse al bene della vita, il quale, nonostante la protezione, può fisiologicamente (e non patologicamente) restare insoddisfatto»⁷².

Al fine di superare la critica, si è cercato in tempi recenti di rimodulare la definizione dell'interesse legittimo, continuando a ravvisarne l'oggetto in un bene della vita cui il privato davvero aspira, ma riducendo quest'ultimo ad una *chance* di soddisfazione⁷³.

Con questi brevi cenni può dirsi conclusa la rassegna delle teorie sull'interesse legittimo; è necessario, tuttavia, un ultimo avvertimento.

Dato comune a tutte le tesi menzionate è che l'interesse legittimo «è una posizione correlata all'esercizio di un potere da parte dell'amministrazione (cd. potere amministrativo)»⁷⁴. Questa affermazione, che pure sarà sottoposta a verifica nel corso della presente indagine, tradisce anzitutto la necessità di definire cosa sia potere e soprattutto quale potere sia 'amministrativo'.

Tra i vari problemi che tali nozioni pongono, uno è ancora oggi particolarmente dibattuto⁷⁵: ci si chiede se nell'ambito di un'attività vincolata della p.a. vi sia spazio per un potere amministrativo (e dunque per interessi legittimi del privato) oppure se tale categoria sia esclusiva delle ipotesi in cui il legislatore riservi alla p.a. una discrezionalità per l'appunto amministrativa (o anche tecnica). Non è questa la sede in cui intrattenersi su questi profili: per ora, e fino alla Parte Seconda di questo lavoro, darò per scontato che l'interesse legittimo sorga di fronte a un potere (esistente) dell'amministrazione, in tanto in quanto discrezionale; solo in conclusione affronterò l'ipotesi diversa di potere vincolato (o accompagnato da discrezionalità tecnica).

2. L'interesse legittimo e la risarcibilità in caso di lesione: a) il primo polo

È ora necessario volgere l'attenzione a quella tematica che, per parte della dottrina, ha sancito il punto di crisi definitivo⁷⁶ dell'interesse legittimo⁷⁷, limitandoci ad

⁷² F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 8. Se anche si accetta l'idea che la definizione esposta non riesce a rendere ragione del carattere solo eventualmente satisfattivo dell'interesse legittimo, ciò non toglie che il suo autore si fosse preoccupato di dar conto di tale elemento. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁴, cit., p. 94, infatti, tiene a sottolineare come «non sempre ... l'esercizio del potere soddisfa l'interesse privato, essendo vero solo che la soddisfazione dell'interesse privato (s'intende, l'interesse 'fisiologico' che è quello preso in considerazione dalla norma) non può avvenire che in seguito ed in relazione alla soddisfazione dell'interesse pubblico».

⁷³ D. SORACE, *Diritto*⁶, cit., p. 490; cfr. anche A. ZITO, *L'ambito*, cit., p. 81 s.

⁷⁴ A. TRAVI, *Lezioni*⁹, cit., p. 54.

⁷⁵ Cfr. soprattutto A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 ss. Riprenderò il tema nel § 1, del Capitolo terzo, Parte Seconda.

⁷⁶ Cfr. A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento*, cit., p. 999 ss.

accennare alcuni degli aspetti che negli ultimi quindici anni sono divenuti d'attualità nel discorso giuridico. Da quindici anni, per l'appunto, poiché quella sentenza 500 del 1999⁷⁸ della Corte di cassazione, che pure ha posto fine al dibattito⁷⁹ sulla risarcibilità

⁷⁷ Cfr. C. MARZUOLI, *Un diritto*, cit., p. 136: «superata la pregiudiziale della non risarcibilità ..., la sopravvivenza dell'interesse legittimo diviene oggetto di ampio e vivace dibattito». Più in generale, osserva ID., *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 33, che «la giurisprudenza in punto di risarcimento del danno dimostra come possano essere diversi i risultati a seconda che si ragioni, con riferimento alla risarcibilità dell'interesse legittimo, in base a una nozione di interesse legittimo intrinsecamente diversa dal diritto soggettivo oppure no». V. pure A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 1 ss., ove si sostiene che il nuovo rapporto tra amministrazione e cittadino sia il frutto, oltre che del «riconoscimento di una tutela risarcitoria», anche delle «innovazioni processuali» e in particolare dell'introduzione, con il secondo correttivo, nel codice del processo amministrativo di una domanda (e, a valle, di una sentenza) di condanna, e della «previsione di un nuovo modello di procedimento, che ha introdotto una dialettica col cittadino prima del provvedimento».

⁷⁸ La sentenza Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500 è stata pubblicata sostanzialmente su tutte quasi tutte le riviste giuridiche più importanti ed annotata da svariati privatisti ed amministrativisti, tale è stata la sua importanza (e tale è quella che oggi ancora riveste). L'elenco più completo delle note redatte probabilmente si trova in E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Bruscutta, F.D. Busnelli, Torino, 2001, p. 322 ss., nt. 2.

⁷⁹ Mentre, fino a quel momento, il dubbio atteneva ancora alla risarcibilità o meno dell'interesse legittimo. I punti che storicamente hanno ostacolato il riconoscimento di tale risarcibilità erano, come già negli anni Sessanta notava un illustre studioso, numerosi: «la strada per perseguir[e tale riconoscimento]: a) ha un fondo quanto mai labile e scivoloso, costituito dall'interpretazione affatto gratuita, o dalla vera e propria forzatura, di alcune disposizioni di valore basilare, giacché si tratterebbe di intendere l'art. 2043 c.c. come se non dicesse questo, o l'art. 28 della Costituzione come se dicesse quest'altro; b) costeggia un precipizio, per l'imprevedibile aggravamento della responsabilità dell'amministrazione», che ne potrebbe derivare; c) e, soprattutto, ad un certo punto incontra un ostacolo, che potrebbe essere rimosso soltanto con lo scardinamento del sistema della discriminazione di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo» (le parole sono, in realtà, di E. GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi? Tentativo di impostazione del problema ... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 217 s., che così sintetizza l'Introduzione al tema di G. MIELE, pure questa negli *Atti* citati, p. 3 ss., spec. p. 16 ss. e 21 ss.; che queste fossero le questioni più importanti lo denunciano anche A. ZITO, *L'ambito*, cit., p. 84 s., e R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010, p. 4 ss.; v. pure A. ROMANO TASSONE, *I problemi*, cit., p. 36 ss.). Al tema veniva dedicata attenzione a partire dagli anni Sessanta, in concomitanza con il moto apertosi nel diritto civile e volto a reinterpretare l'art. 2043 c.c. in senso più protettivo per il danneggiato: in particolare, si debbono rammentare la monografia di U. FRAGOLA, *Studio introduttivo sulla risarcibilità degli interessi legittimi*, Firenze, 1960, e un importante Convegno, che radunava sia amministrativisti, sia civilisti (tenutosi a Napoli nell'ottobre 1963; gli *Atti* sono quelli poc'anzi menzionati, e tra i contributi ivi raccolte spiccano, ai nostri fini, quelli di Miele, Abbamonte, Alessi, De Valles, Favara, Foligno, Umberto Fragola, Giuseppe Fragola, Montesano, Nicolò e Rodotà, Sandulli, Scognamiglio, nonché, tra gli interventi, quelli di Miele, Gasparri, Satta, Santoro-Passarelli, Cariota Ferrara, Branca, Pugliatti, Nicolò, Sandulli, Giannini), ove si faceva strada – pur nella fortissima diversità delle voci – l'idea che «la pubblica amministrazione ..., se ha sbagliato, deve rispondere come qualsiasi altro soggetto» (cfr. U. FRAGOLA, *Osservazioni alla «introduzione al tema» del prof. Giovanni Miele*, negli *Atti* citati, p. 166). Tra le opere pubblicate nel corso di anni successivi vanno rammentate quelle di F. SATTA, *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 29 ss., e di E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 100 ss. (ma il testo riproduce quello d'una edizione provvisoria, stampata in Milano nell'anno 1963, secondo l'informazione dataci dall'autore stesso). Nel

decennio successivo vanno ricordate in particolare le monografie di E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Milano, 1984, e di S.A. ROMANO, *Il cosiddetto 'risarcimento degli interessi legittimi'*, Roma, 1984. Proprio in quegli anni, poi, si teneva una tavola rotonda, intitolata a *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, i cui *Atti* sono stati pubblicati in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1671 ss. (cui partecipavano, tra gli altri, Nigro, Bile, Andrioli, Sandulli, Azzariti, Corasaniti, Nicolò Lipari), da cui, nuovamente, usciva l'auspicio verso il riconoscimento giurisprudenziale della risarcibilità in caso di lesione di interessi legittimi (v. per tutti N. LIPARI, *Relazione*, in *Atti della tavola rotonda sul tema «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»*, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1706). La giurisprudenza, dal canto suo, si atteneva ferma al principio dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi (cfr. già Cass. civ., Sez. I, 15 aprile 1958, n. 1217, con motivazioni processualistiche – si osservava infatti che «se l'atto amministrativo fu lesivo solo di un interesse legittimo e non anche di un diritto soggettivo, manca la *causa petendi* necessaria perché il giudice ordinario possa conoscere dell'azione di risarcimento del danno, che il privato assume essergli derivato dall'atto illegittimo; cioè il privato non si presenta titolare di azione, nei confronti della pubblica amministrazione, neppure ai fini limitati del risarcimento del danno» – e sostanziali – «la risarcibilità del danno è condizionata alla ingiustizia del danno stesso nel senso che questo deve presentarsi conseguenza della lesione di un diritto soggettivo del danneggiato, il quale ultimo cioè deve essere titolare di una situazione giuridica che la legge protegge direttamente e che il fatto illecito altrui ha violato»), pur ammettendo «la possibilità di un'azione risarcitoria nel caso di affievolimento, poscia dichiarato illegittimo, di un diritto soggettivo. In tal caso, infatti, l'annullamento dell'atto illegittimo, che a torto aveva, affievolendolo, degradato il diritto in interesse, provoca il ripristino della pienezza del diritto stesso con efficacia retroattiva, e quindi legittima la richiesta di risarcimento del danno cagionata dalla arbitraria compressione dell'originario diritto soggettivo» (così sempre Cass. civ., Sez. I, 15 aprile 1958, n. 1217; in dottrina, oltre al citato contributo del Guicciardi al Convegno napoletano del 1963 – in linea con la ricostruzione processualistica dell'interesse legittimo offerta dall'autore, che coerentemente dunque finiva per escluderne la risarcibilità [cfr. A. ROMANO TASSONE, *I problemi*, cit., p. 37] –, v. pure F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, p. 48 ss., testo e nt. 49, il quale sottolineava come [nell'ordinamento italiano del tempo] il provvedimento illegittimo potesse essere considerato, per l'appunto, difforme da un modello legale, ma non fonte di un pregiudizio ingiusto, salvo precisare come, «una volta rimossi gli effetti giuridici del provvedimento, e ristabilito il medesimo diritto [soggettivo] con decorrenza *ex tunc*, la lesione dell'interesse, valutata alla stregua di questa situazione soggettiva, si [sarebbe rivelata] ingiusta»: occorreva dunque «assicurare la reintegrazione, mediante un *facere* dell'amministrazione (restituzione in senso ampio) o il risarcimento del danno»). L'idea, come vedremo, non è corretta, com'è errata la teoria dell'affievolimento: non è l'esercizio del potere che degrada il diritto in interesse, ma è l'esistenza del potere che rende irrilevante la situazione giuridica di diritto (sia prima, sia dopo l'esercizio del potere). La posizione dei giudici italiani rimase per anni ferma (cfr. F. BILE, *Relazione*, in *Atti della tavola rotonda sul tema «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»*, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1683 ss.): solamente si ammise il risarcimento anche ove a esser affievolito fosse stato un diritto 'derivato', ossia assegnato dalla p.a. con un suo provvedimento (così Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 1979, n. 5145; quello stesso anno, tra l'altro, le Sezioni Unite ammettevano il risarcimento per lesione di un interesse legittimo di diritto privato, con la nota sentenza Cass. civ., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688: v. E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998, p. 57 s., e pure F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 17). La fissità della giurisprudenza, d'altro canto, stonava alquanto rispetto alle aperture concesse nel diritto privato, ove venivano ritenuti risarcibili in sede aquiliana (oltre agli interessi legittimi privatistici, come ho appena scritto) i diritti di credito, a far data dal caso Meroni, e anche altre posizioni (di dubbia cittadinanza nell'ordinamento), come le semplici *chances* (cfr., con riferimento alle iniquità cui portava il mancato risarcimento in tema di aspettativa edificatoria, C. SALVI, *Aspettativa edificatoria e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 221 ss.). Ma, secondo quanto osservato C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 49, «come le poesie possono essere scritte anche dai poeti, le novità dell'ordinamento possono pure essere rutto dell'opera del legislatore»: così va ricordato l'influsso, sulla nostra problematica, che ha avuto l'approvazione di alcune disposizioni. Si tratta, in particolare, dell'art. 13, l. 142/1992, che recepiva la direttiva 89/665/CEE, prevedendo che «i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture e delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno», e precisando inoltre che «la

domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo» (la disposizione è stata poi abrogata nel 1998; v. soprattutto A. ROMANO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi ed opere pubbliche*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998, p. 138 ss.). Scriveva, a tal riguardo, A. ANGELETTI, *Ordinamento comunitario e diritto interno nel progetto di riforma del processo amministrativo: la tutela dei diritti e degli interessi*, in *Giur. it.*, 1992, c. 368 ss.: «i due problemi enunciati, e cioè quello relativo ai diritti comunitari divenuti interessi nel diritto interno e quello della effettività di tutela delle situazioni giuridiche comunitarie si saldano, giacché nel nostro ordinamento tale effettività di tutela (*in primis* il risarcimento del danno) è particolarmente carente proprio nell'ambito del giudizio sugli interessi legittimi, mentre questi ultimi, ove nascono dalla legislazione comunitaria, ne possono postulare invece l'esistenza e, in particolare, esigere la risarcibilità dei danni provocati dalla loro lesione». L'ipotesi in parola, in effetti, era proprio quella di un risarcimento in caso di lesione di un interesse legittimo pretensivo (v. M. FRANZONI, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 274 ss., spec. p. 286). La Cassazione, tuttavia, riteneva che la fattispecie non poteva essere interpretata analogicamente: il principio comunitario rimaneva, quindi, confinato entro i limiti in cui era stato recepito dalla l. 142/1992 (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667: qualcosa di simile, come vedremo, accade oggi con riferimento al problema della colpa della p.a. in caso di lesione di interessi legittimi); e questo avveniva, ancora, nonostante le contrarie indicazioni di buona parte della dottrina (v. per tutti G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, p. 4 ss.; R. CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale della p.a. per lesione di interessi legittimi e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1991, p. 1040). A dire il vero, l'ordinamento comunitario spingeva quello interno a riconoscere il risarcimento per lesione d'interessi legittimi anche per altre vie: ossia, non solo imponendo una piena ed effettiva tutela per quei 'diritti' comunitari, anche ove essi divenissero 'interessi legittimi' nell'ordinamento italiano, ma pure prevedendo (con la notissima sentenza Corte Giust. CEE, 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franovich c. Repubblica italiana*, su cui v. soprattutto A. BARONE-R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 146 ss., nonché G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, *ivi*, c. 150 ss.; v. pure, tra tutti, A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 745 ss., nonché ID., *Diritto dell'Unione Europea e tutele nazionali. La responsabilità civile degli Stati*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 318 ss., e di recente C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013, oltre ovviamente alla sentenza Corte Giust. CEE, 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, che ha esteso il principio di responsabilità anche alle violazioni del diritto comunitario compiute da un organo giurisdizionale nazionale) la responsabilità dello Stato per i danni derivanti ai privati per il mancato recepimento delle direttive non immediatamente efficaci (come nota E. SCODITTI, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in *Foro it.*, I, c. 1863, il rilievo della sentenza si rende evidente «nel momento in cui ci si debba calare nell'ordinamento interno»: «allora emerge una situazione d'interesse legittimo risarcibile, nell'ipotesi si classifichi in questo modo la posizione soggettiva nei confronti degli obblighi dello Stato verso le direttive comunitarie, e, comunque, indipendentemente dalla qualifica della situazione soggettiva, il trattamento ineguale che la giurisprudenza riserva alla lesione di interessi legittimi da parte dell'azione amministrativa rispetto alla vicenda evocata dal caso *Franovich*», v. pure G. PONZANELLI, *L'Europa*, cit., c. 154; a mio avviso, e pur non potendo approfondire il tema, si tratta effettivamente di un caso di interesse legittimo pretensivo, diverso dall'ipotesi in cui lo Stato vincoli – senza residui di discrezionalità – una p.a. a provvedere in un certo modo, favorevole, verso un privato – si tratta, qui, di diritto di credito, come dirò oltre –: il fatto è che, da un lato, vi è una certa discrezionalità nel recepire le direttive; dall'altro, l'obbligo di recepimento dello Stato si situa di un piano diverso – addirittura in un ordinamento diverso – rispetto a quello in cui sorge l'interesse legittimo [proprio questo ha indotto a parlare di un'obbligazione dello Stato di 'indennizzare': cfr. E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 174 ss.]. Un ulteriore, importante, intervento legislativo si è avuto con il d.lgs. 80/1998, il quale ha devoluto intere materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (come noto, provocando negli anni a venire la decisa reazione della Corte costituzionale) e ha previsto che «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto» (cfr., a tal proposito, C. GALLUCCI, voce *Responsabilità civile - V) Tutela aquiliana degli interessi legittimi*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001,

degli interessi legittimi, ammettendola nell'*an*, ha contemporaneamente sollevato una miriade di altre questioni, che attendono ancora risposta dalla dottrina⁸⁰.

Chiusa (forse solo apparentemente) con il codice amministrativo⁸¹ la stagione in cui la dottrina si è interrogata sulla pregiudizialità dell'annullamento dell'atto lesivo, le

p. 9; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 818 ss.). Altre innovazioni legislative, poi, ebbero un ruolo nel processo che ho esaminato: ma porterebbe troppo lontano considerarle tutte. Debbo solo avvertire che negli anni Novanta, in concomitanza con le modifiche legislative di cui ho parlato, è fiorita una letteratura vastissima (sterminata) sul nostro tema (vedine un assaggio in C. GALLUCCI, voce *Responsabilità*, cit., p. 18 s.), cui è stato anche dedicato un altro importante Convegno (svoltosi a Varenna nel settembre 1997; vedine gli atti in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998; importanti soprattutto le relazioni di Abbamonte, Follieri e Giacchetti; sempre a Varenna, undici anni più tardi, si teneva un ulteriore noto Convegno, i cui atti sono raccolti sotto il titolo *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Milano, 2009; molto interessanti le relazioni di Falcon – che ho citato dall'edizione comparsa su *Dir. proc. amm.*, col titolo *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo* –, Saltelli, Corso, Fracchia e Pagni). Sul finire del secolo i tempi sembravano davvero maturi per il *revirement*; pure la Corte costituzionale riteneva che si fosse di fronte a un «problema di indubbia gravità e di particolare attualità» (si tratta dell'ordinanza Corte cost., 8 maggio 1998, n. 165), mostrandosi, seppur implicitamente e quasi velatamente, incline a riconoscere la risarcibilità degli interessi legittimi a prescindere da qualsiasi dichiarazione di incostituzionalità (cfr. A. ANGELETTI, *Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte costituzionale: un'ammissibilità rinviata a miglior occasione*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1929 ss.), mentre la Cassazione era già arrivata a riconoscere la responsabilità della p.a. ove il danno fosse derivato da un reato (Cass. civ., Sez. I, 11 febbraio 1995, n. 1540; cfr. anche D. D'ORSOGNA, *Danno 'da reato' e comportamento illegittimo dell'amministrazione: verso l'ingiustizia' dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 365 ss.) e, in un'occasione, si era espressa per l'inadeguatezza dell'orientamento consolidato (lo ricorda M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2274 ss.; v. pure S. PALMIERI, *Lesioni degli interessi legittimi: la Cassazione alle soglie di una svolta epocale?*, in *Danno resp.*, 1997, p. 60 ss.; si tratta di Cass. civ., Sez. I, 3 maggio 1996, n. 4083). Per uno scorcio sul processo che ha portato alla sentenza n. 500/1999, cfr. R. CARANTA, *Responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 930 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento*, cit., p. 4 ss.; C. GALLUCCI, voce *Responsabilità*, cit., p. 4 ss.; B. DELFINO, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: verso una soluzione 'sistemica'*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 504 ss.; P.G. MONATERI, *Responsabilità extracontrattuale. Fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 701 ss.

⁸⁰ Lo notava già D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 183.

⁸¹ Cfr. l'art. 30, comma 3, e l'art. 124 cod. proc. amm. In realtà, alcuni punti sono ancora discussi: cfr., ad esempio, G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile*, cit., p. 819 ss., spec. p. 834 ss. e 840; C. CASTRONOVO, *La 'civiltà' della 'civiltà'*, cit., p. 656 ss. La nuova disposizione, a mio avviso, non ha contenuto innovativo quanto alla preminenza del rimedio specifico: nel senso che già prima si sarebbe dovuto ritenere che, in presenza del rimedio specifico, solo questo sarebbe potuto essere attivato per avere una reintegrazione piena; altrimenti, il privato si sarebbe dovuto accontentare di un risarcimento (senza, però, limitazione alcuna), inevitabilmente per equivalente (non potendosi aggirare, tramite l'art. 2058 c.c., la perdita o la preclusione di un rimedio specifico). La previsione però innova nel sancire (per quanto un po' velatamente) che vi è un vero e proprio onere, sostanziale, di agire in giudizio: in mancanza di azione saranno risarcibili solo quei danni che, comunque, avrebbero trovato ristoro solo ai sensi dell'art. 2043 c.c. Non solo la giurisprudenza tradizionalmente (G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006, p. 924) esclude una tale applicazione dell'art. 1227, comma 2, c.c., ritenendo che tra gli oneri del danneggiato non figuri quello di proporre un'apposita azione in giudizio (o, ancor meno, un'istanza cautelare); ma, per di più, nell'ipotesi disegnata dal nuovo art. 30, comma 3, cod. proc. amm. il danneggiato ha addirittura un onere di far venire meno (per quanto giuridicamente) il danno evento, così evitando che esso si propaghi verso il futuro: gli oneri di collaborazione per diminuire le conseguenze negative del danno sono qui quanto mai estesi, fino a

snaturarsi parzialmente. Non sarebbe sufficiente un invito alla p.a., come pur si è prospettato in dottrina; il danno-evento, in virtù della nuova disposizione, si è ormai oggettivizzato, e resta nella (sola) disponibilità del privato provvedere a rimuoverlo *attraverso il solerte esperimento delle azioni in giudizio*: ecco, qui, la portata innovativa della norma. Non si può sottacere, però, che una tale interpretazione del rapporto tra rimedi fosse già apparsa in dottrina (cfr., ad esempio, C. VARRONE, *La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di risarcibilità degli interessi legittimi: alcuni equivoci da chiarire*, in *Giur. it.*, 2000, § 6); e, anzi, la decisione Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, la applica anche per il tempo precedente all'entrata in vigore del codice del processo, ritenendo di fatto che la disposizione non abbia affatto innovato il sistema preesistente. Ma il punto è – ripeto – che la norma, nel sancire questa forma di pregiudizialità sostanziale, e nell'onere il titolare dell'interesse legittimo solo di 'non aggravare il danno' (conseguenza), gli richiede pure di 'eliminare giuridicamente (ove possibile) quello già prodotto' (danno evento). Vero, come nota C. CASTRONOVO, *La 'civiltà' della sentenza*, cit., p. 658, che il danno, una volta arrecato, non può essere eliminato, ma semmai risarcito. Tuttavia, basta considerare un provvedimento come quello di esproprio per rendersi conto che la lesione (danno-evento), qui, non è contestuale all'atto materiale di occupazione del fondo, ma si accompagna al provvedimento stesso, che fa venire meno il diritto di proprietà: e, giacché il danno (evento) qui risiede in una dimensione legale, e non materiale, è ben possibile che l'ordinamento possa eliminarlo (per il futuro), a prescindere da un risarcimento. La diversa logica torna a quella *fictio* precedente al 1999, per cui i danni sarebbero stati arrecati dalla p.a. non con il provvedimento, ma con la sua esecuzione: e, allora, una volta caducato il provvedimento, sarebbero riemersi e tornati risarcibili. Ma così non è: anzi, i danni in parola non sono risarcibili nemmeno *ex art. 2043 c.c.* (essendo scriminati dalla vigenza del provvedimento – che, si badi, non varrebbe però verso i terzi, ove il privato volesse agire dopo l'annullamento del provvedimento contro coloro che illecitamente [senza il consenso dell'avente diritto, ovvero la p.a.] avessero ad esempio distrutto il bene requisito –, e, a monte, dall'eccezione di esercizio del potere, come dirò a suo tempo). Ciò non vuol dire, si badi, che i danni-conseguenza da provvedimento illegittimo siano contestuali alla sua emanazione (ben può essere che la p.a., anziché espropriare, chieda al privato di pagare una somma; oppure che, compiuto l'esproprio, lasci il privato nel possesso del bene); ma ove ciò accada, oppure ove il privato non impugni il provvedimento e così lasci che esso espliciti durevole efficacia, sarà aperta solo la via risarcitoria (eventualmente per un danno futuro: e questo è il danno-conseguenza). Incidentalmente, rilevo che lo stesso deve supporre anche in tema di licenziamento annullabile (ove il danno-evento è arrecato dal negozio stesso) e di contratto annullabile (ove si potrà agire per la tutela di un interesse legittimo precontrattuale, o di quell'interesse legittimo protettivo che sta di fronte, come vedremo, al diritto di credito). Per attinenza, mi soffermo ora sull'art. 1227 c.c.: disposizione che viene di solito vista come relativa, nel primo comma, al nesso di causalità materiale; nel secondo, a quello di causalità giuridica (v. *infra* sul punto). Come noto, le spiegazioni della norma recata nel secondo comma si dividono tra chi ritiene che essa applichi il principio della causalità adeguata (è l'idea, ad esempio, sostenuta da C. SALVI, *La responsabilità civile*², in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2005, p. 254, con alcune precisazioni – per cui le conseguenze evitabili sono «escluse dall'area del danno 'causato'», senza però che l'art. 1227, comma 2, c.c. si limiti a ripetere l'art. 1223 c.c., giacché «una conseguenza può essere 'normale' e tuttavia in concreto evitabile» –; in giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. Lav., 6 luglio 2002, n. 317, secondo cui «il dovere – imposto al creditore o al danneggiato dall'art. 1227, secondo comma, c.c. – di evitare, usando la normale diligenza, i danni che possono essere arrecati alla propria sfera giuridica dall'altrui comportamento illecito, sussiste nei limiti in cui la sua osservanza non si riveli troppo onerosa e non incida in misura apprezzabile sulla propria libertà di azione) e quanti vi vedono invece un rinvio alla correttezza e alla buona fede (anticipando certi concetti, che verranno oltre chiariti, si potrebbe dire che il debitore possa far valere un interesse legittimo nei confronti del creditore di un'obbligazione di risarcire – o di chi potrebbe esserlo nell'*an*, salvo ogni profilo inerente al *quantum* –, se non addirittura lo stesso interesse legittimo di cui è titolare in quanto debitore – potendo, in quanto tale, confidare nella collaborazione creditoria, nei limiti della buona fede: cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, ristampa, p. 69 ss. –: tale interesse legittimo protettivo sarebbe leso dall'attività scorretta della controparte, per la quale sarebbe prevista una sanzione in forma specifica che ricorda un'*exceptio doli*; cfr. per importanti spunti U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 1991, p. 652; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, p. 56; L. BIGLIAZZI GERI, *Risarcibilità del maggior danno e comportamento del creditore (art. 1227, comma 2, c.c.)*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998, p. 986; K. LARENZ, *Lehrbuch des*

Schuldrechts, I, *Allgemeiner Teil*¹⁴, München, 1987, p. 543; la ricostruzione proposta, del resto, evitando di ricorrere al concetto di ‘obbligo di protezione’, supererebbe alcuni dubbi avanzati in dottrina: v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 921; in giurisprudenza cfr. Cass. civ., Sez. III, 23 gennaio 2006, n. 1213, a mente della quale il «comportamento del creditore costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede»); altri infine cumulano «spiegazione causalistica» e «individuazione della *ratio* dell’onere di evitabilità nel principio di correttezza» (M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², in *Tratt. della responsabilità civile Franzoni*, II, Milano, p. 26 s.; D. POLETTI, *Le regole di [de]eliminazione del danno risarcibile*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-III, Milano, 2009, p. 339). Del resto, un dibattito per certi versi (ma non del tutto) analogo riguarda anche il primo comma dell’art. 1227 c.c., la cui interpretazione divide quanti si ricollegano al solo principio di causalità (C.M. BIANCA, sub *art. 1227 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 404 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 237 s.) e quanti invece fanno riferimento al principio di autoresponsabilità (S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, § 15 – ripreso, pur con talune differenze, da G. GRISI, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, in *Contr.*, 2010, p. 617, testo e spec. nt. 20; G. CATTANEO, *Concorso di colpa del danneggiato*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 39 ss.; in ottica parzialmente diversa, tesa ad approfondire il concetto di colpa, v. F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996, *passim*). In ogni caso, anche ove si ravvisi nel 1227, comma 1, c.c. una regola causale, non bisogna dimenticare che nei casi di responsabilità contrattuale (e non aquiliana) i problemi della causalità materiale si declinano in modo peculiarissimo, giacché la responsabilità sorge per la semplice difformità tra condotta tenuta e condotta doverosa (salva la prova liberatoria della non imputabilità). Non posso soffermarmi su questi punti, se non molto brevemente. A dire il vero, a me pare che la spiegazione solo causale dell’art. 1227, comma 2, c.c. non sia del tutto sufficiente a chiarire la previsione: nella causalità (adeguata) può ben figurare il rischio di successivo intervento umano pregiudizievole, o l’omissione di quello necessario, senza che per ciò stesso sia reciso il nesso (nonostante i comportamenti in parola possano costituire violazione della regola di diligenza). In altri termini: individuato il danno evento (con tutti i problemi che si pongono per gli illeciti pluri-offensivi: per i quali anche l’ulteriore lesione, lungi dal restare a livello di danno conseguenza, in presenza degli ordinari requisiti aquiliani dovrebbe andare ascritta, a mio avviso, al primo agente quale danno evento, quanto meno ove si tratti di un aggravamento dello stesso pregiudizio – come avviene per le lesioni fisiche che si traducono nella morte –), tutte le altre conseguenze sono a carico danneggiante, salvo quelle evitabili con diligenza. Il che non val come dire che non sono addebitabili le conseguenze non legate da un nesso di causalità adeguata: così non è, in particolare, tutte le volte in cui sia prevedibile (normale) la mancanza di diligenza. Prima del danno evento, l’evitabilità, che ridondi in anormalità, recide invece il nesso di causalità adeguata; altrimenti, crea un concorso rilevante *ex art. 1227*, comma 1, c.c. L’art. 2055 c.c., invece, non si riferisce con la locuzione ‘medesimo fatto dannoso’ al solo danno evento, ma anche al danno conseguenza: quanto al primo, gli ovvi esempi sono quelli in cui più condotte causano un evento dannoso, senza che la prima sia di per sé idonea a produrlo e la seconda si ponga al di fuori del processo causale normale e prevedibile (secondo la teoria della causalità adeguata; meno ovvi sono i casi in cui la prima condotta ha già leso un bene, e la seconda ne pregiudica uno diverso, ma entrambe vanno unificate in questo secondo – v. sempre salute e vita –); quanto al secondo, v’è da sottolineare che un evento, ascritto in sede di danno conseguenza (in virtù dunque di un nesso di causalità giuridica, ove non rileva – tra l’altro – la colpa o il dolo), e destinato a venire apprezzato secondo modalità diverse a seconda che se ne chieda il risarcimento per equivalente o in forma specifica, può essere imputabile a più soggetti senza che la seconda condotta recida il nesso di causalità. L’ipotesi più palese è quella in cui a concorrere sono soggetti la cui responsabilità è differente: ora a titolo contrattuale, ora extracontrattuale (qui gli eventi di norma non combaceranno, e salvi tutt’al più i casi degli ‘obblighi di protezione’). Sul punto v. soprattutto A. GNANI, sub *art. 2055 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, spec. p. 153 ss. (e però con opinione – p. 163 ss. – tesa a rinvenire un unico fatto dannoso anche là dove più condotte autonome ledono secondo modalità diverse e divisibili lo stesso bene – Tizio ferisce alla gamba; il giorno dopo Caio al braccio – che sostituirei con una ricostruzione in termini di parzialità, sempre ove non si possa stabilire un concorso nell’ambito di un evento ascritto tramite un nesso di causalità anche giuridica, purché sempre adeguata; cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 55). La distinzione con l’art. 1227, comma 2, c.c. può risultare da quest’esempio: Tizio provoca danni all’autovettura di Caio; quest’ultimo la porta da Mevio per le riparazioni, il quale, ritardando l’intervento,

maggiori difficoltà che impegnano oggi gli interpreti attengono alla natura e al *quantum* della responsabilità per lesione di interessi legittimi⁸²: questioni strettamente connesse che rispecchiano *in toto* le indecisioni degli studiosi circa l'individuazione dell'oggetto dell'interesse legittimo, diviso tra i due poli del procedimento e del bene della vita.

Come si è visto, la complessità della figura deriva proprio da questo: qualora si dicessero protetti semplicemente gli interessi procedimentali, si perderebbe di vista il nucleo del problema, giacché il privato aspira a un risultato materiale, e non alla mera legittimità di un'azione amministrativa; viceversa, qualora si ritenesse garantito il bene della vita finale, si commetterebbe un diverso errore, giacché quest'ultimo fisiologicamente non spetta con certezza, ma solo 'eventualmente', al cittadino. È evidente che il disaccordo sulla definizione di interesse legittimo si riflette su questa materia, ove si assiste alla mancanza di consenso su cosa si debba risarcire in caso di lesione della nostra posizione giuridica.

Il tema della risarcibilità degli interessi legittimi – e in particolare degli interessi pretensivi, giacché la maggior parte delle riflessioni ha riguardato nello specifico proprio questi ultimi⁸³ – ha visto contrapporsi in particolare due teorie (forse le più

fa sì che il fermo dell'auto duri anziché una settimana, tre settimane (per ipotesi simili, seppur non sovrapponibili, v. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 32). Ove non si ritenga che la condotta rompa il nesso di causalità, dovrà supporre un concorso con riferimento all'evento connesso alla privazione del mezzo di trasporto; ma nel caso in cui fosse stato lo stesso Tizio a ritardare la consegna della vettura al meccanico, si applicherà l'art. 1227, comma 2, c.c. (con conseguente esclusione totale del risarcimento).

⁸² Problematica così difficile che alcuni autori hanno concluso per riproporre la tesi dell'incompatibilità dell'interesse legittimo con la disciplina del risarcimento del danno, affermando che ad essere risarcibile sarebbero, semmai, altre e diverse posizioni (cfr. oltre nel testo e le note di questo paragrafo). Ciò che dipende, con tutta evidenza, da quel carattere tipico dell'interesse legittimo – o, meglio, dell'interesse legittimo di cui ora ci si sta occupando – legato alla sola eventuale satisfattività del medesimo nei confronti del privato.

⁸³ Tradizionalmente i problemi del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi sono stati risolti in modo molto diverso per ciascuna specie di essi: come ho già detto, la giurisprudenza tendeva già ben prima della fine dello scorso secolo ad ammettere il risarcimento per quelli oppositivi (in realtà, per i diritti riemergenti dopo l'annullamento del provvedimento); anche la dottrina, dal canto suo, aveva sempre ribadito le differenze (anche ove propendeva per la risarcibilità dei veri e propri interessi legittimi, e di ogni specie degli stessi: v. R. NICOLÒ-S. RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 267 s.; A.M. SANDULLI, *Note problematiche*, cit., p. 293 ss., incline però a concedere una risarcibilità meno ampia). Ma il maggior interesse che suscita l'interesse pretensivo ha ancor oggi una sua spiegazione. Il risarcimento del danno, alla luce dell'adozione della pregiudiziale amministrativa in senso forte o debole (com'avviene oggi, alla luce del codice del processo amministrativo), viene di fatto concesso in vista della reiterazione dell'esercizio del potere amministrativo (per il danno da ritardo o da disturbo, in entrambi i casi comprensivo del danno da incertezza), oppure qualora esso non possa più essere esercitato, per essere intervenuta, ad esempio, una nuova normativa (e, allora, il danno comprenderà anche l'intero valore del bene perso, talvolta però solo entro i limiti della *chance*). Orbene, gli interessi pretensivi sono gli unici, in questo scenario, a richiedere complesse indagini prognostiche: di norma, infatti, ciò non accade con riferimento all'interesse legittimo oppositivo (il cui risarcimento, di fatto, non si allontana molto da quanto la giurisprudenza ammetteva pur prima del 1999: v. C. GALLUCCI, voce *Responsabilità*, cit., p. 12; a tal proposito, però, anticipo già che cercherò di offrire una diversa ricostruzione). Ma non è tutto: l'impossibilità di attribuire il bene della

famose), che dottrina e giurisprudenza hanno prodotto e affinato in merito a questo problema⁸⁴.

Il primo gruppo di opinioni, cui afferiscono tutte quelle latamente riconducibili alla *ratio* sottesa alla sentenza n. 500/1999, propendono in genere per la responsabilità aquiliana da lesione di interessi legittimi e, in vario modo, collegano tale violazione al venir meno del bene della vita cui il privato aspira (seppur indirettamente, ossia per il tramite dell'esercizio del potere amministrativo). In un certo senso, chi aderisce a queste tesi ripropone, sotto una nuova luce, le teorie, elaborate in seno alla dottrina amministrativistica più recente, sull'interesse legittimo inteso in senso sostanziale e sul suo oggetto: tanto quelle che lo ravvisano direttamente nel risultato finale, quanto le altre che lo scorgono nella legittimità dell'azione amministrativa, senza però rinunciare a porvi, sullo sfondo, l'aspirazione ultima del privato.

La decisione testé menzionata, cui va fatto risalire, come noto, il *revirement* giurisprudenziale in tema di interpretazione dell'art. 2043 c.c., è esemplare in merito: converrà perciò affidarsi alle sue stesse parole.

Le Sezioni Unite espressamente configurano l'interesse legittimo quale «posizione di vantaggio riservata ad un soggetto e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene», aggiungendo che «ciò che [lo] caratterizza ... e ... distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione»: è evidente l'adesione alle tesi di quel filone dottrinale che, nel paragrafo precedente, avevo trattato per secondo e che

vita oggetto del potere (o, comunque, di esercitare in senso favorevole al privato il potere, ove si ravvisi in questo il bene della vita stesso) si presenta tipicamente proprio nell'ambito degli interessi legittimi pretensivi, e specialmente con riferimento a quelli facenti capo ai partecipanti di una gara (si pensi al caso in cui si ha aggiudicazione e conclusione del contratto e non si ricada in un'ipotesi di potenziale caducabilità dello stesso *ex* artt. 121 s. cod. proc. amm.). Del resto, proprio il fatto che, statisticamente, il caso più probabile di preclusione della tutela caducatoria sia quello delle gare trasparenti con evidenza dall'interpretazione offerta dalla giurisprudenza italiana in merito alla sentenza Corte Giust., 30 settembre 2010, in causa C-314/2009, *Stadt Graz c. Strabag AG*, secondo la quale nell'ambito della disciplina degli appalti il risarcimento del danno è assicurato al privato leso indipendentemente dalla colpa della p.a.: il Consiglio di Stato ha, infatti, osservato che, qualora il contratto stipulato dall'amministrazione non sia caducabile, «il ricorrente che non ottiene direttamente il bene della vita a cui aspira, ossia la riedizione della gara o l'aggiudicazione definitiva, può aspirare alla monetizzazione del pregiudizio subito; se, tuttavia, anche tale ultima via di ristoro venisse resa impraticabile o assolutamente impervia», richiedendo in capo alla p.a. un determinato elemento soggettivo, «il privato rischierebbe di restare sprovvisto di qualsiasi forma di tutela» (Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, ripresa da Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833). Questa preoccupazione non si è posta, con la stessa virulenza, in altri settori dell'attività amministrativa: ma ciò non può che dipendere, a ben vedere, da un giudizio – i cui riflessi possono risultare anche poco condivisibili – di tipo statistico, per cui proprio nell'ambito delle trattative pubbliche è più probabile che al privato sia preclusa l'ottenibilità del bene.

⁸⁴ Le altre tesi che sono state prospettate ne costituiscono affinamenti o specificazioni, e solo talvolta finiscono per allontanarsi da entrambe queste ricostruzioni, recuperandone gli spunti ritenuti più accettabili.

discende dal pensiero di Nigro⁸⁵. A distanza di alcune righe, però, la Corte torna sui suoi passi, precisando: «per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. ... occorre altresì che risulti leso [oltre all'interesse legittimo] ... l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo». In quest'ottica, dunque, l'interesse al bene della vita resterebbe al di fuori dell'interesse legittimo, tanto che la lesione di quest'ultimo non necessariamente ridonderebbe nella lesione del primo; di conseguenza, la Suprema Corte nei fatti si avvicina a quel primo filone di teorie, che prediligono un diverso approccio al problema definitorio e che preferiscono escludere dall'oggetto dell'interesse legittimo il bene finale⁸⁶.

⁸⁵ Non è un caso che la decisione riprenda quasi testualmente la definizione, più sopra ricordata, di Nigro.

⁸⁶ Anche se, a questo punto, la problematica si sposta: non si verte più di risarcimento di interessi legittimi, ma di posizioni varie (forse le fantomatiche *chances*? o l'ancor più misterioso diritto all'integrità patrimoniale, su cui v. S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante*, cit., p. 122 s., nonché ID., *La risarcibilità degli interessi legittimi è in 'coltivazione'*, in www.lexitalia.it/), sino a quel momento nascoste dietro l'interesse legittimo, e finalmente tutelate ex art. 2043 c.c. (non mi soffermo, per ora, sul danno meramente patrimoniale e sul diritto all'integrità patrimoniale, *escamotage* giurisprudenziale che è salito, come noto, alla ribalta con la sentenza De Chirico: v., su tutto questo, il § 4 del Capitolo primo della Parte Seconda). Del resto, se le parole della Cassazione sull'esistenza di un interesse materiale accanto (o, per l'appunto, dietro) all'interesse legittimo sembrano evocare la costruzione di E. CASSETTA, *Diritto soggettivo*, cit., p. 619 s., su cui mi ero già intrattenuto, non posso fare a meno di notare che lo stesso autore, in un'altra opera, ben più recente ma comunque anteriore al 1999, così si esprime: «il problema del risarcimento degli interessi legittimi è un falso problema», poiché in tal caso il privato «si duole della lesione di utilità che ... si collocano su di un piano differente da quello alla pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa e che tuttavia non si identificano con il diritto soggettivo, pur partecipando di alcuni suoi caratteri: trattasi della lesione di *chances* e di probabilità di vittoria». E così continua: «non l'interesse legittimo in quanto tale è dunque risarcibile, ma il bene della vita finale protetto dall'ordinamento anche se privo della consistenza di un diritto soggettivo» (cfr. E. CASSETTA, voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, § 11). Che la tutela riparatoria (e non caducatoria) del privato leso da un provvedimento illegittimo possa essere slegata dal problema della risarcibilità degli interessi legittimi è reso palese dal fatto che, già prima della sentenza n. 500/1999, la giurisprudenza assicurava una tale forma di protezione al cittadino. Difatti – ne ho già parlato, ma vale il caso di ripeterlo – nell'ipotesi di interessi legittimi oppositivi (come nota la decisione stessa), al privato era consentito agire per l'annullamento dell'atto e poi per il risarcimento del diritto, in un certo senso ricostituito all'esito del giudizio amministrativo; restavano però escluse le fattispecie in cui si potevano configurare solo interessi legittimi pretensivi («nonostante gli sforzi di una autorevole dottrina che, a tal fine, aveva tentato di promuoverli a 'diritti in attesa di espansione'», come ricorda anche P.M. PIACENTINI, *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse legittimo*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2011, p. 3345; primi parzialissimi accenni in tal senso già in Re. ALESSI, *Alcune riflessioni sul tema*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 51 s.; v. poi per quest'idea F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 17). Sul punto, poi, cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 1 ss., e A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3222 ss.; *ivi* (c. 3223), in particolare, l'autore afferma che «nella vicenda considerata nella sentenza [n. 500/1999], che la situazione lesa sia qualificata come un interesse legittimo (pretensivo), sembra essere l'effetto di un'illusione ottica». E ancora: «certo, non è un diritto soggettivo pieno. Perché si intravede, allora, che, viceversa, è un'aspettativa di un siffatto diritto» (d'altro canto, non può dimenticarsi che lo stesso studioso – nel meno recente scritto *Interessi legittimi*, cit., p. 180 ss. – finiva per identificare negli interessi legittimi i diritti soggettivi dell'ordinamento amministrativo, ossia protetti dalla norme di

Comunque sia, la sentenza dà voce a quella tesi secondo cui il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo andrebbe collegato alla perdita, per il privato, del bene della vita: dovendosi, in particolare, escludere la riparabilità dei pregiudizi derivanti da mere illegittimità formali o procedurali nel caso di interessi pretensivi e, viceversa, dovendosi sempre risarcire la lesione di quelli oppositivi, quale che sia il vizio di illegittimità del provvedimento.

La decisione affronta il problema della risarcibilità di posizioni giuridiche (quali gli interessi legittimi) che non tutelano direttamente un bene della vita, proteggendolo solo eventualmente e, per così dire, proceduralmente. La Corte si sofferma anzitutto sugli interessi legittimi oppositivi, per i quali «potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere»⁸⁷. Invece, «circa gli interessi pretensivi,

azione, strutturalmente analoghi ai diritti dell'ordinamento generale; e che sempre il Romano, nel suo *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi ed opere pubbliche*, cit., p. 144 e p. 151, collegava il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, prima del *revirement* del 1999, a diritti: e ciò tanto nel caso di provvedimenti ablatori, quanto nei casi di responsabilità della p.a. previsti dalla l. 142/1992, ove si trattava invece di gare pubbliche; l'autore, tra l'altro, concludeva – p. 159 – nel senso che «quello della risarcibilità degli interessi legittimi è un falso problema: perché con la sua soluzione positiva si pretende di raggiungere un risultato ... che può benissimo essere ottenuto per altre vie. Che deve essere ottenuto per altre vie: perché è tratto essenziale della nozione di interesse legittimo la sua irrisarcibilità»; v. pure, analogamente, A. ROMANO TASSONE, *I problemi*, cit., p. 82). Simile, tra l'altro, il pensiero di C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 692 s.; opposto, invece, quello di A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 59, a mente del quale «la vera portata innovatrice della decisione consiste nell'aver ricondotto la questione [della risarcibilità degli interessi legittimi] nel giusto binario, sganciandone gli esiti dalla qualificazione formale dell'interesse protetto in termini di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo, e quindi nel superamento del principio ... della irrisarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi».

⁸⁷ L'idea di fondo, con riferimento agli interessi oppositivi, se non erro è quella per cui a esser leso non è solo l'interesse legittimo, ma pure il bene della vita che ne sta al fondo (identificato con l'interesse materiale, e non con quello a un'attività legittima della p.a. o a un'attività favorevole): ad esempio, leso è l'interesse legittimo e pure il diritto di proprietà su di un bene. Tale diritto, a sua volta, rilevarebbe quale mero interesse di fronte al potere (ossia: esso andrebbe qualificato non come diritto, ma nei semplici termini di 'bene della vita' e, quindi, di 'interesse'); la sua violazione però sarebbe risarcibile, in tanto in quanto l'esercizio del potere, proprio perché illegittimo, non consentirebbe alla p.a. di andar esente da responsabilità (e quest'esito sarebbe imposto proprio dall'aver riconosciuto, in tale interesse, che poi è quello che dà la differenziazione e la qualificazione alla posizione giuridica del privato, un interesse 'legittimo'). Il progresso rispetto alle teorie precedenti è che non si parla più di riespansione della proprietà; semplicemente, l'interesse leso dall'atto è vincente rispetto alla condotta illegittima della p.a., che proprio per questo deve dirsi illecita (ove ricorrano gli altri elementi della fattispecie dell'art. 2043 c.c.; tra l'altro, è proprio questo che consente «per la prima volta la tutela degli interessi oppositivi dei terzi non destinatari del provvedimento»: v. C. GALLUCCI, voce *Responsabilità*, cit., p. 12, e v. la stessa sentenza, che ammette, da un lato, di confermare con la nuova ricostruzione «il precedente orientamento», rivendicando, dall'altro, il merito di averne ampliato «la portata nell'ipotesi in cui siffatta forma di tutela piena [ossia: un diritto soggettivo] non sia ravvisabile e tuttavia l'interesse risulti giuridicamente rilevante nei sensi suindicati»: ma così – anticipo già – si confonde la necessaria qualificazione [e differenziazione] dell'interesse legittimo con la posizione, per l'appunto, di interesse legittimo che si vorrebbe tutelare in via aquiliana). Una visione del genere, che si nutre per larga parte degli studi di Busnelli sulla responsabilità, era già stata *in nuce* avvallata da R. NICOLÒ, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi*

... dovrà ... vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del singolo. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava giuridicamente protetta».

L'*iter* logico⁸⁸ recepisce e sostanzialmente riassume⁸⁹ la tesi che pochi anni prima del 1999 aveva proposto F.D. Busnelli. L'autore aveva sottolineato l'esigenza di limitare la risarcibilità dell'interesse legittimo pretensivo al caso in cui esso avesse espresso «una situazione di affidamento oggettivamente valutabile», e non quando si fosse risolto «in una mera *chance*» di ottenere un provvedimento favorevole⁹⁰. Ciò

legittimi, Milano, 1965, p. 463 ss. Tornerò nel § 4 della Parte Seconda, Capitolo primo, sulla ricostruzione della responsabilità extracontrattuale di Busnelli (e oggi soprattutto in un famoso studio a quattro mani, di F.D. Busnelli ed E. Navarretta).

⁸⁸ Cui in buona parte resteranno aderenti anche i primi arresti giurisprudenziali successivi alla sentenza n. 500/1999: cfr. L. CARROZZA-F. FRACCHIA, *Art. 35 d.lgs. 80/98 e risarcibilità degli 'interessi meritevoli di tutela': prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2000, III, c. 210, secondo cui «da sostanziale – ancorché non unanime – applicazione dei principi» di cui alla nota decisione «consente di individuare elementi a sostegno della qualificabilità come extracontrattuale della responsabilità per lesione (non già di interessi legittimi in quanto tali, ma) di interessi meritevoli di tutela». In tutte, però, rimane quell'ambiguità di fondo, legata al fatto che le decisioni non si limitano a selezionare all'interno degli interessi legittimi un gruppo di essi la cui lesione sarebbe risarcibile, ma continuano a richiedere che, «accanto alla lesione dell'interesse legittimo ('azione *non iure*'), sia ravvisabile pure il *vulnus* ad un interesse differente e meritevole di tutela ('condotta *contra ius*' ...): «ne consegue che non viene risarcita la (mera) lesione dell'interesse legittimo, in evidente contrasto con il significato letterale dell'espressione 'risarcimento della lesione degli interessi legittimi'» (così F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Responsabilità delle amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3361). Tuttavia, secondo A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 273, già queste prime pronunce, a parte un «formale ossequio» alle tesi della Cassazione, in verità si allontanano dal percorso argomentativo che era stato tracciato e fondano il loro ragionamento non tanto «sulla 'meritevolezza' di tutela risarcitoria della situazione giuridica soggettiva dedotta, quando sulla indagine puntuale in ordine al 'danno risarcibile'» (ciò in conformità alla tesi proposta in quello stesso periodo da Scoca, su cui v. *infra*). Di certo, la fedeltà alla sentenza n. 500/99, se vi è stata, è durata ben poco: sia sufficiente, per la sola giurisprudenza della Suprema Corte, rinviare alla rassegna di A. TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500/SU*, in *Foro it.*, I, 2004, c. 794 ss.

⁸⁹ Cfr. A. LUMINOSO, *Danno ingiusto*, cit., p. 74, nt. 39 (ove l'autore nota anche «l'influenza del pensiero di C. Salvi» e «di quello di P.G. Monateri», quest'ultimo con riferimento precipuo alla questione dell'elemento soggettivo dell'illecito della p.a.; v. allora il già menzionato C. SALVI, *Aspettativa edificatoria*, cit., c. 221 ss., nonché P.G. MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043 c.c.: la fine di una regola?*, in *Danno resp.*, 1997, p. 548 ss., spec. § 5, e ID., *La Corte costituzionale e la lesione di interessi legittimi: un prospettive overruling verso una ridefinizione dell'ingiustizia del danno*, in *Danno resp.*, 1998, p. 827 ss.).

⁹⁰ L'ostilità verso la *chance* è stata espressa – lo vedremo a breve – da F.D. Busnelli sin dal 1965, e da allora costituisce quasi un portato di scuola.

sarebbe avvenuto non solo in presenza di un'attività vincolata della p.a., ma anche⁹¹ qualora il privato fosse riuscito a provare di avere «una 'possibilità concreta' di ottenere» il provvedimento medesimo⁹². È da sottolineare, in ogni caso, la rilevanza che riveste l'affidamento⁹³ nell'ambito di questa opzione ermeneutica: anzi, nell'ottica dell'autore, questo elemento – l'«affidamento oggettivamente valutabile» – escludeva la

⁹¹ Questa, a parere di chi scrive, la più corretta ermeneusi del pensiero dello studioso pisano. Non si può evitare di notare, però, che M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000, p. 996 ss., offre una diversa interpretazione: secondo tale autore, la tesi Busnelli porterebbe a ridurre «l'area della responsabilità ... a fattispecie rarissime nelle quali non sussiste alcun potere discrezionale dell'amministrazione in ordine all'emanazione del provvedimento richiesto».

⁹² È la nota tesi della «rete di contenimento» elaborata da F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal 'muro di sbarramento' alla 'rete di contenimento'*, in *Danno resp.*, 1997, p. 269 ss. (le citazioni sono tratte da p. 272 e 273; il virgolettato interno riproduce il testo della direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992). Il criterio distintivo eminentemente concreto proposto per selezionare gli interessi risarcibili si salda, secondo il pensiero dell'autore, con quello astratto legato allo scopo delle norme violate (cfr. F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il 'muro' degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 348 ss.). Tra l'altro, leggendo le pagine dell'autore pisano, si può cercare di risolvere quell'ambiguità accennata poc'anzi: non è vero che ad essere risarcibili non sono interessi legittimi, ma altri interessi a un bene della vita; piuttosto, la sola protezione di un interesse nei termini, per l'appunto, di interesse legittimo non è sufficiente a ritenere riparabile la sua lesione, essendo necessario anche che «l'interesse in questione si sostanzi in «una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva», differenziandosi così, «secondo il suo concreto contenuto», da «una mera aspettativa, come tale non tutelabile»» (cfr. F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza*, cit., p. 344; v. anche R. CARANTA, *Responsabilità per lesione*, cit., *passim*, anche in R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3204 s., secondo cui «la rilevanza ordinamentale del bene della vita, e non la traduzione giuridica della pretesa ad esso in termini di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo, individua dunque i limiti del diritto al risarcimento»; cfr., inoltre, e soprattutto, la lucidissima esposizione di E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 351 ss., anche in *Danno resp.*, 1999, p. 959 ss.). L'autore, però, più di recente ha rivisto la sua opinione, affermando la non necessità di una «rete di contenimento» (v. F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, § 8).

⁹³ Alla critica di R. CARANTA, *Responsabilità per lesione*, cit., p. 930 ss., per cui «il richiamo al concetto di affidamento ... è ... pleonastico rispetto alla già affermata necessità di un giudizio prognostico sulla fondatezza della pretesa ad un bene della vita condotto secondo un criterio di normalità», obietta F.D. BUSNELLI, *La responsabilità*, cit., p. 348 ss., che il «riferimento alla 'normativa del settore' ... deve intendersi come criterio necessario ... ma non sufficiente», essendo un «principio che vale a controllare *a priori* l'astratta rilevanza giuridica dell'interesse leso a fini risarcitori» e che «deve saldarsi con un criterio di giudizio *a posteriori* della meritevolezza di tutela risarcitoria di quell'interesse»: «questo criterio ... si uniforma al principio dell'«oggettivo affidamento»». L'antitesi, però, è solo apparante: per Busnelli il riferimento alla «normativa di settore» si risolve nella semplice verifica della scopo della norma, giacché solo la violazione di norme poste a protezione del singolo (e non di norme aventi mera rilevanza organizzatoria per la p.a.) può dare vita a un'obbligazione risarcitoria; Caranta, invece, non accetta questa distinzione. e inquadra il riferimento di cui s'è detto nell'ambito del giudizio prognostico, quale elemento esclusivo dello stesso, alla luce del quale valutare la «fondatezza della pretesa ad un bene della vita». Così interpretando la decisione delle Sezioni Unite, tra l'altro, lo studioso dà la stura a quell'orientamento che riferisce il giudizio prognostico al nesso di causalità materiale, su cui v. subito dopo nel testo.

necessità di qualsivoglia giudizio probabilistico sulla spettanza del bene della vita, rendendo di fatto inutile e superflua la categoria della *chance*⁹⁴.

Nonostante l'espressa formulazione della decisione⁹⁵, ne è stata proposta una diversa lettura, che ha riscosso consenso anche presso la giurisprudenza degli ultimi anni⁹⁶: quella per cui, nell'intendimento della Corte, sarebbe stato necessario, per il caso di interessi pretensivi, «stabilire se il contenuto del provvedimento sarebbe stato diverso (in senso favorevole all'interessato) qualora l'amministrazione avesse agito secondo diritto». Ciò sarebbe dovuto avvenire per mezzo di un giudizio prognostico «sull'efficienza causale dello specifico vizio in relazione al pregiudizio lamentato»: con la precisazione che si sarebbe trattato di valutazione attinente alla causalità materiale⁹⁷ e, per suo tramite, all'ingiustizia stessa del danno⁹⁸.

⁹⁴ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza*, cit., p. 345 ss. Sul punto, poi, cfr. anche E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 359 s., secondo cui «tolte alcune ipotesi ... in molte altre fattispecie il riferimento alla norma violata non sarà sufficiente a stabilire *a priori* la base materiale dell'interesse legittimo leso Si deve allora ritenere ... che il richiamo alla normativa di settore e alla disciplina applicabile sia primario ma non esclusivo, mentre il suo collegamento con il criterio cardine dell'affidamento oggettivo – di matrice privatistica – evoca la logica della valutazione *a posteriori*». Con l'importantissima precisazione (p. 360, nt. 95) che «da valutazione *a posteriori* dell'affidamento non vuol accedere ad un puro calcolo probabilistico» come invece ha in un'occasione ritenuto la Cassazione (riferimenti nella nt. citata), allorché ha affermato «che la tutela dell'interesse dipenderebbe dalla prova che la possibilità di accadimento «sia superiore al cinquanta per cento». «Viceversa», continua la Navarretta, «tale giudizio porta ad indagare se la violazione della norma nonché le circostanze concrete siano tali da determinare oggettivamente l'affidamento del soggetto leso».

⁹⁵ Cfr. F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, I, 1999, c. 3218, nt. 30, secondo cui «il giudizio di prognosi postuma, in senso proprio, non attiene al nesso di causalità, ma riguarda l'ingiustizia del danno».

⁹⁶ Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1043, e Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751.

⁹⁷ Sulla distinzione tra causalità materiale e giuridica v. G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405 ss., spec. p. 409; E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, p. 18 ss.; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 93 s., 157 s. e 169 (ma l'autore – *ivi*, p. 79 ss., nonché p. 158, nt. 17 – contrappone il nesso tra condotta ed evento ingiusto e quello tra evento e successive situazioni dannose, escludendo che rispetto ai danni, che «non sono una realtà del mondo esteriore», ma piuttosto «consistono in valutazioni economiche di dati positivi o negativi dell'esperienza», possa porsi «un problema causale»); F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 126 ss.; P. RESCIGNO, *Libertà del 'trattamento' sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Padova, 1964, p. 1646 (distinguendo anche le due disposizioni recate nell'art. 1227 c.c.: la prima si riferirebbe al danno-evento, la seconda ai danni-conseguenza); C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1250 (anche per la considerazione secondo cui «i due profili spesso si confondono; ma la distinzione non è labile»); A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 250; D. POLETTI, *Le regole*, cit., p. 297 ss. (che si sofferma anche sul danno inteso come evento e come conseguenza, secondo una contrapposizione normalmente seguita in giurisprudenza: v. in particolare – e pur nell'ambito della discussione sul risarcimento del danno non patrimoniale, che spesso ha portato a notevoli incomprensioni: cfr., anche per l'idea secondo cui Part. 2059 c.c. andrebbe piuttosto riferito a un danno conseguenza, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 53 ss., spec. p. 64 s. – Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184, Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, nonché Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828); M.R. MARELLA, *Il risarcimento per*

equivalente e il principio della riparazione integrale, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009, p. 38; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 15; G. VISINTINI, *Causalità e danno*, in *Contr. impr.*, 2015, §§ 1 ss. (e anche EAD., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*³, Padova, 2005, p. 432 s.). In Germania, sui (diversi) concetti di *Haftungsbegründende Kausalität* e *Haftungsausfüllende Kausalität* v. H. BROX-W.-D. WALKER, *Besonderes Schuldrecht*²⁹, München, 2004, p. 468 e 480; v. pure C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, II, München, 1999, p. 8 ss. La giurisprudenza, dal canto suo, accetta per solito la distinzione (da ultimo cfr. Cass. civ., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, specie. p. 133 ss. del dattiloscritto), ma limita la causalità giuridica rilevante secondo il criterio dell'adeguatezza (più modernamente: della regolarità causale), così in parte contraddicendo il tenore testuale dell'art. 1223 c.c. (che esclude anche le conseguenze 'indirette'; l'osservazione è di G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 901, che poi declina la limitazione di responsabilità di cui alla previsione in parola secondo il criterio di aumento e realizzazione del rischio – *ivi*, p. 905 ss. –), ma instaurando un parallelismo con la causalità materiale e richiamandosi a una tradizione storica (C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, p. 26), che non possono non suscitare adesione (su questi punti v. già E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, p. 136) e persuadere della correttezza dell'operazione ermeneutica svolta (v. C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 252 s.). Non mancano critiche alla distinzione in parola: v. già F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato: perseverare diabolicum (a proposito dei limiti della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 97 ss., E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 134, e P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, p. 21 ss. (pronunciandosi contro la tesi del Gorla, finiva per ritenere dimostrata «l'inaccettabilità della presupposta distinzione tra danno-evento e danni-conseguenze»); poi pure R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Nov.mo Digesto*, XV, 1968, e ora in *Responsabilità civile e danno*, Torino 2010, p. 76 s. (afferma che «siffatta duplicazione del rapporto causale sembra costituire già a prima vista un artificio logico»), S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, V, Torino, 1989, oggi in F. PATTI-F.D. BUSNELLI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, p. 30 s., testo e nt. 25 (rifiuta la «distinzione tra danno-evento e danno-conseguenze, non sembrando possibile concepire una scissione concettuale tra l'evento e le conseguenze dannose»); P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, p. 232 ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 88 («l'art. 1223 in nessun modo può essere inteso come una regola causale»); G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 411 («avremo all'interno del fatto la causalità materiale tra condotta ed evento naturale ed al di fuori di esso, ma dentro la fattispecie, avremo la causalità giuridica che corre tra fatto e danno»); A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, p. 18 (secondo cui il rapporto tra evento lesivo e danno «non è un rapporto causale»); R. PUCELLA, *La causalità 'incerta'*, Torino, 2007, p. 218 ss. (e poi 239 ss.), che ha poi ribadito il suo pensiero in ID., sub *art. 2043 c.c. - Causalità di fatto e causalità giuridica*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 405 ss., spec. p. 411 («il meccanismo elementare volto a scindere, secondo un ordine logico-temporale, causalità naturale e causalità giuridica non appare, pertanto, sempre adeguato: lo è, ragionevolmente, laddove la selezione dei pregiudizi risarcibili riguardi le conseguenze della lesione di uno stesso interesse protetto ...; lo è invece meno laddove il fatto illecito sia il prodromo di distinte lesioni di interessi protetti: qui causalità materiale e causalità giuridica si sovrappongono in un rapporto di reciproco condizionamento»); A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito. Specificità dei rimedi*, Milano, 2012, p. 51. Le obiezioni, su cui non posso ovviamente soffermarmi *ex professo*, non mi paiono insuperabili: attengono per lo più al fatto che talvolta il danno conseguenza si appiattisce su quello evento – il che però, lungi dallo sconfiggere questo concetto, impone di ritenere superfluo l'accertamento di un nesso ulteriore di causalità ove la conseguenza sia insita nell'evento (in altri termini, l'espressione «conseguenza immediata e diretta», apposta al danno emergente e al lucro cessante dall'art. 1223 c.c., individuerebbe sia un legame economico-giuridico, tra l'evento [o gli eventi] e la sua [loro] valutazione economica, in termini monetari, sia un legame causale-giuridico, tra il primo evento, su cui si appunta l'ingiustizia, e i successivi eventi dannosi; v. anche D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-III, Milano, 2009, p. 361, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*³, Padova, 2005, p. 435 e 631, nonché J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 27, Heidelberg, 1993, p. 168) –; al fatto che il danno conseguenza non potrebbe ritenersi 'causato', corrispondendo semmai alla valutazione economica necessaria per valutare il *quantum debeatur* – ma si potrebbe osservare che il danno-conseguenza coincide, per l'appunto, con l'apprezzamento

Una tale prospettiva, a ben vedere, non definisce esattamente la (qualità della) prova incombente sull'attore in sede risarcitoria: in altri termini, non chiarisce se il privato debba limitarsi ad avvalorare la plausibilità di un esito a lui favorevole del

economico delle varie conseguenze negative originatesi con (e dal) danno-evento (si badi, però, che il danno-evento, se così può denominarsi, nel caso di inadempimento e pure di lesione di un interesse legittimo si riduce a una qualificazione giuridica e può addirittura prodursi nel solo mondo del diritto, come avviene nel caso di esercizio abusivo di un diritto potestativo: il che non esclude, però, un successivo nesso di causalità giuridica, tanto più che l'inadempimento, pur identificandosi nella qualificazione di mancata equivalenza tra la condotta dovuta e quella concretamente tenuta, corrisponde comunque a un fatto [a un non-fatto] da cui anche altri fatti [o altri non-fatti] possono originarsi) –; alla circostanza per cui lesioni di interessi diversi, in tempi differenti, sembrerebbero non potersi disporre sui due successivi segmenti della causalità, ma dovrebbero essere attratte tutte al primo (nei casi in cui a una prima lesione extracontrattuale di un interesse se ne accompagni una, temporalmente successiva ed esponenzialmente più grave, di un diverso interesse, potrebbe forse parlarsi comunque da un lato di causalità materiale e dall'altro di causalità giuridica; a voler accogliere la contraria opinione, si può ritenere che il successivo pregiudizio individui il vero danno-evento o addirittura identifichi una ulteriore fattispecie aquiliana [d'altro canto, lo stesso G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., p. 410, non esitava a definire il fatto come «sintesi o unificazione di eventi, compiuta dalla nostra mente in vista di un dato interesse pratico, teorico o storico»; il problema di individuare ed eventualmente riqualificare l'evento si pone anche alla scienza penalistica, specie ove si tratti di condotte che cagionano lesioni fisiche le quali solo al termine di un giudizio si evolvono nella morte della persona offesa: v. E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Tratt. Ubertis-Voena*, 2012, p. 450). Neppure la critica di A. BELVEDERE, *Causalità*, cit., p. 23 s. mi sembra persuasiva: l'autore prende in considerazione l'ipotesi di un medico che, con una puntura, probabilmente causa un'immobilità temporanea, la quale probabilmente causa una paralisi. Quantificate le due probabilità nel 60%, ne verrebbe che la considerazione separata dei due momenti consente di ascrivere la paralisi al medico (aggiungerei: ove la si ritenga 'conseguenza immediata e diretta'); viceversa, quella unitaria non lo permetterebbe, giacché le probabilità si ridurrebbero al 36% ($60/100 \times 60/100$). Il calcolo non coglie nel segno: il vizio sta, a mio avviso, nel non considerare che la probabilità da tenere in considerazione non è quella statistica astratta, ma quella logica: per cui la mera moltiplicazione, da cui risulta un numero inferiore di 50, non recide assolutamente il nesso di causalità, in tanto in quanto resta sempre 'più probabile che non', alla luce di un criterio razionale, che sia stata l'operato del medico a causare il danno finale (quanto all'altra obiezione, relativa agli illeciti plurioffensivi e ai danni 'riflessi', di cui *ivi*, p. 24 ss., v. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 71 ss.) Premetto già che in questo contributo mi manterrò aderente a questa idea tradizionale, individuando, tra l'altro, il danno evento di cui alla responsabilità contrattuale nell'inadempimento in sé considerato (il quale, volendo, attribuisce pure carattere di 'ingiustizia' al danno: v. F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 140, ma *contra* – per l'inutilità di questa qualificazione – C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 456, e C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996, p. 3; e fermo restando che l'inadempimento non è un 'evento', ma semmai la non corrispondenza tra piano della realtà e piano della deontologia, e che tutt'al più esso richiama l'illiceità di una condotta), e il danno conseguenza nelle conseguenze pregiudizievoli ascrivibili *ex art. 1223* (e 1225) c.c. (in ogni caso l'evento inadempimento declina in modo peculiare l'esigenza di individuare un nesso di causalità tra condotta e fatto – e salvi i casi, che vedremo, in cui l'inadempimento in realtà è tale per la violazione degli 'obblighi di protezione': casi in cui, effettivamente, vi è anche in sede contrattuale la ricerca degli elementi della condotta, del nesso di causalità e dell'evento; v. A. IULIANI, *Attività amministrativa e rapporto obbligatorio*, in *Giureta*, 2015, p. 76 –; v. su questo punto C.M. BIANCA, sub *art. 1223 c.c.*², cit., p. 246 ss., spec. p. 249; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 88 e 90, testo e nt. 40 [«una questione causale si pone con riguardo alla violazione di obblighi di protezione ...; ma tale responsabilità contrattuale non è però responsabilità per inadempimento»]).

⁹⁸ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 634 s. (da cui provengono anche le citazioni subito precedenti nel testo al richiamo di nota).

procedimento o, viceversa, se debba dimostrare la probabilità o addirittura la certezza del provvedimento positivo.

Da un lato, potrebbe ritenersi che l'interesse legittimo pretensivo leso sia risarcibile solo in caso di attività amministrativa vincolata, e quindi che il privato debba dare la prova della certezza dell'ottenimento dell'atto favorevole o, in altri termini, della corrispondenza concreta di provvedimento di accoglimento e provvedimento legittimo⁹⁹.

A suo tempo si è volutamente esclusa dall'attuale trattazione la problematica della configurazione della situazione giuridica del cittadino che si trovi dinnanzi a un potere vincolato della p.a.: e, come si sarà inteso, la scelta è stata motivata dall'adesione a quell'orientamento, su cui torneremo a tempo debito, per cui questa posizione avrebbe natura di diritto soggettivo e non di interesse legittimo. Ma, se così è, e se la teoria poc'anzi menzionata fosse corretta, bisognerebbe concludere che il rimedio di cui all'art. 2043 c.c. resta attivabile sempre e comunque solo per diritti soggettivi (con l'inevitabile conclusione che la sentenza n. 500/1999 non avrebbe dato luogo ad alcun

⁹⁹ Cfr. F. FRACCHIA, *Risarcimento danni da cd. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a 'risultato garantito'?*, in *Foro it.*, 2000, III, c. 479 ss. (e cfr. anche le decisioni ivi commentate e riportate per la parte di interesse: T.A.R. Puglia, Sez. I, 4 aprile 2000, n. 1401; T.A.R. Valle d'Aosta, 18 febbraio 2000, n. 2; T.A.R. Puglia, Sez. II, 17 gennaio 2000, n. 169); di recente, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2819. Tuttavia, la maggior parte delle sentenze che hanno formalmente aderito a questo orientamento è stata mossa da comprensibili – e condivise, come si vedrà – esigenze di giustizia sostanziale, tanto che forse esse *plus dixerunt quam voluerunt* là dove hanno risolto in senso negativo «il dubbio relativo all'utilizzo del meccanismo del risarcimento per equivalente nell'ipotesi in cui la posizione del privato non sia a 'risultato garantito'» (...). In effetti esse paiono semplicemente escludere la risarcibilità dell'interesse legittimo qualora l'attività amministrativa debba ancora dispiegarsi, per esempio per essere stato annullato un provvedimento e non essere ancora stato adottato il nuovo atto da parte della p.a. Il risarcimento del danno costituirebbe in questo caso una locupletazione per il privato: ciò che non accade, invece, qualora una fase rinnovatoria sia del tutto esclusa, per essere, ad esempio, intervenuta nelle more del giudizio una modifica normativa che impedisce l'adozione del provvedimento (cfr. sul punto Cons. Stato, Ad. Plen., 3 dicembre 2008, n. 13, che enuncia il principio per cui un'indagine sulla spettanza del bene della vita può essere compiuta solo allorquando al privato è di fatto precluso l'ottenimento del provvedimento cui in origine aspirava, e che ribadisce la regola – pur nel caso specifico derogata, ma a ben vedere per il complesso intricarsi di profili su cui non è il caso di attardarsi – per cui il danno da ritardo, «nel caso di interessi pretensivi, [può] essere apprezzato e risarcito solo in esito al riconoscimento della spettanza del bene della vita che sia stato sancito dal positivo rilascio, in sede di giudizio di ottemperanza, del provvedimento positivo»; il principio è già espresso davvero limpidamente da Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945). Ma vi è di più: anche aderendo a modelli di risarcibilità dell'interesse legittimo diversi da quello di cui si sta trattando nel testo, ed estesi alla riparabilità di lesioni meramente procedurali, è ragionevole escludere che il giudice si possa pronunciare sull'istanza risarcitoria prima del rinnovo da parte della p.a. della sua azione; solo al termine della stessa si potrà infatti quantificare il danno, poiché solo allora si comprenderà se esso dipende dal ritardo di un provvedimento favorevole o sfavorevole o comunque dall'incertezza sull'esito di un procedimento riaperto di fronte al giudice (non potendo, tale risarcimento, in ogni caso essere commisurato al valore del bene della vita perso). In questi casi il giudice non potrebbe sostituirsi con giudizio prognostico all'amministrazione, poiché qui – e non, come si spiegherà, negli altri casi – gli sarebbe impedito dal principio di separazione dei poteri, potendo influenzare indebitamente la p.a. stessa che ancora non ha deciso in via definitiva (v. G. FALCON, *Il giudice*, cit., § 3, ma v. anche nt. 47). Ma su questi punti tornerò oltre; per ora, cfr. anche D. VAIANO, *Quando arrivò non piacque: il danno da 'lesione di interessi pretensivi' e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 231 ss.

revirement giurisprudenziale, ma ad una mera ratifica di quanto già avveniva in precedenza¹⁰⁰, salvo per taluni profili pur non secondari¹⁰¹).

Ma anche a pensare diversamente, e dunque a ritenere sufficiente la prova, da parte del cittadino, di una semplice probabilità o possibilità di buon esito del procedimento, bisognerebbe di nuovo escludere l'attinenza, rispetto al problema del giudizio prognostico, dell'accertamento del nesso di causalità materiale: quest'ultimo, infatti, ammette risposte soltanto positive o negative, e non dubitative o probabilistiche¹⁰². Il carattere 'eventuale' del danno, allora, non potrebbe rilevare in

¹⁰⁰ Lo notano, per esempio, A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 493, e F.G. COCA, *Risarcibilità*, cit., p. 22. Del resto proprio a Orsi Battaglini, come si vedrà oltre, si deve una delle più lucide teorizzazioni sulla natura di diritto soggettivo della posizione del privato dinanzi a un potere amministrativo vincolato.

¹⁰¹ Ad esempio, l'assenza – nel sistema tratteggiato dalla sentenza n. 500/1999 – di qualsivoglia pregiudizialità del giudizio di annullamento rispetto a quello risarcitorio. Lo constata, seppur a fini parzialmente diversi, L. MONTESANO, *I giudizi sulle responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione (dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 585 ss.

¹⁰² Il tema è stato indagato soprattutto in ambito di responsabilità medica: cfr., per esempio, Cass. civ., Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, che ha contraddetto l'isolatissimo precedente costituito da Cass. civ., Sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975 (pur ammettendo un'influenza degli stati pregressi sul piano della quantificazione del risarcimento, rifacendosi in gran parte ad alcuni spunti di M. BONA, *Più probabile che non* e *'concause naturali': se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1657 ss.; v., per una differente soluzione, i *Principles of European Tort Law*, all'art. 3:103, il cui primo comma così recita: «in case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage»; cfr. su questo I. GILEAD-M.D. GREEN-B.A. KOCH, *General Report: Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report*, in *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, edited by I. Gilead, M.D. Green and B.A. Koch, Berlin-Boston, 2013, p. 1 ss.). Il problema dell'apporcionamiento dell'evento in ragione del nesso di causalità materiale, in realtà, non è unitario: da un lato, vi è il caso di più cause in concorso tra loro, ciascuna delle quali idonea a produrre l'evento (solo a questo problema si riferisce G. MIOTTO, *La Cassazione torna sul concorso di cause umane e cause naturali e butta il bambino con l'acqua sporca*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 2505 ss.) oppure idonea e contemporanea all'altra o alle altre (cause addizionali, su cui v. *infra*); dall'altro, vi è quello in cui tra più cause idonee a produrre l'evento non è conosciuta quella che in concreto l'ha cagionato (o se questo è stato cagionato da una sola causa, dall'altra, o da entrambe). Ovviamente, le due questioni possono sovrapporsi (e spesso si presentano frammiste nei commenti dedicati a questa materia): così succede nel caso di omissioni del medico, dove è numerose volte dubbio se il danno subito dipenda dallo stato patologico oppure dall'omissione, alternativamente alla quale potrebbe figurare la sommatoria tra quest'ultima e altre malattie che, incolpevolmente non conosciute e non legate a quella da curare, hanno aggravato l'evento dannoso, o la somma tra l'errore medico e la stessa patologia da curare che però, pur in presenza in un intervento perfetto, avrebbe compromesso in parte la salute del paziente. Quanto all'irrelevanza delle concause naturali (a differenza di quelle umane, la cui rilevanza è dettata dall'art. 1227, comma 1, c.c. e 2055), il principio era pacifico presso la dottrina tradizionale. V. per tutti P. FORCHIELLI, *Il rapporto*, cit., p. 17 e 101 s.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I, Milano, 1979, p. 248; C.M. BIANCA, sub art. 1223 c.c.², cit., p. 268, e ID., sub art. 1227 c.c.², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 420; C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 239 ss. La citata decisione 975/2009, in realtà, ha voluto compiere una doppia operazione: superare questo orientamento, che anche in giurisprudenza era saldo, ed ampliarlo fino a ricomprendere i casi in cui non

solo vi era la concomitanza di un fattore naturale ed umano, ma era pure incerto «in che misura» e addirittura «se, in concreto, a produrre il danno [avesse] concorso un fattore naturale» (così S. GATTI, *Concorso di cause e principio di proporzione*, in *Danno resp.*, 2015, § 7). Ma, se con riferimento al primo profilo la dottrina s'è dimostrata abbastanza aperta, con riguardo al secondo si è allontanata per lo più dal *dictum* della Suprema Corte, chiarendo che «il tema del concorso deve servire non ad un frazionamento del nesso in ragione della maggiore o minore probabilità dell'efficienza eziologica dell'una o dell'altra causa – entro un ragionamento in realtà indifferente all'effettivo concorso di altri fattori eziologici (importa la maggiore o minore probabilità di efficienza del solo fattore umano) – ma a sceverare il grado di efficienza di ciascuna singola concausa entro l'evento» (le parole sono di A. GNANI, *Causa umana e causa naturale in concorso: nuovi possibili scenari dopo le sentenze della Cassazione*, in *Danno resp.*, 2013, § 3). Ciò non toglie che l'urgenza di superare l'ottica *all-or-nothing* nella causalità materiale, che avvertiva la Cassazione nel 2009, sia sentita anche in dottrina sotto entrambi i punti di vista: ora con riferimento alla mera rilevanza di cause naturali concorrenti in misura certa, ora, e più radicalmente, per evitare un rigido giudizio sì-no nel caso in cui non sia facile comprendere l'incidenza causale di un fatto su di un evento, che potrebbe esser stato cagionato anche da altri fatti. Nel primo senso uno spunto figurava già in F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, spec. p. 141 (in merito all'art. 2055 c.c. e all'obbligazione soggettivamente complessa, ma con argomentazioni di portata potenzialmente più generale); oggi v. R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *NGCC*, 2012, p. 189 ss.; ID., *La causalità 'incerta'*, cit., p. 164 ss., nonché U. VIOLANTE, *La responsabilità parziaria*, Napoli, 2004, *passim* (ma spec. p. 65 ss.). Nel secondo senso v. M. CAPECCHI, *Verso la responsabilità proporzionale nell'ambito della colpa medica?*, in *Contr. impr.*, 2015, § 4 (a favore di una «forma di responsabilità civile che può definirsi proporzionale ovvero basata sull'*apportionment of liability*»: «nella quale, cioè, il costo del sinistro gravi sul danneggiante [*rectius*, sul soggetto che ha posto in essere una condotta che ha incrementato il rischio del sinistro] in funzione del grado di probabilità della relazione causale, al fine di ottenere un risultato, in qualche modo, simile a quello cui siamo abituati [nel caso di responsabilità omissiva] con la perdita di *chances*»); v. pure ID., *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012, p. 257 ss., spec. p. 285 ss.; G. COMANDÉ-L. NOCCO, *Proportional Liability as an Application of the Precautionary Principle. Comparative Analysis of the Italian Experience*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2013, p. 2 ss. («we think it is possible to generally define proportional liability as a kind of liability imposed upon a defendant, who by her tortious conduct created a risk of harm to the plaintiff, for only a portion of the risk-related loss that the former suffered or may suffer in the future»); v. anche L. NOCCO, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno resp.*, 2006, § 5, nonché ID. *Il 'sincretismo causale' e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010, p. 247 ss., spec. p. 314 ss., e G. COMANDÉ, *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, a cura di G. Comandé, Milano, 2006, p. 23 ss., spec. p. 66 ss. In questo contributo mi manterrò fedele all'idea tradizionale, tanto con riferimento all'irrelevanza delle cause naturali il cui contributo è noto (seppur questa, anche *de iure condito*, appare oggi non così irresistibile come in passato), quanto con riguardo all'impossibilità di risolvere tramite l'ascrizione proporzionale dell'evento i problemi inerenti al dubbio sul nesso causale (tesi, questa, potenzialmente accoglibile *de iure condendo*, a patto che si accetti di retrogradare l'evento lesivo al pericolo dell'evento, e di spostare il danno come lesione di un interesse al piano delle conseguenze su cui valutare il risarcimento – con il pericolo di rendere riparabili anche voci di danno che, per quanto relativi a interessi di primaria importanza, si traducono in una esorbitante moltiplicazione delle perdite risarcibili: cfr. L. GUADINO, *Esposizione ad amianto e danno da pericolo: qualche riflessione dopo la pronuncia della Cour de cassation sul préjudice d'anxiété*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2620 ss. –; v., ad esempio, M. CAPECCHI, *Verso la responsabilità proporzionale*, cit., § 5.4, ove si parla di «responsabilità per aumento del rischio» – sul principio di precauzione cfr. M.-E. ARBOUR, *A proposito della nebulosa principio di precauzione-responsabilità civile*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 513 ss., nonché L. NOCCO, *Il 'sincretismo causale'*, cit., p. 247 ss.; sulle teorie del rischio, soprattutto con riferimenti di analisi economica del diritto, v. l'arcinoto lavoro di G. CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970, oggi ripubblicato nella traduzione italiana di A. De Vita, V. Varano e V. Vigoriti dal titolo *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 2015, e anche P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961 –); dedicherò nel prosieguo maggiore attenzione alle mitigazioni che offre la categoria della *chance*. Aderisce a quest'approccio in particolare M.

questo ambito, dovendo riemergere *aliunde*. Ciò che avviene, in effetti, ogni qual volta la dottrina (con la giurisprudenza¹⁰³) fa riferimento al concetto di *chance*¹⁰⁴ intesa in senso ontologico¹⁰⁵, ossia quale bene, autonomamente considerato, che rappresenta

BONA, *Più probabile che non*, cit., p. 1657 ss.; ID., *La Cassazione rigetta il 'modello della causalità proporzionale' con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. giur.*, 2011, cit., p. 1679 ss.

¹⁰³ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725 (secondo cui, anche se solo *obiter*, «quando il ricorrente allega solo la perdita di una *'chance'* a sostegno della pretesa risarcitoria ..., la somma commisurata all'utile d'impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura»); Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397; Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2012, n. 3444; Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7593; Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443; Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2006, n. 4634; Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2002, n. 2485.

¹⁰⁴ Anche secondo D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., p. 201, il problema finisce così «coll'avvicinarsi notevolmente se non a risolversi senz'altro in quello ... della risarcibilità della cd. perdita di *chances*».

¹⁰⁵ Sulla *chance* v. soprattutto R. PUCCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 81 ss.; M.F. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata: un itinerario incrementale*, Napoli, 2006; D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*², Milano, 2010; C. SCOGNAMIGLIO, *Le perdite di chances*, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009, p. 219 ss. Il dibattito sulla *chance*, come noto, è oggi vastissimo. Esso riprende un'idea francese (cfr. F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 227), tramite la quale vengono ampliate le maglie del danno risarcibile. Resta però viepiù controverso cosa sia la *chance*, e a quali profili del danno attenga: se consista in un danno emergente o in lucro cessante, se sia un bene in sé (rilevante pure nell'ottica dell'ingiustizia e dell'evento o solo in quella delle conseguenze risarcibili) o null'altro che un modo per provare il nesso di causalità, se possa essere risarcita in ottica extracontrattuale o solo nell'ambito della responsabilità contrattuale. La difficoltà nell'approccio del tema sta, anche, nel fatto che spesso indirizzi diversi si sono sovrapposti, dando vita a opinioni spesso miste, di cui è difficile un incasellamento. La dottrina, inizialmente, aveva per lo più escluso il risarcimento per perdita di *chance* (cfr. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 195 s.). L'idea di fondo (v. in particolare F.D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, IV, 1965, c. 47 ss., spec. 51 s. – ma v. anche ID., *Dopo la sentenza*, cit., p. 346, e ID., *La responsabilità*, cit., nt. 93 –, L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 729; G. VISINTINI, *Trattato breve*³, cit., p. 635; di recente, per la proposta di applicare l'art. 2056, comma 2, c.c. anche a un giudizio di causalità giuridica incerto sull'*an*, D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 393, recuperando uno spunto di F.D. Busnelli) era quella che, nel caso di perdita di *chance*, si sarebbe trattato di un lucro cessante, rispetto a cui il danneggiato chiedeva una diminuzione del rigore della prova: allentamento, però, che non gli doveva essere concesso. Parte degli studiosi si avviava verso una diversa soluzione, proponendo di considerare la lesione della *chance*, in tanto in quanto «esistente e giuridicamente protetta» (A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, c. 1183), quale danno emergente, rivolto a un bene che già faceva parte del patrimonio del soggetto danneggiato (cfr. pure ID., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I, cit., p. 301 s.). L'idea veniva sviluppata soprattutto da M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, il quale (seguito sul punto da F. MASTROPAOLO, voce *Danno - III*) *Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 13), confutata che la *chance* possa essere risarcita a titolo di lucro cessante – in particolare perché non si potrebbe mai dar prova degli elementi costitutivi del medesimo: *ivi*, p. 77 s. –, compie il «passo definitivo per risolvere tale questione», ovvero quel «capovolgimento concettuale per cui la perdita di una *chance* non è considerata un lucro cessante, ma un danno emergente» – *ivi*, p. 86 –. La giurisprudenza arrivava a riconoscere la risarcibilità della *chance* con la decisione Cass. civ., Sez. Lav., 19 novembre 1983, n. 6909, poi seguita da Cass. civ., Sez. Lav., 19 dicembre 1985, n. 6506. Quest'ultima verteva in materia di concorsi privati (e dunque, come vedremo, di interessi legittimi privatistici, di tipo pretensivo positivo); qui il ragionamento parlava, un poco contraddittoriamente, di *chance* come bene già acquisito al patrimonio, di sua risarcibilità in ragione del valore del bene finale ridotto sulla base delle probabilità di ottenerlo, e di necessità che queste ultime

superassero il 50% e, dunque, le probabilità di non ottenerlo. Contraddittoriamente (A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più sì che no: perdita di chance come danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 385; A. DE CUPIS, *Il risarcimento*, cit., c. 1183; V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, p. 213), giacché quest'ultima prova attiene, di per sé, alla dimostrazione del nesso causale, e non del valore della *chance* intesa come bene già acquisito al patrimonio: così che, ove la si richiedesse, si dovrebbe pure propendere per l'identificazione della *chance* con una modalità di prova di codesto nesso causale, tale per cui, una volta offerta, il risarcimento dovrebbe commisurarsi sempre e comunque all'intero (non ridotto alla luce delle probabilità). In altri termini, la prova del 50%+1 ha senso in una dimensione eziologica, dove pure la *chance* sbiadisce come concetto e si confonde con il lucro cessante, in tanto in quanto – però – si adotti la teoria del 'più probabile che non' per la dimostrazione del nesso di causalità (qui: giuridica; quest'idea, però, si è imposta solo negli ultimi anni: v. soprattutto Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619; di recente l'altrettanto nota Cass. civ., Sez. III, 22 ottobre 2013, n. 23933). Tuttavia, come vedremo, questo ragionamento non è fondato, giacché nella *chance* il 'più probabile che non' attiene non tanto alla perdita del bene finale, ma proprio alla perdita della *chance*: e, ciò, anche senza intenderla secondo le teorie ontologiche. Più di recente, e con la nota sentenza Cass. civ., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, la Corte ha preferito aderire alla tesi secondo cui la «perdita di *chances* configura una autonoma voce di danno emergente, che va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, e non alla mera perdita del risultato stesso, e la relativa domanda è domanda diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato» (sull'«ipotesi giurisprudenziale» v. E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in www.judicium.it). Negli ultimi anni, poi, la giurisprudenza di Cassazione ha spesso insistito sull'esistenza di un triplice grado di intensità del nesso causale: rilevante rispettivamente in sede penale, in sede civile tramite le normali tecniche risarcitorie, in sede civile tramite la *chance*, intesa come bene facente parte del patrimonio del danneggiato. La distinzione tra fautori di una linea eziologica (scuola pisana) e propugnatori dell'ontologia della *chance* (Bocchiola, De Cupis e Franzoni) non corrisponde però pienamente a quella tra *chance* come danno emergente o come lucro cessante, giacché vi è pure chi, ammessa la natura causalistica del discorso sulla *chance*, finisce per ritenere che tramite essa si risarciscano perdite afferenti ora al danno emergente, ora al lucro cessante. Né va intesa in senso rigido la posizione giurisprudenziale, per cui la *chance* è un bene. A rigore, si dovrebbe dedurre che il superamento della concezione eziologica (che ha fatto invero capolino, in tempi più recenti, presso il g.a.) porti a ritenere sempre risarcibile la *chance*, a prescindere dal *quantum* di probabilità favorevole. E, tuttavia, non è raro che i giudici (anche qui, pure amministrativi) richiedano una probabilità 'ragionevole', se non addirittura 'superiore al 50%'. Di recente, e su un diverso versante, si è ravvisato nel danno da perdita di *chance* un danno meramente patrimoniale, come tale risarcibile (secondo la dottrina che ha proposto quest'idea) solo in chiave contrattuale: il riferimento va ovviamente a C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 545 s., nt. 212, nonché ID., *Del non risarcibile aquiliano*, cit., p. 322 ss., e ID., *Vaga culpa*, cit., p. 32 s.). L'opinione deriva dal fatto che la lesione della *chance*, che non sarebbe bene risarcibile in via aquiliana alla luce di una lettura stringente dell'art. 2043 c.c., potrebbe avere rilievo solo in sede contrattuale, ove non v'è questione di ingiustizia (volendo, si dirà che l'ingiustizia è già dentro l'inadempimento o la violazione di obblighi di protezione – per chi segue questa tesi –). Aderendo nelle linee fondamentali a questa linea di pensiero, S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 49 ss., sostiene che la *chance* sia risarcibile solo in ottica contrattuale, non rappresentando un bene in sé tutelabile in via aquiliana, e che si riferisca a un lucro cessante, consistendo in una «aspettativa di un risultato probabile» (p. 71), senza che questo però ne faccia discendere l'equivalenza tra perdita di *chance* e perdita del risultato finale (p. 73 s.). Se ben comprendo, il punto è che la tutela in via contrattuale non rende la *chance* risarcibile come bene a sé stante; piuttosto, la violazione della regola contrattuale impone di risarcire tutti i danni, anche quelli afferenti al lucro cessante nella prospettiva della *chance*. E, afferendo al lucro cessante, la *chance* non sarebbe risarcibile aquilianamente nemmeno come danno conseguenza, giacché «il risarcimento in sede aquiliana del lucro cessante comporta la sussistenza del presupposto specifico dell'utilità futura»; mentre in via contrattuale sarebbe riparabile in caso di lesione (e ove la *chance* corrispondesse a una ragionevole probabilità: p. 87 ss.).

una certa possibilità o probabilità di ottenere un risultato positivo¹⁰⁶: la lesione dell'interesse legittimo, comportando un venir meno di *chances* favorevoli, cagionerebbe un danno emergente pari al valore di tali probabilità perse (calcolato tramite un coefficiente di riduzione applicato all'intero valore del bene della vita finale, cui è rivolta l'aspirazione del privato).

A dire il vero, a seconda delle ricostruzioni, viene qui in gioco ora l'accertamento della causalità giuridica (e/o dell'ammontare del lucro cessante), ora invece¹⁰⁷ il concetto stesso di ingiustizia del danno¹⁰⁸ (così è qualora si ritenga che l'azione della p.a. leda proprio e direttamente la *chance*, che rilevarebbe quale bene autonomo e non solo quale misura di un danno emergente provocato dalla lesione di una differente posizione giuridica), o, più normalmente, la valutazione del danno emergente.

Tra l'altro, un autore ha tratto spunto da queste considerazioni per elaborare una nuova definizione di interesse legittimo, concludendo nel senso che «l'interesse sostanziale che è alla base dell'interesse legittimo consiste ... nella possibilità di conservare (nel caso di interessi oppositivi) o di acquisire (nel caso di interessi pretensivi) un bene»¹⁰⁹.

Tutto ciò conferma, dunque, che i rapporti tra lesione dell'interesse legittimo pretensivo e risarcibilità del danno possono essere costruiti tanto ricorrendo

¹⁰⁶ Così parrebbe dalla lettura di F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia*, cit., §§ 3 s. La successiva riflessione dell'autrice (*La responsabilità civile*, cit., p. 73 s.) sembrerebbe recuperare uno spazio diverso per la *chance*, riattraendola al danno emergente. Di recente l'autrice è tornata sul tema (*L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 1 ss.), argomentando una soluzione che però non mi lascia convinto (possibile risarcimento dell'interesse negativo anche per illegittimità nello svolgimento delle gare; su questo però rimando al Capitolo terzo della Parte Seconda).

¹⁰⁷ Così, qualora si ritenga che la lesione di una posizione giuridica non renda risarcibile a titolo di danno emergente la lesione di un bene che è per forza di cose diverso, come – in quest'ottica – parrebbe essere la *chance*. Non che questa prospettiva sia scevra da contraddizioni: difatti, proprio elevando la *chance* stessa a bene avente una sua ontologia, si ricade inevitabilmente nei problemi evocati dal danno da pura perdita patrimoniale: anche su questo cfr. il § 2 del Capitolo terzo della Parte Seconda.

¹⁰⁸ Lo rileva anche D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., p. 229.

¹⁰⁹ Sono parole di D. SORACE, *Diritto*⁶, cit., p. 490. Posso già indicare i motivi che mi inducono a dissentire da questa tesi: essa, in effetti, tiene conto soltanto dell'interesse del privato verso il soddisfacimento eventuale del suo bisogno finale, senza dar sufficiente peso all'interesse del singolo verso le modalità dell'azione in sé considerate (ad esempio la sua puntualità e la sua non contraddittorietà). Del resto, come nota anche G. FALCON, *Il giudice*, cit., nt. 48, non è vero che il privato vede tutelato un suo interesse a una possibilità relativa al bene finale: il privato, viceversa, aspira al bene finale in sé considerato (che, tra l'altro, coincide in prima battuta con la posizione giuridica che deriva da un dato esercizio del potere, più che con il bene materiale che quest'ultima tutela). Inoltre, la *chance* ha un significato nel caso di interesse legittimo pretensivo, ma nessuno (secondo l'impostazione tradizionale, che pur non mi convince appieno) là dove si tratti di interesse legittimo protettivo che si oppone a un potere vincolato. Né si può ritenere, come meglio spiegherò oltre, che in questo caso il privato sia tutelato solo nei suoi diritti e interessi già autonomamente considerati: giacché questo, lungi dal tradursi in una maggiore protezione, finirebbe proprio per rendere irrisarcibili le (eventuali) mere perdite patrimoniali (oppure, richiederebbe di aderire a una certa interpretazione dell'art. 2043 c.c. diversa da quella che farò mia).

all'immagine dell'ingiustizia del danno, quanto confinando il cd. giudizio di 'spettanza' del bene della vita all'accertamento del nesso di causalità giuridica¹¹⁰: nei termini ora della verifica di un danno emergente, ora di un lucro cessante, nel caso in cui si risolve in tal modo la questione della cittadinanza nel nostro ordinamento della *chance*, considerandola cioè in senso eziologico¹¹¹, quale particolare modo di atteggiarsi del nesso di causalità giuridica che lega il danno evento al lucro cessante¹¹².

3. b) il secondo polo

Quanto all'altro gruppo di ricostruzioni, le teorie che ivi trovano posto¹¹³ non si limitano a dare rilevanza, ai fini risarcitori, alla perdita per il privato del bene della vita, inteso quale risultato finale cui il cittadino aspira; viceversa, esse consentono di ritenere riparabili anche altre illegittimità in cui la p.a. incorre, che pur non ridondano in tale privazione¹¹⁴. In termini generali, inoltre, esse ricostruiscono la responsabilità

¹¹⁰ È – ma solo in parte – il pensiero di F.G. COCA, *Risarcibilità*, cit., p. 28. Solo parzialmente, per l'appunto, perché l'autore osteggia comunque il giudizio stesso di spettanza (v. oltre).

¹¹¹ Si tratta di orientamento che, nell'ambito della responsabilità della p.a., non ha molto attecchito: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 674 (secondo cui «l'esame della sussistenza del danno da perdita di *chances* interviene», tra l'altro, «attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, del c.d. 'più probabile che non'»); T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 giugno 2006, n. 1910. Il fatto è che si è preferito fondere le due tesi in una terza, per così dire 'eclettica', in base alla quale sarebbero sì risarcibili mere *chances* di ottenimento del bene, intese quali beni a sé stanti, e pur sempre previa applicazione del coefficiente proporzionale al valore del bene e quindi sua decurtazione, ma solo ove tali *chances* corrispondano a probabilità superiori alla soglia del cinquanta per cento (cfr., tra le molte decisioni in questo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323; risulta dunque spesso incerto se sentenze, che escludono il risarcimento per perdita di mere possibilità, inferiori al cinquanta per cento, di ottenere un risultato favorevole abbiano fatto applicazione di questa terza tesi mista o di quella che riconduce la *chance* a un problema di nesso eziologico: cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797).

¹¹² Su tali questioni non si può che rinviare oltre, § 2, Capitolo terzo, Parte Seconda.

¹¹³ Questa catalogazione, come ogni suddivisione, risente di una certa approssimazione: cfr., per esempio, la tesi di D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., *passim*, che combina per l'appunto la 'pretesa' (al provvedimento) e il giudizio di spettanza del bene della vita (v. *infra*).

¹¹⁴ Come notava A. LUMINOSO, *Danno ingiusto*, cit., p. 77, testo e nt. 46, nella prospettiva della sentenza n. 500/1999 in caso di «illegittimità del provvedimento per vizi meramente formali o procedurali» doveva essere esclusa la risarcibilità ai soli interessi legittimi pretensivi, essendo questa subordinata «alla verifica della fondatezza dell'istanza», «mentre – senza troppa coerenza – per gli interessi legittimi oppositivi» valeva un principio opposto (giacché il risarcimento era collegato «all'illegittimo esercizio del potere senza distinguere tra vizi formali e vizi sostanziali»). Principio non semplicemente opposto, ma addirittura antitetico, si può aggiungere, poiché qualsiasi violazione dell'interesse legittimo oppositivo avrebbe reso ragione di un risarcimento parametrato all'intero valore del bene asportato al privato.

dell'amministrazione in termini contrattuali¹¹⁵ (con quel che ne consegue soprattutto in termini di prova liberatoria dalla responsabilità per inadempimento di un'obbligazione di prestazione, o per violazione di un obbligo di protezione¹¹⁶).

La più raffinata espressione di questo orientamento è rappresentata dalla teorica, applicata al diritto amministrativo, dell'obbligazione senza prestazione; e il nome di riferimento è ovviamente quello di C. Castronovo.

Secondo questo modello di responsabilità, applicato alla p.a.¹¹⁷, l'interesse legittimo andrebbe svuotato fino a ridursi a una situazione meramente processuale¹¹⁸.

¹¹⁵ Come spesso accade, gli estremi si toccano. Ed è così infatti che le teorie che ruotano attorno al primo polo – e che dunque condividono l'ottica della spettanza – potrebbero anch'esse dar adito a una ricostruzione dell'interesse legittimo quale diritto soggettivo pubblico, sul modello tedesco, la cui lesione darebbe forse luogo a una responsabilità contrattuale. Ciò sarebbe favorito da un nuovo assetto della giurisdizione amministrativa, che ne ponesse al centro il giudizio di spettanza, senza limitarlo alla sola questione di risarcibilità dell'interesse legittimo. In questa prospettiva, infatti, si dovrebbe dire «che l'interesse legittimo è il 'diritto' ad un uso satisfattivo del potere giuridico, in quanto questo interesse-diritto esista». Ci si è chiesti, a tal proposito, «se l'ipotesi ... di portare l'interesse legittimo sotto il capitolo della spettanza (del bene o della *chance* di riceverlo), lasciando ad altre nozioni di spiegare le mere facoltà di partecipazione e di impugnazione, non possa indurre a rinunciare alla stessa denominazione di interesse legittimo, per rubricare ogni situazione soggettiva di vantaggio verso l'amministrazione, come fa tra gli altri l'ordinamento tedesco, sotto la voce 'diritti in senso ampio'» (cfr. G. FALCON, *Il giudice*, cit., *passim*). L'autore che tale domanda si è posto, in ogni caso, arriva a una risposta negativa, motivando sulla base di varie specificità dell'interesse legittimo (e in G. FALCON, *La responsabilità*, cit., p. 249 s., precisa che «nell'interesse legittimo esiste ... un profilo di spettanza, ma questa non forma il contenuto di una obbligazione che *a priori* stringa due soggetti, bensì il risultato dell'esercizio legittimo del potere, il quale la definisce»; solo parzialmente antitetica è la ricostruzione di L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 935 ss., che, pur facendo confluire l'interesse legittimo nell'area vastissima del diritto, non limita tale equazione ai casi in cui davvero a un interesse legittimo corrisponde la spettanza del bene finale; cfr., sul punto, nonché per il rimando al contributo di Fornaciari di cui subito oltre, anche P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, nt. 9). Risponde invece affermativamente all'interrogativo M. FORNACIARI, *Lesione di interessi legittimi: risarcimento del danno e annullamento dell'atto*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 348 ss., secondo il quale, «posta la nota distinzione fra atti di rifiuto e atti di ingerenza della p.a., nient'altro, se non appunto un diritto alla produzione dell'effetto è il c.d. interesse legittimo pretensivo che si afferma leso dal primo tipo di atti, ed un diritto alla non produzione dell'effetto quello che, con riferimento al secondo tipo di atti, si qualifica abitualmente in termini di interesse legittimo oppositivo». In ogni caso, le considerazioni testé esposte rendono consapevoli del rischio insito nel ridurre il contenuto di tale posizione giuridica all'interesse a una *chance* (come avviene secondo Sorace), giacché, così facendo, potrebbe diluirsi la specificità dell'interesse legittimo stesso, tanto che esso diverrebbe una *species* del diritto soggettivo. Se ne può dedurre che una definizione dell'interesse legittimo che ne voglia salvare l'autonomia dal diritto soggettivo dovrà porre l'accento sull'elemento della sola eventuale satisfattività (speculare alla necessaria satisfattività del diritto), evitando di ravvisarne l'oggetto in un bene che invece è davvero garantito al privato (come la legittimità dell'azione amministrativa o la stessa *chance* di un provvedimento favorevole).

¹¹⁶ Fin troppo note le differenze tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale (in termini, soprattutto, di prescrizione, onere della prova e applicabilità dell'art. 1225 c.c., invero esteso da taluni studiosi anche alla responsabilità *ex art.* 2043 c.c., come si vedrà oltre). Il punto, comunque, è soprattutto quello della prova liberatoria: spesso, difatti, la giurisprudenza amministrativa ha ricostruito la lesione di interessi legittimi in termini di violazione di un'obbligazione di protezione, proprio al fine di evitare al privato la dimostrazione della colpa della p.a. (cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5453; *contra*, tra le molte, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; più di recente, sulla natura aquiliana della responsabilità per lesione di interesse legittimo, Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833). Si tratta di un profilo che, necessitando adeguato spazio, sarà ripreso oltre.

Viceversa, il rapporto tra amministrazione e privato, in quanto relazione dominata dall'obbligo, in capo alla prima, di comportarsi secondo buona fede, vedrebbe la nascita di una vera e propria obbligazione in capo alla p.a.: ma non un'obbligazione di prestazione, bensì di protezione (per l'appunto, 'senza prestazione').

«Tali obblighi», osserva l'autore, «non nascono dal semplice contatto procedimentale bensì specificamente dallo *status* della p.a., che impone ad essa di agire in maniera legittima. Si crea cioè un affidamento che, in forza del principio di buona fede, fa nascere obblighi di protezione»¹¹⁹. La violazione dei medesimi, allora, impone alla p.a. di risarcire il danno eventualmente cagionato, nella misura dell'interesse negativo («che già da sempre caratterizza la *culpa in contrabendo* come misura dell'affidamento deluso, della quale l'obbligazione senza prestazione ... non è altro che la generalizzazione»¹²⁰). Ivi rientreranno, allora, tutte le «perdite economiche subite in conseguenza dell'illegittimità e, più in generale, della scorrettezza, a prescindere dalla spettanza del bene della vita»¹²¹; ciò non toglie, comunque¹²², che la stessa «perdita di

¹¹⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, soprattutto p. 653 ss. (ma p. 648 ss. per la critica della tesi, già esposta nel testo, di F.D. Busnelli); C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. Dir. Priv.*, 1999, in particolare p. 1268 ss. (e, ancora, p. 1271 in obiezione alla proposta ermeneutica di Busnelli); C. CASTRONOVO, *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 2004, segnatamente p. 78 ss.; gli ultimi due saggi sono anche confluiti in C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 199 ss.

¹¹⁸ Più di recente C. CASTRONOVO, *La 'civiltà'», cit., p. 648 ss., ha parzialmente mutato la sua opinione; ne parlerò nel prosieguo.*

¹¹⁹ C. CASTRONOVO, *Osservazioni*, cit., p. 80. Spesso, però, la giurisprudenza ha equivocato il pensiero dell'autore: tant'è che è invalsa nell'uso l'espressione 'responsabilità da contatto procedimentale' per designare quella contrattuale della p.a. (cfr., sul punto, L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-3, Padova, 2010, p. 128).

¹²⁰ C. CASTRONOVO, *Osservazioni*, cit., p. 84.

¹²¹ Così Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, richiamata dallo stesso C. CASTRONOVO, *Osservazioni*, cit., p. 76 (e poi in *Ritorno*, cit., p. 703).

¹²² Come nota E. SCODITTI, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nell'esperienza giurisprudenziale*, in *www.personaedanno.it*, p. 17, «l'osservazione critica che si vuole fare nei confronti della tesi del contatto procedimentale è che essa lascia in ombra la lesione dell'utilità sostanziale cui il privato aspira. Il rilievo non coglie però che l'utilizzo della categoria dell'obbligazione senza prestazione ... presuppone che di obbligo di prestazione non possa parlarsi perché, in relazione all'utilità sostanziale cui il privato aspira, vige la supremazia della pubblica amministrazione». Perde allora di consistenza il dubbio che si ponevano F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 84, e anche V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 11 (del resto, la preoccupazione, pur presente, appare per lo meno smorzata già in E. CASSETTA-F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 19 s.). Tutt'al contrario, un altro studioso, nel sostenere l'applicabilità la natura *lato sensu* contrattuale della responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi pretensivi (ma, forse, non oppositivi), ha sostenuto l'imprescindibilità, in ogni caso, del giudizio di spettanza del bene della vita, tipico delle tesi del primo polo, declinato però in modo peculiare (come giudizio, basato su un ampliamento dei mezzi istruttori del giudice

chances», intesa quale «danno consistente nell'occasione perduta»¹²³, trovi «luogo adeguato nella responsabilità contrattuale»¹²⁴, poiché si tratta di danno meramente

amministrativo, volto a dimostrare la lesione di una vera e propria 'pretesa di provvedimento', che avrebbe con certezza garantito il bene della vita al privato, alla luce della natura vincolata del provvedimento o della già avvenuta progressione del procedimento: cfr. D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., p. 237 e 258). E ciò, al fine di evitare che, aderendo all'idea del 'contatto amministrativo', si rendano risarcibili perdite patrimoniali che danni, in verità, non sono, e si pieghi la responsabilità civile della p.a. a una funzione sostanzialmente indennitaria, e non più risarcitoria. Insomma, la proposta sarebbe quella di far convivere obbligazione e risarcimento solo in caso di spettanza del bene della vita (per la perdita di quest'ultimo o per il ritardo nell'ottenimento), con esclusione di qualsiasi altro risarcimento per violazioni meramente procedurali: il che, però, porta l'autore inevitabilmente ad allontanarsi dalla teoria dell'obbligazione senza prestazione e a ravvisare l'esistenza di doveri di prestazione, più che di protezione. Il riferimento va a D. VAIANO, *Quando arrivò*, cit., p. 288 s. (ma già, e più ampiamente, D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., p. 216 s., 236 ss., 270 ss. e 291 ss.). Denuncia il rischio che le illegittimità da parte della p.a. diano luogo a una miriade di micro-indennizzi anche R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 702 s. Per far fronte a problemi simili si era mosso il legislatore, conscio della difficoltà di dare prova di danni spesso irrisori, se non addirittura inesistenti: dapprima, nel tempo ancora precedente alla sentenza n. 500/1999, con l'art. 17, comma 1, lett. f), l. 59/1997, rimasto però inattuato (cfr. già D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., p. 213 ss.); oggi, con l'art. 2-bis, comma 1-bis, l. 241/1990, aggiunto dall'art. 28, comma 9, d.l. 69/2013, convertito con modificazioni dalla l. 98/2013. Ma anche da parte dei sostenitori della teoria dell'obbligazione senza prestazione e della sua applicazione nel diritto pubblico si avverte che essa ha bisogno «di un maggiore affinamento teorico soprattutto sul versante, cruciale, dell'individuazione del danno prodotto dal comportamento illegittimo dell'amministrazione» (così F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 700).

¹²³ Riprende questo approccio G.B. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI-G.B. RACCA-M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, p. 133 ss. (le citazioni che seguono sono tratte da p. 187 s. e 210 s.). A dire il vero, secondo l'autrice il risarcimento per «inadempimento dell'obbligo di correttezza» «riguarda l'interesse a non essere coinvolti in trattative infruttuose, o più in generale in rapporti giuridici che, in violazione degli obblighi di protezione e di correttezza, rechino danni». Non sarebbe dunque «risarcibile un ipotetico 'affidamento nella conclusione del contratto', o un affidamento nella emanazione del provvedimento favorevole, bensì la 'tradita fiducia' circa il rispetto delle regole che specificano il comportamento dovuto dalle parti ed in particolare dalla pubblica amministrazione». Così facendo, però, parrebbe da escludersi un risarcimento parametrato sulle *chances* di acquisire un bene della vita: restando riparabile solo la lesione consistente nelle spese sostenute e nelle altre e diverse occasioni perse durante l'iter procedimentale che ha visto la p.a. comportarsi scorrettamente. Tuttavia, nell'ottica della studiosa queste precisazioni valgono solo a individuare il danno nel (solo) interesse negativo, «senza pregiudicare l'entità di tale danno, né i criteri per la sua quantificazione». In materia di appalti, allora, e per fare solo un esempio, mentre «di solito nei rapporti tra privati la struttura delle trattative non consente di prevederne l'esito, sicché l'individuazione del danno è data dalla prova della perdita della possibilità di stipulare – con altri – lo stesso o un diverso contratto, ove con la pubblica amministrazione la differente disciplina (bando di gara) consente di prendere in considerazione la perdita della possibilità di concludere il medesimo contratto in gara e di quantificare il danno in relazione alla perdita di 'quella occasione', l'appalto in gara, non di altre occasioni». Anche in questo caso, allora, non si risarcirebbe «il diritto al contratto, ma in ogni caso la scorrettezza intervenuta, mentre la prova che si sarebbe potuto ottenere l'appalto sarebbe rilevante solamente ai fini della quantificazione del danno». Come si vedrà nella Parte Seconda di questo lavoro, quello di cui viene predicata la risarcibilità è, a ben vedere, proprio l'interesse positivo, mentre la 'possibilità' di una sua prova è legata non tanto alla conformazione della trattativa pubblica, che esplicita i criteri di scelta del contraente (ciò che dovrebbe rendere risarcibile anche identiche lesioni nell'ambito di concorsi interamente privatistici), quanto, piuttosto, alla fonte legale dell'affidamento del privato (ovvero, del suo interesse legittimo pretensivo, per questa ragione anche 'positivo').

patrimoniale», ovvero nient'altro che «l'interesse negativo che nella responsabilità contrattuale misura il danno conseguenza della violazione di una obbligazione senza prestazione, laddove il risarcimento dell'interesse positivo presuppone un obbligo di prestazione e il suo inadempimento»¹²⁵.

Molte sono poi le teorie che si avvicinano a quella ora riassunta, pur senza coincidere *in toto* con essa: di alcune è bene fare un breve cenno.

Anzitutto, un autore, profondamente persuaso dalla teoria dell'obbligazione senza prestazione applicata in campo amministrativo, la ha portata ai suoi estremi, addirittura oltre a quanto aveva previsto lo stesso Castronovo: criticando quest'ultimo soltanto nella misura in cui si era «troppo preoccupato di conservare una nozione di interesse legittimo ben distinta dal diritto soggettivo ..., sì da essere costretto ... a 'risolvere' una concezione (meramente) processualistica dell'interesse legittimo»¹²⁶. Invece, si sarebbe potuto «riporta[re] l'interesse legittimo nella categoria delle obbligazioni senza prestazione»¹²⁷ e, in tal modo, avviarsi verso una sostanziale parificazione¹²⁸ delle due figure¹²⁹.

¹²⁴ A quanto pare, sotto forma di risarcimento dell'interesse negativo.

¹²⁵ C. CASTRONOVO, *Osservazioni*, cit., p. 84 s.

¹²⁶ S. AGRIFOGLIO, *Le Sezioni Unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1252.

¹²⁷ S. AGRIFOGLIO, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 1253. Critico C. CASTRONOVO, *La 'civiltà'*, cit., p. 649, nt. 32.

¹²⁸ S. AGRIFOGLIO, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 1255. Allo stesso tempo, però, l'autore svaluta alcuni profili della teorica nel cui ambito si pone, sostenendo che la lesione di interessi legittimi «meramente formali, o procedurali (ed endoprocedimentali)» non darebbe luogo ad alcun risarcimento nei casi in cui l'amministrazione «elargisce beni e servizi», senza venire «in evidenza come *puissance publique*» (cfr. p. 1259). Si tratta comunque di uno spunto, tra l'altro solo accennato dall'autore, per il momento poco rilevante.

¹²⁹ Invece M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in www.giustamm.it, nell'aderire alla teoria dell'obbligazione senza prestazione applicata alla p.a., propone di rivisitare la tesi che unifica l'interesse legittimo e il rapporto amministrativo. Secondo l'autore «la ricostruzione dell'interesse legittimo come rapporto giuridico ... offre le basi per una considerazione della responsabilità dell'amministrazione non come responsabilità per lesione di una situazione soggettiva, ma come responsabilità per inadempimento o violazione di obblighi la cui fonte è costituita sia dalla legge, ma anche dal rapporto che in relazione al rispetto della norma si genera tra il privato e l'amministrazione. ... Perché si generi la responsabilità per inadempimento di un rapporto di quelli del genere in questione è necessario individuarne la fonte altrimenti rispetto all'obbligazione primaria Questa fonte è stata indicata dalla dottrina civilistica nell'affidamento obiettivo ingenerato in una parte dal comportamento dell'altra». La ricostruzione dello studioso è dunque molto vicina, pur se non interamente sovrapponibile, a quella di Castronovo (cfr. anche M. PROTTO, *Responsabilità*, cit., p. 985 ss., e, con alcune modifiche e con il titolo *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 213 ss.). Si mantiene invece aderente all'impostazione di Castronovo G.B. RACCA, *Gli elementi*, cit., p. 194 ss.

Vi è stato, poi, un certo numero di sentenze¹³⁰ – tra cui la notissima decisione n. 157/2003 del Consiglio di Stato – che, mal interpretando la teoria in parola, la quale costituisce una originale derivazione dal *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*, si sono involontariamente avvicinate all’elaborazione che un altro studioso, in via del tutto indipendente da questa ricostruzione, ha di recente proposto¹³¹.

Davvero eloquente è la sentenza appena menzionata, la quale – pur decidendo secondo il modello della responsabilità aquiliana – trae spunto dalla l. 241/1990 per affermare quanto segue: «dall’inizio del procedimento l’interessato, non più semplice destinatario passivo dell’azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza SS.UU. n. 500/1999 identifica ‘nelle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione’»¹³². E ancora: «l’interesse al rispetto di queste regole, che costituisce la vera essenza dell’interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all’interesse al bene della vita: l’interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali»¹³³. Risulta, allora, del tutto inadeguato il «paradigma della responsabilità aquiliana», alla luce del quale «resterebbero irrisarcibili i danni cagionati da meri vizi formali o procedurali dell’attività provvedimentale»; piuttosto, è da preferire «l’inquadramento degli obblighi procedurali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.)»: con la precisazione, però, che tale modello è «proponibile ... solo dopo l’entrata in vigore della l. 241/1990», e non dunque per i fatti su cui il Collegio in concreto si sarebbe dovuto pronunciare (con conseguente riemersione della responsabilità extracontrattuale)¹³⁴.

Ma è palese il fraintendimento in cui cade la Cassazione: mentre l’obbligazione di Castronovo è davvero ‘senza’ prestazione, quella ipotizzata dal Supremo Collegio è

¹³⁰ Resta fedele all’impostazione di Castronovo, per fare un solo esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945 (che pur risolve, come si vedrà, il caso sottoposto alla sua attenzione applicando la tesi della responsabilità extracontrattuale).

¹³¹ Mi pare che un’idea non molto dissimile sia anche sottesa a F.G. SCOCA, *Attualità*, cit., nt. 4.

¹³² Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157; il caso deciso è lo stesso che aveva portato, in sede di regolamento di giurisdizione, a Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500. Per la giurisprudenza amministrativa, cfr., quale esempio paradigmatico di decisione che in parte cade nell’equivoco di confondere obbligazione senza prestazione e di prestazione, Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, ove si parla – anche se per negare parzialmente l’equazione – del «diniego illegittimo di un provvedimento amministrativo» quale «inadempimento dell’obbligo (contrattuale) all’adozione di un atto conforme all’interesse del richiedente» (anche secondo M. PASSONI, *Responsabilità per ‘contatto’ e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2001, p. 1225, nella decisione si può cogliere un «fraintendimento della teoria della responsabilità da contatto sociale», giacché «il Consiglio di Stato intende ... l’obbligo della pubblica amministrazione come un vero e proprio obbligo di prestazione diretto all’adozione di un atto conforme all’interesse del richiedente»).

¹³³ Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

¹³⁴ Così sempre Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

un'obbligazione – anzi, è un fascio di obbligazioni – ‘di’ prestazione, e non di protezione¹³⁵.

L'equivoco è stato probabilmente indotto da un errato intendimento del ruolo della buona fede nel diritto amministrativo e della costruzione dell'interesse legittimo. La Cassazione pare inquadrala nell'ambito del procedimento stesso, quale obbligo per la p.a. di far partecipare allo stesso il privato (obbligo in parte tradotto in legge a far data dal 1990); tuttavia, è davvero riduttivo limitare la buona fede a una mera fonte integrativa della disciplina dell'attività amministrativa. In verità – ma è un tema che ora posso solo accennare, e che riprenderò a lungo in seguito – l'obbligo di correttezza fa nascere in capo al privato un affidamento a che tutto il procedimento sia svolto dalla p.a. secondo le norme di legge, a prescindere dal fatto che queste ultime impongano o meno la sua partecipazione allo stesso o comunque lo riguardino direttamente. In altri termini, è vero che il «sistema amministrativo ... si avvale in misura sempre maggiore di soggetti privati», ma ciò non c'entra per nulla con la buona fede, intesa quale fonte per la p.a. di un dovere di rispettare la legalità nell'ambito della sua azione (e, come si vedrà, anche la razionalità).

Come accennavo, la Suprema Corte, senza rendersene conto, nell'aderire formalmente – ma non contenutisticamente – alla tesi dell'obbligazione senza prestazione, si avvicina invece e piuttosto ad altri modelli che recentemente hanno costruito la responsabilità quale contrattuale per lesione di un diritto di credito¹³⁶.

In particolare, recuperando quelle prime teorie che configuravano l'interesse legittimo quale interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, un autore¹³⁷ ha

¹³⁵ Del resto lo nota lo stesso C. CASTRONOVO, *Osservazioni*, cit., p. 79 s.; cfr. anche L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 136, e F.D. BUSNELLI, *La responsabilità*, cit., p. 536. La sentenza sembra subire la lunga eco, per questi profili, delle prime teorie che definivano l'interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale, identificandolo nell'interesse alla legittimità. Ecco che, per la Cassazione, tale interesse diviene anche 'pretesa' alla legittimità, tutelabile *ex art.* 1218 c.c. Ma l'equivoco è tipico in giurisprudenza, e talvolta si presenta con ancor maggiore gravità: basti pensare a quella obbligazione di 'prote-stazione', cui ha involontariamente (nelle premesse, ma non nei propositi impliciti) dato vita la sentenza n. 589/1999 della Cassazione (v. C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 706; prima v. ovviamente ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 482 ss.). Avrò modo di parlarne ampiamente.

¹³⁶ Senza dire che in altre occasioni la Cassazione, incorrendo nello stesso errore, si è accostata a un'ulteriore tesi, su cui ci si soffermerà oltre, che taglia il nodo gordiano del problema inerente alla risarcibilità degli interessi legittimi, affermando piuttosto la specialità della responsabilità della p.a. (lo nota M. PASSONI, *Responsabilità*, cit., p. 1225, commentando Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239).

¹³⁷ Se già in A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione*, cit., p. 496 ss., il primo studioso manifestava insofferenza verso la sentenza n. 500/1999, che non ammetteva il risarcimento del danno per violazione, da parte della p.a., di interessi legittimi qualora il pregiudizio non si fosse collegato direttamente alla perdita del bene della vita, e cercava di superare questa ristrettezza confutando la dottrina tradizionale che vuole «l'interesse legittimo ... situazione soggettiva strutturalmente diversa dal diritto soggettivo», è in A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., che l'autore porta a pieno compimento il suo pensiero. Nota la comune polarizzazione della teoria di Castronovo e di quella di Orsi Battaglini anche E. SCODITTI, *Dal contatto sociale*, cit., p. 17 (riconducendo la teoria dello studioso fiorentino a una «corrente più radicale» che «riconde lo stesso esercizio del potere autoritativo nelle maglie del diritto comune»). Un pensiero simile, *in nuce*, è espresso anche da S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*

proposto di slegare definitivamente la definizione di questa situazione giuridica dal bene finale cui il privato aspira, per concentrarla invece proprio sulla legalità dell'agire della p.a. In quest'ottica, allora, «l'interesse legittimo» rispetto al diritto soggettivo non è «tutela minore dello stesso bene, ma tutela uguale di un bene diverso»¹³⁸; anzi, esso stesso è un «diritto soggettivo», proprio «alla legittimità dell'atto», dovendosi «concludere che nessun aspetto 'regolato' del potere discrezionale sfugge alla logica del rapporto, del diritto soggettivo»¹³⁹, e viceversa del «vero e proprio obbligo» per la p.a.

L'operazione che, pur nella loro varietà, compiono le teorie inquadrabili nel secondo polo, in definitiva, è semplice¹⁴⁰: consiste nel costruire attorno all'interesse legittimo (o al suo interno) un obbligo di protezione, oppure nell'indietreggiare l'oggetto di tutela dell'interesse legittimo stesso spostandolo dal bene finale a un bene strumentale (la legittimità dell'azione della p.a.); così facendo, esse finiscono per postulare l'esistenza di un diritto soggettivo di credito¹⁴¹ o di un'obbligazione senza prestazione, nonché la nascita di un'obbligazione risarcitoria in caso di violazione da parte della p.a. delle norme che disciplinano la sua azione. Il risultato è, inevitabilmente, una risarcibilità più ampia della lesione all'interesse legittimo pretensivo; viceversa, minore attenzione è dedicata a quello oppositivo, tanto che gli esiti in quest'ambito delle ricostruzioni testé riassunte spesso non sono esplicitati (del

dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, II, p. 2038. F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, p. 24 ss., mette bene in luce la contrapposizione tra teoria dell'obbligazione senza prestazione e teoria del «provvedimento come prestazione». Ancora diversa, infine, è la prospettiva di M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, p. 190 s., ove si ipotizza «che l'obbligo di adottare un provvedimento rientra[i] tra le *variae causarum figurae* che, ai sensi del citato art. 1173 del c.c., sono idonee a produrre una obbligazione, sicché l'inadempimento di tale obbligo, ovvero l'inesatto adempimento, dà luogo a responsabilità per inadempimento dell'obbligazione assunta dall'amministrazione e non a responsabilità da fatto illecito».

¹³⁸ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 160. E non è un caso che anche questo studioso faccia riferimento, di nuovo, ai concetti di buona fede e affidamento, in particolare per affermare che i privati «non possono non ritenersi titolari di un legittimo affidamento avente per oggetto la puntuale osservanza della legge da parte dell'amministrazione».

¹³⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 169 s. Proprio per questo profilo la ricostruzione di Orsi Battaglini differisce da quella proposta da M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss., a mente della quale sarebbero sì postulabili veri e propri «diritti procedurali» in capo ai privati, come tali tutelabili ex art. 1218 c.c., ma essi conviverebbero «con gli interessi legittimi, sia sostanziali sia procedurali, all'interno delle multiformi vicende del procedimento e del provvedimento amministrativo».

¹⁴⁰ Cfr. *supra*. Non è un caso che A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 160, affermi che il processo in parola discende anche dal confronto con le regole di comportamento privatistiche e con le clausole generali sempre del diritto privato, il quale determinerebbe lo sfaldamento del paradigma amministrativo.

¹⁴¹ A dire il vero anche L. MONTESANO, *I giudizi*, cit., § 6 postula l'esistenza di un'obbligazione di prestazione in capo alla p.a. nei confronti del privato anche in caso di esercizio, da parte della prima, di un potere discrezionale; si tratta però di una tesi che muove da una particolare interpretazione di alcuni dati di diritto positivo, quale per esempio l'art. 4, l. 2248/1865, All. E, su cui per ragioni di spazio purtroppo non mi posso soffermare.

resto, la scelta tra la piena o la parziale riparabilità dipende anche da altre – e differenti – considerazioni, su cui si indugerà nel prosieguo).

4. c) le teorie miste tra dottrina e giurisprudenza

Orbene, così descritti i due gruppi di posizioni teoriche espresse in dottrina e giurisprudenza, non si può sottacere l'esistenza di ulteriori ricostruzioni che occupano l'ampia zona di mezzo tra essi, talvolta venendo attratte e così avvicinandosi all'uno, o all'altro.

In particolare, l'esigenza comune a queste tesi è di recuperare l'interesse legittimo quale fulcro del problema della responsabilità della p.a., evitando la costruzione di un obbligo parallelo in capo all'amministrazione o la stessa definizione dell'interesse legittimo in termini contrattuali; allo stesso tempo, l'aspirazione è di ampliare le ipotesi in cui la p.a., agendo in modo illegittimo, dia luogo anche a un illecito (per lesione di un interesse pretensivo) e perciò sia costretta a risarcire i danni causati¹⁴².

Le argomentazioni adottate, al contrario, sono le più varie. Vi è stato chi ha ritenuto, rimanendo nell'ottica della sentenza n. 500/1999, di poter allargare il concetto di bene della vita, la cui perdita sarebbe necessaria per aversi la nascita di un'obbligazione riparatoria in capo alla p.a.: includendo in esso anche il mero interesse del privato «a che la pubblica amministrazione si comporti secondo buona fede», sussistente «anche nelle ipotesi in cui il soggetto non può vantare nei confronti dell'utilità sostanziale null'altro che una mera aspettativa di fatto» (ciò che si presenta di certo «nei casi di nessuna, minore o, comunque, imponderabile probabilità di successo»)¹⁴³.

¹⁴² Dibattito che, come noto, ha incrociato quello sul danno da ritardo nell'azione amministrativa (cfr. § 2 Capitolo terzo Parte Seconda).

¹⁴³ V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale*, cit., c. 16. Secondo l'autrice, «l'identificazione del bene della vita nell'affidamento del privato consentirebbe di ricondurre il principio di correttezza nell'alveo dell'illecito tratteggiato dalla Suprema Corte». Si potrebbe però obiettare che, così facendo, la ricognizione di un bene della vita, indicata dalla Cassazione quale parametro per individuare le ipotesi di risarcibilità dell'interesse legittimo leso, viene svuotata di importanza, non vedendosi allora ragione alcuna per non risolvere l'affidamento nell'interesse legittimo stesso (come verrà in effetti proposto nel prosieguo della trattazione). Giunge a un risultato simile, seppur per vie argomentative parzialmente differenti, E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 355 ss. L'autrice individua due diverse «basi materiali degli interessi pretensivi», e cioè «da tensione al risultato, in presenza di un affidamento oggettivo, e il puro interesse alla correttezza della p.a., in assenza di tale affidamento»: dunque, l'originaria visione di Busnelli è ampliata dal riferimento anche alla mera correttezza dell'azione amministrativa, per il che divengono risarcibili anche i danni meramente procedurali, ossia indipendenti dalla lesione dell'interesse al bene della vita finale (con la precisazione, però, che per queste ipotesi «l'implicita scelta della Suprema Corte è stata evidentemente per il diniego di tutela risarcitoria»). Così si esprime la studiosa: «nel caso ... della mera lesione dell'interesse alla correttezza della p.a., e dunque dell'interesse del singolo a non essere coinvolto in procedimenti che gli producono unicamente costi inutili, il

Altri, invece, hanno respinto l'idea che la risarcibilità dell'interesse legittimo debba dipendere dalla considerazione di un altro e diverso bene. Così, escludendo qualsivoglia giudizio prognostico di spettanza, si è potuta recuperare la centralità dell'interesse legittimo stesso: con la conseguenza che, in quest'ottica, ogni sua lesione provoca la nascita di un'obbligazione risarcitoria. La «rete di contenimento» individuata dalla Cassazione è, allora, abbandonata, anche se un filtro alla piena risarcibilità è in qualche modo recuperato: solo che esso non opera «sul piano della ingiustizia del danno», ma su quello del «danno» stesso, «il quale può mancare del tutto, o può essere di dimensioni ridotte, ove la lesione riguardi interessi cd. procedurali o sia determinata da vizi formali»¹⁴⁴.

Un cenno meritano infine le tesi¹⁴⁵ che, di fronte ai problemi posti dalla risarcibilità dell'interesse legittimo, hanno creduto di reperirne una facile soluzione

pregiudizio potenzialmente risarcibile sarebbe solo quello derivante dai costi (in termini di danno emergente e di lucro cessante) cagionati al privato per aver partecipato a procedure inutili poiché viziate». Tuttavia, come si avrà modo di chiarire nei successivi paragrafi, il danno che pare risarcibile, anche in questi casi, è ancora e sempre la lesione di un affidamento (non sussistendo alcun «interesse alla correttezza» in capo al privato, che tra l'altro questa impostazione è esposta a tutte le critiche sollevate contro la tesi di Tosato sull'essenza dell'interesse legittimo). Inoltre, non sempre il *quantum* del pregiudizio è parametrabile a costi inutilmente sostenuti: lo è nelle ipotesi particolari di annullamento in autotutela degli atti di una gara pubblica, ma non nelle fattispecie – statisticamente ben più probabili – di illegittimo diniego di autorizzazione o concessione o comunque di provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario. In tali casi, qualora il privato non riesca a dare la prova della spettanza (o dell'affidamento oggettivamente valutabile, nell'ottica della Navarretta), egli rimarrebbe privo di ogni tutela risarcitoria: invece, come si vedrà, è preferibile un'impostazione che ponga a carico della p.a. i costi dell'incertezza sulla spettanza. Ma su questi profili si rinvia al § 2 dell'ultimo Capitolo di questo lavoro.

¹⁴⁴ F.G. SCOCA, *Risarcibilità*, cit, p. 27 s. (ma cfr. anche p. 36 s.; riprende, poi, la teoria di Scoca A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, cit., p. 261 ss.). Dunque, secondo l'autore «la rete di contenimento è già contenuta nella locuzione 'danno ingiusto', non nell'aggettivo 'ingiusto' ma nel sostantivo 'danno'». E ancora: «il punto non è se il vizio formale sia caratterizzato dalla violazione di norme vincolanti (sia cioè illecito), se determini lesione di interessi tutelati (d'altronde, se l'interesse si assume tutelato, come potrebbe non essere leso?), e produca di conseguenza l'ingiustizia del danno, ma se (ed entro quali limiti) la condotta illecita per vizi formali provochi danno. Non è dubbio che possa produrne, ma si tratta di verificare in quali ipotesi e in quale misura». A dire il vero, i concetti di danno impiegati sono differenti: ora il danno evento, ora quello conseguenza. In ogni caso la tesi di Scoca, che esprime a pieno l'esigenza di rispettare i confini dell'interesse legittimo e contemporaneamente consentirne una piena tutela (cfr. p. 44 ss.), non chiarisce fino in fondo il parametro cui affidare volta per volta la quantificazione del risarcimento. In un certo senso, però, supplisce a ciò la trattazione di un altro studioso, che con fare casistico si sofferma sulle più importanti ipotesi di lesioni di interessi legittimi per approntare una serie di criteri cui ancorare la determinazione del *quantum* del risarcimento (cfr. G. FALCON, *La responsabilità*, cit., p. 247 ss.: a queste riflessioni si farà riferimento anche nei successivi paragrafi; cfr. però anche p. 245 ss., dove l'autore esclude che il «danno nelle relazioni meramente procedurali ... [abbia] a che fare con la tutela dell'interesse legittimo»).

¹⁴⁵ In dottrina, cfr. soprattutto L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 1 ss.; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 18 ss. (ma, mentre il primo autore, anche per mantenersi fedele al monito di Castronovo secondo cui nel nostro ordinamento l'interprete non può creare un modello risarcitorio ibrido *sua sponte*, fonda la specialità della responsabilità amministrativa su talune disposizioni all'epoca

tagliando il famoso nodo gordiano: ovvero, spostando il piano di indagine da quello dell'interesse legittimo in sé considerato a quello della responsabilità della p.a., ricostruita quale *tertium genus* non riconducibile alle tradizionali ipotesi contrattuale ed extracontrattuale¹⁴⁶. In tal modo si cerca, tra l'altro, di risolvere il complesso problema

vigenti – e cioè sull'art. 7, comma 3, l. 1034/1971, e sull'art. 35, comma 1, d.lgs. 80/1998 –, il secondo studioso ravvisa in queste ultime mere norme processuali, e demanda «l'individuazione degli elementi caratterizzanti la responsabilità di diritto pubblico» al «lavorio giurisprudenziale» e all'«apporto della dottrina». Diversa l'opinione sostenuta sempre da E. FOLLIERI nella più risalente monografia *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Milano, 1984. Per la natura «amministrativa» della responsabilità della p.a. cfr. L. MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 48 ss.; per la «ricostruzione di un modello speciale di responsabilità risarcitoria della p.a. da lesione di interessi legittimi», «più vicina a quella del giudice che non a quella da atto illecito extracontrattuale o da inadempimento contrattuale», cfr. P. CARPENTIERI, *Risarcimento*, cit., p. 869 ss. Su questi punti v. pure A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, *passim*. Sostiene questa tesi, sul versante più prettamente privatistico, A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 260, ove si individua nella «assimilazione del risarcimento del danno alla forma del 'diritto patrimoniale consequenziale'» «la chiara prova che qui il danno risarcibile è la conseguenza (della rimozione) dell'atto illegittimo e non già di una pretesa rimasta insoddisfatta (danno contrattuale) né della lesione di un diritto assoluto (danno aquiliano)»; lo stesso autore illustra più esplicitamente il suo pensiero in A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 142, ove così si esprime: «è ad esempio probabile che la nuova responsabilità derivante dalla lesione di interessi legittimi si sottragga ad una rigida qualificazione in termini di responsabilità contrattuale o aquiliana (alla quale si assimila quella contrattuale)», giacché «da natura dell'interesse (legittimo) qui tutelato è tale da influenzare non solo in prima battuta l'operato della p.a. nell'esercizio della sua funzione (così rispettando la pubblica utilità dell'opera da compiere e i termini di sua esecuzione) ma altresì, in seconda battuta, anche le conseguenze (di tipo riparatorio o risarcitorio) derivanti dalla lesione dell'interesse protetto» (così, in parte, già in A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 215). *In nuce*, l'idea emergeva già a ridosso della sentenza n. 500/1999: precisamente, in I. CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1580. *Contra*, e semmai per la 'specificità' della responsabilità civile dell'amministrazione pur sempre nel quadro del diritto privato, A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 20 s., e soprattutto R. CARANTA, *Il rasoio di Occam e la responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2006, p. 183 ss., nonché G. FALCON, *La responsabilità*, cit., p. 256 ss., che così si esprime: «l'inquadramento della responsabilità da provvedimento nella responsabilità extracontrattuale corrisponde non solo alla 'tradizione' del problema in Italia, ma anche ... al prevalente inquadramento in Europa». E ancora: «In questo contesto, l'abbandono dell'ancoraggio di principio alla responsabilità extracontrattuale potrebbe sembrare giustificato – sia consentito usare qui termini assolutamente dubitativi – soltanto ove il legislatore avesse formulato una chiara opzione in questo senso, o almeno avesse dettato una disciplina relativamente compiuta del regime speciale: mentre risulta che le disposizioni sulle quali tale carattere si fonderebbe sono poche e scarse (si tratterebbe in pratica delle sole disposizioni dettate in tema di giurisdizione amministrativa, considerate per i loro profili sostanziali), e la ricostruzione complessiva del regime abbisognerebbe in ogni caso di un enorme lavoro interpretativo [né oggi, vigente il codice del processo amministrativo, parrebbe più di tanto mutata la situazione, alla luce dei suoi artt. 7 e 30]. Del resto, di simile lavoro interpretativo ha bisogno anche la compiuta definizione degli elementi di specialità che in ogni caso caratterizzano la responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione per lesione di interesse legittimo. Sicché alla fin fine, benché si fondino su presupposti teorici molto differenti, e benché possano condurre talora a diversi risultati, in pratica le due dottrine potrebbero essere meno lontane di quello che sembra».

¹⁴⁶ Per evitare fraintendimenti, vale la pena di chiarire che la tesi del *tertium genus* di responsabilità non coincide per nulla con quella che applica l'obbligazione senza prestazione al diritto pubblico. Sebbene vi sia qualche autore che ne parli nei termini di un terza specie di responsabilità (cfr. D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., p. 287), infatti, ciò è solo per sottolineare la differenza tra violazione

della colpa della p.a., su cui si era già espressa la sentenza n. 500/1999 e su cui torneremo. Ipotesi – che ha riscosso un certo consenso anche in giurisprudenza¹⁴⁷ – certo affascinante, ma legata a estemporanei dati normativi e priva dei necessari addentellati positivi, tramite i quali ricostruire una vera e propria terza forma di responsabilità.

Si tratta di proposte suggestive e spesso anche condivisibili. Tutte, in ogni caso, nel dare riprova dell'insoddisfazione¹⁴⁸ verso le due ricostruzioni estreme su cui si è indugiato, si soffermano su profili analoghi, cercando di rispondere sistematicamente a un'intuizione avvertita sul piano topico. La trattazione che segue lascerà trasparire i punti di contatto e quelli di distanza, rispetto a ognuna di queste tesi, che hanno negli ultimi anni trovato spazio in dottrina.

Emblematico è poi un certo atteggiamento della giurisprudenza¹⁴⁹, che testimonia esemplarmente la suddivisione in due poli delle teorie relative al giudizio risarcitorio amministrativo, e che si traduce in una soluzione tanto pragmatica, quanto dogmaticamente discutibile.

Come si è visto, le teorie del secondo gruppo consentono di ritenere risarcibili anche violazioni, da parte della p.a., che non attengono alla perdita del bene della vita o di *chances* di acquisirlo. Non è vero, invece, il contrario, ossia che la perdita del bene

di obblighi senza primario dovere di prestazione (che inadempimento non è, e cui si applica la disciplina dell'art. 1218 c.c. solo analogicamente) e inadempimento di veri e propri obblighi di prestazione (cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 679). In ogni caso, si tratta qui di una responsabilità riconducibile a quella contrattuale.

¹⁴⁷ Cfr. anzitutto Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, con nota di L. GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità amministrativa*, in *Urb. app.*, 2005, p. 1060 ss.; più di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521. Per la giurisprudenza di primo grado, cfr. T.A.R. Liguria, Sez. I, 21 aprile 2006, n. 391, e T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 luglio 2008, n. 2078.

¹⁴⁸ Basti accennare al fatto che proprio chi aveva elaborato quella 'rete di contenimento', che avrebbe dovuto limitare le ipotesi di risarcibilità per lesione di interessi legittimi, e aveva così concorso più di ogni altro a preparare l'avvento del *revirement* giurisprudenziale del 1999 e a dar corpo a quel primo polo di teorie di cui si è detto, ha oggi mutato la sua opinione, ammettendo che «di una vera e propria 'rete di contenimento', esterna al normale funzionamento dell'art. 2043, non c'è più bisogno» (così F.D. BUSNELLI, *La responsabilità*, cit., p. 548). Anzi, parrebbe essere condivisibile anche un nuovo e più recente approdo della giurisprudenza amministrativa, «sempre più orientata» – ma non uniformemente, come si vedrà subito nel testo – «a valicare l'ulteriore 'muro' del necessario collegamento della risarcibilità del danno alla c.d. 'spettanza del bene della vita' per valutare il danno derivante dalla lesione in sé e per sé dell'interesse legittimo» (così p. 549). Così che «la rete di contenimento' – se si vuole ancora rimanere fedeli a questa immagine –, una volta ... imboccato, senza limiti o condizionamenti, il sentiero dell'art. 2043, può essere (ri)costruita muovendo da un rigoroso accertamento del danno (in ordine all'*an* e al *quantum*) e dalla considerazione dei presupposti e dei limiti che lo rendono risarcibile: e ciò senza indulgere né a facilitazioni a favore del (privato) danneggiato né a riserve di immunità a favore della (pubblica amministrazione) danneggiante» (p. 550).

¹⁴⁹ Altra tesi, poi, su cui tornerò nel prosieguo, è quella che ravvisa nelle lesioni procedurali la violazione di altrettante situazioni giuridiche semplici o di autonomi beni della vita, oscillando tra l'irrisarcibilità, la risarcibilità di un danno patrimoniale e quella di un danno non patrimoniale. Non dissimile è, tra l'altro, la qualificazione del danno da ritardo (stretto, in quest'ottica, tra interesse procedimentale e interesse 'al tempo').

della vita o delle *chances* non sia, nell'ambito di queste tesi, riparabile nel suo esatto ammontare.

È però vero che, soprattutto aderendo all'applicazione dell'obbligazione senza prestazione al rapporto tra p.a. e privato, sembrerebbe restare in ombra¹⁵⁰ proprio l'interesse finale alla cui soddisfazione il privato aspira.

Se così avviene, è soprattutto perché l'inquadramento del dovere facente capo alla p.a. quale obbligo di protezione rende risarcibile soltanto l'interesse *negativo* del privato: la protezione, per l'appunto, consiste nella conservazione di valori già assunti al patrimonio o alla persona del cittadino.

Ora, a ben vedere, il bene della vita cui il privato tende parrebbe corrispondere piuttosto a un suo interesse *positivo*, ossia a un suo interesse all'ampliamento della sfera giuridica. Se così fosse, ne deriverebbe – rimanendo sempre nella prospettiva dell'obbligazione senza prestazione – l'esclusione della risarcibilità della perdita di un tale bene, pur allorché la p.a. ne precludesse l'acquisizione.

La questione, che certo non è solo nominalistica, sarebbe risolvibile supponendo che l'aspirazione al bene della vita rientri nel concetto di interesse negativo, e che questo si declini qui in senso parzialmente differente rispetto a quanto non avvenga nell'ambito delle trattative private. In un caso si tratterebbe davvero di un'utilità che la controparte doveva assicurare e che è andata persa, e nell'altro invece di valori già assunti al patrimonio (in senso statico, come danno emergente, e dinamico, come lucro cessante), inevitabilmente venuti meno. Anche l'utilità persa, tuttavia, rientrerebbe nell'interesse negativo, ove si ampliasse quest'ultimo fino a ricomprendere le spettanze che dovrebbero essere riconosciute dalla controparte, e che invece non vengono garantite.

Una tale prospettiva sembrerebbe consentire una replica ai fautori dell'obbligazione senza prestazione nell'ambito del diritto amministrativo. Tuttavia, essa suona di certo un po' forzata, giacché la perdita del bene finale, che sta alla p.a. concedere o non concedere, assomiglia troppo, negli interessi pretensivi, alla 'prestazione' debitoria, per essere ascritta all'interesse negativo¹⁵¹.

¹⁵⁰ V. *supra*; cfr. anche S. CATTANEO, *Responsabilità per 'contatto' e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2001, p. 1233.

¹⁵¹ La tesi potrebbe risultare in parte più condivisibile, ove si supponesse che il risarcimento della *chance* – il quale, nell'ottica di Castronovo, risulta ammesso soltanto in ottica contrattuale, proprio perché solo in questa prospettiva può darsi un giudizio di ingiustizia che non riguardi la *chance* stessa, come tale irrisarcibile aquilianamente, ma la difformità di un comportamento rispetto a un modello, con conseguente risarcibilità delle conseguenze immediate e dirette – avvenga sempre a titolo di lucro cessante (così, effettivamente, S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita*, cit., p. 71), ossia in una dimensione dinamica del patrimonio. Così, il dovere di protezione avrebbe ad oggetto un futuro guadagno, un futuro incremento, e non lo stato attuale del patrimonio (la *chance* di ottenere il provvedimento non dimorerebbe già nella sfera giuridica del soggetto lesa). Tuttavia, l'idea dell'obbligo di protezione, che già – v. § 11, Capitolo secondo, Parte Seconda – mi pare non del tutto corretto con riguardo all'obbligazione del medico (ove pur la 'protezione' può essere costruita quale versione contrattuale di un illecito omissivo), mi sembra cada del tutto con riguardo agli obblighi della p.a. L'amministrazione

D'altro canto, proprio la suggestione della definizione di interesse negativo, quale somma delle spese sostenute e delle occasioni perse, così comune in tema di trattative private¹⁵², ha fatto sì che parte della giurisprudenza arrivasse a ritenere che «detta responsabilità da contatto, nei termini sopra descritti, [fosse] funzionalmente omogenea alla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.» e soprattutto che «tale indicazione [valesse] a circoscrivere il risarcimento, in caso di responsabilità da contratto, nei limiti del c.d. interesse negativo, identificandosi il danno emergente con le spese sostenute per partecipare al procedimento concorsuale, in difetto di prova, ed invero anche di semplice allegazione, in ordine alla perdita dell'occasione di partecipare ad altri procedimenti analoghi»¹⁵³.

Ci si rende allora facilmente conto che non è del tutto peregrina la preoccupazione di quanti temevano e temono che l'applicazione della teoria castronoviana al diritto amministrativo finisca per limitare proprio la tutela del privato, proprio nel momento in cui si propone di aumentarla. Basterebbe, infatti, intendere rigidamente il concetto di interesse negativo, per escludere la piena risarcibilità in varie ipotesi.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui la p.a. rifiutasse un'autorizzazione ad esercitare un'attività economica per un dato periodo di tempo: provvedimento di fatto spettante al privato (per essere altissime le sue *chances* di ottenerla), e il cui diniego causa allo stesso un danno pari all'utile che ne avrebbe ricavato. Rispetto a tale vicenda a nulla servirebbe la caducazione dell'atto illegittimo, per essere ormai conclusosi il tratto temporale in cui il cittadino avrebbe potuto utilmente dedicarsi alla tale attività.

non è tenuta a proteggere dal pericolo di un mancato incremento del patrimonio: o, per lo meno, non è tenuta a farlo, come non è tenuto a farlo un debitore. Tanto la prima, quanto il secondo, devono invece assicurare un risultato (ora in termini eventuali, ora in termini certi). Risulterebbe invero strano che così non fosse, soprattutto se si tengono a mente alcuni casi limite: se la p.a. fosse vincolata, ci si troverebbe di fronte a un diritto, con conseguente risarcibilità di un interesse positivo; se il vincolo sopraggiungesse per l'esaurirsi della discrezionalità, esisterebbe un interesse legittimo, con conseguente risarcimento dell'interesse negativo; se la discrezionalità esistesse, ma fosse minima (10% di *chances* negative), il risarcimento riguarderebbe comunque un interesse legittimo, parametrandosi ancora all'interesse negativo. Eppure non mi pare che la differenza tra queste ipotesi sia tale da consentire un diverso inquadramento dell'aspettativa privata, declinandola a 'interesse negativo', di 'conservazione'.

¹⁵² Sia sufficiente, per tutti, il riferimento a Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2005, n. 19883, secondo cui «l'interesse giuridico leso, a seguito dell'illecito precontrattuale in discorso è unicamente quello al corretto svolgimento delle trattative, per cui il danno che ne consegue è necessariamente circoscritto al c.d. interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso».

¹⁵³ T.A.R. Puglia, Sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761. A dire il vero, la soluzione della sentenza era, nel caso di specie, corretta: si trattava di non accordare il risarcimento dell'interesse positivo a una società, partecipante a una gara, nel caso di «illegittimità che [aveva] colpito l'intera procedura ..., e non una singola fase della stessa». Ciò non toglie che il principio espresso dal Tribunale, nella sua latitudine, copre potenzialmente un'area vastissima, corrispondente a tutta quella del risarcimento per lesione di interessi legittimi o comunque di obblighi di protezione agli stessi collegati.

Ove si ritenesse risarcibile solo l'interesse negativo, commisurato alle spese per la procedura ed ulteriori occasioni perse, ne deriverebbe probabilmente un *vulnus* di tutela per il soggetto leso, che spesso non ha perso alcuna altra occasione. Viceversa, a voler considerare risarcibile proprio l'utile perso (eventualmente nei termini di una *chance*), ecco che il privato sarebbe pienamente protetto.

Che si voglia chiamare questo interesse positivo o negativo (ma comunque in un senso diverso da quello di cui alle trattative di diritto civile), poco importa: quello che è essenziale è intendersi. E, per farlo, mi sembra più opportuno distinguere le ipotesi delle trattative di diritto privato da quelle degli interessi legittimi pretensivi (cfr., nella Parte Seconda, Capitolo secondo e terzo).

Proprio per far fronte ai rischi¹⁵⁴ insiti in un'applicazione oltranzista della tesi del 'contatto amministrativo' (che contatto, come si è spiegato, non è, giacché l'affidamento deriva piuttosto da uno *status*), la giurisprudenza – e qui torno alla soluzione pragmatica cui poc'anzi accennavo – ha talvolta duplicato il regime di responsabilità tipico della p.a. È così avvenuto che si applicassero le norme della responsabilità aquiliana per tutto quanto attinente alla perdita del bene della vita, e che si facesse riferimento all'art. 1218 c.c. (applicato analogicamente alla violazione dell'obbligo di protezione) per le illegittimità procedimentali.

Si tratta di un modello misto di responsabilità, che pare però poco sostenibile in punto di diritto, anche se di fatto tanto elastico da riuscire a superare molti dei dubbi che le teorie dei due distinti poli pongono.

La stessa sentenza n. 157/2003, prima menzionata, sembrerebbe aver condiviso questo *modus pensandi*, qualificando la responsabilità come contrattuale ma, poi, preferendo applicarla come extracontrattuale. In verità, però, ciò è da inserirsi in un più ampio *iter* argomentativo, a mente del quale «l'inquadramento degli obblighi procedimentali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.) [sarebbe] proponibile, ove si [volesse] sperimentare un modello tecnico-giuridico di ricostruzione della responsabilità amministrativa, solo dopo l'entrata in vigore della l. 241/1990», risultando dunque «inattuale con riferimento al tempo cui si riferiscono i fatti di causa»¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Ma, su questi, cfr. anche L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 139.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157. A ben vedere, c'è da dubitare del fatto che la teorica dell'obbligazione senza prestazione sia applicabile al rapporto tra cittadino e p.a. solo a far data dall'entrata in vigore della l. 241/1990, giacché comunque l'amministrazione doveva dirsi tenuta, nel senso che oltre si chiarirà, a rispettare la correttezza nei confronti del privato. Si tratta di un profilo comunque oggi ben poco rilevante, d'indole quasi esclusivamente storicista. Certo questa sentenza lascia intravedere come, spesso, alla teorica dell'obbligazione senza prestazione sia stato prestato in giurisprudenza un tributo quasi solo formale (F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile*, cit., p. 22).

Piuttosto, allora, l'attenzione va rivolta a quelle decisioni che davvero hanno sommato i due tipi di responsabilità, reputandoli entrambi in astratto applicabili alla p.a. in caso di lesione di interessi legittimi.

Indicativa al riguardo una decisione¹⁵⁶, ove viene chiaramente esplicitata la preferenza, per così dire pilatesca, per questa tesi di mezzo. Il Collegio giudicante osservava, anzitutto, che la domanda del privato appariva contraddittoria, giacché cumulava «la richiesta ... del risarcimento delle spese affrontate in vista della definizione favorevole del procedimento [di autorizzazione all'installazione di un impianto per la distribuzione di carburanti] e della predisposizione dell'impianto (quello che la ricorrente defini[va] danno emergente) e del risarcimento dei mancati profitti derivanti dall'attività di erogazione dei carburanti (quello che nella memoria [era] definito lucro cessante o perdita di *chances*)».

La soluzione di quest'intreccio veniva ravvisata proprio nel far convivere le due forme di responsabilità, affidando a quella aquiliana il compito di risarcire la perdita del bene della vita in ipotesi spettante (anche sotto forma di mera *chance*) e a quella contrattuale – o meglio da violazione di obbligazione di protezione – la funzione di riparare la lesione di un interesse negativo, inteso quale somma delle spese sostenute e delle altre e diverse occasioni perse. Vale la pena di riprodurre per esteso le parole del Tribunale: «posto che la responsabilità dell'amministrazione conseguente alla emanazione di un atto illegittimo può essere ricostruita sia come violazione dei doveri connessi al 'contatto procedimentale' con il privato (con conseguente identificazione del danno con i pregiudizi economici conseguenti alla illegittimità e a prescindere dalla 'utilità finale' desiderata) che come responsabilità aquiliana conseguente alla lesione dell'interesse legittimo cui si correla la utilità finale», «è evidente che le voci di danno richieste e cumulate dalla ricorrente scontano una commistione tra questi due approcci. Se infatti ci si pone nella prospettiva della responsabilità per violazione dei doveri connessi al contatto procedimentale, il danno risarcibile (secondo lo schema del c.d. interesse negativo tipico della responsabilità precontrattuale) sarebbe costituito dalle spese sopportate nell'ambito del procedimento (danno emergente) e dalla perdita di altre possibili opportunità di guadagno (lucro cessante); se invece ci si colloca nella prospettiva della responsabilità aquiliana per lesione dell'interesse legittimo e perdita della utilità finale, a parte la esigenza ... di un giudizio prognostico ..., il danno risarcibile sarebbe costituito dalla perdita dei guadagni che sarebbero derivati dal conseguimento della utilità medesima al netto dei relativi costi; è quindi chiaro che i danni richiesti dalla ricorrente non sarebbero tra loro cumulabili». Per inciso, il Collegio interpretava la domanda come richiesta «di risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento della utilità finale», pronunciandosi negativamente sulla stessa, giacché il privato, alla luce del già intervenuto provvedimento giudiziale di annullamento di una prima determinazione negativa occorsa in ordine alla sua istanza,

¹⁵⁶ Si tratta di T.A.R. Lazio, Sez. I, 23 aprile 2007, n. 291, da cui anche le successive citazioni.

avrebbe potuto ottenere tramite il giudizio di ottemperanza proprio il provvedimento desiderato. L'istanza risarcitoria veniva allora rinviata – sotto la diversa forma del danno da ritardo – a un futuro eventuale giudizio, da instaurarsi a cura della ricorrente.

L'approccio¹⁵⁷ della decisione è chiarissimo: il Giudice, sentendo il bisogno di esplicitare il giudizio di spettanza del bene, ritiene all'uopo adoperabili soltanto le teorie del primo polo; tuttavia, ne avverte la limitatezza, e dunque ammette che la ricostruzione in termini aquiliani della responsabilità della p.a. non esclude l'insorgere, tra cittadino e amministrazione, di un vero e proprio obbligo di protezione, la cui violazione dà luogo a un'obbligazione risarcitoria: e ciò al precipuo fine di aumentare il livello di tutela assicurato ai privati.

Approccio senza dubbio efficace¹⁵⁸, se non fosse sistematicamente discutibile, nella sua ambiguità, questa duplice qualificazione della responsabilità della p.a., che assumerebbe forme diverse a seconda della situazione se non, addirittura, della convenienza del ricorrente.

5. Quesiti e spunti

¹⁵⁷ Come si è detto, questa sentenza simboleggia un orientamento che, per quanto non diffusissimo, non è nemmeno isolato. Condividono questa prospettazione, anche se forse più implicitamente, ad esempio Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, secondo cui «una volta ammesso che la responsabilità sanzioni l'inadempimento di quel generico dovere sorto in relazione al 'contatto procedimentale', il danno finisce per essere individuato nelle perdite economiche subite in conseguenza dell'illegittimità e, più in generale, della scorrettezza a prescindere dalla spettanza del bene della vita. ... Ciò posto, non può essere obliterato che, non di rado, la pretesa risarcitoria, in specie quando azionata da soggetti che entrano in contatto con l'amministrazione in quanto portatori di interessi economici di rilievo, non ha ad oggetto il mero pregiudizio derivante dalla violazione dell'obbligo di comportamento imposto all'amministrazione, a prescindere quindi dalla soddisfazione dell'interesse finale, ma, al contrario, proprio il pregiudizio connesso alla preclusione dall'amministrazione frapposta alla realizzazione del bene finale anelato». Molto esplicita è invece T.A.R. Lazio, Sez. III, 5 novembre 2007, n. 10852.

¹⁵⁸ Cerca di darvi un sostegno dogmatico, tra gli altri, M. PASSONI, *Responsabilità*, cit., p. 1224, secondo cui «sarebbe ... errato equiparare i suddetti diritti soggettivi *in fieri*, tutelati *ex lege Aquilia*, con quei diritti soggettivi – contrapposti ad obblighi di protezione – per i quali è prevista una tutela risarcitoria di natura contrattuale. Mentre per i primi è necessario l'accertamento della lesione del bene della vita cui il privato aspira, con la conseguenza di escludere dal risarcimento non solo gli interessi 'a soddisfazione garantita' (caratterizzati da un'attività rinnovatoria della pubblica amministrazione di natura discrezionale), ma anche i c.d. interessi procedurali (che non presuppongono necessariamente la lesione dell'utilità sperata), per i secondi è sufficiente l'accertamento del mancato rispetto dell'affidamento del privato al comportamento secondo buona fede della pubblica amministrazione» (ma, sul punto, cfr. anche R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento*, cit., p. 46 s.). Si tratta di un tentativo assolutamente encomiabile, ma che, come si sarà inteso, non si può condividere, se non altro perché questa duplicazione di posizioni giuridiche e di forme di responsabilità pare violare il principio del rasoio di Occam. Ci si riserva, comunque, di dimostrare nella parte seconda di questo lavoro la possibilità di dare risposta alle diverse esigenze risarcitorie (nei termini ora di interesse positivo, ora negativo) ricorrendo alla sola responsabilità aquiliana e alla soprattutto alla sola figura dell'interesse legittimo.

Dinanzi a questo scenario, varie domande sovengono all'interprete. Anzitutto, anche se al punto è stata dedicata scarsa attenzione, è evidente che la lesione degli interessi legittimi oppositivi non abbia ancora trovato una sua vera sistemazione, giacché la piena e completa risarcibilità concessa dalla sentenza n. 500/1999 in ogni caso lascia quanto mai perplessi¹⁵⁹. A dire il vero, tale esito ermeneutico pare oggi imporsi al giurista, più che per la sua intrinseca razionalità, per una sorta di suggestione che ancora esercita il modello del diritto affievolito, secondo il quale a essere risarcito, una volta eliminato il provvedimento illegittimo, sarebbe il diritto soggettivo, che proprio tramite la rimozione dell'atto si riespanderebbe: modello che di certo ha avuto una sua utilità nel tempo in cui si ritenevano irrisarcibili gli interessi legittimi, ma che nell'attuale fase storica ha di certo perso ogni necessità d'esistere.

Ma, poi, e più nello specifico, da un lato desta preoccupazione l'orientamento poc'anzi indicato della giurisprudenza che, al fine di dare soluzione accettabile alle fattispecie poste al suo giudizio, è costretta a una quantomeno strana, se non addirittura insostenibile, mistura di teorie che porta a una loro sovrapposizione se non addirittura a una loro arbitraria rimodulazione, salvando di ciascuna tesi solo gli elementi che operativamente sembrano più condivisibili. È fin troppo scontato, però, obiettare che una teoria è, come una religione, un *unicum*, inscindibile in parti o segmenti non autosufficienti.

Dall'altro lato parrebbe ineluttabile che una più ampia (per lo meno in caso di interessi pretensivi) tutela dei privati dinnanzi alla p.a. passi attraverso le teorie già definite del secondo polo, le quali in vario modo rivestono l'interesse legittimo di obbligatorietà¹⁶⁰. In particolare, secondo la tesi più accettabile, ciò avverrebbe ravvisando l'esistenza di un'obbligazione senza prestazione; del resto, solo tramite l'applicazione e ancor prima per mezzo della corretta interpretazione di questa teorica si riuscirebbe a dare risposta a tutte le esigenze di protezione sollevate dalla casistica pratica.

Ma, allora, si propone un ulteriore interrogativo: è, infatti, doveroso domandarsi se la giurisprudenza non applichi *in toto* tale costruzione per la complessità intrinseca della stessa o per una qualche disaffezione verso taluni suoi profili. E a questa domanda si potrebbe dare subito risposta: vi è un attaccamento verso la responsabilità

¹⁵⁹ In un certo qual modo, le ristrettezze delle teorie del primo polo per quanto attiene alla risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi, si tramutano in eccessiva larghezza per quelli oppositivi. Cfr., *ex multis*, A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento*, cit., p. 992 ss. In giurisprudenza, ha espresso dubbi analoghi ad esempio Cons. Stato, Sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261 (anche se, forse, la specificità del caso – che riguardava un provvedimento di sospensione dei lavori – era tale da non richiedere alcuna riflessione sul punto, giacché il danno da disturbo e da incertezza sarebbe stato risarcito ugualmente, indipendentemente dalla spettanza o meno del bene della vita o comunque dalla legittimità sostanziale e non solo formale dell'atto amministrativo giudicato in primo grado illegittimo).

¹⁶⁰ E ciò avviene o indietreggiando l'oggetto della tutela e rivestendolo di obbligatorietà (e così scindendolo in vari singoli momenti, ciascuno corrispondente a un bene della vita, oggetto in un fascio di obbligazioni), o costruendo la categoria della protezione sotto forma di obbligazione.

della p.a. intesa in termini aquiliani che ha carattere storico, pratico ma anche positivo. La responsabilità aquiliana, infatti, non solo appare essere storicamente più giustificata¹⁶¹, ma è anche pragmaticamente più semplice da usare¹⁶², là dove si tratti di compiere il giudizio di spettanza sul bene della vita¹⁶³ (esprimendo invece le sue carenze in tema di risarcimento di interessi per così dire solo procedurali¹⁶⁴), e sembrerebbe positivamente più compatibile con l'ordinamento.

In questo senso tanto il legislatore, quanto la giurisprudenza, lasciano trasparire un malcelato convincimento, ossia che la salvezza dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, richiesta tanto dall'art. 24 Cost. quanto (per i giudici) da una miriade di fonti secondarie, passi inevitabilmente dalla ricostruzione della responsabilità in caso di lesione in termini extracontrattuali: così che, ove la si intendesse in senso contrattuale, risulterebbe inevitabile la riduzione dell'interesse legittimo a una posizione solo processuale o finanche la sua configurazione quale *species* del diritto soggettivo. Ma questo non è altro che un pregiudizio, che cercherò di superare; come, d'altro canto, non è dirimente la scelta legislativa, recata nell'art. 30 cod. proc. amm., ove si parla di 'danno ingiusto' in caso di risarcimento per lesione di un interesse legittimo (il sintagma, che pur riprende l'art. 2043 c.c., può essere riferito infatti a qualsiasi tipo di responsabilità).

¹⁶¹ Basti rinviare all'evoluzione che ho prima riassunto, e che ha portato alla sentenza n. 500/1999.

¹⁶² Ma, probabilmente, anche dogmaticamente più corretta: il che darebbe ancora più conto delle incertezze della giurisprudenza. Difatti, nel momento in cui si afferma che la teoria dell'obbligazione di protezione (senza prestazione) è funzionale al risarcimento di un solo interesse negativo (sempre e solo questo), non è facile spiegare – come si è visto – perché in talune occasioni viene risarcito un interesse che parrebbe piuttosto positivo: come pare proprio avvenire, nel caso in cui all'esito del giudizio di spettanza si accerti che un provvedimento sfavorevole in materia di interessi legittimi pretensivi abbia ingiustamente negato un bene della vita al privato. La giurisprudenza, allora, bene farebbe a servirsi delle teorie del primo polo per assicurare il risarcimento dell'interesse positivo (qualora dunque il cittadino sia privato dello stesso bene della vita), e di quelle del secondo per assicurare quello dell'interesse negativo (in caso di lesione 'procedimentale').

¹⁶³ Non è vero, come si è già detto, che la teoria dell'obbligazione senza prestazione non risarcisca pienamente la perdita del bene della vita, ove questa sia dimostrata (v. *supra*). È vero, però, che essa mantiene in un certo senso implicito questo momento, là dove invece le tesi del primo polo lo caricano di notevolissimo significato.

¹⁶⁴ La tutela in caso di lesione 'procedimentale' (che non ridonda dunque nella lesione del bene della vita) è accordata per il tramite delle teorie del secondo polo; anche qui, comunque, esse rivelano una certa difficoltà nell'utilizzo, allorquando si tratti di individuare il *quantum* del risarcimento. Lo nota lo stesso A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 161 s., là dove, parlando dei «doveri procedurali» e affermando che gli stessi «assumono l'identità di veri e propri obblighi, a cui fanno riscontro diritti soggettivi 'autonomi', svincolati, cioè, dall'interesse all'utilità finale e da questa del tutto indipendenti», così aggiunge: «si tratta di diritti che, per loro natura, saranno dotati di una altrettanto autonoma (per quanto difficile da specificare) tutela risarcitoria» (v. però pure A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 178, nonché F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno*, cit., c. 84). In ultimo, vale la pena di accennare già al fatto che l'espressione 'interesse procedimentale' è, molto probabilmente, del tutto erronea, come si avrà modo di spiegare nel prosieguo della trattazione: se n'è fatto sinora uso, però, per semplice comodità linguistica.

Si torna, così, nuovamente all'interrogativo 'esistenziale' da cui tutta la trattazione ha preso inizio: e ben si comprende perché la crisi dell'interesse legittimo, che già covava da anni, è esplosa in tutta la sua intensità solo con la sentenza n. 500/1999 e con l'ammissione della risarcibilità di questa posizione giuridica. L'interesse legittimo è una posizione giuridica sostanziale posta al fianco del diritto soggettivo, come l'art. 24 Cost. ci lascia ipotizzare, o non è divenuto altro che un diritto soggettivo? È ovvio che se una norma così fondamentale della Costituzione spinge in questo senso l'interpretazione, il giurista deve orientare tutti i suoi sforzi in questa direzione: non dimenticando però il suo compito, ossia quello di fornire alla giurisprudenza una categoria dogmatica duttile e di semplice uso, che risponda alle esigenze formulate dal pensiero tipico.

Prima però di chiudere, con quest'interrogativo, il primo Capitolo, vorrei compiere un'ultima osservazione.

I due gruppi di teorie che ho presentato si raccolgono, come si è visto, attorno alle tesi di Busnelli e di Castronovo, le quali non ripudiano l'esistenza dell'interesse legittimo, seppur – nel secondo caso – limitandolo a posizione prettamente processuale.

Esse, però, nel tentativo di rispondere al diverso problema della sua risarcibilità, chiamano in causa – in termini differenti – un diverso elemento, che viene posto al fianco dell'interesse legittimo: l'affidamento. Non si arriva, comunque, all'identificazione tra interesse legittimo e affidamento: la prima tesi, ossia quella elaborata sul finire degli anni Novanta da Busnelli, rintraccia in quest'ultimo un criterio (assieme a quello inerente la valutazione della normativa di settore) per distinguere i casi in cui l'interesse legittimo è risarcibile, o meglio in cui è risarcibile la lesione dell'interesse al bene della vita espresso giuridicamente con la formula 'interesse legittimo'; l'altra, invece, fa nascere dalla buona fede un obbligo, in capo alla p.a., costruito in un certo senso attorno all'interesse legittimo stesso, avente contenuto di protezione della sfera giuridica del privato¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Non è un caso, se entrambi gli autori citino espressamente un maestro del diritto amministrativo, ossia il Giannini, e precisamente quella sua tesi, con cui si sosteneva la natura precontrattuale della responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi (da ultimo anche C. CASTRONOVO, *La 'civiltà'*, cit., p. 644; v. pure F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza*, cit., p. 351; sul collegamento tra le trattative e gli interessi legittimi, e con cenni pure alla protezione solo eventuale che l'interesse legittimo assicura, v. pure F. FRACCHIA, *Dalla negazione*, cit., c. 3221). Cfr. allora M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 518 s.: con riferimento agli interessi legittimi che «tendono all'ottenimento di un bene della vita», vi sarebbe «una singolare somiglianza» con «la fattispecie della responsabilità precontrattuale»: «anche nella responsabilità precontrattuale ... non esistono ancora diritti soggettivi dei contraenti, né si può dire, secondo quella meno recente dottrina privatistica, che il diritto leso esiste sempre, ed è un diritto assoluto, della personalità o altro; da parte della dottrina privatistica più recente, si dice che vi è un dovere di comportarsi secondo buona fede, la cui violazione lede una situazione soggettiva dell'altra parte, che non è diritto soggettivo, e si aggiunge che il fondamento della responsabilità precontrattuale non sta tanto nel principio fondamentale del *neminem laedere*, ma piuttosto in quello dell'*unicuique suum tribuere*» (vale la pena di riportare anche le successive

Ma proprio il richiamo all'affidamento – e la costruzione della responsabilità della p.a. quale responsabilità da affidamento – dà conto del fatto che il dibattito sinora descritto non è che un riflesso di una riflessione ben più ampia: attinente, per l'appunto, alla natura della responsabilità da affidamento, stretta tra contratto e torto e tra contrattualità ed extracontrattualità. Nel terreno neutro del diritto amministrativo, dunque, si gioca una partita cruciale della più vasta discussione scientifica che vede confrontarsi tra sostenitori e detrattori della responsabilità aquiliana da affidamento e della categoria dell'obbligazione senza prestazione, e che occupa la civilistica ormai da vari lustri e su plurimi fronti.

Partita cruciale, dicevo, poiché alla luce del suo esito non solo si potrà misurare la tenuta di ciascuna delle ricostruzioni proposte, ma anche perché da questo confronto tra tesi e antitesi può trarsi una sintesi capace, forse, di offrire una soluzione al problema del risarcimento degli interessi legittimi avente ricadute sul concetto stesso di interesse legittimo, e così *in primis* sul sistema di diritto amministrativo, ma poi, subito dopo, su tutto il diritto civile.

Alla luce di queste ultime considerazioni, le simmetrie che si sono finora disegnate tra poli opposti appaiono non più mere coincidenze, ma assumono ben altro significato, tanto da assurgere a chiave per addentrarsi nel labirinto dell'interesse legittimo (e nel mistero della sua essenza¹⁶⁶).

considerazioni dell'autore – *ivi*, p. 520 –: «vorrei solo pregare i colleghi privatisti di studiare il diritto amministrativo come noi studiamo il diritto privato, e molte cose sarebbero più chiare agli uni e agli altri»; in quel torno di anni M.S. GIANNINI dedicava un altro scritto proprio alla tematica de *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 1963, p. 265 ss., che però per il momento non ci riguarda direttamente, attenendo precipuamente ai problemi che si pongono nell'ambito dei «contratti a evidenza pubblica»). Nel suo pur breve contributo, anche E. FAVARA, *Osservazioni sul tema intorno alla risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 98, assimilava il risarcimento per lesione degli interesse legittimi alla responsabilità precontrattuale, affermando, «col Giannini e col Nicolò», «che la responsabilità precontrattuale non sia da ricondurre né a quella contrattuale, né a quella extracontrattuale, ma ad una speciale forma di responsabilità *ex lege* fondata non sul principio generale del *neminem laedere*, ma su quello *unicuique suum tribuere*, cosicché il fatto che la ingenera non apparterebbe più al genere dei fatti lesivi di diritti, ma a quello gli illeciti lesivi di interessi protetti» (e ancora: «la responsabilità precontrattuale nascerebbe per la violazione, a determinate condizioni, dell'interesse alla conclusione di questo contratto, non essendovi ... un diritto alla conclusione di questo»). Cenni, su questo tema, anche in F. SANTORO-PASSARELLI, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 437. V. anche lo spunto con cui A. BOTTO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi in rapporto all'attività urbanistica ed edilizia*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998, p. 261, concludeva il suo scritto («facendo uso dello *jus commune*, è probabilmente giunto il momento di provare ad inquadrare tale responsabilità [per lesione di interessi legittimi] sotto l'alveo della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.»)

¹⁶⁶ Senza che, con quest'espressione, si equivochi il significato di una ricerca che non vuole penetrare un'ontologia che non esiste in sé (cfr. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 6 ss.), ma che, comunque, vuole verificare quale sia il senso che, in questo momento storico, assume l'interesse legittimo, e quale sia dunque la realtà che si nasconde, oggi, dietro questa formula (non potendosi infatti «adattar[e] alla nostra esperienza giuridica europea» gli esiti del realismo giuridico americano e scandinavo: cfr. M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 442, nt. 21).

CAPITOLO SECONDO

INTERESSE LEGITTIMO E TEORIA GENERALE

SOMMARIO: 1. La proposta ricostruttiva. – 2. *Facultas agendi* ... – 3. ... e *facultas confidendi*. – 4. L'interesse legittimo come tutela contro la violazione della buona fede (ed eccezionalmente di fronte ad altri pregiudizi). – 5. La protezione dell'interesse legittimo: risarcimento del danno e rimedi specifici.

1. La proposta ricostruttiva

La rassegna svolta ha permesso di comprendere come la risarcibilità dell'interesse legittimo abbia trovato terreno fertile, *in primis*, grazie alla concezione dello stesso quale posizione di diritto sostanziale, e non soltanto quale posizione corrispondente a una mera legittimazione processuale a contestare l'attività dell'amministrazione; senza questo passaggio, forse, la nuova interpretazione dell'art. 2043 c.c., cui ha aderito la Cassazione a partire dal 1999, avrebbe avuto un significato molto minore.

Questo processo ermeneutico, consigliato da anni dalla dottrina, ha però aperto interrogativi cui ancora non si è data un'adeguata risposta. In particolare, una volta ammessa la risarcibilità dell'interesse legittimo, compito degli interpreti era definire non soltanto 'a quali condizioni' la lesione dell'interesse legittimo sarebbe stata risarcibile, ma anche, e soprattutto, 'cos'è' tale lesione: il che avrebbe richiesto una rivisitazione o quanto meno un aggiornamento della definizione di interesse legittimo. La dottrina, invece, pur essendosi ormai a fondo interrogata sulle condizioni perché si abbia risarcimento dell'interesse legittimo, non ha provveduto a ripensare radicalmente gli estremi di questa figura. Piuttosto, ha mantenuto le tradizionali definizioni dell'interesse legittimo, le quali non sono del minimo aiuto. Si ripete, non che le classiche definizioni dell'interesse legittimo fossero errate: esse, però, si attagliavano e si attagliano poco alle recenti evoluzioni della figura e, per tale ragione, non permettevano e non permettono di coglierne l'atteggiamento davanti alle problematiche poste dalla modernità.

Basti pensare al problema dell'oggetto della lesione dell'interesse legittimo: definendo l'interesse legittimo quale interesse all'attività amministrativa, si perde di vista l'interesse finale del privato, ossia il bene della vita; sono apparse allora migliori le ricostruzioni che in un certo qual modo includono il bene della vita nella descrizione dell'interesse legittimo, così però pretermettendo le lesioni per così dire

‘procedimentali’¹⁶⁷. Gli autori che hanno cercato di porre rimedio a questo esito, hanno inteso postulare differenti figure giuridiche da porre accanto o al posto dell’interesse legittimo, le quali tuttavia costituiscono una superfetazione che, a sua volta, ne oscura la reale natura, come posizione che di per sé non assicura un risultato (in questo senso definibile, come vedremo, ‘inattiva’¹⁶⁸).

In ogni caso, le definizioni dell’interesse legittimo che si sono cercate di riassumere nel precedente capitolo ne evidenziano gli elementi che tuttora debbono dirsi fondamentali: i quali, a ben vedere, si possono ridurre a due soltanto, anche tenendo a mente la limitazione che si è data per il momento alla nostra indagine, escludendo temporaneamente dall’orizzonte di analisi l’attività interamente vincolata della p.a.

Il primo elemento consiste nell’attività discrezionale della p.a. che si espliciti per il tramite dell’esercizio di un potere amministrativo¹⁶⁹; attività regolata dalla legge, tanto nel fine, quanto nella forma del suo dispiegarsi, attraverso le norme sul procedimento e sul contenuto del provvedimento (le norme, per riprendere un’antica distinzione¹⁷⁰, di ‘azione’). Il secondo elemento, invece, va individuato nel bene della vita, e cioè nel risultato finale che l’azione amministrativa può, anche se solo eventualmente, far conseguire al privato (o non far perdere).

Il problema essenziale, come si è visto, è nel rapporto tra questi elementi: giacché il bene della vita non è garantito sempre e comunque al privato, ma soltanto nei limiti in cui il soddisfacimento dell’interesse del privato coincida con la legittimità dell’azione amministrativa, la quale può ben essere assolutamente valida (e pure lecita) e tuttavia non arrecare alcuna utilità al privato. In tal senso, l’interesse legittimo

¹⁶⁷ Il punto è sempre lo stesso, e sta tutto nella difficoltà di ritenere risarcibile, al di fuori della lesione di un bene della vita, un interesse che pare ridursi a mere facoltà di iniziativa e di propulsione del procedimento: «l’interesse legittimo del quale la sentenza n. 500/1999 aveva affermato l’idoneità ad attivare la tutela risarcitoria, se leso, ha un contenuto, ed un’apertura all’interesse al bene della vita ad esso collegato, che a tale situazione giuridica soggettiva, prima dell’intervento delle Sezioni Unite, risultavano estranei. Proprio per questa ragione, si era potuto affermare, in precedenza, in dottrina, che la struttura dell’interesse legittimo, risolvendosi in effetti in poteri di intervento e di partecipazione al procedimento amministrativo ovvero nel potere di richiedere l’annullamento del provvedimento in ipotesi illegittimo, nulla sarebbe stata in grado di dire, né in senso positivo, né in senso negativo in ordine al problema della delimitazione dell’area del danno risarcibile a fronte dei danni cagionati dall’Amministrazione nell’esercizio della sua potestà» (così C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione*, cit., p. 1750, con riferimento all’opinione espressa da C. SALVI, *Aspettativa edificatoria*, cit., c. 226).

¹⁶⁸ V. *infra*.

¹⁶⁹ L’interesse legittimo sta sempre di fronte a un potere amministrativo (ora lo riconosce anche l’art. 7, cod. proc. amm., perfino con riguardo alla giurisdizione esclusiva); questione più complessa è chiedersi se, anche dov’è vincolato, il potere sia tale (sia potere, e sia potere amministrativo) o meno. Dove il potere è amministrativo, non vi può essere diritto soggettivo, ma solo interesse legittimo, giacché il vincolo è l’interesse pubblico (la doverosità è verso l’interesse pubblico).

¹⁷⁰ Ma di recente riportata in auge: cfr. F. VOLPE, *Norme di relazione e norme di azione*, Padova, 2004, *passim*.

individua una posizione a satisfattività non garantita¹⁷¹ o, in altri termini, solo eventuale.

Proprio il carattere di 'eventualità' centra pienamente la diversa modalità di protezione che l'interesse legittimo assicura rispetta al diritto soggettivo, che garantisce al suo titolare una protezione piena (seppur nelle diverse forme del diritto assoluto e relativo).

Di fronte al problema di definire l'interesse legittimo, ma anche alle difficoltà che la dottrina¹⁷² ha da sempre incontrato nell'esprimere l'essenza dello stesso diritto soggettivo, ci si potrebbe allora accontentare di questa simmetria. Si andrebbe però incontro a una critica che non sembra superabile.

Come già accennato nella parte precedente di questo lavoro, è evidente la scarsa valenza semantica di qualsivoglia definizione dell'interesse legittimo che sia basata sul solo carattere semi-pieno della tutela assicurata al privato. Una definizione di questo tipo, infatti, lascerebbe in ombra proprio il contenuto della tutela che la posizione di interesse legittimo garantisce.

È palese, infatti, che identificare l'interesse legittimo nei suoi mezzi di protezione, per quanto specificando la loro satisfattività solo parziale, non aiuta a delimitare le ipotesi di lesione o violazione giuridicamente rilevanti che consentono l'attivazione di un rimedio, né, ancora, raffigura in alcun modo la fisiologia dell'interesse legittimo¹⁷³ (e cioè il suo funzionamento al di fuori dei casi di lesione).

¹⁷¹ Rivedi tutte le indicazioni del Capitolo primo.

¹⁷² Massimamente quella italiana e quella tedesca; molto meno spazio è stato dedicato a questa riflessione in Francia e, per ovvie ragioni, in Inghilterra.

¹⁷³ Che così accada, adottando una prospettiva 'esterna', non è certo una scoperta nuova. E cioè sia che si parli di interesse legittimo nei termini di 'protezione eventuale di un interesse', di 'facoltà di esperire determinati mezzi di tutela per la protezione di un interesse' o di 'interesse protetto in modo eventuale' (se non addirittura occasionale, così facendo un balzo indietro di più di un secolo). La definizione di diritto come 'interesse protetto' ha, anzi, forse rappresentato la prima espressione di quella concezione imperativistica del diritto soggettivo (R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 23 e soprattutto p. 29), poi approfondita soprattutto con Thon e massimamente con Kelsen (come si vedrà più avanti). È logico, allora, che tale approccio, concentrato sulla protezione, sulla lesione, sulla patologia, trascuri tutto quanto attinente alla fisiologica di una posizione giuridica. La necessità di un'ottica che non lasci in ombra il momento fisiologico della vita di una situazione giuridica (che, d'altronde, è la necessità di una prospettiva che non obliteri né i vari aspetti della sostanzialità – esercizio e lesione della posizione giuridica – né quelli della rimedialità) è espressa, con fare colorito, da due studiosi del secolo scorso, il primo con riferimento ai diritti soggettivi, il secondo agli interessi legittimi. Cfr., allora, D. BARBERO, *Guerra e pace fra l'interno e l'esterno del diritto soggettivo*, in *Jus*, 1952, p. 338 s.: «la regolarità ha raramente l'onore di essere portata alla ribalta dalle cronache. Queste si occupano di ribelli, di truffatori, di assassini, e tutt'al più di eroi, insomma di eccezioni, ma non delle miriadi di regolari osservanze d'ogni giorno, in cui da miriadi d'individui si attua ogni giorno la regolarità del vivere civile. È ciò, per questo, indifferente? Se non si confonde l'indifferenza del lecito con l'indifferenza della 'scelta' fra più 'leciti', è tanto poco indifferente che proprio in questa regolarità si trova per l'ordine (giuridico) la sua compiuta realizzazione». Cfr., poi, E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 134: «la illegittimità» dell'azione amministrativa «pone in luce quella sua presenza che può restare inosservata quando la vicenda si svolge fisiologicamente, ossia secondo legalità; così come la malattia richiama l'attenzione sull'organo del corpo cui non si bada finché è sano» (a p. 135, poi, l'autore accenna a un

Soprattutto, una tale definizione nulla direbbe in ordine alla risarcibilità dell'interesse legittimo e al *quantum* assicurato al privato in tale eventualità.

Inoltre, il distinguere interesse legittimo e diritto soggettivo sulla base dell'entità della tutela, o comunque del tipo o del modo di tutela – imponendo di verificare, in primo luogo, «grado ... e forme della protezione»¹⁷⁴ –, non sposterebbe l'attenzione dalla spiegazione sostanziale delle situazioni giuridiche ad una loro valutazione unicamente rimediale¹⁷⁵, e dunque non eliminerebbe le problematiche connesse ad una

diverso approccio vagamente rimediale che potrebbe completare quello descritto – e, aggiungo io, senza sostituire).

¹⁷⁴ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*^A, cit., p. 94. La tendenza a distinguere diritto e soggettivo evidenziando il *quantum* o comunque le diverse modalità di tutela è diffusissima, e forse trae spunto dal carattere inattivo che connota la situazione giuridica interesse legittimo, su cui ci si soffermerà innanzi. Cfr., ad esempio, la definizione del diritto soggettivo data da M. COMPORTI, *Formalismo*, cit., p. 464 e 470 – la «fondamentale situazione giuridica di tutela accordata in modo diretto e speciale dalla norma ad un soggetto rispetto a determinati beni, per la realizzazione di interessi ritenuti meritevoli di protezione dall'ordinamento»; situazione a struttura «sempre complessa, perché il contenuto di essa è rappresentato da varie situazioni semplici, quali poteri, facoltà limitati ed obblighi» –, in cui i termini 'speciale' e 'diretto' sono volti a distinguere tale figura dall'interesse legittimo (cfr. nt. 100); cfr. le definizioni, già menzionate, del diritto e dell'interesse legittimo di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*^A, cit., p. 87 s. e p. 96 – il primo, la «fondamentale posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di una forza concretantesi nella disponibilità di strumenti vari (facoltà, pretese, poteri) atti a realizzare in modo pieno l'interesse al bene»; il secondo, «la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità» –.

¹⁷⁵ Sui rimedi, cfr., *ex multis*, U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 105 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit.; G. AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 129 ss.; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; L. VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti tra diritto e processo*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, p. 241 ss.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009; D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 15 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., 2011, p. 154 ss.; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 157 ss.; S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; P. SIRENA-Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 359 ss.; G. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 69 ss. Cfr. poi, ovviamente, il notissimo G. CALABRESI-A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, 85, p. 1089 ss. Da più parti, a ben vedere, è avvertito oggi un certo scetticismo per il piano sostanziale, che costituisce forse una lontana risposta agli eccessi dogmatici pandettistici (cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 62 s.). La difficoltà, allora, a costruire le posizioni giuridiche dal punto di vista sostanziale si abbina a un abbandono di tale prospettiva, con una contestuale rinascita dello studio dei rimedi (lo nota C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 4, ma soprattutto A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 384). In un ordinamento, come il nostro, ancorato tuttora alla sostanzialità, è forse però preferibile tentare un approccio che, seppur non dimentico dell'aspetto rimediale, si situi in un'ottica appunto sostanziale, e scopra piuttosto una dialettica tra questi due centri d'attenzione. Questa duplice prospettiva potrebbe essere, anzi, quella verso cui va l'integrazione tra sistemi giuridici diversi, se è vero che una visuale solo rimediale di *common law* non è senza insidie (v. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 26, con riferimento al *common law*: «lo scetticismo manifestato verso la possibilità di parlare il linguaggio dei diritti nel forgiare i rimedi di cui dispongono i privati non ha dato vita a concetti

definizione sostanziale delle posizioni giuridiche. Insomma, non risparmierebbe all'indagine una fatica che riemergerebbe inevitabilmente *aliunde*.

È noto, infatti, che i rimedi sono le «regole giuridiche formali ed informali che si occupano di quale soddisfazione un consociato possa ottenere nel caso in cui un suo interesse degno di protezione giuridica venga leso», e che invece «il diritto sostanziale si occupa delle regole che governano la scelta istituzionale circa il se un determinato interesse sia da considerarsi degno di tutela giuridica»¹⁷⁶. Si potrebbe essere tentati di affermare che interrogarsi sui limiti della protezione dell'interesse legittimo voglia dire uscire dall'ottica sostanziale. Ma così non è: proprio perché la valutazione dell'*an* circa la lesione dell'interesse legittimo, che ne condiziona la latitudine di tutela¹⁷⁷, rimarrebbe inevitabilmente legata al tessuto sostanziale nell'ambito di un sistema, quale il nostro, di *civil law*. Anzi, come già detto, l'approccio incentrato sull'entità o sul modo della protezione rischierebbe di far perdere di vista la necessità di definire, anzitutto, le ipotesi in cui l'interesse legittimo può affermarsi leso.

più precisi di quelli di cui fa uso il giurista continentale avvezzo a ragionare intorno al diritto soggettivo)), e se è vero che la visuale sostanziale, e in particolare la definizione sostanziale delle posizioni giuridiche, oltre o forse al posto della valenza magico-simbolica, direttiva o informativa che le si è voluta attribuire (cfr. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 250 ss. – anche con riferimento al pensiero di Olivecrona –; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 27 ss.; A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 291 ss.), ha, per lo meno, un'indiscutibile importanza sistematica, giacché concorre alla ricostruzione razionale dell'ordinamento, orienta la creazione di teorie giuridiche, assumendo un ruolo fondamentale nel discorso giuridico e, dunque, anche nella soluzione dei casi concreti (del resto, il valore della dogmatica è riconosciuto apertamente dai sostenitori della teoria argomentativa: cfr. R. ALEXY, voce *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996, consultabile in www.treccani.it, nonché ID., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, *passim*; cfr. anche lo stesso M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 40 e 66, che, mentre evidenzia le «sconfitte dell'argomentazione di stampo dogmatico», beninteso «parziali», riconosce che «l'opera che da sempre compete al giurista nell'ambito della tradizione giuridica occidentale [è] predisporre modelli di ragionamento e soluzioni», e tra i primi non possono mancare quelli d'indole 'sistematica'; cfr. pure M. LA TORRE, *Disavventure*, cit., p. 382). È questo, però, un tema che va ben oltre i propositi dell'attuale indagine; qui, ci si deve limitare a dar conto dell'opportunità di un discorso che abbracci le posizioni giuridiche sia nella loro sostanza, sia nei rimedi che esse richiamano (o, più esattamente, il cui esperimento consentono). D'altro canto, pur dovendosi aderire a quanto efficacemente dimostrato da A. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 657 ss., e oggi in *Il diritto*, cit., p. 303 ss. (da cui le successive citazioni), e cioè alla priorità della pretesa rispetto al diritto (e questo in tutti gli ordinamenti, non solamente in quelli di stampo rimediabile o processuale), in antitesi a quanto creduto ingenuamente dal positivismo (cfr. p. 351 e 362), non si può però svuotare totalmente l'opera del giurista, cui comunque compete la ricerca della coerenza del sistema, così da (aiutare a) rendere razionalmente oggettive e controllabili le decisioni dei giudici (p. 363), pur nella palese impossibilità di una revisione razionale dell'intero sistema per la soluzione di ogni caso pratico (p. 365, ma anche p. 377; cfr. poi p. 382 s. e 385). Si avverte che il termine 'pretesa', per com'è stato qui utilizzato, ha un'accezione ben più estesa di quella che gli si attribuirà nella seconda parte di questo paragrafo.

¹⁷⁶ U. MATTEI, *I rimedi*, cit., p. 108.

¹⁷⁷ Piuttosto, si creerebbe una certa commistione tra profilo sostanziale e rimediabile che, lungi dal facilitare l'analisi, la complicherebbe: meglio, allora, situare l'indagine sul piano della sostanza, di modo da farla dialogare solo successivamente con il piano dei rimedi.

Quel che si vuol dire è questo: un approccio solo rimediale risulterebbe limitante¹⁷⁸ in un ordinamento, quale il nostro, in cui tale prospettiva, che pur ha assunto tanta importanza nei tempi recenti, convive e si intreccia necessariamente con quella sostanziale. Anzi, si può dire che la definizione dell'interesse legittimo dovrà sì tener conto e corrispondere¹⁷⁹ ai rimedi che esso assicura al suo titolare, ma anche questi ultimi si preciseranno, nel loro contenuto, proprio alla luce della definizione sostanziale prescelta, in una continua interferenza tra questi due piani.

Se a questa verifica dei rimedi che assistono l'interesse legittimo in caso di sua violazione sarà offerto largo spazio nel prosieguo della trattazione, è ora invece il caso di dedicarsi proprio al tentativo di proporre una definizione di interesse legittimo, la cui attendibilità ermeneutica sarà valutata nei paragrafi a seguire.

2. *Facultas agendi* ...

Sembrerà strano che una proposta definitoria per l'interesse legittimo debba partire, anzitutto, dalla ricognizione di quel che è, sul piano sostanziale, il diritto soggettivo: ma, in effetti, non è possibile descrivere l'interesse legittimo se non si ha chiaro, almeno stipulativamente, ciò che esso non è, ossia un diritto soggettivo¹⁸⁰.

Tuttavia – lo si è già accennato – non esiste (oggi) una definizione di diritto soggettivo che sia largamente condivisa: il che inevitabilmente rappresenta un forte ostacolo, nel momento in cui si cerchi di distinguere l'interesse legittimo dal diritto soggettivo¹⁸¹.

¹⁷⁸ Per la necessità di una visuale (anche) sostanziale dell'interesse legittimo, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 21.

¹⁷⁹ L'idea compare anche in D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*, cit., *passim*.

¹⁸⁰ Affronterò oltre anche la questione circa l'ammissibilità di un 'diritto potestativo' (v. intanto M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 446 ss.). Debbo subito chiarire che la soluzione affermativa (o negativa che sia) di questo problema non è così importante ai nostri fini. Come non lo è quella della questione opposta, su cui pure mi soffermerò brevemente, circa la sussistenza di 'poteri semplici' (come il potere del rappresentante), ossia esistenti al di fuori di un diritto (v. già P.G. MONATERI, voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 421).

¹⁸¹ Su questa figura giuridica e sulla sua evoluzione, cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 3 ss. (che unisce considerazioni che vanno da problemi di ordine generalissimo quali l'evoluzione della specie e addirittura la coscienza animale al tema prettamente giuridico della concorrenza tra ordinamenti) e, ovviamente, W. CESARINI SFORZA, voce *Diritti soggettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 659 ss. Per il resto, si rimanda alla bibliografia che sarà citata nelle note successive. Quanto all'ordinamento tedesco, tra i testi in lingua italiana cfr. L. RAISER, *Il diritto soggettivo nella dottrina civilistica tedesca*, in *Il compito del diritto privato*, a cura di C.M. Mazzoni, trad. it. di M. Graziadei, Milano, 1990, p. 107 ss. (originariamente pubblicato in *JZ*, 1961, p. 465 ss.).

Com'è stato più volte notato, anche di recente¹⁸², la nozione di diritto soggettivo appare sfuggente: del resto, le proposte più recenti (in senso relativo) si presentano ora modellate sul diritto assoluto, ora su quello relativo, e così faticano a fornire uno schema univoco di comprensione di questa figura giuridica¹⁸³, che appare davvero troppo eterogenea¹⁸⁴ per essere ricostruita unitariamente se non ricorrendo a definizioni generalissime.

Basti pensare che, abbandonate le classiche definizioni, quella pandettistica del potere della volontà¹⁸⁵ e quella jheringhiana dell'interesse giuridicamente protetto¹⁸⁶, ed

¹⁸² Cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 25 (parla di diritto soggettivo come concetto «sfuggibile ed evanescente»). Cfr. anche G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus*, 1952, p. 1 s.; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 3.

¹⁸³ A parte quello che si dirà oltre, alla nt. 201, una delle questioni di più complessa risoluzione attiene alla difficoltà di definire, con il concetto di diritto soggettivo, le situazioni di «scissione tra diritto soggetto e interesse», in particolare quelle relative alla «proprietà fiduciaria» (cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 73 ss., A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 382). Si tratta di tema che, ovviamente, non si può approfondire in questa sede, pur dovendosi dare atto della necessità che il giurista risolva questi problemi, ed altri analoghi, senza abdicare al suo ruolo scientifico, e dunque senza abbandonare (il ricorso al)le categorie, semmai costruendone di nuove (cfr. G. AMADIO, *I fondi comuni di investimento: soggetti od oggetti di diritto?*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, materiale *on line*). Ciò che si proverà a fare qui con l'interesse legittimo, ma che sarebbe fuor d'opera tentare con riferimento alla proprietà fiduciaria.

¹⁸⁴ Il problema si pone, come subito si vedrà, per l'estrema eterogeneità che connota diritti relativi e assoluti: cfr. M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 450 s.; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 3.

¹⁸⁵ Solitamente si ascrive questa definizione di diritto soggettivo già al Savigny: eppure costui, come bene nota R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 4, non ricorre mai «in questi precisi termini» a questa formulazione nella sua opera fondamentale; anzi, egli preferisce porre «come concetto centrale del 'sistema' il rapporto giuridico, in luogo del diritto soggettivo» (p. 19). Non sarà inutile riportare le stesse parole di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1, Berlin, 1840, p. 333 e p. 334 (corrispondenti al Libro II, §§ 52 e 53): «von dem nunmehr gewonnen Standpunkt aus erscheint uns jedes einzelne Rechtsverhältniß als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt. Diese Bestimmung durch eine Rechtsregel besteht aber darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat; «das Wesen des Rechtsverhältnisses wurde bestimmt als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens» (poco oltre, poi, compare la nota formula della «Willenherrschaft»). Bisogna attendere le Pandette dell'Arndts per la più chiara definizione del diritto soggettivo come potere, signoria della volontà: «ein Recht (im subjectiven Sinn) ist eine durch das Recht (im objectiven Sinn) einer Person Anderen gegenüber gewährte Willensmacht bestimmten Inhalts» (così L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*¹⁴, curato dopo la morte dell'autore da L. Pfaff e da F. Hofmann, Stuttgart, 1889, p. 27, e cioè Libro I, § 21). V. anche il Puchta che, individuato nella personalità un vero e proprio diritto, così si esprime: «Persönlichkeit ist also die subjective Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht, die Fähigkeit zu Rechten, die Eigenschaft, wodurch der Mensch Subject rechtlicher Beziehungen ist». Passando poi a trattare del contenuto del diritto soggettivo, usa queste parole: «die Thätigkeit des moralischen Willens ist die Entscheidung für das Gute oder Böse, die des rechtlichen, also die Thätigkeit der Personen als solcher, ist die Unterwerfung von Gegenständen. Das Resultat dieser Unterwerfung, sofern sie ein Ausfluß der rechtlichen Freiheit, also den Rechtsvorschriften gemäß ist, ist eine rechtliche Macht über den Gegenstand, ein Recht an demselben, welches der Person zusteht»; e ancora, con riguardo ai diversi tipi di contenuto del diritto: «der Inhalt der Rechte bestimmt sich theils durch die Stellung der Person und den Einfluß, den diese auf den rechtlichen Willens hat ..., theils durch den Gegenstand, der vermöge eines Rechts dem Willen unterworfen ist, und dessen Natur auf das Recht zurückwirft» (si tratta di G.F. PUCHTA, *Pandekten*⁸, curata dopo la morte dell'autore da A.

Rudorff, Leipzig, 1856, p. 37, 46 s. e 50, e cioè §§ 22, 29 e 32, Libro II; più semplice la definizione data nella prima edizione, che suonava così: «ein Recht (im subjectiven Sinne) ist vorhanden, wenn ein Gegenstand durch das Recht (im objectiven Sinne) in die Macht einer Person gegeben ist»: G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*¹, Leipzig, 1838, p. 30, ovvero § 28, Libro II; cfr. anche G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*⁴, 1, curata dopo la morte dell'autore da A. Rudorff, Leipzig, 1853, p. 9 ss., corrispondente ai §§ 4 ss.). Cfr. anche M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 437, nt. 9; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 13 ss. e 36 ss. Tipica critica opposta contro la concezione pandettistica è quella per cui gli incapaci di intendere di volere non hanno volontà, e dunque non potrebbero essere titolari di diritti (così già in R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁶⁻⁷, III, 1, Leipzig, 1924, [si tratta di una edizione postuma], p. 332; il § è il 60; cfr. anche G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 42 ss.; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, estratto, da cui le successive citazioni, p. 22 ss. – lo scritto è poi confluito nella monografia *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 25 ss. –, che allarga codesta obiezione a tutte le tesi che hanno variamente ravvisato nel diritto soggettivo un potere, da lui però inteso nel significato ristretto di forza di produrre una modificazione giuridica); ad essa si aggiunge quella ulteriore considerazione che evidenzia come la volontà sia «condizione di fatto perché si producano gli effetti giuridici che derivano dalla norma», e non «fonte di un potere originario, che come tale il diritto debba necessariamente riconoscere» (cfr. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 55 ss.; cfr. su questi punti anche D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 3, nt. 2 e U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 38; M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 440, n. 16; V. FROSINI, voce *Diritto soggettivo*, in *Nov.mo Dig.*, V, Torino, 1968, p. 1049; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 42 s.; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 10 s.; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 3 contesta al Savigny l'esistenza di un potere nei diritti di credito, potere che viceversa potrebbe risultare effettivamente sussistente nei diritti reali: ma la critica si scioglierebbe a voler intendere il concetto di pretesa, su cui v. *infra*, in un senso diverso da quello assunto dall'eminente processualista). Alla prima critica si è risposto facendo riferimento a finzioni giuridiche o all'istituto della rappresentanza (ne parlano W. CESARINI SFORZA, voce *Diritti soggettivi*, cit., p. 685; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 55 s.; cfr. poi P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 413 s.), o facendo riferimento a una struttura «normale» del diritto (P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*¹⁹, Milano, 2011, p. 48, pur nell'ambito di una più complessa definizione di diritto; se, però, si volesse così intendere 'volontà normale' si ricadrebbe nelle concezioni che confondono diritto soggettivo e oggettivo, prima tra tutte quella di Windscheid); tuttavia, la vera obiezione insuperabile è la seconda, che sottolinea l'iper-soggettivismo in cui sono cadute le definizioni del diritto soggettivo fornite dalla pandettistica.

¹⁸⁶ Esempio di questo passaggio, per comprendere il pensiero di Jhering e soprattutto la sua teoria del diritto soggettivo quale incontro tra due momenti, uno sostanziale e l'altro formale: «zwei Momente sind es, die den Begriff des Rechts konstituieren, ein substantielles, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährleistet werden soll, und ein formales, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtsschutz, die Klage. Ersteres ist der Kern, letzteres die schützende Schale des Rechts. Jenes für sich allein begründet lediglich einen tatsächlichen Zustand des Nutzens oder Genusses (faktisches Interesse), der jederzeit ohne weitere Folgen von jedem, der dazu tatsächlich in der Lage ist, aufgehoben werden kann). Den Charakter der Zufälligkeit, Hinfälligkeit verliert dieser Zustand erst dadurch, daß das Gesetz ihn unter seinen Schutz nimmt, der Genuß oder die Aussicht auf denselben wird dadurch ein gesicherter: ein Recht. Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen» (R. VON JHERING, *Geist*⁶⁻⁷, 3, 1, cit., p. 339; il § è il 60). La nozione jheringhiana è stata criticata perché non consente di distinguere tra le varie situazioni giuridiche attive (tra l'altro, portando a confondere proprio diritto soggettivo e interesse legittimo; cfr. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 57 ss.) e, soprattutto, perché confonde situazioni-presupposto e situazioni-conseguenza: l'interesse, in verità, è ciò su cui sorge il diritto, ma non il contenuto dello stesso (così già in A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimer, 1878, p. 219; cfr. soprattutto U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 44 ss.; R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 71 ss.; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*², Padova, 1967 [rist.], p. 264 s. e 276 ss.; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 3, nt. 4, e c. 29 s. sulla necessità di intendere l'interesse in modo oggettivo, per non ricadere nella critica relativa ai soggetti incapaci sollevata contro la concezione volontaristica: ma sul punto cfr. anche M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 46 e 58; W. CESARINI

escluse dal nostro orizzonte quelle tesi di matrice imperativistica che risolvono il diritto soggettivo in quello oggettivo, svalutando del tutto o comunque in gran parte l'autonomia concettuale del primo¹⁸⁷, le tesi che si impongono all'attenzione¹⁸⁸ sono

SFORZA, voce *Diritti soggettivi*, cit., p. 684; V. FROSINI, voce *Diritto*, p. 1049; M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 440, n. 16; P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 414; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 19 s.). Sulla *Combinationstheorie* dello Jellinek, per cui diritto soggettivo è insieme sia potestà di volere sia interesse, cfr. G. JELLINEK, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892 (e, inoltre, v. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 59 ss.; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 17 ss.; G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 13 ss.; A. LEVI, *Teoria*², p. 227 ss.).

¹⁸⁷ «La storia della scienza giuridica di derivazione pandettistica dal secolo scorso ai nostri giorni si presenta così come una lunga, lenta e tormentosa ‘riscoperta’ del diritto obiettivo» (così R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 20; cfr. anche V. FROSINI, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, p. 118 ss.), che era stato messo da parte dal giusnaturalismo, dal Wolff e in un certo modo anche, nonostante le apparenze, dai due corifei della Scuola storica, ovvero Savigny e Puchta (cfr. p. 17 ss.; per Orestano, p. 23, i primi ad avanzare in questa «riscoperta» sono Thibaut, Kierulff, Jhering, Thon, Jellinek, Merkel e Kipp). Un ponte ideale tra questi due momenti e questi due approcci può essere ravvisato nell'opera di Windscheid: e in particolare nella sua evoluzione, confrontando le singole edizioni. Difatti, se nella prima l'autore definiva il diritto soggettivo come «ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollen-Dürfen, eine von der Rechtsordnung Macht oder Herrschaft» (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, 1862, p. 81; il Libro è il II, il § il 37, e ciò rimarrà invariato tra le varie edizioni; W. CESARINI SFORZA, voce *Diritti soggettivi*, cit., p. 685, evidenzia come la corrispondente traduzione italiana ad opera di Fadda e Bensa non rendesse correttamente il participio «verliehen» – «prestato» e non semplicemente «impartito» –, che rimarrà costante nelle varie edizioni dell'opera di Windscheid), nella quinta così scrive: «Recht (Recht im subjectiven Sinne, subjectives Recht) ist eine von der Rechtsordnung (Recht im objectiven Sinne, objectives Recht) verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft concreten Inhalts», dando peraltro conto, nella nt. 3, delle critiche sollevate contro questa definizione non solo da Jhering, ma anche da Thon, nell'opera che questi aveva pubblicato appena un anno prima, nel 1878 (cui si fa per l'appunto risalire la concezione imperativistica del diritto soggettivo, secondo quanto si dirà poco oltre; cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁵, I, Stuttgart, 1879, p. 92 s.). Il vero cambiamento è nell'edizione successiva (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁶, I, Frankfurt a.M., 1887, p. 97 ss.), in cui anzitutto vengono distinti due differenti significati di diritto, il secondo dei quali corrisponde all'area occupata da quelli che oggi si è soliti denominare diritti potestativi e poteri di disposizione. È il primo, però, ad attirare l'attenzione: «die Rechtsordnung (das Recht im objectiven Sinne, das objective Recht) hat auf Grund eines concreten Thatbestandes einen Befehl zu einem Verhalten bestimmter Art erlassen und diesen Befehl demjenigen, zu Gunsten dessen sie ihn erlassen hat, zur freien Verfügung hingegeben. Sie überläßt es ihm, ob er von dem Befehl Gebrauch machen, und im Besondern ob er die ihm gegen den Widerstrebenden von der Rechtsordnung gewährten Mittel zur Anwendung bringen will, oder nicht. Demgemäß ist sein Wille maßgebend für die Durchsetzung des von der Rechtsordnung erlassen Befehls. Die Rechtsordnung hat sich des von ihr erlassen Befehls zu seinen Gunsten entäußert, sie hat ihren Befehl zu seinem Befehl gemacht. Das Recht ist sein Recht geworden». Non scompare, comunque, la precedente definizione di diritto soggettivo; semmai, si aggiunge una nota in cui Windscheid stesso confessa il suo debito nei confronti di Thon, pur prendendo parzialmente le distanze dalla visione di quest'ultimo (è la nuova nt. 3, ove l'illustre autore ammette che «der Unterschied zwischen der hier vertretenen Auffassung und der Thon's besteht nur darin, daß Thon es ablehnt, den zu Gunsten des Berechtigten erlassenen Rechtbefehl deßwegen, weil sein Wille für denselben entscheidend ist, seinen Befehl zu nennen»; con riferimento alla nozione di diritto soggettivo del Windscheid cfr. anche E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 8 ss.; A. LEVI, *Teoria*², cit., p. 269 ss.). È a Thon, difatti, e alla sua opera *Rechtsnorm und subjektives Recht* (già citata) che si suole ascrivere quella visione imperativista del diritto soggettivo, che tanto successo riscuoterà nei successivi decenni, pur venendo declinata in vario modo (cfr. oggi, per tutti, M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 439 e 443; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 23; A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 275). Il diritto soggettivo in Thon non è più interesse protetto (come per Jhering), ma «protezione dell'interesse»; è cioè «promessa o aspettativa ...

di eventuali pretese accordate dalla norma di diritto oggettivo per l'ipotesi di trasgressione da parte di un terzo della norma medesima» (come ricorda M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 439). Ciò comporta una visione del diritto definita (classicamente) 'esterna': quello che era per Savigny nucleo, «nocciolo» del diritto, diventa uno spazio interno irrilevante, mentre ciò che conta è la «scorza», la protezione che l'ordinamento assicura (le espressioni sono dello stesso Thon). Secondo la nota espressione di Binding (citata, tra gli altri, da E. SCHULEV-STEINDL, *Subjektive Rechte*, Wien, 2008, p. 15), il *Dürfen* inteso come la facoltà di godere cade nel «Loch im Centrum eines Normenkreises». Per una critica di tutto l'approccio 'esterno' al problema del diritto soggettivo, cfr. soprattutto D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 1 ss. (ma cfr. anche S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 67 s.; U. NATOLI, *Il diritto*, cit., 41 ss.; più di recente, M. COMPORI, *Contributo*, cit., p. 37; una rassegna delle posizioni in C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 41 ss.; per una diversa critica alla visione imperativistica, cfr. poi M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 15). Comunque, questa nuova tendenza verrà – e lo si dice pur consci delle inevitabili generalizzazioni che questa sede comporta – presto radicalizzata, soprattutto ad opera di quanti unificheranno diritto obiettivo e soggettivo «in un concetto comune e unitario» (R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 26) e di quanti negheranno la stessa «esistenza del diritto soggettivo» (p. 28), in particolare risolvendo «la concezione dualistica diritto soggettivo-diritto oggettivo in una relazione fra norma e soggetto, vuoi considerando il diritto soggettivo come soggettivizzazione della tutela normativa, vuoi come soggettivizzazione della stessa norma» (p. 29). Quest'ultima operazione, che già *in nuce* era presente negli stessi Windscheid e Thon (se non addirittura in Jhering), assume forme compiute massimamente nell'opera di Kelsen, la cui «dottrina pura del diritto ... supera completamente il dualismo di diritto soggettivo e oggettivo. Il diritto soggettivo non è diverso da quello oggettivo; è il diritto oggettivo stesso soltanto in quanto si rivolge contro un soggetto concreto (obbligo) oppure si mette a disposizione di questo (autorizzazione) in forza della conseguenza giuridica da esso stabilita» (cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 2000, p. 84 s., ma cfr. anche p. 86 s.; v. pure E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giurisprudenziale*, Milano, 1957, p. 9, nt. 7). Proprio l'insostenibilità della tesi del Kelsen induce ad abbandonare la sua ricostruzione anche in tema di diritti soggettivi, che, oltre a essere ormai oggi diffusamente criticata, sarebbe tra l'altro di ben scarso ausilio per la nostra trattazione (cfr. già S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 53). Per considerazioni analoghe a quelle dello studioso, cfr. anche, in tempi poco successivi, C. MAIORCA, *L'oggetto dei diritti*, Milano, 1939, p. 13 s.: «la nozione del diritto oggettivo ... in nessun modo sembra vivere di una vita veramente propria (veramente soggettiva, non normativa), ... in nessun modo accoglie una definizione veramente diverse da quella stessa dell'ordine normativa nei suoi vari ambiti 'formali'». In tempi invece precedenti rispetto al Kelsen si pone la trattazione di R. CICALA, *Il rapporto giuridico*², Firenze, 1935 (su cui v. A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 276 s.; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 39 ss.; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 29; W. CESARINI SFORZA, voce *Diritti soggettivi*, cit., p. 686 – contro il paragone con Kelsen –; U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 94 s.). Più mite, invece, la posizione di R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 70 ss. Qui «il diritto soggettivo non è (se non da un punto di vista teleologico e descrittivo) una forma di tutela avente per oggetto l'interesse del titolare», giacché, come altrove l'autore scriverà, l'interesse è il «substrato materiale» del diritto e vi rimane esterno, «ma consiste essenzialmente in un potere, accordato al soggetto, che originariamente è la subbiettivazione della tutela normativa e che in tanto diviene una autonoma situazione giuridica individuale in quanto l'effettiva attuazione è posta a disposizione del titolare»: solo per questo il diritto soggettivo non si risolve nel diritto oggettivo, e cioè per il fatto che «la tutela obbiettivamente prevista dalla norma si trasforma in una tutela del soggetto ossia in un potere di questo», che diventa «arbitro della reintegrazione del diritto violato» (p. 75 s.). A dire il vero, questa tesi, seppur ancora immersa nell'imperativismo, sembra recuperare al diritto proprio quello spazio che gli è coesistente e che gli verrà interamente restituito solo dalle teorie basate sull'*agere licere*, ossia sulla 'possibilità' del singolo di agire (non per la reintegrazione, come per Nicolò, ma già per l'iniziale soddisfazione; non molto differente appare la tesi di G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 44 – e 68 s. –, a mente della quale «il subiettivarsi della norma significa anzitutto che l'obbligo da essa istituito è messo a disposizione del privato, il quale viene così a trovarsi in una speciale situazione di vantaggio rispetto a chi è gravato dall'obbligo e relativamente a un determinato bene, che ne è oggetto»). Secondo un altro illustre studioso, facoltà, diritto e potestà si distinguerebbero giacché la prima è *agere licere*, il secondo *inbere inter partes* e la terza *inbere super partes*. In particolare, «do *inbere*, in cui pertanto si risolve l'esercizio del diritto soggettivo, si riferisce naturalmente a un contegno altrui nel conflitto di interessi e perciò riguarda lo svolgimento dell'interesse altrui, che è soggetto al giudizio

espresso nel comando, sia nel senso che possa avvenire ciò che è permesso, sia in quello che non debba avvenire ciò che è vietato; così il *iubere licere* si risolve nel *permittere licere* o nel *vetare licere*, dove *permissum* o *vetitum* è un contegno altrui lesivo dell'interesse tutelato dal diritto e la *permissio* crea una facoltà mentre dal *vetitum* nasce un obbligo» (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, p. 158; non sorprende che lo stesso autore riconosca l'estrema somiglianza, nell'ambito della sua teoria, di diritto soggettivo e potestà, che altro non sarebbe che l'«espressione di sovranità» da parte, ad esempio, del giudice e del legislatore: difatti il diritto soggettivo come *iubere* diventa, ancora una volta, la traduzione *inter partes* di una norma di diritto oggettivo; criticano la visione di Carnelutti R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 73; U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 26; G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 55 ss.; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 19 ss.; di recente anche C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 34 ss.; sulla critica al concetto di diritto quale mezzo per risolvere un conflitto di interessi, cfr. D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 15 e 24). Vicino alla visione di Thon V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 124: «il diritto soggettivo ... corrisponde all'esigenza che ha il soggetto di un riconoscimento giuridico della sua partecipazione alla vita dell'azione, secondo una determinata forma concreta; corrisponde cioè ad una situazione inattiva, ed è perciò semplice *facultas exigendi*; ossia facoltà riconosciuta all'azione potenziale di esigere la propria attuazione in senso giuridico; per cui si può ben definire un diritto al diritto» (identica posizione sostiene lo studioso in V. FROSINI, voce *Diritto*, cit., p. 1047 e 1050). In critica, cfr. M. COMPORZI, *Contributo*, cit., p. 31 s. In una posizione mediana tra le tesi imperativistiche e quelle, su cui v. *infra*, del diritto come pretesa, si può collocare E. BETTI, il quale, nel suo *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 14, definisce il diritto soggettivo quale «potere giuridico individuale espresso da una determinata norma concreta di diritto sostanziale, in quanto è posta a disposizione di un determinato soggetto: potere spettante al soggetto stesso di fronte ad uno o più altri, in quanto è correlativo a una limitazione a una concomitante eventuale sanzione, statuite da essa norma a carico di questi, in ordine al soddisfacimento di un interesse privato di lui». Interessante soprattutto, però, la nt. 12, in cui l'illustre autore chiarisce quali sarebbero i pregi della sua definizione, presentandola come reazione al riduzionismo del Kelsen (si tratta pur sempre di un potere verso una controparte), ma non per questo scevra di riferimento al «nesso di derivazione del diritto subiettivo dal diritto obiettivo» (cfr. anche p. 9 e 16 per cenni sulla teoria della subiettivazione della norma di diritto obiettivo; lo studioso non omette, però, di considerare anche l'aspetto 'interno' del diritto, che pur non pare rientrare nella nozione offerta: cfr. p. 19). A dire il vero Betti era principalmente interessato a definire il diritto soggettivo in modo tale da distinguerlo dal diritto d'azione (salvandone però il collegamento), come ammette egli stesso a p. 15 (cfr. poi p. 47 ss.); e tale intento lo porta a utilizzare il concetto di 'potere', distinguendolo tra l'altro anche dalla pretesa (che non sorge «di necessità immediatamente insieme col potere» «nei diritti subiettivi ove» questo si esplica in quella: cfr. p. 20). Sulla definizione di Betti (e soprattutto sulla sua complessità che la rende – a parere di chi scrive – esposta alle critiche sollevate tanto contro le concezioni più strettamente imperativistiche, quanto contro le tesi che hanno ravvisato nel diritto una pretesa), cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 25; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 13 s. Per F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966, p. 70, «dovunque al singolo è riconosciuto direttamente un potere per la realizzazione di un suo interesse, ivi la legge ravvisa un diritto soggettivo». Nozione affatto sincretica quella di S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 61 s. (ammette l'autore stesso, a p. 71, di aver fuso *Machttheorie*, *Imperativtheorie*, *Interessentheorie* e *Willentheorie* – questi ultimi due già sintetizzati nella *Kombinationstheorie* –): per l'autorevole studioso elemento materiale del diritto soggettivo è «l'oggetto della tutela (l'interesse) e il mezzo tipico di attuazione della tutela medesima (la volontà)» (p. 61); invece «il riconoscimento (in senso lato, comprendente cioè la legittimazione) costituisce così l'elemento formale del diritto subiettivo, l'impronta dell'ordinamento giuridico, il suggello in virtù del quale interesse e volontà in quanto riconosciuti e nel senso in cui sono riconosciuti, diventano, in sintesi, un potere giuridico». Cfr. anche P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 416; in critica, cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 36 ss., e lo stesso P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 420. Se le teorie imperativistiche pure, come si è visto, tendono a svalutare il diritto soggettivo (assorbendolo in vario modo in quello oggettivo), salveranno invece l'autonomia del diritto soggettivo quanti, pur aderendo a quella visione 'esterna' del diritto soggettivo, per cui esso è anzitutto «imposizione di obblighi» (C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 23), ne ravviseranno, in vario modo, il contenuto in una pretesa: ciò che si vedrà subito nel testo.

¹⁸⁸ Cfr. V. FROSINI, voce *Diritto*, cit., p. 1049 s.

quelle che ravvisano nel diritto soggettivo sempre e comunque una pretesa (tesi pur anch'esse di matrice imperativista)¹⁸⁹ o un *agere licere*¹⁹⁰, prendendo di fatto a modello

¹⁸⁹ E ciò al fine, genericamente individuato, di salvare l'autonomia della figura del diritto soggettivo e contemporaneamente di accentuarne i profili di rilevanza 'esterna'. Si confronti, ad esempio, quanto sostiene Cesarini Sforza nella sua voce dedicata al diritto soggettivo nell'Enciclopedia del Diritto: «Il comportamento dovuto dall'obbligato rappresenta l'oggetto del rapporto, ossia ciò che per il soggetto attivo, titolare del diritto, è il *suum*, ciò che, dal momento in cui il rapporto giuridico si è costituito, è diventato la sua quota dell'*ordo ordinatus: suum* del quale l'avente diritto dispone né più né meno che di oggetti materiali; così accanto al rapporto instauratosi tra una volizione e un'azione astratta, si fa luce un'altra relazione tra il potere dell'avente diritto e l'oggetto, per la quale codesto potere si attivizza contro l'ostacolo che fosse rappresentato dall'eventuale controvolizione del soggetto dell'obbligo. Questa fase dinamica, nella quale si vede allo scoperto, per così dire, la natura potestativa del diritto soggettivo, è, nella vita, del rapporto giuridico, la pretesa» (W. CESARINI SFORZA, voce *Diritti soggettivi*, cit., p. 692 s.) E ancora: «la proprietà diventa un diritto solo se si concepisce la *res* per quello che è, ossia quale oggetto (in questo caso materiale) del rapporto, e questo sia concepito tra due soggetti, attivo e passivo» (p. 693). Infine: «il diritto soggettivo, secondo il suo concetto, è il potere individuale di regolare un certo comportamento altrui secondo un ordine oggettivo. Ma con specifico riferimento a principi giuridici determinati, il diritto soggettivo è il potere individuale di esigere un comportamento conforme all'ordinamento vigente» (p. 694). Secondo M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto privato*, I, Torino, 1939, p. 95, il diritto soggettivo è «una pretesa che altri tenga un dato comportamento. Nel campo dei diritti reali, alla stessa stregua di quanto avviene nel campo dei diritti di obbligazione, l'oggetto del rapporto giuridico è dato esclusivamente dal dovere di coloro che non sono titolari del diritto soggettivo di tenere un certo comportamento negativo in ordine alla cosa. Non si può pertanto dire che il diritto di proprietà consiste in un complesso di facoltà positive spettanti al proprietario e in un obbligo generale negativo Soltanto quest'ultimo costituisce l'oggetto del rapporto di proprietà. Che poi per effetto dell'obbligo suddetto venga al proprietario assicurata una potestà di sfruttamento è questa una conseguenza del dovere negativo e lo scopo pratico a cui mira la legge coll'istituto della proprietà, ma il mezzo per raggiungere tale scopo, l'oggetto del rapporto rimane pur sempre l'obbligo negativo». Sulla difficoltà di concepire un rapporto tra diritti reali e corrispondenti doveri, specie ove si ravvisi nel diritto una pretesa, così di fatto riducendo «il diritto assoluto ad una somma di diritti relativi», cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 748 ss. (l'autore comunque arriva a una soluzione positiva, avvertendo però della necessità «di assumere il concetto di rapporto intersoggettivo in una accezione» che non sia «troppo ristretta», e dunque intendendolo «come proporzione tra posizioni giuridiche soggettive», così concludendo per «l'esistenza di un rapporto anche quando si tratti di un dovere che si ritenga di ricondurre al generale divieto del *neminem laedere*). Contro l'idea di rapporto, in queste ipotesi, cfr. soprattutto Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947 (rist. 1983), p. 100 ss. (che definisci «grossolana e barocca» l'idea di un «rapporto con tutti i 'consociati'»; tuttavia, l'autore arriva poi a ravvisare il rapporto giuridico nella relazione soggetto-cosa: p. 58); S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 22; U. NATOLI, *La proprietà*², Milano, 1976, p. 24 («va ormai facendosi sempre più strada la convinzione della possibilità di affermare la autosufficienza di certe situazioni giuridiche attive – e del diritto di proprietà in primo luogo – e, viceversa, la impossibilità oltretutto la inutilità di costruire intorno ad esse un rapporto giuridico o una serie di rapporti giuridici con soggetto non solo indeterminato e indeterminabile, ma, per di più, tenuto ad un comportamento talmente generico ed aspecifico da non poter comunque essere considerato come il contenuto di una precisa situazione giuridica soggettiva ... capace di rappresentare il secondo polo di un rapporto giuridico. ... Tale comportamento ... o, più precisamente, la sua necessità non è che la espressione del dovere generico [*alterum non laedere*] che delimita la sfera dell'attività legittima di ogni soggetto giuridico come tale: del dovere che ha ciascun soggetto di non invadere la sfera giuridica altrui ... In questo senso l'efficacia e validità *erga omnes* ... è certamente tipica pure di quei diritti, che, al contrario, si denominano relativi»; di «dovere di astensione» quale «specificazione del generico dovere di *'neminem laedere'*» parla anche L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 185); M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968 (rist.), p. 244 s. («ci si può chiedere se la serie indeterminata dei doveri generici non sia volta, piuttosto che alla soddisfazione degli interessi *x, y, ... n*, alla soddisfazione di un unico interesse preminente, e cioè quello della pacifica convivenza tra i consociati, e

che perciò il singolo interesse x, y , etc. venga ad essere soddisfatto come conseguenza riflessa del soddisfacimento di quell'unico interesse più elevato»); M. COMPORTI, *Formalismo*, cit., p. 480, testo e nt. 153; U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 12, 49, 53 e 92. Cfr. anche D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 32, ma nell'ambito di una concezione che riduce il rapporto giuridico alla coesistenza di diritto e dovere che «non comunicano tra loro, ma comunicano con la norma» (su cui cfr. G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., 63 ss.). Proprio per evitare la critica, per cui, se ciascun diritto assoluto corrispondesse semplicemente a una molteplicità di obblighi in capo a tutti i consociati, allora «ciascun diritto assoluto dovrebbe a rigore ... scindersi nella somma di altrettanti diritti subiettivi», E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 31 ss., costruisce un ulteriore «rapporto giuridico di vantaggio fra il soggetto titolare del diritto assoluto ed il bene» (la tesi contro cui l'autore elabora la sua obiezione è quella di G. PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 65 s., su cui v. anche dopo). Ma il rapporto giuridico è relazione, e non si può instaurare tra soggetto ed oggetto di diritto (cfr. A. LEVI, *Teoria*², cit., p. 303 e 312, in critica a Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., *passim*). Anche secondo G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e 'riqualificazione della causa'*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013, p. 511, «'rapporto giuridico', nella dottrina moderna e contemporanea, è quello che si instaura tra situazioni giuridiche soggettive contrapposte. Come tipicamente avviene nella coppia debito-credito, come forse può dirsi del binomio diritto potestativo-soggezione, ma come senz'altro, da lungo tempo, più non si sostiene per il diritto di proprietà». Sull'equazione tra diritto soggettivo e pretesa, cfr. M. COMPORTI, *Contributo*, cit., p. 14 ss.; V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 122; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 53 ss.; P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 415; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 25 ss.; A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 281 ss.

¹⁹⁰ Il recupero della tradizionale nozione di *facultas agendi* si deve anzitutto a D. BARBERO e alla sua prolusione al corso di diritto civile dell'Università di Trieste, tenuta nell'anno 1938 (e pubblicata con il titolo *Il diritto soggettivo*, in *Foro It.*, 1939, IV, c. 1 ss.; per il passaggio tra queste diverse fasi, cfr. A. GENTILI, *Il diritto*, cit., 278 ss.). L'autore critica, anzitutto, la visione imperativistica del diritto: una «concezione, espressa in vari modi, tipicamente col dire che il diritto soggettivo è la 'subiettivazione, ovvero la appropriazione al singolo, dell'imperativo giuridico', da cui emana l'idea parallelamente diffusa che il diritto soggettivo non abbia una propria autonomia ontologica, ma non sia che un aspetto od una faccia dell'ente unico 'diritto', aspetto e faccia riflesso nel soggetto e da esso irradiante anziché dalla norma, è, per me, uno degli errori fondamentali che si tramandano nella scienza e nell'insegnamento del diritto» (così a c. 22). «Io credo che l'ente diritto soggettivo si trovi – di fronte all'ente comando giuridico ... – in una posizione concettuale terza e del tutto autonoma» (c. 23). Unendo questa considerazione a quella per cui, «emanato il comando giuridico, non già il conflitto d'interessi è posto in condizione di essere risolto a vantaggio di uno fra i più interessati, ... ma esso è, dal punto di vista giuridico, già comporto e risolto» (c. 23 s.), se ne deve dedurre che «nulla è trasformato intrinsecamente alla situazione medesima: non l'interesse del soggetto (né degli altri) che allo stato psicologico permane; non la sua attitudine energetica a soddisfarlo»; «tutto è, invece, trasformato nelle condizioni d'ambiente esteriori al soggetto, in quanto, mentre prima, allo stato naturale, doveva adoperare forza contro forza per far prevalere il proprio interesse, ora non già deve adoperarne di meno oppure ne ha di più a disposizione, ma non deve impiegarne affatto, non ne ha bisogno, perché nessuno può ormai lecitamente impedirgli di soddisfarlo senza incorrere nel torto». «Cos'è, ora, che in questa situazione ha ragion di diritto soggettivo», se non «un 'avere, mancando il conflitto, la via libera al soddisfarsi', e dunque un '*agere licere*', cioè ... un 'esser lecito agire' per il soddisfacimento di un interesse» (c. 25). Qui, con riferimento al diritto soggettivo, l'*agere* è «un mezzo e la fase del suo esercizio»; l'interesse è «l'elemento teleologico»; il *licere* invece ne «esprime l'intima essenza» (c. 26 s.). Esso «sorge ... in seguito ad un comando che impone un dovere, ma non esprime ... una partecipazione a questo comando» (c. 27), così del resto in aderenza al rifiuto della visione imperativistica. Sul diritto come *agere licere*, a parte le fondamentali opere di Natoli, di Guarino e della Bigliuzzi Geri, su cui v. *infra*, cfr. V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 123; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 41 s. Perplesso di fronte all'esclusione dei diritti di credito dal *genus* diritto soggettivo soprattutto S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 24 s. («il diritto è concreta esperienza storica», cui l'interprete non può rifuggire); ma la critica si estende ad altri punti, su cui tornerò *infra*. Riprende il pensiero di Guarino F. LA VALLE, *L'interesse legittimo*, cit., p. 77.

del diritto subiettivo in sé considerato ora i diritti relativi, ora quelli assoluti (o, meglio ancora, ora quelli di credito, ora quelli reali)¹⁹¹. Le une, in effetti, elevano la pretesa (che, come tale, riguarda i soli diritti di credito) a connotato generale di ogni diritto; le altre, invece, sottolineano la liceità di un'attività, reputandola tratto essenziale di ogni diritto soggettivo.

È questa ovviamente una generalizzazione, che oblitera differenze e modulazioni che pur esistono tra teorie latamente riconducibili a uno stesso ceppo e che trascura svariate tesi proposte in dottrina ma rimaste isolate¹⁹²; eppure, essa dovrebbe riuscire a trasmettere per lo meno figurativamente l'esito cui gli studiosi sono addivenuti in tema di diritti soggettivi: ossia negare ora che i diritti reali, ora che i diritti di credito siano ascrivibili al modello del diritto soggettivo.

Ciò è avvenuto, ad esempio, ad opera di chi ha definito il diritto come «situazione giuridica costituente il titolo per l'esercizio di una serie di poteri o di facoltà rivolti ad ottenere l'adempimento di un obbligo altrui per il soddisfacimento di un interesse proprio»¹⁹³: così non allontanandosi molto, nonostante le premesse¹⁹⁴,

¹⁹¹ Una, per così dire, nuova *Kombinationstheorie* è quella del Levi, per cui diritto è facoltà e pretesa. Per la precisione, il diritto è un *licere* qualificato; a volerlo identificare nella sola *facultas* si confonderebbe «l'aspetto soggettivo, tutto quanto, del diritto, ... con quell'aspetto specifico e culminante della liceità stessa, che ha per sua caratteristica la specifica, individuata tutela, che il diritto oggettivo appresta a tale situazione di liceità o di *facultas* qualificata, nel rapporto giuridico». Per tale ragione sarebbe «necessario associare all'elemento della facoltà quello della pretesa. Le facoltà sono indeterminate ed indeterminabili; le pretese, invece, sono individuate, appunto, dalla tutela giuridica (A. LEVI, *Teoria*², cit., p. 284; sulle sue teorie cfr. anche G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 36 ss., e E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 16). In senso parzialmente (cfr. p. 36 ss., spec. 40) diverso G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 93: «la pretesa è formalmente un *minus* di fronte al diritto soggettivo, perché il diritto soggettivo è pretesa più facoltà d'agire, è facoltà d'agire a cui è correlativo un obbligo altrui, obbligo di cui il titolare della facoltà è destinatario». Come accadeva anche per le altre teorie sincretiche, si è di nuovo di fronte a tesi che si espongono non più a un singolo, ma a un duplice ordine di critiche.

¹⁹² Il riferimento, tra tanti, va a W.N. HOHFELD, e ai suoi due saggi: *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal*, 1913, 23, p. 16 ss., e *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal*, 1917, 26, p. 710 ss.; riprendono lo 'schema' hohfeldiano G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2009, p. 487 ss., R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*², Torino, 2014, p. 77 ss., e, sul versante prettamente civilistico, P. TRIMARCHI, *Istituzioni*¹⁹, cit., p. 47.

¹⁹³ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo*, cit., 1952, p. 1 ss. (la citazione proviene da p. 22; quella seguente da p. 7, ove l'autore confuta – ma, come si dirà nel testo, forse solo apparentemente – la teorie che riducevano il diritto soggettivo a una pretesa; a p. 24 ss. si trova l'esclusione dei diritti reali dal novero dei diritti soggettivi). L'articolo era volto a criticare, in particolar modo, la concezione del diritto soggettivo di cui in Barbero, accentuando i profili 'esterni' del diritto soggettivo e svalutando totalmente quelli 'interni', ridotti a una mera irrilevanza giuridica; proprio D. BARBERO risponderà a distanza di pochi mesi sulla stessa rivista con il suo *Guerra e pace fra l'«interno» e l'«esterno» del diritto soggettivo* (p. 326 ss.), che porta il significativo sottotitolo *Ritorno polemico sul concetto*. Ivi il Barbero ribadiva che, «se il guscio, com'è innegabile, è il diritto oggettivo, il 'diritto soggettivo', ove non voglia ripresentarsi in quella forma e in quella veste di doppione del tutto inutile, ... non deve e non può riesprimere il concetto di protezione, ma il prodotto di essa» (p. 330). E ancora: «il diritto soggettivo nasce dalla protezione, e appunto perciò non può essere protezione; è creato mediante la formazione di un guscio protettivo, e appunto perciò, per riprendere l'immagine del Thon, non può essere il guscio: sarà il gheriglio. È insomma protetto!». Una ricostruzione ancora diverse dei rapporti tra lecito giuridico, giuridicamente

dall'equazione tra diritto e pretesa, giacché anche quanti risolvevano il primo nella seconda di certo non volevano ridurre il contenuto alla mera possibilità di «aprire la bocca o impugnare la penna e formulare la ... richiesta in termini più o meno drastici» (per il che la questione si fa più che altro nominalistica, attenendo all'incertezza semantica che da sempre avvolge il termine 'pretesa'¹⁹⁵). Sulla base di questa definizione si è, come anticipato, arrivati ad escludere che i diritti reali siano diritti soggettivi, al fine dichiarato di tener conto della complessità delle situazioni giuridiche reali, ma, forse, anche a quello non dichiarato di aggirare la difficoltà¹⁹⁶ in cui si trovano invischiate tutte le teorie che definiscono il diritto sul modello del credito, di immaginare una pretesa o comunque un rapporto giuridico del titolare nei confronti di tutti coloro che devono astenersi dal turbare il suo godimento della cosa¹⁹⁷.

Ma ciò è accaduto anche da parte di chi ha ravvisato nel diritto soggettivo un *agere licere*, e si è poi trovato costretto a concludere che «il credito non è un diritto soggettivo», giacché, «se il diritto è essenzialmente un *agere licere* in ordine a un bene

irrelevante o indifferente e diritto soggettivo (tratta, soprattutto, da situazioni tipiche del diritto penale e del diritto internazionale pubblico) è quella di G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 89 s., secondo cui «le facoltà d'agire garantite nel loro svolgimento mediante l'obbligo generico '*alterum non laedere*' e i diritti soggettivi rappresentano rispettivamente il lecito semplice e il lecito qualificato. Un altro tipo di lecito qualificato è costituito dalle attività dovute, ossia formanti oggetto di doveri giuridici» (per il concetto di *alterum non laedere* cfr. p. 87 s.). E ancora: «un'attività costituisce lecito semplice rispetto ai soggetti sforniti della pretesa che non venga svolta; costituisce lecito qualificato, a titolo di diritto soggettivo, rispetto al soggetto o ai soggetti a cui è imposto un obbligo strettamente correlativo a garanzia dello svolgimento di essa; costituisce lecito qualificato, a titolo di attività dovuta, rispetto al soggetto o ai soggetti verso cui sussiste l'obbligo di svolgerla». Simile l'impostazione di A. LEVI, *Teoria*², cit., p. 250, per cui «l'attività meramente lecita è quella, che non è né vietata né imposta al soggetto dal diritto oggettivo, né da questo espressamente considerata come altrimenti rilevante». «Dunque, il *licere*, oltre le azioni giuridicamente rilevanti ... comprende anche azioni giuridicamente irrilevanti» (p. 251). Inerente a questa facoltà sarebbe pur sempre «una pretesa, la pretesa di non essere impedito da chi che sia ... in quello ch'è il legittimo esercizio di facoltà»; «prestazione complementare a tale pretesa» sarebbe «la generale prestazione, negativa, di omissione di turbativa», derivante dal generale principio del *neminem laedere* (p. 253). Quanto, invece, alla liceità qualificata, che è diritto soggettivo: «per l'intersoggettività di ogni giudizio giuridico, diciamo che, delle due componenti dello stesso fenomeno [s'intende, il diritto, composto da facoltà e pretesa], va messo l'accento sulla pretesa, come quella che rappresenta l'individuata tutela, donde deriva l'imposizione dell'altrui comportamento complementare. Da ciò, e con ciò, appunto, si qualificano le liceità, che, per tale loro carattere, costituiscono il contenuto del diritto soggettivo». Su questi punti, comunque, si tornerà in chiusura di paragrafo.

¹⁹⁴ Per Ballardore Pallieri la pretesa non ha alcuna consistenza giuridica (cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 6 ss. e 18). Notazione analoga a quella esposta nel testo anche in D. BARBERO, *Guerra*, cit., p. 347 (ma pure p. 353), e in C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 26, nt. 73.

¹⁹⁵ Cfr. A. GENTILI, voce *Pretesa*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, oggi in ID., *Il diritto*, cit., p. 261 ss.; cfr. anche, ampiamente, *infra*.

¹⁹⁶ Questione, comunque, che svanisce non appena si adotti la prospettiva di Barbero, «come le ombre d'una fantasia malata» (D. BARBERO, *Guerra*, cit., p. 349).

¹⁹⁷ Come ricorda A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 282, anche per Cesarini Sforza si impone la conclusione per cui ogni diritto è di credito; ma questo, evidentemente, in un diverso ordine di idee. Sulla confutazione della contraria idea di Allara, v. *supra*; oggi anche G. AMADIO, *Attribuzioni liberali*, cit., p. 511 (e pure G. LAZZARO, voce *Rapporto giuridico*, in *Nov.mo Digesto*, XIV, Torino, 1967, p. 790).

della vita per soddisfare su di esso un proprio interesse, si vede bene come ciò si avveri in presenza di quelli che si chiamano i diritti reali», compresi però «i diritti di locazione di cosa e di comodato», mentre «non si vede ... in qual modo possa lecitamente agire in ordine alla cosa, e fuori dal processo, colui che è titolare di un credito cioè il creditore»¹⁹⁸.

A questa incertezza non pare, tuttavia, corrispondere attualmente una particolare angoscia sistematica della dottrina: la quale anzi pare accontentarsi delle «definizioni tradizionali offerte dalla dogmatica del XIX secolo, e riproposte dalla manualistica¹⁹⁹, a dispetto degli attacchi ad esse sferrati», giacché esse sembrano «adeguate ai compiti che, nell'argomentazione giuridica, la categoria del diritto soggettivo è chiamata ad assolvere»²⁰⁰.

Se, forse, è davvero sterile un dibattito che continui a interrogarsi sull'essenza del diritto soggettivo²⁰¹, è però anche vero che ciò non deve indurre a un totale

¹⁹⁸ Sono ancora parole di D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 37 s. Ad escludere il credito dall'orbita del diritto soggettivo è addivenuto anche G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 95, seppur da presupposti totalmente differenti (cfr. la definizione già menzionata del diritto soggettivo).

¹⁹⁹ V. P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 416.

²⁰⁰ C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 5; quest'autore colloca alla fine degli anni Cinquanta l'esordio di tale moto di disinteresse che ha colpito il diritto soggettivo; A. GENTILI, *A proposito de 'il diritto soggettivo'*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 351 (oggi in *Il diritto*, cit., p. 367), nell'osservare questo stesso fenomeno, sposta più avanti di un ventennio l'inizio della disaffezione verso la nostra figura giuridica (ed è forse più accettabile questa collocazione). Sulla 'crisi' del diritto (singolarmente simile alla 'crisi' dell'interesse legittimo, e forse più in generale alla 'crisi' della dogmatica), cfr. V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 115, anche con riferimento a G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 1. Si avverte, in generale, una certa spossatezza della dottrina nell'accanirsi in discussioni che, alla fin fine, sono parse più che altro terminologiche. Ma non per questo se ne può fare a meno, soprattutto in questo contributo, volto com'è a indagare in particolare una posizione giuridica soggettiva; piuttosto, è bene specificare, spesso, come varie scelte contenutistiche siano più che altro il risultato di convenzioni linguistiche.

²⁰¹ Lo nota E. RUSSO, *Diritto soggettivo - I) teoria generale*, in in *Enc. giur.*, Roma, 2005, p. 10, per cui, «dato il significato polisenso, a seconda dei vari contesti, del termine diritto usato dalla legge, una formulazione (una astrazione) generale valevole per tutti i contesti legislativi del termine diritto è sicuramente di dubbia utilità, perché si traduce nell'intendere come diritto soggettivo qualunque pretesa, di qualsivoglia contenuto o titolo, rilevante per il diritto» (l'unità del concetto di diritto soggettivo, del resto, era ferma convinzione presso i pandettisti: cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 41). È una considerazione ancor più fondamentale, perché poco prima l'autore si esprimeva in questi termini il suo favore nei confronti di un'indagine sul concetto di diritto (p. 9 s.): «la ontologia del diritto soggettivo è puramente concettuale, ma il concetto ha sicuri e concreti riferimenti alle cose del mondo. Quando si verificano certi 'fatti' costitutivi del diritto, una determinata persona può godere in via esclusiva di certi beni della vita, può pretendere certi comportamenti da altre persone, può ottenere un provvedimento del giudice che gli accordi prevalenza, rispetto al nucleo di interessi protetti, nei confronti di uno o di tutti gli altri consociati ... È, quindi, di estrema importanza, anzi di importanza essenziale, definire quali sono i fatti e i comportamenti corrispondenti al concetto di diritto usato nel linguaggio legislativo. ... Il vero problema sta piuttosto nel prescegliere il livello di generalità secondo il quale formulare il concetto di diritto soggettivo». Lo studioso poi arriva ad individuare il diritto nel «riflesso della norma giuridica, legale o convenzionale» (così staccandosi dalle visioni imperativistiche), riservando «il termine tecnico di diritto soggettivo a quelle situazioni, proprie esclusivamente di un soggetto, caratterizzate da patrimonialità e disponibilità, che devono essere esercitate entro periodo di tempo indicati dalla legge, pena la loro estinzione, munite di tutela giudiziaria il più possibile adeguata al contenuto del diritto e

scetticismo: difatti, l'individuazione del concetto (sostanziale) di diritto ha un suo ruolo, tuttora forte, nel discorso giuridico

In altri termini, se una definizione unitaria di diritto soggettivo, che tenga conto di tutti i suoi profili e risulti effettivamente dotata di un'efficacia pratica, appare impossibile o per lo meno superflua, è tuttavia ancora lecito domandarsi cosa sia questa posizione giuridica. E ciò al fine precipuo di distinguerla dall'interesse legittimo, e pure ove si debba pagare lo scotto di unificare, nel diritto soggettivo, figure differentissime quali i diritti reali e quelli di credito e, dunque, di creare una nozione che pecchi forse di vaghezza, ma sia funzionale allo scopo che ci si è posti.

Se così è, la definizione di diritto soggettivo non risulta più soltanto imprescindibile per chiarire l'essenza dell'interesse legittimo, come dicevo poche righe fa, ma addirittura diviene possibile soltanto grazie al confronto con l'interesse legittimo. Difatti, solo nel binomio tra queste due posizioni giuridiche può avvertirsi una polarizzazione tale per cui l'una e l'altra assumono un significato proprio, che permetta contestualmente a ciascuna di esse di raccogliere presso di sé figure assolutamente eterogenee, che non troverebbero altrimenti ragione alcuna di considerazione unitaria.

A tal proposito, le immagini del diritto soggettivo quale potere della volontà o quale interesse protetto risultano ben poco utili: così soprattutto la seconda, giacché pure l'interesse legittimo è, in un certo qual modo, un interesse protetto²⁰²; ma anche la prima²⁰³, poiché risente di quell'iper-individualismo tipico delle costruzioni pandettistiche, che rende oltremodo difficile porre su uno stesso piano sostanziale

rimesse totalmente alla volontà del soggetto titolare». Per P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 420 s., «la nozione di diritto soggettivo proprio perché così incolore, e proprio perché nel nostro ordinamento in realtà mancano regole che valgono per tutti i diritti soggettivi allo stesso modo fa, per così dire, parte del vocabolario del giurista appartenente ad un dato sistema. Serve come elemento descrittivo o come formula atta a razionalizzare certe soluzioni che vengono in realtà raggiunte attraverso l'uso di tecniche meno generali. Essa può servire, però, anche come aggancio intellettuale di idee più o meno vaghe, più o meno tacite, che poi si sostanziano a livello di singole applicazioni». Ancora (p. 431): «l'aiuto che può venire da una categoria generale, imposta ad un ordinamento che non prevede regole identiche per tutte le figure che rientrano in tale categoria, tende ad essere assai scarso; e il *nomen* di tale categoria tende a risolversi in un elemento lessicale proprio dello stile del sistema». Cfr. anche R. SACCO-R. CATERINA, *Il possesso*³, cit., p. 418. Si tratta di un esito già profetizzato da B. ALBANESE, *Appunti*, cit., p. 13.

²⁰² Tra cui potrebbe forse annoverarsi anche la nozione di diritto soggettivo di G. CHIOVENDA, *Principi*³, cit. p. 30, come aspettazione di un bene della vita garantito. Cfr., ancora, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 58 s. Cfr. anche M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 90 (testo e nt. 192, dove l'autore riferisce l'opinione di S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, a cura di P. Alatri, Torino, 1949, p. 222, secondo cui «la giurisdizione della Quarta Sezione ... suppone un altro concetto del diritto, che non sia più semplice interesse protetto dalla legge, ma qualche cosa di più: che cosa è esso: un modo diverso di protezione? ... E l'elemento della personalità e della volontà, che ricomparisce, come un elemento essenziale del diritto, dalla supposizione della legge del '65?»).

²⁰³ P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 422, propone di «riprendere la definizione di diritto soggettivo offerta dalla teoria generale e inserire all'interno di tale nozione di diritto soggettivo la clausola per cui la volontà privata deve operare in conformità ad un interesse della p.a.». Ma, così facendo, rimarrebbe in ombra il carattere di inattività che connota l'interesse legittimo, su cui v. estesamente *infra*.

diritti e interessi legittimi, e porterebbe inevitabilmente a svalutare i secondi fino a farne interessi occasionalmente protetti (come, del resto, avveniva nelle ricostruzioni teoriche di fine Ottocento e inizio Novecento²⁰⁴).

Non più adeguate appaiono, però, le definizioni del diritto soggettivo imperniate sul concetto di ‘protezione’: esse, quando non giungono addirittura a ridurre proprio il diritto soggettivo a mero epifenomeno del diritto oggettivo, scontano pur sempre quella critica²⁰⁵, su cui si è già riflettuto, per cui basare la nozione di una posizione giuridica sul momento patologico lascia in ombra tanto la sua vita fisiologica, quanto, alla fin fine, la stessa reale entità di tutela che essa dovrebbe assicurare al suo titolare (per lo meno in un sistema, qual è il nostro, in cui la prospettiva rimediabile non ha soppiantato quella sostanziale). Prova ne sia, come già ricordato, la difficoltà avvertita da quanti, ravvisando nell’interesse legittimo una ‘forma’ o un ‘modo’ di protezione diverso dal diritto soggettivo, non riescono poi a dedurne con esattezza i limiti di risarcibilità in caso di lesione.

Cionondimeno, anche la teoria del diritto soggettivo quale pretesa (o quale potere) non riesce al suo fine: senza dire che il fraintendimento in cui cade, relativamente ai diritti reali, è troppo grave per potersi ignorare. Ma anche la tesi dell’*agere licere*, per come la si è fin qui riassunta, appare poco perspicua, poiché omette di tenere conto di buona parte dei diritti di credito (tranne quelli personali di godimento, che verrebbero riqualificati come diritti reali).

Di fronte a questo insuccesso, l’unica definizione che pare potersi accogliere è quella che, sotto la formula dell’*agere licere*, raduna tutte le ipotesi di diritto soggettivo normalmente riconosciute; questa teoria – sostenuta, in verità in forme ben diverse, a distanza di pochi anni prima dal Natoli, e poi dal Guarino²⁰⁶ – si è sviluppata nell’ambito di quella del Barbero, ma se n’è ben presto emancipata, forse anche più di quanto tradizionalmente si suole ritenere²⁰⁷.

²⁰⁴ Più avanti dirò che l’interesse legittimo nasce sempre da una tutela ‘di rimbalzo’. Non vorrò con questo tornare all’idea di interesse ‘occasionalmente protetto’; si tratta solo di individuare la fonte di un rapporto che, per il resto, è sostanziale.

²⁰⁵ Cfr. anche, sul punto, U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 56 e 58.

²⁰⁶ Anche per Guarino l’*agere* raccoglie tutte le forme di azione, non solo quelle meramente materiali («*agere* comprende ogni tipo di comportamento, l’azione materiale, quindi, ed anche quell’*agere* qualificato che è il volere come potere»: cfr. G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, estratto [ristampa Napoli, 1990], p. 28, nt. 36). Non vi è, però, concordanza tra le costruzioni di Guarino e di Natoli più che altro perché per il primo la pretesa non indica un comportamento attivo e soddisfattivo del creditore, ma una situazione inattiva. Segue oggi la ricostruzione di questo autore C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 59 ss.

²⁰⁷ Giacché tradizionalmente si suole riferirsi a queste teorie raggruppandole insieme (cfr. ad esempio M. COMPARTI, *Formalismo*, cit., p. 455 s.; C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 41 ss.).

Per Natoli il diritto soggettivo è una «situazione di possibilità»²⁰⁸: essa anzi «si esaurisce nella possibilità che il soggetto assuma o meno un certo comportamento»²⁰⁹. Questa definizione è dall'autore variamente declinata, ma sempre al fine di distinguere ciò che è possibile, e dunque è diritto, da ciò che è necessario, ed è obbligo²¹⁰. Ecco che così si dice che il «momento facoltativo del diritto soggettivo ... è l'unico essenziale» e che, sulla base dell'osservazione per cui «un'attività può apparire facoltativa solo se la situazione corrispondente è una facoltà»²¹¹, il «nucleo interno del diritto soggettivo» è una «facoltà». Il «contenuto del diritto soggettivo ... non può che essere quello di facoltà, di possibilità di assumere un certo comportamento i cui limiti sono da ricercare nella norma»²¹². Il suo «elemento attivo», allora, non può essere che «la giuridica possibilità di assumere un comportamento determinato (nel suo senso e nei suoi limiti) dalla norma»²¹³.

Ciò chiarito, rimangono però da elencare le «categorie fondamentali di attività giuridicamente possibili, alle quali corrispondono altrettanti schemi tipici nel contenuto dei diritti soggettivi, e cioè: attività relativa al godimento del bene; attività diretta ad eccitare un'attività necessaria di altro soggetto titolare di una situazione passiva complementare di obbligo; attività diretta a produrre una modificazione nella realtà giuridica – cioè la creazione, modificazione o estinzione di una fattispecie giuridica – modificazione che può riguardare esclusivamente la sfera del soggetto agente o riflettersi necessariamente sulla sfera giuridica di altro soggetto, che ne subisce le conseguenze». Si tratta, in altri termini, delle «facoltà di godimento», «di pretendere o pretesa» e delle facoltà «formative o di formazione»; si tratta, ancora, dei «diritti di godimento», «di credito», «potestativi o di formazione»; «a tutte le categorie in generale può essere», poi, «propria la facoltà di disposizione», «mero completamento della situazione»²¹⁴.

L'*agere licere* di Barbero, insomma, è esteso a qualsiasi diritto: si crea uno schema unico, un'unica definizione. In particolare, il credito esce dalla dimensione di mera «attesa tutelata», «affidamento che il debitore paghi», per divenire possibilità di azione,

²⁰⁸ Anzi, per U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 110, nella facoltà di agire confluiscono «forza di volontà e difesa di un interesse», e cioè le due definizioni di diritto che si fanno risalire a Savigny e a Jhering (e Thon).

²⁰⁹ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 33 e 35.

²¹⁰ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 49 e 69.

²¹¹ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 50 s.

²¹² Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 59.

²¹³ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 60.

²¹⁴ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 75 ss.

facoltà di «chiedere ... al titolare della situazione opposta (debitore) la prestazione complementare»²¹⁵.

Suggestiva esposizione, questa, che fa sorgere però, già di primo acchito, un dubbio: in che senso un'attività, un'azione, è così definita 'possibile'? Se si intendesse un mero giudizio di liceità, per quanto connotata dall'esclusività della posizione corrispondente, com'era nella costruzione di Barbero²¹⁶, sarebbe ben poca cosa: se fosse ammissibile, semplicemente, la scelta per il titolare del diritto sul 'se' tenere un dato comportamento d'indole e rilevanza esclusivamente materiale, sarebbe ben poca cosa. O meglio, sarebbe tutto quanto necessario ad assicurargli la soddisfazione nell'ambito dei diritti reali; sarebbe invece di fatto poco utile in quelli di credito, se non per una sorta di *moral suasion* nei confronti del debitore, che dovrebbe accettare pretese anche continue senza potersene dire disturbato; sarebbe nulla l'efficacia dei diritti potestivi, giacché al comportamento materiale non seguirebbe alcuna modificazione giuridica: l'azione si ridurrebbe qui davvero a un mero *flatus vocis*²¹⁷.

Non può di certo essere così. Il fatto è che Natoli era interessato, nell'ambito della sua esposizione, più che altro a contrastare le tesi imperativistiche, all'epoca tanto di moda (Cicala e Kelsen avevano da poco pubblicato le loro opere), creando un'intercapedine tra diritto soggettivo e diritto oggettivo che salvasse l'autonomia del primo²¹⁸. E questa, vera 'essenza' del diritto soggettivo, non poteva che essere ravvisata nello spazio di libertà rimesso al soggetto: libertà di scegliere se compiere o meno atti di godimento della cosa, se esercitare o meno una pretesa, se conformare o meno la realtà giuridica a proprio piacimento. In questo senso il diritto è possibilità: è, cioè, liceità di scegliere.

Ciò non toglie, però, che – logicamente – la facoltà, intesa come possibilità di scelta, ha ad oggetto un comportamento che non è sempre solo materiale. Così

²¹⁵ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 97 e 99.

²¹⁶ Si cfr. D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit.: «interessa ... il concetto di diritto soggettivo, sol quella 'valutazione dell'agire d'un soggetto rispetto alla volontà manifestata della norma, che culmina nel giudizio di *licitum* o di *licere*», cui si contrappongono le valutazioni «che culminano nei giudizi di *debitum* ed *illicitum*» (c. 28). E ancora: «non si vede ... in qual modo possa lecitamente agire in ordine alla cosa, e fuori del processo, colui che è titolare di un credito, cioè il creditore» (c. 38). Supera questa tripartizione, sostituendola con la distinzione tra *licere* e *neceesse*, U. NATOLI, *Il diritto*, cit., *passim*.

²¹⁷ E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 5 s. (che ne fa però discendere l'irriducibilità dell'agere nel diritto di credito al pretendere).

²¹⁸ Quello stesso spazio di autonomia che anche il Nicolò, pochi anni prima, aveva tentato di individuare, ravvisandolo – come s'è visto – nell'autonomia di cui gode il singolo chiamato a decidere sul se servirsi della tutela fornita al suo interesse dalla norma. Ancora, però, questa definizione lasciava in ombra tutto il momento fisiologico della vita del diritto soggettivo. In questo limitato senso intende il termine 'facoltà' il Frosini, per il quale essa altro non è che «attributo, proprio del soggetto, di decidere liberamente se avvalersi o no della protezione che l'ordinamento giuridico assicura alle azioni ch'esso intraprende, in quanto titolare di diritti e portatore di responsabilità giuridiche. La facoltà ... è insomma il principio di indeterminazione, il libero arbitrio giuridico» (V. FROSINI, voce *Facoltà*, in *Nov.mo Dig.*, VI, Torino, 1968, p. 1118).

avviene nei diritti reali; così non è, invece, in quelli di credito, e soprattutto in quelli potestativi, in cui la possibilità di scelta investe un atto non tanto, o soltanto, nella sua materialità, ma precipuamente nella sua rilevanza giuridica (la pretesa per i mezzi sanzionatori cui può dar luogo in caso di inadempimento e l'esercizio del potere per la modificazione giuridica che produce).

L'autore non evidenzia questo punto: ed anzi talvolta pare trascurarlo, come, ad esempio, allorché «esaurisce» nella facoltà «tutto il significato attivo della situazione diritto soggettivo», rinviando per il resto alla «norma», alla quale spetta la «determinazione del comportamento» tanto «nel senso (possibilità)», quanto nei «limiti (di estensione e di forma)»²¹⁹. In altri termini, facoltà sarebbe solo possibilità di scelta, mentre la rilevanza giuridica del comportamento 'possibile' sarebbe dettata unicamente dalla norma e non entrerebbe nel concetto di 'facoltà' individuale. Nell'espressione *facultas agendi*, il primo termine designerebbe solo la libertà di scelta rimessa al privato; il secondo invece l'oggetto della scelta, ossia il comportamento (inteso nella sua materialità e/o nella sua giuridicità), comprensivo della sua stessa rilevanza giuridica.

Eppure, una tale interpretazione del testo di Natoli lascia insoddisfatti. Diritto, infatti, non può ridursi a mera possibilità di scegliere: se così fosse, si ricadrebbe ora nella prima interpretazione, per così dire 'fattualista', che riduceva tutto alla mera liceità di un comportamento materiale, ora in una diversa, e più rigorosa, per cui pare doversi propendere. Una terza via non vi è: la giuridicità, in senso lato, degli effetti del comportamento tenuto, o resta estranea alla definizione di diritto, o vi entra totalmente, così imponendo di rivedere l'accezione usata del termine 'possibilità'.

Bisogna infatti ammettere che il vocabolo 'possibilità' ha qui un duplice significato, fors'anche per l'ambiguità²²⁰ della lingua italiana che, a differenza di quella tedesca, non distingue tra *Dürfen* e *Können* (ossia tra liceità e potestà, tra libertà e capacità²²¹, tra *licere* e *posse*²²²). La 'possibilità' di scegliere a monte non può non essere anche 'possibilità' a valle di tenere un certo comportamento a rilevanza giuridica: altrimenti a ben poco servirebbe la scelta. In altri termini, facoltà nell'un senso comprende anche facoltà nell'altro, e ciò avviene in tutti i casi in cui la soddisfazione dell'interesse non avviene per il tramite di una mera attività materiale, ma per mezzo di un atto a rilevanza (anche) giuridica.

²¹⁹ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 59 ss.

²²⁰ Ciò che l'italiano perde in vaghezza, lo recupera, guarda caso, nel rendere distinguibili diritto soggettivo e interesse legittimo, come si vedrà. È da dire che questa 'ambiguità' di cui si parla nel testo è stata spesso avvertita, finanche con vergogna, dalla dottrina italiana (mentre nelle lingue anglosassoni v'è questa duplicità – *may* e *can*, *dürfen* e *können* – che vi era pure in latino).

²²¹ Si badi: l'uso che si farà qui dei vocaboli 'capacità' e 'attitudine' è del tutto generico e atecnico; non vuol in nessun modo evocare il dibattito sui rapporti tra potere, capacità giuridica e d'agire (su cui cfr., esemplarmente, A. LENER, voce *Potere [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 620).

²²² Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 123, nt. 376.

Ne discende, allora, che la ‘facoltà’ di cui consta il diritto, la ‘possibilità’, la ‘*facultas*’, sono espressioni che individuano qualcosa in più della mera liceità (risultando allora, in fin dei conti, piuttosto ambiguo parlare di *agere licere*). Oltre alla liceità esse si prestano a richiamare anche la possibilità intesa come capacità, idoneità, potestà, come dir si voglia, di compiere un atto dotato di una certa rilevanza²²³. O, ancora meglio, di compiere un atto materiale che, grazie e solo grazie all’ordinamento, appare essere soddisfacente in via immediata o mediata (producendo una modificazione giuridica o stimolando un comportamento del soggetto obbligato), ma pur sempre diretta (concretandosi in un’attività e non in un’inattività)²²⁴.

Si potrebbe affermare che la possibilità viene intesa, allora, in un duplice senso, ora come possibilità materiale (liceità della scelta), ora come possibilità giuridica (attitudine a porre in essere atti qualificati, cioè dotati di una dimensione giuridica che va oltre la loro mera liceità), se non fosse che anche la possibilità materiale in verità solo materiale non è (giacché la liceità è qualifica giuridica e non naturalistica²²⁵), e

²²³ Non è un caso, allora, che U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 118 ss., rifiuti la distinzione tra *Rechte des rechtlichen Könnens* (categoria, come ben noto, elaborata da Zitelmann: v. *infra*), *des rechtlichen Dürfens* e *des rechtlichen Sollens*: essa, del resto, può essere utile per evidenziare le differenze tra tipologie di diritti, ma non per rinvenire quel nucleo immancabile che caratterizza tutti i diritti soggettivi, che altro non è che una ‘possibilità di tenere un determinato comportamento’. V. pure P. GASPARRI, *Sulla risarcibilità dei danni subiti con la lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull’ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 175, secondo cui «avere un diritto ... significa essere riconosciuti, dall’ordinamento, competenti a scegliere, secondo il proprio personale senso giuridico, un proprio comportamento in ordine a dati interessi su cui questo può incidere».

²²⁴ Cfr. L. ORSI, voce *Pretesa*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 368: «il diritto è soggettivo, anziché mero spazio di libertà individuale, è, al pari di ogni situazione giuridica attiva, possibilità assiologica dell’azione. Non solo nel senso, generalissimo, che il potere consiste nell’assenza del dovere contrario. Ma più specificamente nel senso che il potere è attività di realizzazione del valore giuridico normativamente qualificata». L’autore, poi, si chiede se ciò postuli la presenza di una pretesa nel nucleo di ogni diritto soggettivo: ma conclude, con il Natoli, per la sua essenzialità nel solo diritto di credito. Che quella proposta sia l’interpretazione corretta del pensiero di Natoli – per quanto la questione non sia così rilevante, giacché a noi interessa più che altro appropriarci di una nozione di diritto funzionale ai nostri scopi –, è in qualche modo dimostrato da vari passaggi di diverse opere dello stesso autore o comunque attribuibili alla scuola: ad esempio, U. NATOLI, *La proprietà*², cit., p. 86, secondo cui godimento e disposizione sono «poteri o facoltà», dovendosi preferire quest’ultimo termine «posto che il primo viene non di rado adoperato per indicare situazioni diverse». Dunque, se in tale contesto facoltà potrebbe diventare sinonimo di potere, è ovvio che entrambi questi vocaboli sono presi in una loro accezione amplissima. Cfr. poi L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, rist. 1992, p. 286, nt. 74: «*agere licere*» significa «effettiva possibilità di ottenere il soddisfacimento dell’interesse-presupposto tramite l’esercizio di facoltà che costituiscono il contenuto di ciò che assume, allora, la veste di una precisa situazione attiva e di vantaggio. Possibilità che, anziché di facoltà, si sarebbe anche potuta esprimere in termini di ‘potere’, se l’equivocità di tale termine ... non avesse consigliato l’adozione di uno diverse e, del resto, tradizionale». Cfr. anche F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 36 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 26 ss.

²²⁵ Cfr. G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 26 s., ma anche U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 80. Da un certo punto di vista ciò potrebbe asseverare l’idea per cui il diritto è *species* del *genus* potere, inteso in senso amplissimo, come ‘situazione attiva’. Non voglio arrivare a tanto (anche perché non gioverebbe alla chiarezza e alla distinzione tra figure diverse); mi limito a segnalare che il termine facoltà, per sua natura, può essere esteso (dal punto di vista linguistico) fino a ricomprendere anche il potere. In altri

quella giuridica a sua volta ha dei connotati di materialità²²⁶. Tenere separate queste due forme di possibilità, in effetti, sarebbe difficile, se non impossibile: e ciò non solo da un punto di vista terminologico, ma anche, e soprattutto, per il fatto che «la norma è l'unico criterio in base al quale può giudicarsi come e quando un'attività sia possibile»²²⁷. Ne discende, dunque, che ogni possibilità è giuridica, e che gli aspetti dell'un tipo di possibilità e dell'altro si presentano inscindibilmente legati e mescolati²²⁸ nella *facultas agendi*, ove si agitano contestualmente queste due anime del diritto soggettivo²²⁹.

Così, ciò che si sottintende nella formula *facultas agendi*²³⁰ non può che essere la possibilità²³¹, largamente intesa, di tenere un comportamento immediatamente o

termini, radunando tutti i diritti sotto il manto della *facoltà*, non si rischia di escludere quelli che si concentrano sulla figura del potere o che comunque hanno profili di *Können*.

²²⁶ Arg. ex 1438 c.c., ove implicitamente si stabilisce la liceità della minaccia di esercitare una pretesa, ove tale comportamento non sia diretto a procurare un vantaggio ingiusto (cfr. su questa norma S. PATTI, *Esercizio del diritto*, oggi in *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999, p. 6 ss.).

²²⁷ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 122 (ma v. anche 123 s.).

²²⁸ Solo approssimativamente potremmo allora far nostre le parole di G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 36, secondo cui «si può dire che il *rechtliches Dürfen* è, a seconda dei casi, *Handelndürfen* o *Könnendürfen*».

²²⁹ Risulta così a nulla rilevante, se non addirittura controproducente, «la distinzione originaria tra *Dürfen* e *Können*», che pure «poteva tener separati due diversi campi, e cioè quello delle cosiddette attività lecite o giuridicamente indifferenti (*Dürfen*) e quello delle concrete possibilità giuridiche (*Können*)» (U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 122).

²³⁰ L'espressione *facultas agendi* emerge già nelle fonti romane (cfr., ad esempio, D. 3.5.5.14 e D.13.4.1; ma le fonti conoscono – come facilmente si ricava dalla consultazione del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* – vari usi di *facultas* nel senso di *libertas*, *licentia* o *potestas*: ad esempio, la *facultas fruendi*, che compare in GAIO, *Institutiones*, IV, 167). Porterebbe però davvero troppo lontano il domandarci se davvero tale terminologia, o per lo meno i termini *facultas* e *ius*, venissero utilizzati con lo stesso significato che hanno assunto modernamente: ciò che può apparire una forzatura storica (si può qui solo rinviare, per i rapporti tra diritto soggettivo e oggettivo nella storia del diritto, ai notissimi studi di M. VILLEY, e soprattutto al suo *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHD*, 1946-47, p. 201 ss., ove l'autore ha inteso dimostrare l'inapplicabilità della categoria moderna di diritto soggettivo nello studio dei giuristi classici, e in particolare la sua non sovrapponibilità al concetto di *ius*; sul pensiero di Villey, ma non solo, cfr. di recente N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e ius nella visione di Michel Villey*, in *RIDA*, 2007, p. 379 ss., e M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, p. 66 ss., in cui anche cenni alla nascita del concetto di diritto soggettivo; cfr. anche, sui rapporti 'storico-logici' tra diritto soggettivo e oggettivo [naturale], quanto meno per la diversità di posizioni, G. FASSÒ, *Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, I, Milano, 1973, p. 347 ss.; vale la pena poi rimandare, per quanto riguarda il rapporto tra *actio* e diritto nell'antica Roma, a E. BETTI, *Il concetto*, cit., e a G. PUGLIESE, *Actio*, cit.; di recente è intervenuto sul tema C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *Actio in rem e actio in personam*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, p. 127 ss.). L'equazione diritto soggettivo e *facultas agendi* è data per acquisita dalla dottrina italiana classica, nella sua contrapposizione alla *norma agendi* (v. N. STOLFI, *Diritto civile*, I, 1, Torino, 1919, p. 89 s.; ascrive l'espressione *facultas agendi* al diritto romano, per far solo un esempio, F. MACKELDEY, *Manuale di diritto romano*¹⁰, trad. it., Firenze, 1851, p. 12, cit., rinviando alle *Institutiones* di Giustiniano, II, 3, e cioè al passo in cui l'opera si sofferma sugli *iura rusticorum praediorum*: come detto, si tratta con tutta probabilità di un equivoco derivante da una prospettiva storica). A parte queste tematiche, v'è però una consonanza intrigante, che non si può sottacere, tra la formula qui adottata e

mediatamente satisfattivo²³². Possibilità, si badi, in ogni caso esclusiva, nel senso chiarito dallo stesso Natoli: nella situazione «può essere legittimato soltanto quel soggetto che si trova in una determinata situazione di interesse. In tal senso la titolarità della situazione è *ipso facto* esclusiva». D'altro canto, «definendo il diritto di proprietà le varie legislazioni si sono preoccupate di mettere in evidenza tale carattere di esclusività della proprietà stessa, ma la specificazione è assolutamente pleonastica»²³³.

La nozione di diritto soggettivo quale *facultas agendi*, testé specificata, verrà assunta a base della nostra indagine, come tra breve preciserò. Prima conviene, però, chiarire ancora più in profondità in che senso intenderò questa formula (nel farlo mi allontanerò parzialmente dal pensiero di Natoli); e, a tal fine, mi pare essenziale passare brevemente in rassegna le varie categorie di diritti soggettivi, proprio alla luce dell'interpretazione che abbiamo proposto per l'espressione *facultas agendi*, così da verificarne esiti e ricadute dogmatici.

È immediatamente palese come nei diritti reali spicchi il primo profilo della *facultas*, quello attinente alla *liceità* del *comportamento* e della *scelta* circa il se adottarlo: anzi, qui il soddisfacimento dell'interesse di norma postula semplicemente questa libertà –

quelle pandettistiche della 'signoria della volontà', che pur si debbono continuare – ovviamente – a tenere ben distinte. La contiguità appare però chiara se solo si pone mente alla definizione di diritto soggettivo che dava Arndts nelle sue Pandette, non nel testo originale tedesco già citato, ma nella traduzione italiana curata dal suo allievo Serafini: «diritto in significato subiettivo è una facoltà, riconosciuta dal diritto obbiettivo, di fare o di pretendere alcuna cosa» (L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*⁷ (ma 1^a ed. it.), 1, trad. it. di F. Serafini, Bologna, 1872, p. 24, corrispondente al § 21 del Libro I).

²³¹ Cfr. A. ANASTASI, *Facoltà e diritti facoltativi*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 219: «la facoltà in quanto espressione di tutela dell'interesse individuale in seno al diritto soggettivo (o alla situazione soggettiva in genere), si pone non solo come astratta possibilità di tenere determinati comportamenti attivi e concreti, ma come certezza di conseguire, in tal senso, risultati giuridicamente rilevanti e di realizzare valori giuridici».

²³² D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 276, così, con estrema chiarezza, si esprimeva: «il titolare di un diritto subbiettivo ha normalmente – nella fase che precede la violazione – il potere di svolgere una data attività, appunto perché questa è normalmente necessaria per il soddisfacimento del suo interesse in forma non coattiva: il titolare di un diritto reale di godimento può agire sulla cosa; il titolare di altro diritto assoluto può svolgere quella attività che il diritto gli consente; il titolare di un diritto di credito può chiedere al debitore l'adempimento prima di adire l'autorità giudiziaria» (p. 276). Il dubbio che l'autore si poneva in nota, con riguardo ai diritti reali di garanzia, non ha ragione di sussistere, giacché anche in quel caso il titolare del diritto può porre in essere un comportamento per soddisfarsi prima ancora della violazione del diritto stesso, e dunque nella fase fisiologica. Il fatto che questo di norma postuli la violazione del credito, nulla vuol dire, giacché, altrimenti, si confonderebbero due differenti, per quanto connesse, situazioni giuridiche (il credito, appunto, e il diritto reale). In ogni caso, sui problemi posti dalla configurazione dei diritti reali di garanzia, cfr., anche per rimandi bibliografici, M. COMPORTI, *Diritti real*², cit., p. 249 ss.

²³³ U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 60 s., testo e nt. 187. In altri termini, l'esclusività è in *re ipsa* nell'attribuzione della facoltà, giacché altrimenti chiunque potrebbe godere allo stesso modo del bene, e anche l'attribuzione della facoltà d'azione risulterebbe del tutto inutile: *se la possibilità d'agire assicura la soddisfazione dell'interesse, essa non può che essere esclusiva*. Cfr. anche A. ANASTASI, *Facoltà*, cit., p. 215. In un diverso senso, però, è stata talvolta intesa la facoltà quale mera liceità (non esclusiva) di un comportamento: il che ne individua, semplicemente, un'altra nozione, cui alcuni autori hanno voluto attribuire la denominazione di *licere* semplice (ma v. *infra*, in nota).

come detto, esclusiva – di compiere atti materiali²³⁴. Il contenuto di questi diritti consta, in primo luogo e soprattutto, di una ‘facoltà in senso stretto’, intesa quale «possibilità» esclusiva «di azione soggettiva» solo e soltanto «materiale», ossia che «non si realizza attraverso atti giuridici»²³⁵ (la facoltà di godere); essa potrà a sua volta essere

²³⁴ La facoltà di godimento: cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 78 ss.

²³⁵ M. COMPORI, *Contributo*, cit., p. 63. Anche per G. GUARINO, *Potere giuridico*, p. 19, «la facoltà è la fattispecie normativa di un comportamento libero e che consiste in una modificazione del mondo materiale». Si tratta di azioni a rilevanza esclusivamente materiale, a differenza degli atti di esercizio di poteri e delle pretese, in cui alla materialità si accompagna un elemento di giuridicità. Sulla vastità di accezioni del termine facoltà, cfr. A. ANASTASI, *Facoltà*, cit., p. 207 ss. Improprio il nome di diritti facoltativi (su cui cfr. M. D'AMELIO, voce *Diritti facoltativi*, in *Enc. it.*, 1932, voce oggi consultabile in *www.treccani.it*), giacché «pleonastico», perché ogni diritto è facoltativo (V. FROSINI, voce *Facoltà*, cit., p. 1119; cfr. già B. DUSI, *Diritti subiettivi e facoltà giuridiche*, oggi in *Scritti giuridici*, I, a cura di P. Schlesinger, Torino, 1956, p. 56): il che non fa che ribadire, implicitamente e forse contro le convinzioni dello stesso Frosini (v. i suoi scritti altrove citati), che diritto è facoltà. I diritti che si esercitano (per lo più) godendo materialmente della cosa, ossia i diritti reali (proprietà e diritti reali limitati di godimento), hanno comunque, come è stato notato, un contenuto complesso, comprendendo poteri e facoltà, limiti ed obblighi (cfr. M. COMPORI, *Contributo*, cit., p. 66: la proprietà «presenta un contenuto complesso», in cui si inseriscono «poteri, facoltà, limiti ed obblighi»); ciò non toglie, tuttavia, che il diritto anche in tal caso è e resta facoltà (cfr. L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 291, pur con riferimento ai diritti in generale). L'apparente antitesi è facilmente spiegabile. Il fatto è, come si sarà inteso, che vige tra le diverse ricostruzioni teoriche una differente convenzione linguistica riguardo al termine facoltà. Nell'un caso, infatti, si tratta di facoltà in senso lato, come 'possibilità', più o meno limitata, 'di agire'; possibilità che, ove specificata dal complemento 'di godere', richiama corrispondenti facoltà 'in senso stretto o strettissimo'. Cionondimeno, i diritti di cui si parla non possono ridursi semplicemente a facoltà in senso stretto o strettissimo, giacché il loro contenuto è, per l'appunto, più complesso (comprendendo, ad esempio, il potere di disposizione). Il diritto reale è dunque facoltà – in senso lato – di agire, nel cui contenuto 'spicca' il ruolo delle varie liceità esclusive di compiere atti materiali di godimento, ossia delle varie facoltà in senso stretto o strettissimo (fermo restando che il diritto soggettivo, in quanto formula sintetica, impone una visione necessariamente globale, in cui si perdono inevitabilmente i dettagli – le informazioni – del suo interno). L'accezione ristretta del vocabolo facoltà è oggi corrente: già per V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 117, conveniva «serbare il termine facoltà per l'identificazione d'una situazione giuridica diversa da quella del diritto soggettivo». Si cfr. poi quanto asserisce S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 87 ss.: «anche nel diritto subiettivo si deve ricercare un contenuto ... e questo non può che consistere in una o più facoltà protette e tutelate dall'ordinamento giuridica» (si tratta ancora delle facoltà in senso lato, corrispondenti ai diritti, che – come si sta analizzando nel testo – possono venir specificate tramite appositi complementi, dando luogo ad esempio a facoltà di godimento o di disposizione). Poco dopo lo studioso si chiede perché occorra concepire una facoltà di godimento (che pare qui estesa a tutti i diritti: cfr. p. 89; v. però S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 23 e 74), quando il comportamento corrispondente in verità sembrerebbe ricadere nell'indifferenza giuridica (così rivelando una certa contiguità, non assoluta, con le tesi imperativistiche; cfr. anche p. 93): la risposta sta nel fatto che «la facoltà [fa] sì che il soggetto al quale essa facoltà spetta god[a] legittimamente» e che, quindi, «il soggetto a cui è assicurata la facoltà di godimento può, in quanto titolare di essa, escludere ogni altro dal godimento» (cfr. la tesi dell'esclusività, su cui si è detto anche nel testo; cfr. anche S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 73 s.). A breve distanza però Pugliatti stesso osserva come alla facoltà di godimento corrisponda in verità «un complesso generico di facoltà» (ma questa è accezione di facoltà ancora diversa, che comprende la possibilità di agire materialmente o giuridicamente in questo o quel modo specifico): «ma non vien meno l'utilità di tale nozione generica» (cfr. anche S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 85: «l'enumerazione di facoltà tipiche considerate come parti distinte del suo contenuto: *ius utendi et abutendi, alienandi, vindicandi*» era tipica dell'età di mezzo»). Sulla facoltà di godimento per come intesa da Pugliatti, cfr. anche E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 18 (quest'ultimo nota che, a voler concepire

scissa e considerata atomisticamente, sotto forma di singole – ancora – ‘facoltà in senso stretto’ (o strettissimo, che dir si voglia), cioè particolari possibilità di adottare un determinato comportamento materiale²³⁶ (facoltà di seminare il prato, di camminarvi al di sopra, di sdraiarsi sullo stesso, e così via).

In poche righe si è manifestata la Babele linguistica che evoca la parola ‘facoltà’: è bene, allora, fissare una prima convenzione terminologica. Quando si adopererà

la facoltà di godimento quale nucleo di ogni diritto, bisogna ravvisarne un qualche elemento anche nei diritti di credito; Garbagnati, aderendo a un’idea della pretesa quale mera aspettativa, lo esclude, ma implicitamente fa capire come Pugliatti, per rimanere coerente, dovesse ammetterlo: la tesi di quest’ultimo risulterebbe allora molto meno lontana di quanto potrebbe sembrare da quella del Natoli). Nella manualistica convivono le varie accezioni del termine: per A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴⁵, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2012, p. 68, «il diritto soggettivo ha un proprio contenuto formato da quelle che vengono dette le facoltà e che sono semplici manifestazioni del diritto stesso. Nel linguaggio corrente si usa spesso il termine ‘diritto’ anche quando si tratta di facoltà, e si parla del diritto di usare, godere, disporre». In F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁶, Napoli, 2013, p. 58, si parla di facoltà come «uno dei modi attraverso i quali può esercitarsi il diritto» o «parte del contenuto del diritto stesso», e non «situazione giuridica soggettiva autonoma»; ma se ne parla anche specificando che il godimento del proprietario «si manifesta attraverso l’esercizio di molteplici facoltà, quali, ad esempio, abitare la casa o darla in locazione, ristrutturarla o lasciarla divenire fatiscente, perfino distruggerla». In uno spazio intermedio tra facoltà in senso lato e in senso stretto si pone P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*⁴, Padova, 2009, p. 60, che adotta un’accezione che coincide pressappoco con quella che chiameremo ‘possibilità in un primo senso’, e cioè di *Dürfen* («facoltà è dunque la situazione del soggetto che può lecitamente compiere un atto»; per tale via si arriva a dire che, se «il proprietario può vendere la sua cosa», ciò significa «che gli è consentito di vendere», avendone «la facoltà», «ma anche che, se vende, trasferisce la proprietà delle cose ...: è questo un potere»). Simile la posizione di A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*⁸, Torino, 2012, cit., p. 41 s.: «possiamo usare il termine facoltà per indicare la possibilità di tenere determinati comportamenti leciti che rappresentano atti di godimento di un bene (o, più in generale, di una situazione materiale o giuridica) e il termine potere per indicare l’attitudine ad esprimere atti di volontà che producono determinati mutamenti giuridici nella sfera del soggetto stesso o di altri»; se ne deduce che il contenuto del diritto è rappresentato da «facoltà» e «poteri», che potrebbero anche presentarsi «allo stato puro» (p. 42 s.). Invece, vale la pena di ricordarlo, la nostra facoltà lata è possibilità (eventualmente) duplice, mentre la nostra facoltà stretta è liceità (esclusiva o meno, a seconda delle interpretazioni) di tenere un comportamento esclusivamente materiale (dotato di rilevanza giuridica solo in tanto in quanto esercizio di questa liceità, e non perché produttivo di ulteriori effetti giuridici, come il potere, o dotato di una carica evocativa di mezzi giuridici di coartazione, come la pretesa). Si noti che, poi, a voler intendere le facoltà come mere liceità di tenere un comportamento materiale, non in via esclusiva, se ne ricaverebbe un’ulteriore accezione del termine facoltà: e allora dovrebbe giocoforza affermarsi che è il diritto, come posizione giuridica, a rendere esclusiva la liceità di tenere un comportamento materiale che codeste ‘facoltà in senso stretto’ individuano. Queste ultime, a loro volta, potrebbero immaginarsi anche – lo si è detto – allo «stato puro», come accadrebbe in caso di permesso precario (cfr. ancora A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni*⁸, cit., p. 43). La questione, come già notato, si fa qui sempre più stipulativa, convenzionale: l’importante è, alla fin fine, comprendersi; le incertezze che in materia sussistono sono, forse, dovute a una concezione ancora ‘ontologica’ delle posizioni giuridiche soggettive, efficacemente contrastata dall’Orestano nei suoi già citati scritti. L’unico cenno che aggiungo sta nel fatto che, reputando ammissibili facoltà in senso strettissimo non esclusive, esse scivolerebbero inevitabilmente nella libertà: si tratterebbe, dunque, di un ampliamento della libertà di un soggetto (mentre, a mio avviso, non sarebbe corretto ritenerle ‘facoltà atomistiche esclusive ma revocabili’, ove l’esclusività farebbe comunque i conti con quella del titolare del diritto; infatti, qui si tratta davvero solo di aumentare lo spazio della libertà di un soggetto; sul tema, comunque, v. pure A. CERRI, voce *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 6).

²³⁶ Così anche U. NATOLI, *La proprietà*², cit., p. 86 s., ma con riferimento a comportamenti tanto materiali quanto giuridici.

l'espressione '*facultas (agendi)*', ci si riferirà a questa vasta possibilità (di agire), che abbiamo visto coincidere con lo stesso diritto soggettivo.

Sempre nei diritti reali sembrerebbe, poi, potersi ipotizzarsi (così almeno stando a Natoli) la concomitante presenza anche di un diverso tipo di facoltà in senso lato, corrispondente alla liceità esclusiva di porre in essere un'azione volta a produrre una modificazione giuridica²³⁷: in altri termini, possibilità (in un primo senso²³⁸, che qui vale come *Dürfen*) di tenere un comportamento diretto alla produzione della modifica giuridica (possibilità in un secondo senso, qui latamente riconducibile al *Können*; ci si riferisce, in particolare, alla facoltà di disporre²³⁹).

²³⁷ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 291 s., seppur sempre in riferimento ai diritti in generale e non solo a quelli reali (si badi che il riferimento va qui alla facoltà in senso lato): «quanto ai 'poteri' ed alle facoltà, si può solo ribadire che, mentre queste ultime non si configurano come situazioni dinamiche dotate, rispetto al diritto ..., di una propria autonomia, ma costituiscono l'espressione della situazione dinamica diritto soggettivo nel suo potenziale farsi ed in quanto tali appartengono al suo contenuto; i primi, o rappresentano, né più né meno, che manifestazioni delle facoltà che costituiscono quel contenuto, ovvero, lungi dal rientrare in una sua presunta struttura complessa, si prospettano come autonomi diritti potestativi sorgenti sulla base di una nuova situazione di interesse derivante, secondo il già detto, dalla lesione di quella originaria violata o messa in pericolo».

²³⁸ Questa possibilità in un primo senso è stata identificata da taluni autori, che le hanno riservato il termine 'facoltà' (inteso, ora, in un senso ancora diverso): oltre ai già citati P. ZATTI, *Manuale*⁴, cit., p. 60, e A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni*⁸, cit., p. 41 s., il riferimento va soprattutto a E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 48 s.: «la facoltà ... è liceità giuridica, è la libertà di compiere un atto conforme al diritto obiettivo, sia esso, o meno, produttivo di effetti giuridici; può darsi perciò che alla titolarità di una facoltà non corrisponda, in capo al medesimo soggetto e rispetto al medesimo atto, la titolarità di un potere giuridico, laddove l'atto stesso non produca alcuna modificazione giuridica ...: nel qual caso, la distinzione concettuale fra potere giuridico e facoltà risulta del tutto evidente. La facoltà inoltre, avendo come *præ* l'obbligo di tutti i consociati di astenersi dall'impedire al soggetto che ne è titolare di assumere un certo comportamento in ordine ad un determinato bene, è sempre espressione di un diritto subiettivo assoluto» (nel che si intravede l'aspetto dell'esclusività della facoltà).

²³⁹ Nei diritti reali è questo l'esempio tipico di facoltà che 'assorbe' al suo interno un potere (inteso, come si vedrà, nel senso di capacità di produrre una modificazione giuridica con un atto di volontà). Nei diritti di credito, invece, pur non mancando una facoltà di disposizione (di cedere, di rimettere il credito, e così via), il contenuto appare da questo punto di vista più complesso (si pensi, tra tutti, alla «possibilità per lo stesso creditore di intervenire in via preventiva ... e variamente ... per conservare la ... garanzia generica»: L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, cit., p. 5). Nella sua esposizione, tuttavia, Natoli riconosceva l'esistenza delle sole facoltà di godere, pretendere, conformare e disporre; allora, bisognerà cercare di far rientrare queste altre facoltà, che postulano anche la spettanza di un potere, in quelle tipiche appena menzionate, oppure ipotizzare che vi siano ulteriori facoltà, oltre a queste quattro, ammesse dall'ordinamento. Salvo, ancora, non voler ravvisare di volta in volta – qualora la tipologia del singolo potere lo permetta – l'esistenza di autonomi diritti potestativi o di facoltà conformative intrinseche al diritto di credito o, ancor meglio, di un insieme di facoltà singole e di poteri singoli, non per forza di cose coincidenti con la formula della *facultas agendi* (che dev'essere intesa solo come *espressione sintetica di comodo*, che delinea alcuni tratti fondamentali, e però perde tutto il contenuto informativo che un'analisi specifica rivela. Il che renderà, se si vuole, il contenuto del diritto di credito complesso, ma da un punto di vista ben diverso rispetto a quello fatto proprio da chi aderisce alle teorie dell'obbligazione come *Organismus* e degli obblighi di protezione, su cui mi soffermerò oltre. In questo senso – che a me sembra preferibile – si dirà che il credito ha un contenuto vario, in cui alla pretesa si accompagnano tutta una serie di facoltà e poteri accessori e volti all'affermazione stessa della pretesa, che resta il nucleo del diritto di credito, benché sorretta da altre

A dire il vero, la dottrina moderna ha variamente costruito questo aspetto del diritto reale, talvolta definendolo come una legittimazione, talaltra come una mera possibilità, e spesso distanziandosi dall'immagine di 'potere' (o addirittura di diritto potestativo, secondo Natoli) che gli era stata attribuita nella prima metà del Novecento²⁴⁰. Non è il caso, però, di soffermarsi su questi punti, che risultano irrilevanti per la trattazione.

posizioni singole (del resto, adottando la prospettiva per cui al potere corrispondono anche atti non negoziali, ciò risulterà inevitabile, con riferimento ad esempio all'atto di costituzione in mora). Qualora, poi, si ravvisi nel contenuto nei diritti reali (probabilmente in quelli di garanzia) la possibilità di esercitare determinati poteri allo stato fisiologico del diritto (non, quindi, come rimedio), ecco che si sarebbe postulata l'esistenza di facoltà diverse da quella di godimento (salvo non voler ampliare quest'ultima ad attività anche non semplicemente materiali), dovendosi allargare anche da questo punto di vista l'elenco di cui a U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 75 ss.

²⁴⁰ Anche qui Natoli ravvisava una facoltà, quella di disporre, la cui presenza avrebbe escluso – o, meglio, assorbito – la necessità di postulare un potere (cfr. anche A. ANASTASI, *Facoltà*, cit., p. 216 s.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 87 ss., ma già p. 26, nt. 40, e poi ID., *Il trasferimento*, cit., 72; U. NATOLI, *La proprietà*², cit., p. 97 ss., spec. p. 107). Del resto, come si è visto prima, una facoltà, intesa in senso lato, che non potesse ospitare in sé anche un potere sarebbe un controsenso: per cui risulta accettabile ritenere che la 'possibilità' di disporre identifichi qualcosa di più ampio rispetto alla mera facoltà materiale. Ma, notava Natoli, nemmeno si potrebbe ricostruire un potere senza una facoltà intesa in questo senso: sarebbe questo un assurdo, giacché «quando si afferma che l'agente ha il *Können* – il potere – ma non il *Dürfen* – la facoltà – la situazione in cui egli si trova non è una situazione giuridica, o in altri termini il potere non è un potere giuridico» (p. 132). Da questi punti, però, mi distanzio parzialmente, rilevando come può ben sussistere una facoltà allo stato puro, di cui ho già detto, e – lo vedremo a breve – pure un potere semplice, entrambi non inseriti in un diritto soggettivo. Quello toccato da Natoli, e accennato nel testo, è un problema che va molto oltre i miei fini. Basti allora accennare al fatto che lo spunto per la notazione dell'autore proveniva da uno studio, di poco antecedente, di L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, in cui questi, a proposito degli atti di disposizione, distingueva il potere dalla facoltà di disporre del patrimonio altrui: «il potere (*Macht*) ... indica il '*Können*', contrapposto al '*Nichtkönnen*'. Oltre che del potere così inteso, il non titolare può essere munito della facoltà (*Befugnis*) di esercitare influenza sul patrimonio altrui. Tale facoltà indica la permissione, la giuridicità o meglio la liceità (*Erlaubtheit*) dell'azione, contrapposta all'illiceità (*Unerlaubtheit*): essa indica un '*Dürfen*', contrapposto al '*Nichtdürfen*'. Secondo il mio avviso, la facoltà nulla dà o toglie al negozio del non titolare rispetto alla rilevanza di questo sul patrimonio altrui; ma soltanto lo munisce del carattere di liceità» (p. 44 s.) Ancora: «quando si dà la facoltà si dà pure il corrispondente potere. ... Viceversa è possibile potere senza facoltà» (p. 45-46). I casi che l'autore citava erano, per lo più, riferibili a situazioni di apparenza o di acquisto *a non domino* (cfr. p. 58 ss. e 60 ss., spec. p. 59 e 110): a ciò il Natoli replicava, facendo sue le posizioni di D. RUBINO, *La fattispecie*, cit. (per cui «dire che, in questi casi, al disponente è attribuito un potere di disposizione, significa solo descrivere il fenomeno, per cui il negozio compiuto dal non titolare del diritto è efficace sul diritto; ma questa efficacia si ha non per una potestà attribuita in proprio al disponente, con riguardo alla sua posizione, sibbene in considerazione della particolare situazione in cui si trova l'altro contraente»: p. 336 nt. 3), che non di potere senza facoltà si doveva trattare, ma di rilevanza di una fattispecie legale di acquisto. Il Rubino, inoltre, si chiedeva come configurare questa 'facoltà di disposizione' quando essa si presenta scissa dal diritto cui si collega, ossia quando il soggetto che può compiere atti di disposizione su un diritto non ne è il titolare. La questione è ben complicata, e non si può prendere posizione. La soluzione proposta (p. 337) era quella di configurare un diritto (potestativo) per il caso in cui tale potere di disposizione fosse stato attribuito a un soggetto nel suo stesso interesse, eliminando ogni possibilità di revoca. Nell'ipotesi, invece, di attribuzione di questo potere nell'interesse del titolare (si pensi alla rappresentanza volontaria), Rubino escludeva il ricorrere di un diritto, rimettendo l'analisi di questa situazione a studi scientifici successivi. Essi, come vedremo a breve, venivano effettivamente svolti da Natoli, che vi applicava proprio la sua idea per cui un potere senza facoltà non esiste. Ciò che, come si sarà inteso, è invece a

Viceversa, devo spendere alcune, necessariamente brevi, parole proprio a proposito dell'attitudine o idoneità del soggetto a mutare con un suo atto di volontà la realtà giuridica: attitudine che coincide col concetto, anch'esso segnato da molteplici ricostruzioni e differenti opinioni, di potere giuridico²⁴¹. Cercherò di restare sintetico e

mio avviso ammissibile; semmai non si dà un potere senza facoltà *all'interno di un diritto soggettivo*, ove, soprattutto, tutto è abbracciato dalla onnicomprensiva formula della *facultas agendi* (che, tuttavia, risulta identificare solo un'accezione del vocabolo 'facoltà'). La discussione in esame si collega con svariate problematiche: anzitutto proprio con quella della sussistenza di un 'potere di disporre' in capo al titolare del diritto (e, a valle, dell'ipotizzabilità di un negozio con meri effetti traslativi – un *modus* astratto –; è l'idea di G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936, *passim*, e pure ID., *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, VII, 1, Torino, 1937, p. 5 ss., criticata sotto il vigore del nuovo codice già da G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 27 s., 67 ss. e 140 s., e da A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 278 ss.; v. già L. MENGONI, *L'acquisto a non domino*¹, Milano, 1949, p. 36, il quale escludeva la sussistenza di un potere di disporre e vi sostituita una generica 'possibilità'; oggi parrebbe prevalere l'idea per cui il diritto non conferisce un potere di disporre, e la legittimazione al negozio di disposizione è un mero nonché automatico riflesso della titolarità del diritto stesso: ma v. anche A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, §§ 1 ss., che si pronuncia contro l'autonomia concettuale della 'legittimazione', ritenendo comunque vecchia e abusata la polemica sul potere di disporre, e pure A. LENER, voce *Potere*, cit., p. 619); poi con quella relativa alla possibilità di rinvenire, in talune fattispecie, un atto che trasferisce il 'potere di disporre' o la 'legittimazione' (è una delle ricostruzioni che si son proposte per il pagamento traslativo, specie in caso di 'rappresentanza indiretta' avente a oggetto immobili: nel caso dell'attribuzione di legittimazione, è l'idea S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, nella raccolta *Studi sulla rappresentanza*, a sua volta oggi in *Scritti giuridici*, V, 1965-1996, Milano, 2011, p. 459 ss., spec. 463 ss. e 469 s., e pure inizialmente seguita da L. MENGONI-F. REALMONTE, voce *Disposizione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 191; attualmente, però, prevale la tesi che vi ravvisa un negozio causale – cfr. per tutti E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, *passim* – mentre nel caso della 'rappresentanza diretta' il potere trasferito, a rigore, non è quello di disporre [così ancora E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 53 s.], ma quello di modificare la sfera giuridica del rappresentato – per l'idea della procura come atto «con cui si autorizza una modificazione della propria sfera giuridica» v. S. DELLE MONACHE, sub *art. 1392 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 86; a tale concezione si può riportare anche G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*³, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1984 [rist.], p. 356, che però vi applica la nozione di 'facoltà' –; il tema, poi, richiederebbe di indagare ancora, e a fondo, la nozione di 'patrimonio separato', specie con riguardo al mandatario senza rappresentanza, e la dissociazione tra proprietà formale e sostanziale, su cui mi limito a rinviare a P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Napoli, 1971, p. 176 ss., nonché a vari saggi contenuti oggi in G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., *passim*: troppo lontano porterebbe l'indagine sulla 'proprietà funzionalizzata' e sul concetto di 'funzione' [potestà?] applicato ai diritti reali), e infine con quella dell'esistenza di una figura autonoma denominata 'autorizzazione' (da cui sorgerebbe un vero e proprio «potere giuridico di disporre»: così, anche se scettico, M. TAMPONI, voce *Autorizzazione [dir. civ.]*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998, p. 2; v. poi A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, §§ 4 s., nonché, di nuovo, S. DELLE MONACHE, sub *art. 1392 c.c.*, cit., p. 86, e già L. CARIOTA FERRARA, *I negozi*, cit., p. 68

²⁴¹ Come il concetto di facoltà, anche quello di potere è – ovviamente – uno dei più discussi storicamente nel diritto privato (e nella teoria generale). Tuttavia, a differenza del primo, quest'ultimo ha trovato di recente una sua sistemazione che pare abbastanza condivisa: fors'anche perché si è contestualmente abbandonata quella visione lata di potere, che riconduceva al medesimo lo stesso diritto soggettivo, e se n'è ridotta la latitudine semantica (ciò che, invece, non è accaduto per la facoltà, così che abbiamo dovuto dar conto, seguendo la tradizione, di vari concetti di facoltà ancor oggi normalmente utilizzati). Inizialmente, infatti, la riflessione scientifica sovrapponeva diritto e potere (basti ricordare il già menzionato E. BETTI, *Il concetto*, cit., p. 22 ss., oppure F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*⁹, cit., p. 70; su questo profilo cfr. V. FROSINI, voce *Potere [teoria generale]*, in *Nov.mo Dig.*, XIII, Torino, 1966, p. 440) e, là dove cercava una distinzione, finiva per accostare potere e potestà (cfr. S. PUGLIATTI,

Esecuzione forzata, cit., *passim*, ma spec. p. 23, 72 s. e 75, secondo cui il potere in senso tecnico – in senso stretto – sarebbe mezzo per adempiere alla funzione; con il diritto si realizzerebbe l'interesse del titolare, con il potere il diritto altrui; il potere, cioè sarebbe il mezzo per adempiere alla funzione, collegandosi con il dovere; sulla confusione tra potestà e potere v. G. PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 20, in nt.). Il passaggio a una nozione tecnica di potere si deve, invece, a E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 1 s. (secondo cui il potere è la capacità di produrre un effetto giuridico) e a Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 172 ss. e spec. p. 188 s. e 193 (anche con esclusione della categoria del diritto potestativo; ma l'autore non rinuncia, forse pure in ossequio alla tradizione e a suoi precedenti scritti, a ritenere che poteri e diritti soggettivi siano *species* del *genus* «poteri in senso largo»). Nel corso del Novecento, invece, si è venuta evolvendo una nuova concezione del potere (inizialmente per merito del Perassi, riferisce B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 6), che ha portato alla sua definizione moderna quale «possibilità accordata dall'ordinamento al soggetto di operare nella realtà giuridica, producendo effetti giuridici rilevanti» (è la definizione tralatizia oggi usualmente accettata; la si è intenzionalmente ripresa da un'opera recentissima – A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 6 –, ma cfr. parimenti la manualistica a noi temporalmente più vicina: per P. ZATTI, *Manuale*⁴, cit., p. 60, «potere è ... la situazione del soggetto che può efficacemente compiere un atto», «al quale è dato cioè di produrre determinate conseguenze giuridiche»; per A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni*⁸, cit., p. 42 – «possiamo usare ... il termine potere per indicare l'attitudine ad esprimere atti di volontà che producono determinati mutamenti giuridici nella sfera del soggetto stesso o di altri»). Gioverà riassumere alcune delle più importanti posizioni sostenute su questo tema, e attraverso cui si è sviluppato il pensiero moderno. Si deve a E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 40, la definizione del potere (giuridico) dal lato dell'effetto: deve considerarsi «giuridico ... quel potere, il cui esercizio causi la produzione di un effetto d'indole giuridica» («mediante un proprio atto volontario e lecito»). L'idea è stata criticata da L. MENGONI, *L'acquisto*¹, cit., p. 30 s., e poi spec. p. 33, nt. 1, il quale tuttavia si fondava sull'argomento per cui non vi può essere una vera e propria volontà che produce l'effetto giuridico, essendo sempre l'ordinamento a produrlo. La tesi, maturata in un contesto storico di reazione alla *Willenstheorie*, e forse oggi superata dall'idea di una possibile riappacificazione tra volontà e fatto (fattispecie), tra valore privato e ordinamento giuridico (v. quanto dirò più avanti, e v. già G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*², Padova, 2004, *passim*), è comunque fondata su una critica terminologica, non irresistibile (basterebbe, per evitare i problemi, affermare che il potere è l'attitudine a produrre effetti giuridici con atto di volontà riconosciuto dall'ordinamento). V. a tal riguardo Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 196. Secondo G. PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 21 ss., in nt., il potere è una facoltà qualificata, non tanto nel senso generico di facoltà giuridica (l'autonomia privata è, per questo autore, emanazione della capacità giuridica), ma come possibilità giuridica di compiere atti che hanno forza particolare o efficacia verso i terzi: vi rientrerebbero i poteri veri e propri (idonei a provocare una modificazione della sfera dei terzi) e anche le potestà. G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., *passim*, ma già p. 12 e 19 s. e 21 ss., ritiene che il potere attenga all'atto, e non al soggetto (mentre la facoltà riguarderebbe un comportamento materialmente inteso), e costituisca «la fattispecie normativa di un comportamento libero, che si pone come espressione della volontà di un precetto». Per A. LEVI, *Teoria*², cit., p. 310 ss., il potere richiede un comportamento volontario, una volontà esercitata, ed è l'attitudine a produrre effetti giuridici; a fronte di un potere non sempre vi sarebbe soggezione (il riferimento va alle rinunce alle donazioni o alle 'gratificazioni'). Il potere pubblico, in quest'ottica (che evolve quella di Guarino), si estrinsecerebbe in provvedimenti, quello privato in negozi (o quanto meno dice 'atti giuridici'). G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 116, definisce il potere in modo simile a Guarino, come 'forza' e non come 'posizione'. Potere sarebbe la forza di produrre modificazioni giuridiche; una forza distinta dalla capacità, seppur si insiste sulla esclusione degli incapaci dalla titolarità di poteri (*contra*, invece, Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 195). Se ne ammette, poi, la sussistenza anche a prescindere da un diritto e da un obbligo. Il riassunto delle posizioni tradizionali permette di comprendere meglio la definizione sopra offerta. Il potere, anzitutto, non va confuso né con la capacità giuridica, che indica la mera idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche soggettive (v. A. LENER, voce *Potere*, cit., p. 614 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 8), né con la capacità d'agire, che richiama l'idoneità all'agire giuridicamente rilevante e, dunque, si pone quale presupposto per il valido esercizio del potere, che è attitudine concreta a produrre un determinato effetto giuridico (v. A. LENER, voce *Potere*, cit., p. 614; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 8; anche S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 96, con riferimento al potere di disposizione, pur da lui inteso come facoltà, nonché già p. 80, in nt., e E. GARBAGNATI, *Diritto*

di fornire per lo più alcune convenzioni linguistiche, che adotterò nel resto dell'esposizione, rinviando alle note per ogni altro approfondimento.

A me pare che, come la facoltà tende a coincidere con 'liceità e scelta', il potere sia 'liceità e potenza'; il potere, dunque, non si abbina per forza di cose a una facoltà, ma è semmai una (ben determinata) possibilità giuridica. Del resto, i poteri possono essere anche oggetto di obblighi o doveri (*nesesse*), e perdere dunque la 'possibilità di scelta' che connota le facoltà²⁴².

subiettivo, cit., p. 45, nonché A. LEVI, *Teoria*², cit., p. 312). Meno chiaro è se potere sia solo quello che si esercita tramite negozio (tramite un atto di volontà), o anche quello che non richiede un negozio, e si accontenta di un mero atto volontario o, in una variante, di una dichiarazione di volontà non negoziale (v. ad esempio E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 44, secondo cui v'è necessità di un atto volontario e lecito). Quest'ultima (dichiarazioni di volontà di qualsiasi tipo) è probabilmente l'opinione migliore, ed è quella cui mi attengo nel testo. V'è, inoltre, ancora difficoltà nel comprendere se potere possa designare anche l'attitudine a produrre effetti giuridici sulla propria sfera giuridica (v. Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 179; il problema si poneva, tradizionalmente, per l'occupazione del *res nullius* e toccava la questione circa i 'negozi di attuazione' – su cui, e, meglio, contro di cui si esprimeva L. CAMPAGNA, *I 'negozi di attuazione' e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, *passim*, ma ad es. p. 261 –), o solamente sulla sfera altrui (v. sintesi bibliografica in A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 9, p. 11). Più si voglia dare autonomia concettuale alla nozione di potere, più sembrerebbe necessario restringerlo; più se ne vuole fare una nozione generale, più bisogna allargarlo. Dunque, si tratta pur sempre di convenzioni linguistiche. Le quali, se hanno una ragion d'essere, è soprattutto in quei settori ove dall'esistenza di un potere deriva un effetto indiretto su altri, come – per l'appunto – la nascita di un interesse legittimo. Così, diviene questione importante, e altrettanto ardua, stabilire se di fronte a poteri organizzativi della p.a. sorgano interessi legittimi. Una nozione sufficientemente ampia di potere, infatti, annovera in questo anche il potere di organizzazione della p.a.; e tale è in genere quello delle persone giuridiche (i cui atti sono certamente impugnabili: cfr. ad esempio l'art. 2377 c.c.; quanto detto vale per tutti i 'gruppi organizzati': v. A. LENER, voce *Potere*, cit., p. 618). Migliore è dunque la soluzione per la sussistenza di un vero e proprio 'potere di organizzazione', nei limiti in cui davvero l'organizzazione lo richieda: ossia, dove non si tratti della persona fisica, che non hanno bisogno di decidere secondo forme procedimentalizzate. Definita la natura di potere della facoltà della p.a. di darsi una organizzazione, resta però dubbio se di fronte a esso, stanti i suoi inevitabili dati peculiari, sorgano interessi legittimi dei privati (vi tornerò nel § 6 del Capitolo primo della Parte Seconda).

²⁴² Quasi ovvio con riferimento alle potestà (v. A. CERRI, voce *Potere*, cit., p. 6), il tema si fa ben più complicato ove si passi all'obbligo, là dove si interseca – soprattutto – con la qualificazione del 'potere del rappresentante'. Ove si supponga che di vero potere si tratta, se ne deve ammettere la sovrapposibilità a un obbligo; e non avrebbe senso allora ritenere che il potere si porti dietro una facoltà esclusiva, per poi doverla azzerare (né si potrebbe sostenere che l'obbligo contenga in sé il potere, giacché non si tratta in questo caso, a mio avviso, di una funzione). Né valga, in contrario, quanto dirò *infra*, a proposito del possibile contrasto tra situazioni giuridiche formali e interessi legittimi (ove la dinamica di conflitto è voluta e ricercata dall'ordinamento, mentre qui sarebbe semplicemente erroneo e contraddittorio). Neppure, a testimoniare il contrario, valgono i casi in cui è attribuito un diritto per soddisfare un bisogno altrui, dedotto in obbligazione (si pensi al caso del negozio fiduciario), in cui – salvo non voler parlare di funzionalizzazione del diritto, ma allora usciremmo molto dal nostro tema – vi sono posizioni tra loro certamente incompatibili, ma che, lungi dall'annullarsi, si sovrappongono (tant'è vero che l'esercizio del diritto rimane tale, anche se viola un obbligo: basti pensare alla sua efficacia nei confronti dei terzi). Anche il diritto potestativo, a mio avviso, può essere oggetto di un obbligo (per quanto non sia facile immaginarlo; si pensi al caso in cui Tizio si accorda con Caio affinché receda un certo giorno da un contratto, per non far apparire la volontà comune di sciogliersi dal vincolo); e facile è qui il paragone con quegli obblighi che hanno a oggetto uno pseudo-potere, qual è l'autonomia privata (mi riferisco all'obbligo a contrarre o all'obbligo a compiere un pagamento traslativo). Nemmeno qui vi è, però, contraddizione, a mio avviso; i piani risultano semplicemente sfalsati e, tutt'al più, l'incompatibilità potrebbe ipotizzarsi non con la figura del diritto potestativo, ma

con quella del negozio (come autoregolamento di interessi); sennonché in molti modi si può argomentare la conciliabilità (rinvio sul punto al § 1 del Capitolo terzo della Parte Seconda, in nota; cenni anche nel mio contributo sulla causa, in via di ultimazione). Sponderò alcuni brevi cenni sulle potestà, prima, e sul potere del rappresentante, subito appresso. La potestà, come posizione giuridica, è tipica del diritto pubblico, e non del diritto privato, ove la si trova soltanto a tutela di soggetti in posizioni di bisogno o che comunque non possono adeguatamente tutelare i propri interessi (cfr. §§ 7 e 8, Capitolo primo, Parte Seconda). Essa altro non è che la fusione tra un potere e un dovere: il dovere di proteggere adeguatamente quest'interesse, e il potere che si rivela il mezzo per consentire la protezione. Più difficile, a mio avviso, comprendere quale sia la posizione di colui che è soggetto a potestà. I terzi, che ne vengono a contatto, potranno – lo vedremo a tempo debito – essere titolari di interessi legittimi; ma la controparte non pare godere di un solo interesse legittimo, né è in una situazione di soggezione. La complessità viene meno ove difetti un soggetto titolare dell'interesse (potestà pubblica; esecutore testamentario: si parlerà di interessi 'adespoti'), perché l'interesse è generale oppure perché il soggetto è defunto. Ma ove il soggetto esista (potestà dei genitori, ora 'responsabilità genitoriale'), è incerto comprendere di che tutela goda colui che aspira a un corretto uso della discrezionalità della controparte (la potestà, infatti, si accompagna sempre a una discrezionalità – salvo il caso in cui il potere non sia del tutto vincolato, su cui v. §§ 1, Capitolo terzo, Parte Seconda –; per la potestà dei genitori v. A. BUCCIANTE, voce *Potestà dei genitori*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, § 5). Se davvero si trattasse di un interesse legittimo, sarebbe quello al 'più favorevole utilizzo della potestà'. Sennonché al 'più favorevole utilizzo' probabilmente il titolare della potestà è proprio obbligato, mentre il giudice, dal canto suo, può penetrare con il suo sindacato nelle modalità di esercizio del potere. D'altro canto, l'interesse finale di chi è soggetto alla potestà è proprio quello al 'corretto esercizio', giacché questo lo soddisfa interamente (proprio come accade nelle obbligazioni di mezzi); manca dunque quella proiezione 'al di là' dell'interesse protetto (che risulta tutelato invero solo in modo eventuale), che vedremo esser tipica dell'interesse legittimo. Sul caso più importante, comunque, e cioè quello dei figli verso i genitori, v. § 8, Capitolo primo, Parte Seconda. Sulla potestà v. F. ROSELLI, voce *Potestà (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 1 ss.; di recente E. DEL PRATO, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 403 ss. (specie § 4). Quanto al potere del rappresentante, se tale davvero è, bisogna però supporre che sia da considerare in senso 'puro', come dicevo. Opinione negativa di cui devo dar conto è quella sostenuta da quanti contestano radicalmente la stessa nozione di 'potere': e proprio la scuola pisana è ampiamente contraria a questo concetto (secondo A. LENER, voce *Potere*, cit., nt. 48, si tratterebbe di un 'prodotto caratteristico della scuola'), ritenendo ipotizzabili semmai solo 'diritti potestativi' (in fin dei conti, non così dissimile è l'idea di E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 49, nt. 1, secondo cui non sussisterebbero poteri senza facoltà, giacché il legislatore, altrimenti sarebbe contraddittorio; *contra* G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 21, 22, nt. 18, 30 e 33, secondo cui il potere sarebbe neutro sulla sua liceità esclusiva, sulla sua liceità mera o sulla sua doverosità; egli però ritiene che il potere, come fattispecie dinamica, non potrebbe costituire una situazione soggettiva ed essere così 'assegnato di per sé a un soggetto', dovendo semmai rientrare in un diritto o in un dovere: eppure, è anche vero che vi sono situazioni giuridiche che non sono anche diritti – basta pensare alle già menzionate facoltà pure –). Cfr. allora L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 283, 322 e 342 (ma v. pure il già citato, proprio a tal proposito L. MENGONI, *L'acquisto*¹, cit., che si pronuncia contro il potere); più specificamente, sulla rappresentanza, U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, p. 42, nonché ID., voce *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 469. La dottrina prevalente, oggi, ritiene però che quello del rappresentante possa essere considerato un 'potere' (aderendo, tra l'altro, alla teoria formale, anziché a quella sostanziale, in tema di rappresentanza; cfr. G. D'AMICO, voce *Rappresentanza - I* *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 3), e anzi sottolinea l'equivalenza delle espressioni 'potere rappresentativo' e 'legittimazione rappresentativa' (utilizzata quest'ultima, in passato, per superare certi problemi che pareva dovesse porre il concetto di potere, riferito alla legittimazione del rappresentante, probabilmente anche per reazione rispetto all'opinione che aveva parlato di 'potere di disporre'; cfr. su questi punti A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, § 4, e V. DE LORENZI, sub *artt. 1392-1393 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012, p. 283). Di certo, si potrebbe aggiungere, in tal caso non vi è una facoltà in senso lato, giacché essa postula, come oggetto, un'azione per il soddisfacimento di un proprio interesse; e giacché essa è per forza di cose esclusiva, mentre il potere di disporre del rappresentante concorre con quello del rappresentato, che non se ne spoglia. Si tratta, cioè,

Ciò non contraddice le precisazioni sopra fatte, e cioè che *Können* e *Dürfen* risultano inscindibili nell'anima del diritto soggettivo, ove la *facultas agendi* li avvolge entrambi. In effetti, il *Dürfen* ha sempre una connotazione giuridica che lo avvicina al *Können-Dürfen*, mentre quest'ultimo ha in sé quella liceità che lo avvicina al *Dürfen*.

Ma, a prescindere da quanto avviene nel diritto soggettivo e più genericamente parlando, assistiamo al fenomeno di poteri, ossia di posizioni in virtù delle quali, senza che sia nulla detto circa la liceità della scelta (e venendo assicurata solo una liceità vaga, che scade nell'indifferenza giuridica²⁴³), un soggetto è dotato di una forza nel mondo giuridico²⁴⁴.

Sinteticamente, possiamo concludere nel senso che il *Dürfen* è liceità esclusiva riconosciuta dall'ordinamento di muoversi (e di scegliere se muoversi) nel mondo reale, mentre il *Können* è pura forza giuridica.

di un potere assistito di una facoltà mera, che lo rende semplicemente 'libero' (salvo non acceda a un obbligo, come solitamente avviene in virtù del mandato). Per rendere questo concetto di possibilità, non esclusiva, di esercitare un potere senza ricorrere all'idea di 'potere' quale posizione giuridica a sé stante, non sarebbe sufficiente riferirsi alla nozione di *Ermächtigung*, di autorizzazione; più presumibilmente, se proprio si volesse, si dovrebbe parlare di legittimazione (andando però incontro alla critica poc'anzi riportata), ravvisando in essa un ampliamento della capacità del rappresentante (se non fosse che capacità e potere, come detto sono concetti diversi; tutt'al più si potrebbe dire che la legittimazione, come riflesso della titolarità del bene, non è un potere, e nemmeno il conferimento della legittimazione equivale all'assegnazione di un potere: ma, giochi verbali a parte, mi pare proprio che non vi siano differenze, e che il potere puro si debba ammettere). Solo nel caso di 'potere-dovere' di disposizione, accedente a una potestà (e non a un obbligo, come quello del rappresentante in virtù di un mandato), si potrebbe parlare di funzione.

²⁴³ Nel senso di mera liceità dell'atto (che non è facoltà esclusiva, e che può coincidere tanto con la mera libertà, quanto con un obbligo o un dovere – si pensi alla potestà o, per chi lo ricostruisce così, al potere del rappresentante –). In dottrina cfr. (anche se non esattamente in termini) E. GARBAGNATI, *Diritto subjettivo*, cit., p. 49, nt. 1, e L. MENGONI, *L'acquisto*¹, cit., p. 32. A dire il vero, ciò non toglie, e nemmeno la sussistenza di un vero e proprio diritto potestativo esclude, che in taluni casi l'esercizio del potere – specie del diritto potestativo – divenga illecito. Di certo così non è nelle ipotesi di acquisto *a non domino* a titolo derivativo, di cui parlava Mengoni nel testo citato (ove l'acquisto non si produce in virtù di un potere – di disporre – che, se anche esiste, non sussiste in capo all'erede apparente o all'acquirente simulato, ma in base a «un'eccezionale sostituzione nella fattispecie del trasferimento della titolarità effettiva con la titolarità apparente» – *ivi*, p. 33; v. però poi pure ID., voce *Acquisto a non domino*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, 1987, Torino, 1987, § 8, e il § 6, Capitolo secondo, Parte seconda, per la [diversa] teoria di G. GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 363, in merito all'art. 2644 c.c. –). Viceversa, possono sussistere casi in cui l'esercizio del potere è illecito su di un secondo piano, che accetta e anzi si fonda sulla liceità immediata dell'esercizio stesso, e tuttavia vi reagisce. Sono i casi di abuso del diritto, di cui parlerò nel Capitolo primo della Parte Seconda (ma accennerò già nel § 4 di questo Capitolo alla mia tesi circa lo sfalsamento tra posizioni giuridiche formali e buona fede).

²⁴⁴ Mi allontano qui da Natoli, nell'affermare che, come esistono facoltà atomisticamente considerate anche al di fuori da un diritto (tanto quelle corrispondenti a un precario, quanto, come vedremo, quelle di cui all'art. 10, l. 241/1990), può sussistere anche un potere singolo. Probabilmente a soluzione diversa si dovrebbe giungere se si declassassero i poteri, esercitabili senza atti negoziali, a mere facoltà (e se non si ammettesse un potere puro in capo al rappresentante, come del resto avveniva secondo Natoli).

Il *Können* ('potere in senso lato') così descritto, è però concetto più ampio del 'potere' come normalmente lo si intende; profili di *Können* sono pure, come vedremo, nella pretesa, e anche nell'interesse legittimo.

Potere, invece, s'intende di regola una specifica forza giuridica, ossia quella di produrre immediati mutamenti giuridici tramite un atto di volontà. Questo potremmo chiamarlo, a sua volta, 'potere in senso strettissimo', giacché viene considerato atomisticamente, e fa in un certo senso il paio con la facoltà 'in senso strettissimo'. Insomma, ci troveremmo di fronte a un puro *Können* e a un particolare *Dürfen*: i quali, per vero, solitamente si presentano intrecciati, tanto che comunemente il termine potere lascia intendere anche la facoltà di far uso del potere.

Questa idoneità, a sua volta, è collegata non tanto alla provenienza degli atti da un soggetto, ma al loro discendere dalla volontà di questo soggetto: siano essi atti negoziali oppure non negoziali²⁴⁵ (come una costituzione in mora).

All'interno della più vasta categoria dei poteri, però, possiamo rintracciare anche i 'poteri in senso stretto', ossia quelle situazioni in cui un 'potere in senso strettissimo' si sovrappone a una facoltà (e non a una generica liceità-libertà), divenendo: 'possibilità esclusiva di produrre e di scegliere se produrre effetti giuridici volontari'. Di regola si limita questa situazione a quei poteri che incidono sulla sfera giuridica altrui, e si nota come essi richiedano un negozio per il loro esercizio (e non semplicemente un atto). Si tratta, come si sarà inteso, della discussa nozione di diritto potestativo.

A dire il vero, il potere può però sovrapporsi anche al concetto di dovere, finendo per dar vita a un'altra situazione giuridica: la potestà. Essa ribadisce come il puro *Können* non abbia in sé alcun elemento tale da ricondurlo a una facoltà esclusiva; mentre le facoltà esclusive non possono che riabbracciare il *Können-Dürfen*, il quale va a costituirne una sottospecie.

Si compone, dunque, un quadro di una certa complessità: in cui appaiono esservi varie gradazioni del *licitum*, corrispondenti con una vaga (quanto, forse, giuridicamente indifferente) liceità – la libertà, che probabilmente è diritto solo nel suo nucleo di 'facoltà di autodeterminarsi', e per il resto non è altro che facoltà di compiere tutto ciò che non è vietato –, la facoltà esclusiva – rilevante di regola all'interno di un diritto –, il potere allo stato puro (che di fatto trova spazio nell'area di libertà), il potere che si sovrappone a una facoltà esclusiva, il potere che invece si abbina a una necessarietà (*neccesse*). E a rappresentare il diritto soggettivo è la *facultas agendi*, che è quella liceità

²⁴⁵ Su cui v. A. FALZEA, voce *Efficacia*, cit., §§ 50 ss.; V. PANUCCIO, voce *Partecipazioni e comunicazione*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, §§ 1 ss.; ID., *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955. Il potere non richiede un negozio per il suo esercizio. Non è però un potere quello che si esercita tramite un atto umano, che sia volontario ma che non consista in una dichiarazione (non negoziale) di volontà. Ad esempio, la confessione non è oggetto di un potere, e così nemmeno il pagamento; lo è, invece, il potere direttivo del mandante o del datore di lavoro, e lo sono pure gli 'atti' (in senso stretto) amministrativi (esercizio di un potere amministrativo, ad esempio certificativo). *Contra*, però, Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 195.

massima, in cui è implicitamente assicurata anche la forza giuridica e pure il raggiungimento del fine²⁴⁶.

Proprio il profilo del potere, per tornare al nostro discorso, è quello che viene precipuamente in rilievo nei diritti potestativi²⁴⁷, nei quali non difettano comunque gli

²⁴⁶ Discusso è se l'autonomia privata sia un vero e proprio potere (A. LENER, voce *Potere*, cit., p. 619), o sia qualcosa di differente. Una visione potrebbe far ritenere che l'autonomia privata stessa sia un potere, giacché, tramite un negozio giuridico e in specie con un contratto, le parti producono mutamenti giuridici. Probabilmente l'idea non è errata; di certo, però, non si tratta di 'diritti potestativi', e forse neppure però di poteri in senso proprio. E ciò varrebbe a prescindere da ogni equivalenza tra potere, autonomia privata, capacità giuridica e d'agire: giacché i primi due concetti non si confondono con i successivi, rappresentandone semmai una visione dinamica (mentre le capacità ne sono presupposti soggettivi). Difatti, potrebbe bene sostenersi che nell'ambito dell'autonomia privata manchi un vero e proprio aspetto di 'potere', giacché l'autoregolamento non deriva la sua efficacia giuridica da un previo riconoscimento statale: l'autonomia privata in questo senso è *libertà*, non è *potere* (cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1970, p. 69 ss.; tornerò dopo su quest'aspetto, che ci aiuterà a capire il dibattito sull'abuso di autonomia privata). A dire il vero, ciò dovrebbe valere anche per tutti i diritti potestativi, e in generale per i poteri che si esercitano tramite negozi (in tanto in quanto anch'essi sono autoregolamenti). Ma là dove si tratta di negozi unilaterali, specie se a essi non fa fronte un possibile (e tipico) pregiudizio della controparte (diverso da quello a non subire un vincolo; cfr. art. 785 c.c.), l'autonomia, come ingresso nella giuridicità della regola privata, non basta a giustificare gli effetti. Ecco che nelle situazioni di disparità torna la necessità di rinvenire un 'potere', un 'diritto potestativo', a fronte del quale lo spazio stesso di autonomia sia aumentato, dilatato (nel caso di potere pubblicistico, l'autonomia diviene invece discrezionalità, in forza del vincolo del procedimento e del fine, ovvero della funzione). Anche E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, p. 297, sostiene che l'autonomia sia generale, mentre il potere (come autorità) tipico (questo vale di sicuro sia per il potere pubblico, sia per i poteri privati: la differenza semmai sta nel vizio di difetto di attribuzione, che in un caso provoca la nullità, nell'altro l'inefficacia mera). V. su questi punti anche L. FERRI, *L'autonomia privata*, 1959, che dedica una larga parte del suo lavoro proprio a questi temi, nonché S. DE FINA, voce *Autonomia*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 5.

²⁴⁷ Categoria sorta con gli studi di E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig, 1897, p. 32 («unter dem Stichwort Rechte des 'rechtlichen Könnens' wird hier eine Reihe von rechtlichen Erscheinungen zusammengefasst, für die eine anerkannte gemeinsame Bezeichnung bisher fehlt»; v. pure ID., *Zum Recht der Ebeanfechtung*, in *Aus römischen und bürgerlichem Recht. Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907 Überreicht*, Aalen, 1907, p. 148), e importata in Italia dal Chiovenda, è ancor oggi «estremamente discussa»; si tratterebbe «di situazioni (attive e di vantaggio), nascenti sulla base di interessi patrimoniali e non, che consentono al titolare di ottenere, con un proprio comportamento unilaterale, un risultato favorevole tramite l'esercizio di una peculiare facoltà (c.d. di formazione) capace di provocare una modificazione nella sfera giuridica di un diverso soggetto, impossibilitato a validamente opporsi ad essa e per ciò stesso trovantesi, di regola, in una posizione (di svantaggio inattiva) di mero *pati* o subire» (cfr. L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 321). La difficoltà di concepire un diritto potestativo deriva da molti fattori: da un lato, infatti, questa figura è ritenuta inutile da chi parla di 'potere' sempre solo nel senso di idoneità a produrre modifiche giuridiche sulla sfera altrui; dall'altro, essa porta con sé tutta la complessità della nozione di diritto soggettivo. Ma le critiche si fondano, per il resto, soprattutto su alcuni punti ricorrenti (vedili riassunti in G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 557 ss.): mancherebbe nel diritto potestativo ogni differenza dalla capacità giuridica; difetterebbe un carattere tipico del diritto, ossia il rapporto con un dovere corrispondente; non sussisterebbe un interesse tutelato; si confonderebbe una posizione giuridica con quello che è l'esercizio del diritto che, si dice, sorgerebbe per il tramite del diritto potestativo (lo stesso autore poi ammetteva la sussistenza del diritto potestativo come nozione autonoma, ma riteneva che non costituissero *species* del diritto soggettivo). L. CARIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1960, p. 354 ss., nel distinguere potere, potere che ha in sé liceità e diviene facoltà, mera facoltà che coincide con un

aspetti della possibilità intesa come liceità ed esclusività (di porre o non porre in essere tale atto di esercizio del potere). Il contenuto di questi diritti è sintetizzabile nella formula, che costituisce una variante dell'ultima menzionata, della possibilità (in un primo senso, *Dürfen*) di tenere un comportamento cui è riconnessa l'idoneità (possibilità in un secondo senso, *Können*) a produrre una modificazione soddisfattiva sulla sfera giuridica altrui²⁴⁸. Liceità ed esclusività, dunque, di esercitare con un atto di volontà negoziale un potere atto a incidere sulla sfera giuridica di una determinata controparte.

Si è obiettato, tuttavia, che codesto potere non assurgerebbe a diritto potestativo, tra l'altro, per non essere soddisfattivo²⁴⁹. A mio avviso, così non è: vi sono svariati poteri che soddisfano di certo immediatamente un interesse (si pensi a un recesso), e per tutti gli altri, che pur paiono richiedere una futura attività soddisfattoria (ad esempio, se dal potere nasce un diritto di credito), non può non considerarsi bene della vita sempre quella stessa modifica giuridica che viene realizzata (senza tacere, peraltro, che nel nostro esempio il bene davvero finale risulta comunque, per lo meno

potere e rientra in un diritto, e diritti potestativi, finiva con l'affermare che essi non sarebbero diritti, ma poteri, diversi dalle facoltà mere (perché non rientranti in un diritto), e anche dai diritti (non afferendo a un rapporto). Tutto al contrario D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 259, affermava che anche il diritto potestativo entra in un rapporto giuridico. A. LENER, voce *Potere*, cit., p. 627, con mentalità moderna chiude la questione affermando: «a noi pare un eccesso di qualificazione irrilevante, cioè non utile ma neppure nocivo, presentare come diritti soggettivi (potestativi) quelli che altro non sono che specifici poteri giuridici simili in ciò ad altri poteri»; contestualmente, notava talune caratteristiche essenziali di questi «poteri di conformazione»: non stanno mai a sé ma rientrano in una relazione qualificata tra soggetti, non appena esercitati si consumano (qualifica, questa, che non è condivisa da altri studiosi). A prescindere dalle critiche, e ad ammettere la nozione di diritti potestativo, lo si identificherà con un potere, volto a soddisfare un interesse del titolare, che entra in un diritto sovrapponendosi a una facoltà esclusiva e avendo a oggetto un mutamento nella sfera altrui. Le caratteristiche essenziali sono riassunte da G. MESSINA, voce *Diritti potestativi*, in *Nov.mo Dig.*, V, Torino, 1968, p. 737: diritti con contenuto particolare («possibilità di creare modificare od estinguere con una manifestazione unilaterale di volontà»), che si contrappongono a una soggezione, e «ora sono autonomi, ora stanno in relazione di dipendenza da un diritto di signoria o da una situazione passiva di obbligo o di onore». V. però, più di recente e in senso ampiamente condivisibile, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 13 ss. e 23 ss. La limitazione della classe ai poteri che agiscono sulla sfera altrui (su cui v. B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, cit., p. 2) ha senso anche perché gli altri poteri, tendenzialmente, o fanno parte di altri diritti, o non fanno parte di alcun diritto (non identificandosi in una facoltà esclusiva: come il potere di far propria la *res nullius*). D'altro canto, non pare possibile immaginare a una possibilità di produrre una modificazione giuridica atta a realmente soddisfare direttamente un proprio interesse che non coinvolga la sfera giuridica altrui. Sempre sul diritto potestativo v. pure A. LEVI, *Teoria*², cit., p. 290 s.; G. PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 21 ss.; G. MIELE, *Potere*, cit., p. 118; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 77; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 321 ss. (e 340 ss. sulle potestà), 343 ss., 369; A. FALZEA, voce *Efficacia*, cit., § 38; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 81; M. CLARICH, *Giudicato*, cit., p. 156 ss.

²⁴⁸ Se in U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 76 e 101 ss., ancora non vi era questa netta preferenza, oggi è certo che i diritti potestativi sono solo quelli che producono mutamenti sulla sfera altrui (v. già L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 321; oggi A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 9, nt. 11).

²⁴⁹ Cfr. E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 50 ss.

in via mediata, garantito). Risulta dunque confermato che finché vi è diritto, vi è satisfattività; ove questa manca, non vi è diritto²⁵⁰.

Nei diritti di credito, poi, le questioni si complicano ancora, giacché potrebbe dirsi che qui il titolare del diritto non debba compiere alcuna attività, essendo il soddisfacimento del suo interesse rimesso al comportamento dell'obbligato (tenuto, infatti, alla prestazione).

Non si vorrà qui prendere posizione sul concetto e sull'oggetto²⁵¹ dell'obbligazione, ma solo brevemente verificare che, anche nel caso di diritti di credito, è assicurato al soggetto protetto uno spazio d'azione²⁵².

²⁵⁰ Se non fosse presente questo aspetto, si avrebbe piuttosto una diversa situazione, emblematicamente esemplificata dalla rappresentanza. Che poi si voglia parlare, in tali casi, di potere puro, di legittimazione, o altro, poco importa: di certo non vi è un diritto soggettivo (cfr. *supra*).

²⁵¹ Là dove s'intende il termine 'oggetto', però, in senso diverso da quello di 'contenuto', che abbiamo usato per identificare le diverse *facultates* che connotano i vari diritti soggettivi (nell'ambito del discorso sull'obbligazione, i due vocaboli sono di solito intesi come sinonimi: ma non sempre, cfr. M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione [diritto privato]*, in *Nov.mo Dig.*, XI, Torino, 1968, p. 598).

²⁵² Inevitabilmente, però, il nostro tema incrocia quelli classici testé citati. Per l'attualità della definizione del diritto di credito quale 'pretesa' (ma si vedrà la difficoltà di inquadrare, poi, l'esatto significato di questo termine), cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 28; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2011, p. 6 s. (ma cfr. anche, già, tutti gli autori citati da L. ORSI, *Pretesa*, cit., p. 369, nt. 107; per le varie ricostruzioni della pretesa nel diritto di credito, cfr. p. 369 s.). Identificare il diritto di credito nella facoltà di pretendere (o, anche, più in generale nella pretesa) comporta l'allontanamento dalle teorie, inerenti all'oggetto dell'obbligazione, che sono normalmente chiamate 'patrimonialistiche', le quali hanno in vario modo scisso il diretto collegamento tra diritto di credito e obbligo e hanno ravvisato «nella posizione preminente del creditore il potere di conseguire il bene dovuto sia mediante l'attività debitoria, sia attraverso l'esecuzione forzata o l'adempimento del terzo» (così L. ORSI, *Pretesa*, cit., p. 370; il riferimento va genericamente al Betti, al Carnelutti, al Nicolò: cfr., ad esempio, R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., spec. – oltre alle p. 85 s. e 107 – p. 95 s., ove l'autore così ricostruisce il rapporto obbligatorio: «da norma impone a una persona [debitore] il dovere di un determinato comportamento, ossia crea l'obbligo in senso stretto con la previsione di un meccanismo sanzionatorio che potrà essere messo in movimento nel caso di inosservanza di quel dovere; effetto logicamente successivo ma correlativo alla creazione dell'obbligo è il riconoscimento di una tutela [diritto soggettivo] a favore di un'altra persona [creditore], avente per oggetto un bene determinato e suscettibile [per lo meno in astratto] di attuazione anche al di fuori dell'attuazione spontanea del contenuto dell'obbligo o della realizzazione della sanzione; come momento riflesso e consequenziale di tale tutela si pone infine lo stato di soggezione in cui viene a trovarsi il debitore rispetto a quel bene dovuto»; non apparirà un caso, allora, il giudizio di inutilità che Nicolò, alla p. 89, esprime nei confronti del concetto di pretesa). Tali dottrine, del resto, sono già state convincentemente confutate da M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 206 ss. (e poi p. 234 ss.), il quale ravvisa nel comportamento del debitore l'oggetto del diritto del creditore (riportando i due termini del rapporto a una «perfetta correlazione»: cfr. p. 243); da A. DI MAJO, sub *artt. 1173-1320 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 96 ss., che abbandona il «criterio 'oggettuale'», tipico tanto delle teorie patrimoniali quanto di quelle personali, «per domandarsi invece in funzione di quali altri elementi o criteri (diversi dall'oggetto di un diritto soggettivo) è possibile ricostruire l'obbligazione» (e, così, recuperando proprio il concetto di pretesa, *Anspruch*); da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 38 ss. Tesi in un certo senso intermedia quella di L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., in cui si sostiene «la distinzione formale tra contenuto dell'obbligo e oggetto (o contenuto) del diritto correlativo: il primo è costituito dal comportamento dovuto, il secondo dalla soddisfazione dell'interesse tutelato, pensata come risultato da realizzare (futuro)»; entrambi, però, sarebbero in rapporto di «correlatività funzionale» (p. 178 s.). Se ne riparerà poco oltre; in ogni caso, al fine di rendere più scorrevole l'esposizione, giova sin d'ora

A ben vedere, egli può – ove lo vuole – porre in essere un’attività che, per quanto mediatamente, appare essere, nella fisiologia del diritto di credito, davvero soddisfattiva del suo interesse. Egli infatti può ‘pretendere’²⁵³, ossia esercitare²⁵⁴ un’azione qualificata che eccita e induce il debitore a soddisfare il suo interesse. Si

precisare che in questa sede ho creduto di poter aderire alla ricostruzione che ravvisa l’oggetto dell’obbligazione nella «prestazione», ossia nel «comportamento a cui il debitore è tenuto nei confronti del creditore» (M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione*, cit., p. 598; parzialmente differente, ma in senso forse meno condivisibile, l’impostazione data alla questione da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 40, ove l’autore distingue tra la prestazione e il comportamento dell’obbligato: solo la prima potrebbe assurgere a oggetto del diritto, giacché «il creditore ha diritto alla prestazione del debitore nel senso che la realizzazione della prevista finalità deve essere un effetto giuridicamente imputabile al debitore, consistendo, secondo i casi, in una attività dell’obbligato o della sua organizzazione, ovvero in un risultato reso possibile dalla sua iniziativa o dalla sua situazione giuridica»; *contra*, ancora, M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione*, cit., p. 598 s.).

²⁵³ Sulla pretesa, a parte gli autori citati nella nota precedente e in quelle successive, cfr. A. GENTILI, voce *Pretesa*, cit., oggi in A. GENTILI, *Il diritto*, p. 261 ss. Cfr. anche P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 143: «dall’angolo visuale del creditore il rapporto si traduce, essenzialmente, nel potere di pretendere», «‘prerogativa’ attribuita al creditore», «e la pretesa è tutelata in ragione dell’interesse a ricevere».

²⁵⁴ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 84 ss. e A. FALZEA, *L’offerta*, cit., *passim*, nell’ambito di una visione del rapporto obbligatorio in cui entrambe le parti sono tenute a collaborare per la sua realizzazione fisiologica delle due posizioni giuridiche (necessariamente correlate, anche se dissociabili: *contra*, come accennato, R. NICOLÒ, *L’adempimento*, cit., p. 106) di diritto e obbligo (cfr., ad esempio, p. 24: «l’adempimento consiste in un fatto di cooperazione in cui le energie di più soggetti, utilizzando o meno le energie degli oggetti naturali, collaborano alla produzione di un evento comune»; per il concetto di pretesa nell’opera di Falzea, cfr. p. 6 e 11 s., nt. 15). Contrario ad assumere il concetto di pretesa quale nucleo del diritto di credito è L. MENGONI, *L’oggetto*, cit., p. 167, nt. 2: «non si nega che, in conseguenza dell’obbligo imposto al debitore, sorga nel creditore la pretesa dell’adempimento dell’obbligo medesimo; ciò che si nega ... è che la pretesa rappresenti il nucleo essenziale del diritto di credito ... Basti osservare, a tacer d’altro, che l’interesse all’adempimento, che forma il sostrato della pretesa, presuppone l’esistenza dell’obbligo, e quindi del rapporto obbligatorio, atteso che le due situazioni giuridiche, cui il rapporto mette capo, derivano simultaneamente dalla norma. Perciò la costruzione del diritto di credito come facoltà di pretendere cade nell’incongruenza di porre a fondamento del diritto un interesse che non costituisca la premessa dell’obbligazione, bensì è da questa condizionato». All’obiezione si potrebbe replicare che l’interesse cui la pretesa è funzionale non è quello all’adempimento, ma proprio quell’interesse-presupposto su cui sorge la posizione di diritto (è, cioè, l’interesse alla prestazione, che solo grazie alla nascita dell’obbligazione diviene interesse all’adempimento). Tale interesse può essere soddisfatto anche per mezzo dell’adempimento del terzo (è l’interesse «generico» di cui a M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, cit., p. 226), senza nulla togliere al fatto che solo l’adempimento del debitore costituisce realizzazione del diritto, poiché solo il suo adempimento è attuato in ossequio alla pretesa (cfr. L. MENGONI, *L’oggetto*, cit., p. 180 ss.; ma cfr. anche U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 2, nt. 1). A tale replica Mengoni avrebbe di sicuro risposto con le parole di cui a p. 169, nt. 1, su cui torneremo *infra*. In conclusione, debbo tra l’altro avvertire che la ricostruzione del negozio di adempimento del terzo, quale atto estintivo dell’obbligazione per venir meno dell’interesse creditorio, non mi convince appieno; non posso intrattenermi su questo profilo, dovendo rinviare a un mio studio di prossima pubblicazione dedicato alla causa del contratto, ove immagino che il negozio in parola crei una regola configurativa di equivalenza tra un dovuto (da altri) e un fatto (e questo per rimanere fedeli all’idea che l’interesse del creditore sarebbe comunque denotato dalla considerazione della persona del debitore: che impedisce l’operatività dell’art. 1180 c.c. in taluni casi, e in altri impone al terzo di perfezionare il negozio configurativo di cui ho detto; interesse, dunque, resta l’aspirazione del creditore a veder arricchita la propria sfera giuridica, una volta compiuta da parte del debitore l’attività dovuta). Alcuni cenni, a tal proposito, anche nel § 8 del Capitolo secondo della Parte Seconda.

tratta di una richiesta che rileva non quale atto puramente materiale, ma nella sua giuridicità; non tanto, però, nel senso della rilevanza giuridica degli effetti (il che rimane impregiudicato ai nostri fini), ma in uno più lato: la pretesa è una domanda qualificata, sottintendente la possibilità giuridica di agire in via rimediale in caso di mancata prestazione. In altri termini, la pretesa, lungi dal coincidere con una mera esortazione verbale, è una richiesta cui si accompagna, seppur implicitamente, l'immagine dei rimedi attivabili per il caso di non ottemperanza alla stessa; è una richiesta compiuta con la voce tonante dell'imperativo giuridico, e non con quella (spesso più debole) del comando morale.

Molti autori, a dire il vero, hanno relegato la pretesa nell'ambito delle situazioni inattive²⁵⁵ e, inevitabilmente, hanno negato che nel diritto di credito ricorra un *agere* (non sovvenendo nemmeno, quale attività facultizzata costituente il nucleo del diritto, quella relativa ai rimedi contro l'inadempimento: essi attendono infatti al momento patologico, e non si può costruire sugli stessi il diritto di credito, nella sua esistenza fisiologica^{256,257}).

²⁵⁵ Cfr. E. GARBAGATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 4 ss. (il diritto non è potere di agire e pretendere, perché l'agire manca nei crediti; non è quindi nemmeno potere di agire – p. 5 nt. 3 – giacché la pretesa non è azione, ma è mera aspettativa, priva di ogni elemento materiale; cfr. anche p. 35 s.); G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 39 («la pretesa è la situazione favorevole ... di un soggetto corrispondente all'obbligo o ad un vincolo della fattispecie normativa del comportamento altrui e si ha quando l'obbligo o il vincolo sono disposti al solo fine di procurare un vantaggio al pretendente»); la tesi è poi chiarita alle p. 40 ss., ove si parla della pretesa come situazione esterna dal diritto, meramente inattiva: un attendere che si contrappone all'obbligo o al vincolo); G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 40, 46, 60, 68 ss. e 78 ss. («la situazione della destinatarietà di obblighi altrui è la situazione della pretesa giuridica»; ma cfr. anche p. 80 s., ove questo esempio: «A deve a B una determinato somma, avuta in prestito da questo; A rappresenta nel rapporto il soggetto trovantesi in una situazione giuridica attiva-sfavorevole, poiché il diritto gli impone un determinato fare, la restituzione della somma ricevuta; B vi rappresenta il soggetto trovantesi in una situazione giuridica inattiva-favorevole, perché, senza che sia necessario che egli dica o faccia qualcosa, A dovrà effettuarli la restituzione; consapevole della propria situazione giuridica, della propria pretesa giuridica a cui non intende rinunciare, B di fatto vuole che la restituzione gli sia effettuata nel termine prescritto»); S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 30 e 74 ss. («il creditore non può agire direttamente, ma deve attendere che agisca il debitore, adempiendo alla propria obbligazione»). M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 246 definisce sì la posizione del creditore nei termini di un'«attesa», ma aggiunge subito dopo: «che poi questa situazione di attesa possa avere la qualifica di pretesa non è problema di cui qui possiamo occuparci» (l'intento dell'autore, d'altro canto, era soprattutto quello di definire la struttura dell'obbligazione, in antitesi alle tesi patrimonialistiche). Pur ravvisando nella pretesa un *agere*, anche la posizione di M. COMPORI, *Contributo*, cit., p. 66 s., nt. 150, svaluta sostanzialmente questa facoltà: «sembra che la pretesa consista in uno dei poteri che accedono al diritto soggettivo, potere che acquista una sua giuridica rilevanza anche per certe conseguenze ricollegabili al suo esercizio ... ad es. la costituzione in mora»). Lo svilimento della pretesa, abbandonata al rango di mera aspettativa, si collega in un certo senso al disinteresse mostrato fino a tempi recenti da parte della dottrina italiana nei confronti dell'azione di adempimento (ma cfr. oggi le opere citate alla nt. 273). In Germania, viceversa, non solo il rimedio dell'adempimento in natura ha una posizione centrale (così ancora oggi, dopo la *Schuldrechtmodernisierung*; cfr. i §§ 275 e 281 BGB), ma figura anche una definizione di pretesa all'interno del codice (al § 194 BGB: *Anspruch ist* «das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen»). Tuttavia, per la varietà di significati che comunque assume il termine pretesa in diritto tedesco, cfr. L. ORSI, *Pretesa*, cit., p. 360.

²⁵⁶ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 22, nt. 70.

Orbene, si è di nuovo di fronte alle difficoltà legate a un referente linguistico, la pretesa, il cui significato è ben lungi dall'essere chiarito: e da ciò dipende il diverso approccio di tanti studiosi al problema del diritto di credito.

Ove si ammetta, però, che nel diritto di credito il soggetto protetto può, con una sua azione, domandare l'adempimento, e che questa richiesta sottende inevitabilmente la possibilità di attivare tutti i rimedi che l'ordinamento fornisce contro l'inadempimento, è giocoforza concludere che quest'attività del creditore si pone quale essenziale momento della soddisfazione. È a quest'azione che si deve dare il nome di 'pretesa'²⁵⁸.

²⁵⁷ Ancora diversa, poi, la sistemazione di E. BETTI, *Il concetto*, cit., p. 22 ss. L'autore, per cui «la pretesa ... si sprigiona per la prima volta dal potere giuridico nel momento in cui lo stato di fatto diventa contrario all'aspettativa pel contegno di una determinata persona in confronto della quale l'interessato ne attendeva la realizzazione (soggetto passivo del rapporto giuridico)», conclude affermando l'esistenza di una pretesa, «nelle obbligazioni a prestazione positiva unica e immediata», fin dal loro sorgere; «nelle altre obbligazioni e nei diritti reali» solo dal momento della loro violazione. La tesi appare però non accettabile, proprio perché, se nei diritti reali non vi può essere rapporto giuridico (e dunque pretesa, in senso lato) se non dal momento della loro lesione, nelle obbligazioni di *non facere* la pretesa sussiste anche prima di questo istante. La spiegazione di tale obiezione è tutta in queste parole di L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 25: nella servitù negativa «il *non facere* del proprietario del fondo servente rappresenta, infatti, la conseguenza dell'insistenza del diritto minore sul bene, del limite in tal modo incidente sulla proprietà ... che pone il titolare di questa in una situazione di non potere»; nell'obbligazione *ob rem* «il *non facere* costituisce, invece, il contenuto stesso della pretesa del creditore, cui corrisponde nell'altra parte del rapporto non un non potere, ma un *agere necesse*, un vero e proprio obbligo, benché negativo» (sul punto cfr. anche M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione*, cit., p. 589). È però da condividersi pienamente l'immagine disegnata da E. BETTI, *Il concetto*, cit., p. 24: «si potrebbe dire ... che la volontà dell'interessato dall'atteggiamento passiva di attesa conservato sino allora, passa all'atteggiamento aggressivo di pretesa» (mentre, quanto l'autore definisce la pretesa «potere concreto ed attuale di conseguire ... e non semplicemente di richiedere», sembra che si distanzi – ma forse solo terminologicamente – dall'impostazione che si seguirà qui). Per G. PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 256 s., la pretesa non ha autonomia concettuale né rispetto al diritto, né all'*actio*, confondendosi o con l'una o con l'altra. A dire il vero, l'autore prende in considerazione l'*Anspruch* del BGB, (il «diritto di richiede un atto od un'omissione da un terzo»), ma conclude affermando che «il valore giuridico di una simile richiesta o diffida è assai incerto; in realtà essa non vincola il terzo più che non lo vincoli il comando giuridico e, quanto ad altri effetti, essi si limitano, qualora inoltre ricorrano altri requisiti, a quelli della mora. Non sembra che codesto possa essere il contenuto di un diritto subiettivo autonomo, tanto meno di un diritto, che dovrebbe costituire l'immediato presupposto dell'*actio*. Si tratta tutt'al più di una facoltà, la quale è compresa nella generica nozione del diritto subiettivo ed è lungi dal rappresentarne il nucleo». Tuttavia, come si è detto poc'anzi nel testo, osservando la pretesa quale richiesta che trascina dietro di sé una serie di rimedi per l'inottemperanza, non si può escluderne l'identificazione con il nucleo dei diritti di credito. Ciò non toglie che la rilevanza della pretesa va ben oltre le conseguenze della mora (che sarebbero ben poca cosa), e attiene a quel chiedere qualificato cui, fisiologicamente, segue l'adempimento del debitore.

²⁵⁸ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 99 («in realtà è soltanto perché il debitore può di fatto rifiutare la prestazione, che si nega l'essenza di diritti ai c.d. diritti di credito ... Ma non vede chi così ragiona, che il mancato adempimento dell'obbligo costituisce una violazione del diritto del creditore»); F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 23 s. («quando si vuol desumere l'irrilevanza giuridica della pretesa del creditore dalla possibilità che, comunque, il debitore non adempia, si tiene conto, appunto ... di una vicenda patologica ... Ma la vera essenza del credito va ricercata «alla luce del sole ... , quando non manca l'adempimento»); le parole citate sono del Barbero).

Non si vuol dire che la pretesa rileva per le conseguenze giuridiche che essa produce: tra l'altro, è controverso se da essa discenda una responsabilità per ritardo semplice, qualora non sussistano gli estremi per una costituzione in mora²⁵⁹. Al contrario, si afferma qui che la pretesa²⁶⁰, indipendentemente da suoi diretti effetti giuridici, rileva quale nucleo del diritto di credito, giacché essa, evocando l'apparato rimediabile predisposto dall'ordinamento per la sua inottemperanza, eccita e induce il debitore ad adempiere²⁶¹.

Che, poi, esista la possibilità che il debitore adempia prima dell'esercizio creditorio della facoltà di pretendere, rileva su un diverso piano, e non su quello che si sta indagando. Quest'ultimo, piuttosto, attiene alla sussistenza di un'attività, volta a

²⁵⁹ Per la rilevanza del semplice ritardo si sono espressi: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 78 (e sulla sua scia anche U. NATOLI-L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, p. 229 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 393; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, cit., p. 143, nt. 15). *Contra*, invece, C.M. BIANCA, sub art. 1219 c.c.², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 195; G. VISINTINI, sub art. 1219 c.c.², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 480 ss. Anche chi ha propugnato la tesi contraria ha però ammesso che il semplice ritardo sia sufficiente a fondare effetti pregiudizievoli per il debitore, pur diversi da quelli tipici della costituzione in mora (e da quello della responsabilità per danni); così M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, Milano, 1975, p. 168 (ma con vari *distinguo* per i debiti pecuniari, in ordine ai quali – e soprattutto con riferimento all'art. 1224 c.c. – l'autore si allontana dall'interpretazione tradizionale): «le conseguenze ricollegate dalla legge al ritardo 'imputabile' al debitore negli artt. 1218 e ss. (ovverossia il risarcimento del danno ed il passaggio del rischio) possono ritenersi subordinate alla costituzione in mora solo nelle ipotesi previste dall'art. 1219; e ..., d'altro canto, la nascita delle altre conseguenze del ritardo 'imputabile' ... non possono ritenersi, in nessun caso, subordinate alla costituzione in mora»; così anche F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 43: «se, dunque, il semplice ritardo nell'adempimento non produce, a carico del debitore l'obbligo di risarcire il danno causato al creditore, ciò non significa ancora che il problema relativo al rilievo del ritardo sia completamente esaurito, in quanto potrebbe darsi che la mancanza di puntualità nel prestare, sebbene non preceduta da costituzione in mora, sia fonte di effetti diversi da quello ora indicato, più precisamente possa essere sufficiente ai fini della risoluzione del contratto per inadempimento (art. 1453 c.c.)» etc. (ma v. anche la stessa G. VISINTINI, sub art. 1219 c.c.², cit., p. 485, oltre a G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni*³, cit., p. 615 s.).

²⁶⁰ Da annoverare, quanto a qualificazione giuridica, nella categoria (già debitamente allargata, come detto poc'anzi nel testo) delle facoltà in senso stretto; l'atto di esercizio della pretesa, infatti, seppur posto in essere necessariamente con volontà e coscienza (cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 396 s.), non è un negozio, giacché non ne sono per forza voluti gli effetti giuridici (peraltro discussi qualora non vi sia costituzione in mora). La facoltà di pretendere, quindi, non è possibilità di esercitare un potere, ma semmai di tenere un comportamento materiale (non esclusivamente materiale, perché produttivo di effetti giuridici, ma nemmeno direttamente volto alla creazione di tali effetti). Ciò non toglie che la 'giuridicità' della pretesa sia ben rilevante, come subito si vedrà nel testo.

²⁶¹ Parzialmente diversa la rilevanza attribuita dalla pretesa da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 78 s., per cui è coesistente alla pretesa il suo effetto di determinare l'inadempimento – sotto il profilo temporale – del debitore. Simile U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 13: nella «'pretesa' ... si compendiano le iniziative giuridicamente rilevanti che il creditore ha facoltà di assumere nell'esercizio del suo diritto allo scopo di sollecitarne la normale soddisfazione» (segue rinvio ai paragrafi relativi alla richiesta del creditore, all'intimazione valevole quale costituzione in mora e alla diffida ad adempiere). Cfr. però L. ORSI, *Pretesa*, cit., p. 371: il diritto di credito «è primariamente pretesa all'adempimento nei confronti del debitore. Evidentemente l'esplicazione di un siffatto potere d'impulso non è necessaria né sufficiente ai fini della realizzazione dell'interesse. Ma costituisce l'essenziale strumento di 'esercizio' del diritto attraverso il quale il titolare riafferma il valore giuridico dell'adempimento».

soddisfare l'interesse del soggetto protetto, che l'ordinamento rende possibile in senso materiale e giuridico (fornendo i mezzi per assicurare credibilità alla pretesa: ove questa non si portasse dietro l'eco dei rimedi contro l'inadempimento, ben a poco servirebbe la corrispondente facoltà)²⁶².

Si potrebbe però replicare: sussistono diritti di credito nell'ambito dei quali è eliminata, per il creditore, la necessità – ma, parrebbe, la stessa possibilità – di 'pretendere': si pensi, ad esempio, alle obbligazioni *portables* e a quelle negative²⁶³. Qui, in effetti, la fisiologia della posizione giuridica sembra eliminare la stessa ipotizzabilità di una pretesa, che ricorrerebbe solo nella fase patologica. Il nucleo di tali obbligazioni sembrerebbe dominato, allora, da un'inattività, non richiedendo – e anzi escludendo – l'attività del creditore.

Il problema, però, è di nuovo mal posto. Il diritto di agire è una situazione attiva – una *facultas agendi* – poiché esso attribuisce la possibilità – non la necessità – di un'azione del titolare volta alla soddisfazione del suo interesse²⁶⁴. Se, in determinate situazioni, la legge rende inutile tale attività, ricollegando a una determinata fattispecie alcuni degli effetti della richiesta²⁶⁵, ciò non toglie che la facoltà di pretendere, per quanto larvamente nascosta, non sia venuta meno.

Lo dimostrano per lo meno tre notazioni. Anzitutto, il diritto di credito è costruito dall'ordinamento sul modello dell'obbligazione *querables*: lo attesta il principio generale posto dall'art. 1183, comma 1, c.c.²⁶⁶, per cui «se non è determinato il tempo

²⁶² Cfr. anche S. PATTI, *Esercizio*, cit., p. 4, secondo cui: «la connessione esercizio-realizzazione del diritto ... non è necessaria, potendosi configurare ipotesi in cui il diritto soggettivo trova realizzazione senza che possa individuarsi un vero e proprio atto di esercizio del diritto. Basti pensare al puntuale soddisfacimento del credito da parte del debitore: se infatti il concetto di esercizio del diritto (da parte del titolare) deve identificarsi con un momento dinamico della vicenda che riguarda la realizzazione dell'interesse tutelato del diritto, è evidente che nell'esempio indicato manca» – ma, si badi, «perché non risulta necessaria» – «l'attività del creditore».

²⁶³ Secondo U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 392, «la richiesta di pagamento ... e il ricevimento della prestazione hanno chiari caratteri di tipicità, di interdipendenza logica e di successione temporale, ma non ricorrono necessariamente in tutte le obbligazioni».

²⁶⁴ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 17 ss., su cui più estesamente *infra*. Viceversa, come vedremo, l'interesse legittimo è posizione inattiva perché ivi è esclusa ogni attività del soggetto tutelato; non solo è esclusa un'attività direttamente volta alla soddisfazione dell'interesse (il che dipende dalla satisfattività solo eventuale di questa situazione giuridica), ma, più in generale, qualsivoglia attività, anche così non specificata. La parte attiva, che comunque può presentarsi (facoltà d'impulso, di collaborazione, e così via), è meramente eventuale e, soprattutto, acquista importanza in via del tutto indiretta, eventuale, occasionale, giacché rimane sempre e comunque alla p.a. la scelta di prendere o meno in considerazione l'istanza del privato: è sempre la p.a., insomma, ad attribuire rilevanza all'attività del privato.

²⁶⁵ Non tutti. È ovvio, infatti, che, anche nei casi di mora *ex re*, l'atto formale di costituzione in mora (non la semplice richiesta, però) resta necessario per aversi interruzione della prescrizione (cfr. ad esempio E. BOERI, *La responsabilità per ritardo e la mora del creditore*, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009, p. 670).

²⁶⁶ Sul collegamento tra richiesta creditoria e tempo dell'obbligazione, cfr. G. CIAN, voce *Pagamento*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 247 (per l'affermazione secondo la quale la

in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente»²⁶⁷. Ne dà ulteriore conferma la disciplina della mora *ex re*, la quale si pone come eccezione rispetto al generale principio della mora *ex persona* (cfr. art. 1219 c.c.)²⁶⁸. La costruzione della figura unitaria del credito, basata sul modello dell'obbligazione chiedibile, induce a ritenere che in ogni caso al centro di questo diritto vi sia una pretesa; non comporta deroga il fatto che talvolta essa possa essere, per così dire, spiritualizzata.

In secondo luogo, anche là dove – come tipicamente avviene nelle obbligazioni *portables* – la pretesa non sia necessaria, proprio perché la fase fisiologica di adempimento è talmente ristretta che essa scompare, quasi appiattita dall'ingombranza della fase patologica, essa non diviene impossibile o comunque preclusa al creditore: difatti egli potrebbe esercitarla in condizioni fisiologiche, se solo si postulasse (in via ipotetica) uno scarto temporale tra la scadenza dell'eventuale termine a favore del debitore e l'insorgenza della mora *ex re*. Lo dimostra, infatti, quanto accade nel caso di obbligazione negativa: anche prima dell'inadempimento il creditore potrebbe pretendere dal debitore il rispetto della stessa (magari di fronte a un pericolo di violazione²⁶⁹).

Anzi, anche in un ordinamento immaginario in cui la mora (o il ritardo semplice) fosse sempre *ex re*²⁷⁰, proprio per tali ragioni non verrebbe meno la facoltà del creditore di pretendere; essa stimolerebbe l'adempimento, quanto meno a livello psicologico, più di quanto non avverrebbe già *ipso iure*. In altri termini, la facoltà di agire del creditore non si limiterebbe nemmeno in questo sistema legale immaginario

regola della esigibilità immediata «non deve portare a concludere che il debitore sia da considerare in mora istantaneamente dopo la richiesta, ma solo dopo che sia decorso il tempo strettamente necessario per preparare ed eseguire la prestazione dovuta»); U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 509 ss.; L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, cit., p. 74 s.; L. NONNE, *Luogo e tempo dell'adempimento*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-5, Padova, 2010, p. 290 ss.; A. DI MAJO, voce *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 209 ss.

²⁶⁷ Secondo U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 77 s., la rilevanza «del comportamento del creditore diretto ad eccitare l'adempimento da parte del debitore» è «stata non di rado trascurata sino al punto da far negare a qualche autore che il creditore sia titolare di un vero e proprio diritto soggettivo». «I dati positivi ... confortano la tesi opposta»: «particolarmente importanti sono, a questo proposito, le disposizioni che il codice detta in ordine al tempo dell'adempimento».

²⁶⁸ Non che la richiesta di cui si va parlando sia per forza un'intimazione di mora, tutt'altro: è sufficiente per la stessa una qualsiasi domanda di adempimento (la dottrina, come detto, si è interrogata piuttosto sulla rilevanza del successivo mancato adempimento, giungendo talvolta a privarlo di conseguenze negativo per il debitore).

²⁶⁹ Come dirò poi, è discusso se egli possa però agire con la condanna, o solo con una inibitoria, non essendovi ancora stato inadempimento.

²⁷⁰ Sarebbe una norma però probabilmente poco ragionevole: e, questo, soprattutto per le obbligazioni senza termine (rispetto alle quali non varrebbe il principio *dies interpellat pro homine*); tuttavia, anche per le obbligazioni *querable* «il sistema della automaticità della mora in base alla semplice scadenza del termine» può dar luogo a «inconvenienti» (lo nota M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, cit., p. 169, comparando le soluzioni adottate dai sistemi giuridici e analizzando la *ratio* della disciplina italiana; non si deve però sottacere la «vera e propria decadenza della costituzione in mora» cui si assiste negli ordinamenti moderni: p. 171).

alla fase rimediabile, rimanendo centrale anche in quella fisiologica; avrebbe soltanto perso la sua essenzialità, essendosi compiuta la sua totale spiritualizzazione.

In terzo luogo, la prescindibilità della pretesa discende logicamente da un'esigenza di fatto, quanto meno nelle obbligazioni negative: non si potrebbe richiedere al creditore di pretendere, di continuo, la sua prestazione. Questa *ratio*, che spiega la deviazione dal modello legale, offre giustificazione alla nostra tesi: il legislatore non ha soppresso la pretesa, l'ha solo resa pressoché inutile, per aver già ricollegato quasi tutti, se non tutti, i suoi effetti al verificarsi di determinate circostanze.

Con altre parole, potrebbe sostenersi che la pretesa, ossia la facoltà di agire per soddisfare il proprio interesse, stimolando il debitore ad adempiere, non viene meno, ma è anzi anticipata dall'ordinamento che, senza attendere l'azione del creditore, ipotizza che la pretesa sia già di per sé esercitata.

Ma, oltre alle tre considerazioni brevemente riassunte, ve n'è una quarta, che, nonostante non dia conferma diretta alla tesi qui sostenuta, sembra corroborarne il generale impianto sistematico.

Una volta inadempita l'obbligazione, deve postularsi l'esistenza, in capo al creditore, di una pretesa all'adempimento²⁷¹. È dato acquisito dalla dottrina il fatto che costui possa agire in giudizio per ottenere la prestazione originaria mancata tramite un'apposita azione di adempimento, cui è riservata anzi una competenza differente, quando non una priorità, rispetto all'azione di risarcimento dei danni²⁷².

L'azione di adempimento²⁷³, nonostante un'autorevole opinione contraria²⁷⁴, costituisce infatti un rimedio diverso da quelli di stampo risarcitorio, anche per

²⁷¹ Cfr. C.M. BIANCA, sub *art. 1219 c.c.*², cit., p. 184 s.: «la possibilità di adempimento della prestazione nel suo contenuto originario e la permanenza del vincolo significano che l'ordinamento – più che consentire – reclama ancora dal debitore l'adempimento dell'obbligazione assunta».

²⁷² Su questo tema, in generale, cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 135 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 298 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., p. 94 ss.; M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 295 ss.; L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 91 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 513 ss., nonché in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 526 ss.

²⁷³ Il cui approfondimento è stato stimolato, nel corso del Novecento ed anche in tempi moderni, dalla disciplina dei rimedi per il caso di vendita di bene viziato o – oggi – difforme, divisi tra la necessità logica della garanzia (vendita del codice civile) e la prospettiva di un rimedio soddisfacente, riconducibile all'azione di adempimento (vendita del codice del consumo). Qui si potrà solo rinviare a: S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione*, cit., p. 513 ss.; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004; C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008; F. PIRAINO, *Adempimento*, cit.; M. DELLACASA, *Adempimento*, cit.; G. AMADIO, *Azione di adempimento*, cit. Sull'azione di adempimento nell'ambito della disciplina della vendita (specie, oggi, di beni di consumo), cfr. in particolare A. PLAIA, *Sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento in presenza di vizi del bene venduto o promesso in vendita*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 123 ss.; G. AMADIO, *Proprietà*, cit. Com'è noto, il problema dell'incompatibilità tra vizi della cosa e obbligazione e, quindi, sull'impossibilità di un'obbligazione avente ad oggetto il 'modo di essere' di una cosa (il 'mostriciattolo' di Pothier), cfr. L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 3 ss.; sul dibattito sviluppatosi alla luce della disciplina d'origine comunitaria della vendita dei beni di consumo (e sulla configurazione della posizione

dell'acquirente quale diritto di credito o garanzia), cfr., anche per riferimenti bibliografici, G. AMADIO, *Proprietà*, cit.; di recente, cfr. C. PELLOSO, *Riflessioni sul micro-sistema del codice del consumo: la responsabilità del venditore per deterioramento e perimento del bene 'ante traditionem'*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, p. 213 ss.; E.M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010.

²⁷⁴ Quella di C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Jus*, 1988, p. 17 ss. (ripresa dall'autore nei successivi scritti: *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 842; *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 114 ss.; *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 797 ss.). Criticano tale posizione F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., p. 113 s., nt. 332 (e v. pure S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004, p. 29 s., nt. 12; G. CIAN, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 767; L. NIVARRA, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Vita. not.*, 1997, p. 678 s.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 281 e 299; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 567; G. AMADIO, *Azione di adempimento*, cit., p. 69 ss.) Ciò non toglie che un risarcimento in forma specifica è ammissibile anche in ambiente obbligatorio: ma si tratterà, per lo più, di quella che vedremo essere chiamata, da parte della dottrina, 'violazione di obblighi di protezione' (v. G. CIAN, *Riflessioni*, cit., p. 767; L. NIVARRA, *Il risarcimento*, cit., p. 669 e 678; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 940 ss.; M.R. MARELLA, *La riparazione in natura o in forma specifica*, in *Tratt. Visintini*, III, p. 184 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione*, cit., p. 522; A. D'ADDA, sub art. 2058 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 611 ss. e 662 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo*, cit., p. 572 s.; F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., p. 112 nt. 325 e 120; sul tema interveniva, a favore della soluzione estensiva, già E. BETTI, *Sul cosiddetto risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 1948, c. 259 ss.). In un certo senso, tratto caratterizzante delle tesi di Castronovo (tanto quella appena citata, quanto la costruzione dell'obbligazione senza prestazione) è la svalutazione della pretesa nell'ambito del rapporto obbligatorio, che diviene elemento del tutto prescindibile; così, d'altro canto, collegandosi idealmente agli asseriti di Mengoni, prima riportati, proprio sulla pretesa. Il diritto di credito inadempito dà vita alla pretesa al risarcimento, e non alla prestazione originaria (così, per le obbligazioni connotate dall'automaticità della mora, la pretesa sbiadisce nell'immaterialità); nell'obbligazione senza (e non di) prestazione non c'è nemmeno pretesa e (per ammissione dell'autore stesso: C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 707) nemmeno diritto di credito (residuando solo, dell'obbligazione, il regime di responsabilità). In effetti, C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 93, sostiene – nell'ambito di un'argomentazione volta a dimostrare che nel credito «non v'è nulla da ripristinare», ma semmai un «puro ammanco patrimoniale», legato a una logica altrove definita 'di spettanza' [ID., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 3] – che, «se di risarcimento in forma specifica si intende parlare nella responsabilità contrattuale, questo coincide con l'adempimento domandato dal creditore insoddisfatto, perché è solo l'adempimento che realizza in natura l'interesse violato». Ma delle due l'una: o l'uso del termine 'risarcimento in forma specifica' è solo provocatorio, oppure, venendo inteso rigorosamente, impone di ritenere che l'esistenza dell'obbligazione renda autonomamente risarcibile il danno puramente patrimoniale consistente nella mancata (o difettosa) esecuzione della prestazione, intesa quale valore già assunto al patrimonio. Così non è (salvo nei rapporti con i terzi, ove il credito è bene in sé e per sé): una cosa è il danno da mancanza della prestazione; un'altra i danni che attengono a diversi beni lesi in occasione della prestazione (tanto che recentemente L. NIVARRA, *Alcune precisazioni*, cit., *passim*, li distingue anche come rimedi; e tant'è vero che lo stesso Castronovo, come poc'anzi chiarito, distingue logica di spettanza e di appartenenza). L'inadempimento in senso stretto può anche non corrispondere a un danno (si pensi al ritardo nel consegnare certe merci, nel caso in cui il destinatario ne sia stato beneficiato perché nei giorni di ritardo aveva i magazzini pieni e avrebbe dovuto procurarsi un diverso locale per stivarle); per di più, anche quando esso, resosi definitivo, provoca un danno, non può non tenersi in conto che ci si riferisce alla mancata attuazione del credito (come riconosce pure pure C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 92 s.: «non v'è nulla da ripristinare; vi è tutt'al più da attuare il *vinculum iuris*»). Il risarcimento in forma specifica in chiave contrattuale, viceversa, si addice ai soli danni che riguardano il patrimonio per come era già, prima dell'esecuzione della prestazione; in altri termini, per i danni relativi alla violazione di obblighi di protezione, a voler usare questa terminologia.

equivalente, cui oggi è attribuita una valenza generale, specie alla luce dell'introduzione dell'istituto processual-civilistico delle *astreintes*²⁷⁵.

Certo, l'azione è strumento processuale, cui potrebbe seguire anzi un'esecuzione forzata, ossia un vero e proprio surrogato dell'adempimento²⁷⁶; ma ciò non toglie che proprio la possibilità per il creditore di esperire un'azione volta ad ottenere la condanna del debitore ad adempiere quella stessa obbligazione inottemperata postuli²⁷⁷, in capo al titolare del diritto di credito, l'esistenza della facoltà di pretendere l'adempimento nella fase patologica dell'obbligazione, fintantoché non vi sia preclusione derivante dalla sua carenza di interesse, o dall'impossibilità (e forse anche inesigibilità) della prestazione²⁷⁸.

Orbene, cos'è questa pretesa all'adempimento, se non la stessa di cui il creditore disponeva prima dell'inadempimento stesso? Sarebbe poco convincente ritenere che l'ordinamento prima escluda che il creditore possa far valere la sua pretesa a un adempimento già specificato (ciò che allontana dal nostro discorso, per il momento, l'obbligazione senza prestazione e in generale gli obblighi di protezione²⁷⁹), e poi, dal momento dell'inadempimento, gli assegni questa facoltà.

È, piuttosto, più sintonico con il sistema credere che la pretesa all'adempimento corretto non sorga con l'inadempimento, ma già con la nascita dell'obbligazione, e sia semplicemente celata in determinate situazioni (e, in altre, su cui non si è fatto sinora cenno, quiescente: così, per esempio, durante il decorso del termine a favore del debitore, nelle more del quale c'è semplicemente inesigibilità del credito)²⁸⁰.

Nonostante sia indubitabile che solo dopo l'inadempimento la pretesa si atteggi essa stessa a rimedio, parrebbe adeguato ritenere che essa altro non sia che un

²⁷⁵ Il rimando va ovviamente all'art. 614-bis c.p.c., su cui, *ex multis*, cfr. S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. ed il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 947 ss.; ID., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 3 ss.

²⁷⁶ A. FALZEA, *L'offerta*, cit., 29.

²⁷⁷ Cfr. anche i noti §§ 241, 275 e 281 BGB (su cui A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 126 s.).

²⁷⁸ E, in una qualche misura, postuli l'ammissibilità di un adempimento sanante (cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 139 ss.).

²⁷⁹ Nel secondo Capitolo di questa Parte si esaminerà, invece, il problema delle obbligazioni rispetto alle quali è assolutamente incompatibile una pretesa (gli obblighi di protezione, con riferimento ai quali non si può ipotizzare la sussistenza di alcuna pretesa né prima né dopo – secondo la tesi dogmaticamente più coerente – dell'inadempimento), e si tenterà di dimostrare come l'ordinamento italiano, anche – ma non solo – per questa ragione sistematica, ne preferisca la qualificazione nei termini di interessi legittimi (pretensivi o protettivi), o di aspetti di un diritto di credito. Non è forse una coincidenza il fatto che proprio chi ravvisa nel credito una *facultas agendi*, sotto forma di pretesa, dia pochissima rilevanza agli obblighi di protezione (U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 18 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 73 ss.).

²⁸⁰ V. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 98 s.; cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 328, e U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 121 ss.

prolungamento della pretesa di cui il creditore dispone anche nella fase fisiologica; quella stessa richiesta di adempimento che, nel caso di obbligazioni *portables*, prima della mancata esecuzione della prestazione è nascosta dietro agli effetti (sfavorevoli per il debitore) che comunque si producono *ex lege* dal momento della scadenza del termine.

Logicamente, si deve allora concludere che la facoltà di pretendere di cui il creditore dispone è sempre la stessa: in una prima fase, fisiologica, il titolare del diritto ne potrà ometterne l'esercizio (così, ad esempio, nell'ipotesi di obbligazioni negative, là dove il creditore potrà contare sul fatto che il debitore sia spinto all'adempimento semplicemente perché posto di fronte alle conseguenze sfavorevoli che l'inadempimento ha di per sé, a prescindere da qualsivoglia richiesta); in una seconda fase, patologica, la pretesa riemergerà dall'assopimento in cui, per ragioni pratiche, era caduta.

Ecco in che senso può dirsi rilevare l'azione nei diritti di credito: non quale potere di chiedere il risarcimento o l'esecuzione forzata (il che sposterebbe l'indagine alla fase rimediale, patologica)²⁸¹, né quale mera aspettativa o attesa della prestazione²⁸²,

²⁸¹ V'è stato però chi, ravvisando nel diritto un *agere licere* ma nella pretesa una situazione inattiva, estranea al diritto stesso, ha raffigurato i diritti di credito quali connessioni tra pretese e diritti relativi (il riferimento va ovviamente a G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 90). Di fronte all'interrogativo che verrebbe da porsi, ossia in cosa consisterebbe questo *agere*, privato di quello che ho definito il suo nucleo essenziale, ossia la pretesa, sovviene la considerazione di un altro autore, che ha riproposto di recente la ricostruzione di Guarino (C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 61 s.). Il creditore godrebbe di «una serie di facoltà e di poteri che accedono alla pretesa, la assistono e, in qualche modo, ne assicurano la realizzazione. Si pensi al potere di attivare uno dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (azione surrogatoria, azione revocatoria e sequestro conservativo); al potere di disporre del credito, cedendolo (art. 1260 c.c.) o rimettendolo (art. 1236 c.c.); al potere di eccepire la compensazione (art. 1242 c.c.) o l'inadempimento altrui (art. 1460 c.c.); o, più semplicemente, alla mera facoltà di chiedere al debitore l'adempimento della prestazione, anche minacciando – se necessario – l'esercizio dei diritti riconosciuti dalla legge proprio a tutela del proprio credito». Orbene, ci si potrebbe anzitutto chiedere quali, tra quelli elencati, siano davvero dei poteri (*rectius*, dei diritti potestativi): se il potere dev'essere esercitato per il tramite di un negozio giuridico (il punto, s'è visto, è dibattuto per i veri e propri poteri; e io ho accolto l'accezione più lata di potere, e più ristretta di diritto potestativo), alcuni atti – si pensi al dibattito circa l'eccezione di compensazione – pur non costituendo l'esercizio di facoltà in senso stretto, non rappresentano nemmeno esercizio di un potere. Si pensi, ad esempio, alla costituzione in mora, che avviene per mezzo di un atto che sicuramente non è un negozio. Questo problema, però, è sin qui essenzialmente terminologico, poiché si potrebbe dire che queste possibilità, che la legge offre al creditore, costituiscono altrettante facoltà in senso lato, così evitando qualsivoglia problema definitorio; e pure si potrebbe dire che non sono diritti potestativi, ma semplici poteri. Il punto è un altro. Queste facoltà – o poteri, che dir si voglia – tutelano il creditore in situazioni che, quando non patologiche, presentano comunque aspetti di eccezionalità; esse non sono volte, cioè, a garantire la normale soddisfazione del suo interesse, che discende – in situazioni di normalità, appunto – dall'adempimento del debitore. Solo la pretesa assume questo ruolo; e, d'altro canto, la «mera facoltà di chiedere al debitore l'adempimento» cos'è, se non la pretesa? Essa, difatti, non può essere valutata semplicemente nel suo aspetto materiale, giacché porta imprescindibilmente con sé il richiamo dei rimedi per il caso di inadempimento. È questa valenza non giuridica, ma per lo meno pseudo-giuridica, che fa della pretesa l'unico atto del creditore davvero centrale nei diritti di credito, cui è ricollegata la sua soddisfazione. Un profilo simile è sottolineato da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 28 s.: l'autore, pur affermando che la «pretesa è ... una posizione di spettanza giuridica correlativa all'altrui dovere», e così aderendo a una

che azione non sarebbe, ma nel senso di possibilità, come liceità dell'atto, e possibilità, come attitudine dell'atto a raggiungere il fine, di pretendere. Il contenuto di questi diritti va visto, dunque, nella possibilità (sempre nel duplice senso) di porre in essere un'azione che induca il debitore ad adempiere; ossia, possibilità (in un primo senso) di tenere un comportamento cui è riconnessa una specifica idoneità giuridica (possibilità in un secondo senso), ovvero di pretendere. Si badi: in questo caso non vi è una vera e propria 'capacità', giacché la pretesa non è atto di esercizio di un potere; ciò non toglie che essa, lungi dal rilevare quale mero atto materiale, è satisfattiva in tanto in quanto le si accompagni la 'forza' del diritto, ovvero la consapevolezza delle conseguenze negative che affliggeranno il debitore in caso di inadempimento.

Chiusa questa lunga parentesi sulla pretesa – la cui utilità emergerà nella Parte Seconda di questo lavoro, ove si indagherà il credito dal punto di vista dell'abuso, e pure si escluderà l'ipotizzabilità di obbligazioni proprio mancanti di pretesa (ma anche di adempimento) – deve riaprirsi il discorso sul diritto soggettivo.

Esaminate le tre facoltà in senso lato, il cui ricorrere tipicamente distingue le classi di diritti soggettivi, ossia le possibilità di godere, di pretendere e di conformare, va osservato come *a latere* delle stesse (probabilmente non della terza) sussista una ulteriore possibilità, quasi nelle vesti di una loro appendice: è quella di disporre, che, comunque la si voglia intendere²⁸³, ricorre tipicamente in molte delle ipotesi di diritto soggettivo. Su questi profili, però, non è il caso di attardarsi ancora.

Il diritto²⁸⁴, con riferimento al suo contenuto²⁸⁵, è, per riepilogare questi brevi cenni, possibilità esclusiva di tenere un comportamento nella sua materialità e, se del caso, anche nella sua valenza giuridica, sempre al fine di soddisfare un proprio interesse, elemento teleologico del diritto seppur allo stesso estraneo.

La nozione di *facultas* cui si è aderito si presta, nella sua duplicità (possibilità-liceità e possibilità-capacità o comunque possibilità-giuridicità in senso lato), ad assorbire tutti i tipi di diritti soggettivi; ed essa, si può aggiungere ora, acquisisce il suo carattere complesso anche e proprio alla luce della finalizzazione del diritto soggettivo alla soddisfazione di un interesse. La *facultas*, infatti, per poter essere davvero

totale de-materializzazione della pretesa che lo avvicina a quanti avevano visto nella pretesa una situazione puramente inattiva, aggiunge quanto segue: «il credito non consiste come tale nella possibilità del creditore di compiere atti giuridici né, in particolare, nel potere di far sua la prestazione o il bene dovutogli, ma nella pretesa a che il debitore esegua la prestazione. Il creditore è anche titolare di poteri», ma «essi costituiscono dei rimedi (preventivi o successivi) contro l'inadempimento».

²⁸² È la solita posizione del Barbero, più volte ricordata.

²⁸³ V. *supra*, dove parlavo dei diritti reali.

²⁸⁴ Come si sarà inteso, non si è sentita la necessità di prendere posizione sul problema, che ormai sembra definitivamente risolto in dottrina, dell'ipotizzabilità di diritti pubblici soggettivi (cfr., ovviamente, G. JELLINEK, *System*, cit.; cfr., inoltre, A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; E. CASETTA, voce *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 791 ss.

²⁸⁵ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 71.

‘satisfattiva’, non potrebbe limitarsi a sancire la liceità di meri comportamenti materiali²⁸⁶.

Il collegamento tra diritto soggettivo e interesse è dunque fortissimo: il secondo, che va inteso di certo in senso oggettivo, non solo è presupposto del primo, come si è detto in dottrina, ma ne è anche elemento polarizzatore e aggregatore²⁸⁷ (le singole facoltà in senso stretto o i singoli poteri, che dir si voglia, trovano unità nell’essere volti ad assicurare la realizzazione dell’interesse, e contemporaneamente evitano di confondersi con il contenuto di altri e diversi diritti soggettivi), dalla cui permanenza dipende la vita stessa del diritto soggettivo. Ciò non toglie che, comunque, l’interesse è e resta estraneo al diritto: ma questo è un punto su cui si dovrà tornare, quando si dovrà affrontare il tema dell’abuso del diritto²⁸⁸.

²⁸⁶ Se ben si vede, il concetto di possibilità appare duplice nel momento in cui lo si metta in collegamento con quello di soddisfazione dell’interesse, cui non sarebbe sempre sufficiente la mera liceità di porre in essere, per quanto in via esclusiva, un comportamento materiale. Si badi, questa doppia accezione non è solo una *nuance* linguistica; se si è insistito su questa, è perché pare possano derivarne notevoli conseguenze per la successiva esposizione, allorché si parlerà di una facoltà ‘inattiva’. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 26 s.: nel diritto soggettivo «nota caratteristica ... è, infatti, secondo l’opinione ormai prevalente, l’esistenza di un potere (*rectius, agere licere*) di volta in volta specificantesi come facoltà o pretesa, che ne costituisce il contenuto e consente al soggetto-titolare di realizzare il proprio interesse».

²⁸⁷ Si sdrammatizza così anche la critica di S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 26, a mente della quale «si avrebbe, così, un solo ed unico diritto soggettivo per ciascun soggetto, consistente nella libertà di agire, senza compiere attività giuridicamente illecite» (cfr. C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 47 s., nt. 135, ma già M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 473). Che il diritto soggettivo sia facoltà di agire ‘per la realizzazione di un interesse’ viene ribadito anche da L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 287.

²⁸⁸ Cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 46; ma v. anche L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 20. Per la tradizionale definizione di interesse, quale elemento pre-giuridico, come ‘tensione della volontà verso un determinato bene’, cfr. S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 65 ss.; di recente F. SCAGLIONE, *Intersoggettività e gratuità nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 373. La definizione ricorre anche in R. NICOLÒ, *L’adempimento*, cit., p. 71 (in E. BETTI, *Il concetto*, cit., identifica l’«aspettativa di un determinato bene della vita»); tuttavia, nella visione dell’autore l’interesse proprio si ‘trasforma’ e diviene diritto. Ciò che è confutato, persuasivamente, proprio da U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 44 ss. (cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 285). Per il passaggio da una «concezione psicologica» ad una «oggettiva» dell’interesse, cfr. M. COMPORI, *Contributo*, cit., p. 56, nt. 123 (ma già l’interesse di jheringhiana memoria era quello ‘oggettivo’: cfr. le osservazioni di C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 19 s.; e comunque la formula della ‘tensione della volontà’, intesa in senso oggettivo, non pare significare nulla di diverso; per la sua attualità, a scanso di equivoci, cfr. comunque F. SCAGLIONE, *Intersoggettività*, cit., p. 374). Osserva esattamente E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit. p. 37 ss., che il diritto non può essere interesse in senso soggettivo, ossia come «giudizio di utilità» o «aspettativa di un determinato bene, giudicato utile», perché gli incapaci non potrebbero dirsi titolari di diritti, perché il titolare del diritto può ritenere inutile lo stesso, e perché costui può essere soggetto di diritto anche senza averne contezza. Il diritto non è nemmeno interesse oggettivo, perché si confonderebbe l’elemento pre-legislativo con quello risultante dalla creazione di una posizione giuridica. L’interesse è fuori dal diritto, quale «elemento teleologico»; l’interesse, in quest’ottica, è «aspirazione cosciente di un subietto verso un determinato bene, giudicato utile pel soddisfacimento di suoi bisogni» (interesse che il legislatore ravviserebbe sulla base di un giudizio probabilistico, fondato «sulla comune esperienza»: dal che risulta il suo carattere contestualmente obiettivo-subiettivo, che bene fa notare L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 20: l’interesse di cui si tratta è oggettivo, «in quanto interesse tipico»,

ma soggettivo, in quanto riferibile a un determinato soggetto; cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, rist. 1992, p. 261). Anche per L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., «l'aspettativa di un bene, ossia la tensione della volontà del soggetto ad un fine, non è altro che l'interesse ... e l'interesse non è contenuto ma presupposto del diritto di credito». Tuttavia, per l'illustre autore, l'interesse tornerebbe ad avere rilevanza come oggetto del credito (così distinto dall'oggetto del debito), che coinciderebbe con la «soddisfazione dell'interesse tutelato, pensata come risultato da realizzare futuro» (scomponendo così il contenuto dell'obbligo, ossia il comportamento dovuto – mezzo – dall'oggetto del diritto – scopo –: cfr. p. 179, testo e nt. 1). A questo risultato lo studioso giunge per varie ragioni, tra cui quella per cui l'estinzione dell'obbligazione nel caso di adempimento del terzo non potrebbe derivare dalla sopraggiunta carenza di interesse del creditore: se così fosse, bisognerebbe ammettere che «oggetto del diritto di credito [sia] il comportamento obbligatorio», e per l'effetto «arrivare all'assurda conclusione che non è una conseguenza del concetto di obbligazione, ma soltanto del venir meno dell'interesse del creditore ... anche l'estinzione dell'obbligazione collegata all'ipotesi in cui il debitore raggiunga il risultato da produrre con un'attività informata a una diligenza concreta inferiore o superiore a quella dovuta ... *Scherz im Rechts*». A tale critica (che tocca in particolare M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., *passim*), si potrebbe obiettare che lo stesso comportamento dovuto ammette deviazioni *in melius* e anche deroghe *in peius*, purché si tratti di «inesattezze irrilevanti ai fini del sostanziale soddisfacimento dell'interesse creditorio» (emblematicamente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 44, nell'ambito di una trattazione che ravvisa nella prestazione dovuta l'oggetto del diritto di credito; del resto, l'adempimento altro non è che l'esito positivo di un giudizio legale di conformità di un comportamento a uno standard predeterminato: cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, cit., p. 39, per cui «può dirsi che vi sia adempimento inesatto nel caso in cui ... la prestazione effettuata non possiede i requisiti soggettivi e oggettivi, che sono idonei a farla coincidere con l'oggetto della obbligazione, ed a soddisfare l'interesse del creditore»; si noti che, comunque, il richiamo all'interesse non deve intendersi come volto a far divenire quest'ultimo contenuto del diritto di credito, ma semplicemente a chiarire che il comportamento dovuto si specifica non solo in senso prettamente oggettivo [dare 100], ma anche soggettivo [dare 100 al creditore capace], in relazione alla persona del creditore, la cui collaborazione è tra l'altro spesso necessaria per aversi adempimento; del resto, giacché la facoltà di pretendere – espressione di un diritto soggettivo – è soddisfatta, così dev'esserlo anche la prestazione; non sono dunque ipotesi di adempimento, anche se alle stesse equiparate, come afferma lo stesso Giorgianni, il pagamento al creditore incapace e quello al creditore apparente). Il comportamento dovuto, quale oggetto del credito, è quello del debitore; ma ciò non toglie che un terzo possa adempiere e soddisfare l'interesse creditorio, e che a tal fine sia tutelato con le stesse norme previste a protezione dell'interesse del debitore a liberarsi (il che giustificerebbe «la mora *credendi* conseguente al rifiuto dell'offerta del terzo»: p. 171). Inoltre, la liberazione conseguente alla mora *credendi* dimostra che la realizzazione dell'interesse del creditore (il «raggiungimento dello scopo»: p. 176) non è necessaria per l'estinzione del rapporto obbligatorio; viceversa, proprio l'esistenza di un rigoroso procedimento formale disciplinato dalla legge consente di ritenere prescindibile l'attuazione dell'interesse creditorio, e il fatto che tale procedimento sia volto ad assicurare lo scopo («nelle forme riconosciute dalla legge come equipollenti dell'adempimento») significa soltanto che la legge tutela particolarmente l'interesse del creditore, e non che la sua soddisfazione sia condizione per l'estinzione del diritto (giacché necessaria soddisfabilità – qualificata – dell'interesse non equivale a necessaria soddisfazione dell'interesse; v. lo stesso A. FALZEA, *L'offerta*, cit., p. 18). Nel caso di mora del creditore, l'estinzione del vincolo non deriva dalla soddisfazione dell'interesse, ma nemmeno dall'esecuzione della prestazione – dall'aver il debitore tenuto il comportamento obbligatorio – (ciò che escluderebbe proprio le ipotesi di cui all'art. 1180 c.c., e ciò che non può ammettersi anche perché, mancando la collaborazione del creditore, non può ipotizzarsi nemmeno l'esecuzione della prestazione); l'estinzione potrebbe dirsi discendente, piuttosto, dalla soddisfabilità qualificata dell'interesse creditorio (cfr. G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937, p. 6 ss.). Ulteriore riprova (ma non ce n'era bisogno) del fatto che l'interesse è estraneo al diritto (di credito); la soddisfazione dello stesso è il fine del diritto, ma non ne è il contenuto, che resta il comportamento obbligatorio. Né così si confonderebbero (L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., p. 169 s.) mezzi offerti dal diritto e scopo del diritto: una cosa è il comportamento, infatti, inteso nel suo concreto dispiegarsi (*in fieri*: mezzo), una cosa è invece il comportamento inteso come attività dispiegata (*factum*: fine); il primo costituisce l'oggetto del debito e del credito (ed è il comportamento del solo debitore), il

secondo ciò a cui aspira il creditore (ed è, in caso di obbligazioni fungibili, un comportamento in sé considerato). In altri termini: si è detto che il diritto è la facoltà di agire per soddisfare un interesse; il che significa che il titolare di un diritto può contare su uno spazio di possibilità-liceità e possibilità-capacità (in senso lato) di agire per realizzare (immediatamente o mediamente, ma pur sempre direttamente) un interesse. L'azione è dunque un mezzo; la soddisfazione è un fine. Nei diritti reali l'azione si concreta per lo più negli atti di godimento del bene; la soddisfazione discende dall'avvenuta (ma mai definitivamente compiuta) realizzazione dell'interesse a godere; nei diritti di credito, viceversa, l'azione è la pretesa (il pretendere un comportamento inteso come dovuto); la soddisfazione, il comportamento inteso come risultato. Ecco, quindi, delineato l'oggetto di questi diritti: esso è il comportamento dovuto. L'interesse, viceversa, attiene al comportamento inteso come risultato. Converterà, ora, cambiare argomento e tornare per un momento all'estraneità dell'interesse dal contenuto del diritto. Difatti, la Bigliuzzi Geri ha, successivamente allo scritto citato in apertura di nota, modificato la sua opinione, arrivando a affermare: «non riesco più a vedere perché ciò che (interesse) pur dovrebbe consistere in una 'relazione di tensione' tra un soggetto ed un bene (utilità) non dovrebbe, proprio in virtù dell'intervento della norma, trasformarsi in, diventare diritto (od altra situazione di vantaggio) ed appartenere in tal senso al suo contenuto» (L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo*, cit., p. 538). Non mi pare che le considerazioni che l'autrice fa seguire siano del tutto persuasive; invece, credo di dover prestar fede all'impostazione del Natoli (e della prima fase della produzione scientifica della Bigliuzzi Geri). Infatti, era – ed è – vero che l'interesse non entra nel contenuto di diritto, e ne è semplice situazione-presupposto: se così non fosse, del resto, tornerebbe valida la critica di Natoli a Nicolò (cfr. di nuovo U. NATOLI, *Il diritto*, p. 44 ss.). Ciò non toglie, però, che il diritto sorge 'sull'interesse, e dunque quest'ultimo lo polarizza, in un certo senso lo orienta; il diritto, pur non contenendo l'interesse, non se ne emancipa mai radicalmente, poiché nasce da un conflitto di interessi per risolverlo. Prova ne è, ad esempio, lo stesso significato duplice del termine possibilità che si è analizzato nel testo; prova ne è, però, soprattutto quanto si dirà ora, a proposito delle obiezioni alle critiche sollevate contro la teoria del Natoli, che trovano piana soluzione proprio postulando una certa incidenza – seppur esterna – dell'interesse sul diritto. Si potrà dire: tale interpretazione dell'interesse non apparteneva alla tesi di Natoli, ma ne costituisce una rielaborazione moderna, forse proprio analoga a quella proposta dalla Bigliuzzi Geri; questo può essere, ma non è di vitale importanza per la nostra esposizione (tanto più che, quando U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 46, scrive che «l'interesse (giuridico) è in definitiva presupposto indispensabile perché possa esservi titolarità di diritto, ma non è esso stesso diritto», sembra per l'appunto sottendere proprio quanto si è sinora affermato, e così accade anche alla p. 60, nel testo già citato a proposito dell'esclusività della *facultas agendi*; in ogni caso, cfr. anche G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 64, nt. 26). Appare illuminante, al riguardo, una notazione di S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 69: «si può dire che la situazione soggettiva costituisce la espressione della tutela (giuridica) di un (dato) interesse, o lo strumento di tutela di un interesse, e allora se si fa riferimento al fine, si dovrà dire che l'interesse è proprio l'oggetto della tutela che si concreta nella (attribuzione della) situazione giuridica. Ma se si fa riferimento al mezzo o strumento, si può ragionare diversamente: se, cioè, si considera in sé e per sé lo strumento, come situazione soggettiva, il risultato (o fine) a cui tende, rimane fuori dello schema concettuale. Ma forse il termine 'presupposto' è improprio, perché, invece di rappresentare l'elemento teleologico (finale) a cui la situazione giuridica come strumento si coordina, rappresenta l'antecedente costituente la ragione pratica». In altri termini: è congruo affermare che l'interesse sta al di fuori del diritto, inteso come mezzo (e, quindi, anche come facoltà di agire per la realizzazione dell'interesse), ma non si può dimenticare che l'interesse stesso rimane il fine, che polarizza la facoltà che viene attribuita e ne definisce, pur dal di fuori, la direzione e quindi anche la dimensione (il diritto, quindi, non si emancipa mai dall'interesse che ne costituisce presupposto). In tema di interesse, infine (e questo è l'ultimo punto che si toccherà in questa nota), sovviene anche quella ricostruzione proposta in dottrina, che ha voluto rinvenirvi null'altro che l'aspetto statico del diritto, il cui volto dinamico rimarrebbe solo e soltanto la *facultas agendi*; e questo al fine precipuo di spiegare forme di rilevanza verso i terzi del diritto di credito, quali l'adempimento del terzo (su cui cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo*, cit., p. 540, nt. 51; ma v. più in generale il dibattito, che ha incrociato quello relativo all'oggetto dell'obbligazione, che ha visto contrapporsi, tra gli altri, R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 113, per cui «è inutile ... la questione se l'esecuzione forzata e l'adempimento del terzo siano forme di adempimento o piuttosto surrogati di adempimento», giacché essi «si devono considerare rispetto al diritto del creditore, come due mezzi autonomi, oltre che profondamente diversi dal punto di vista

strutturale, capaci di produrne la realizzazione» – si ricordi, del resto, la scissione tra diritto e obbligo attuata nell'ambito della teoria del Nicolò –; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 2, nt. 1, secondo cui «non si ha vera e propria attuazione del rapporto quando il creditore sia soddisfatto *aliunde*»; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 231 s., che sottolinea come l'effetto dell'adempimento del terzo sia quello di rendere «inutile il rapporto obbligatorio intercedente tra creditore e debitore, allo stesso modo di un evento naturale che produca il medesimo soddisfacimento»; A. FALZEA, *L'offerta*, cit., p. 18, secondo il quale, pur potendosi scindere diritto e obbligo, essi rimangono correlati, e dunque «tutte le cause estintive diverse dall'adempimento e capaci di condurre all'appagamento dell'interesse del creditore o dell'interesse del debitore, si sostituiscono all'adempimento, del quale rappresentano perciò altrettanti surrogati»; L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., p. 182 s.) e la lesione del credito ad opera appunto di un terzo (ci si riferisce, ovviamente, a F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 30 ss.: «che il c.d. adempimento del terzo non si presti ad essere ricollegato alla facoltà del creditore di pretendere la prestazione, ma che esso vada piuttosto configurato come un modo di soddisfacimento dell'interesse del creditore al di fuori del meccanismo tipico dell'attuazione del rapporto obbligatorio, è affermazione che ... corrisponde a verità», «solo che ... questo 'interesse', più che 'il sustrato del diritto', rappresenta il diritto di credito stesso, individuato nella sua rilevanza al di fuori dello schema del rapporto obbligatorio»; in tal modo l'autore ha recuperato l'elemento dell'interesse, senza cadere nella distinzione jheringhiana tra momento materiale e formale del diritto, adottata più di recente anche da E. BETTI, *Il concetto*, cit., p. 11; ma cfr. già S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 70, per la distinzione tra momento statico e dinamico, individuata nella coppia «potere ... in senso lato» e «interesse»). Seguendo una proposta ermeneutica che si era in altra sede specificata (il rinvio è al mio *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 573 ss.), si potrebbe indagare il rapporto tra l'interesse – o, meglio, la soddisfazione dell'interesse – inteso come fase statica del diritto, e il 'vantaggio', che altro non sarebbe che ciò che le parti vogliono attribuirsi nell'ambito della loro operazione economica (destinata a divenire un contratto). In questo senso, dovrebbe dirsi che il diritto di credito risulta la traduzione in forma giuridica dell'attribuzione di un vantaggio; esso, cioè, è la garanzia di tale attribuzione, e dunque della soddisfazione di un interesse. Questo, a sua volta, tenderebbe a coincidere con quello di cui alla causa del contratto, salvo inevitabili scarti tutte le volte in cui l'ordinamento non riuscisse a tradurre, con un solo diritto di credito, tutto un vantaggio pre-giuridico (ne parlerò ancora meglio nel § 6 del Capitolo secondo della Parte Seconda). Ciò non toglie però che il credito stesso è 'vantaggio', se inteso a sua volta come 'valore economico'. Chiarisco in breve ancora il mio pensiero. Assumendo che il diritto è la facoltà di agire per soddisfare un interesse (qui: patrimoniale), e l'interesse è la situazione-presupposto su cui il diritto nasce, che se ne mantiene esterna ma ne polarizza la vita fin dal suo sorgere, è anche vero che diritto (facoltà di agire) non può essere interesse: e ciò, di nuovo, alla luce della solita critica di Natoli alla concezione di Nicolò. Il diritto, piuttosto, è possibilità di realizzare l'interesse; in questo senso è 'possibilità di avere un vantaggio', esattamente come gli accordi 'diretti a realizzare interessi' costituiscono programmi pattizi astratti di specifici 'vantaggi'. In effetti, la possibilità di realizzazione dell'interesse altro non è che la possibilità di realizzare un vantaggio. L'adempimento del terzo in quest'ottica soddisfa l'interesse (per me: tramite un giudizio di equipollenza, equivale alla prestazione, e come la prestazione soddisfa l'interesse); la lesione del credito, invece, lede la garanzia di vantaggio, che è però – autonomamente e in senso diverso – essa stessa vantaggio (la perdita di inquadramento giuridico dell'istituto dell'adempimento del terzo si potrebbe facilmente recuperare, accogliendo le tesi che rinvergono nel soddisfacimento dell'interesse, elemento presupposto ed estraneo del diritto, l'estinzione di quest'ultimo; sul punto cfr. anche lo stesso F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 35, nt 104; oppure, come detto, tramite la proposta cui ho brevemente accennato). Il che renderebbe ragione, anche, della distinzione delle figure soggettive in vantaggiose e svantaggiose, e permetterebbe di evitare una facile critica alla tesi di Busnelli: una volta ipotizzata la risarcibilità dell'interesse legittimo, se si volesse ammetterne la rilevanza (sempre a fini risarcitori) anche nei confronti di terzi, basterebbe qualificarlo come interesse? Così non sembrerebbe, più che altro perché non di 'interesse' si tratterebbe, ma di 'mezzo interesse', 'interesse parziale', giacché a satisfattività non garantita; tuttavia, l'interesse non sembra potersi suddividere. Ma basterà guardare alla diversa dimensione, ossia alla valenza della posizione giuridica verso i terzi, per accorgersi che essa diventa, di per sé, interesse, e pure 'vantaggio' (qui coincidente, per esempio, con le possibilità di esito tempestivo, chiaro ed eventualmente favorevole del procedimento; vedremo poi che, però, la lesione dei terzi dell'interesse legittimo di solito afferisce in una interferenza, a sua volta legata alla nascita di altri interessi legittimi). La posizione, come vantaggio,

È, questa, la nozione di diritto che sembra più condivisibile, per lo meno ai nostri fini: essa, seppur scontando una certa vaghezza, appare concentrata su quel nucleo che davvero caratterizza i diritti soggettivi assunti nella loro fisiologia (così evitando anche ogni confusione tra piano prettamente sostanziale – cui appartiene la definizione delle posizioni giuridiche –, rimediale e processuale).

Non si vuol, con questo, negare che il diritto subiettivo sia un intreccio di poteri e facoltà, com'è stato proposto. Il fatto è che, a ben vedere, ogni definizione di diritto – comprese quelle di potere della volontà o interesse giuridicamente protetto – ha in sé

avrebbe natura indubbiamente patrimoniale nelle situazioni giuridiche a carattere patrimoniale (cfr., per i diritti di credito, l'art. 1174 c.c., nella parte in cui richiede la patrimonialità della prestazione; per i diritti reali, la nozione di «bene» di cui all'art. 810 c.c. darebbe riprova di questa nostra tesi; più complesso, ma poco influente, il discorso sui diritti potestativi). Viceversa, il vantaggio che essa assicura potrebbe essere considerato anche nella sua connessione con un motivo eccezionalmente rilevante d'ordine patrimoniale o non patrimoniale (cfr., ad esempio, l'art. 1345 c.c.; ma viene anche in luce, come si vedrà, l'art. 1174, seconda parte, c.c.). Esemplicando: il diritto di godimento che discende dalla locazione di un balcone per assistere alla sfilata del re è costituito dalla facoltà di pretendere dal debitore un comportamento volto a concedere la disponibilità del balcone, al fine di soddisfare uno determinato interesse in senso oggettivo, ossia quello di avere la disponibilità del nostro balcone (interesse in senso ampio, 'al comportamento dovuto', di natura patrimoniale) per assistere alla sfilata (motivo non patrimoniale); il vantaggio, qui, è la disponibilità (aspetto patrimoniale) finalizzata ad assistere alla sfilata (specificazione non patrimoniale, qui eccezionalmente rilevante giusta la causa del contratto, ossia l'assetto di vantaggi programmato dalle parti; sul punto non ci si può ora dilungare, ma nel Capitolo primo della prossima Parte esso verrà ripreso). L'aspetto secondario, qualora rilevi, assume particolare importanza per gli istituti – ad esempio – della presupposizione e del risarcimento del danno non patrimoniale da illecito contrattuale (su cui v. oltre), l'uno tipicamente contrattuale, l'altro afferente alla disciplina dell'obbligazione. In ogni caso, l'interesse e il vantaggio (cioè il bene della vita finale, la condotta debitoria vista come svolta ed eseguita) non perdono il loro aspetto oggettivo, potendo tutt'al più venire specificati da peculiari motivi che semplicemente concorrono a delimitarli. Eccezionalmente, la legge sembrerebbe poter, in parte, attribuire al titolare del diritto il giudizio sulla soddisfabilità del suo interesse, che da obiettivo(-subiettivo, perché riferibile a un soggetto) si attergerebbe per taluni profili a subiettivo: cfr., per esempio, la disciplina dell'adempimento del terzo, in cui vi sarebbe soddisfazione dell'interesse ma non realizzazione del credito, e in cui il creditore potrebbe (ma non deve) rifiutare la prestazione del terzo se ha «interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione» (cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 2, nt. 1; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo*, cit., p. 540, nt. 51; potrebbe però, in tali casi, supporre l'applicabilità dell'art. 1197 c.c.). E, però, anche in questo caso a mio avviso è preferibile una diversa interpretazione, che qualifichi il negozio di pagamento del terzo quale negozio configurativo, oggetto di un diritto potestativo, ammissibile solo ove la prestazione non abbia caratteristiche tali da dover essere eseguita dal debitore, e rifiutabile dal creditore in caso di opposizione del debitore. Cfr. comunque, su questi punti, anche U. NATOLI, *La proprietà*², cit., p. 11: il diritto soggettivo è «una situazione soggettiva doppiamente attiva, in quanto espressione, da una parte, di una posizione di vantaggio del soggetto titolare e, dall'altra, di una *facultas agendi* di questo stesso soggetto in vista del soddisfacimento di un proprio interesse considerato dall'ordinamento giuridico rilevante e meritevole di tutela». Davvero in conclusione, si rinvia – per la critica di P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 420, ad una nozione di diritto che, includendo un interesse oggettivo quale finalità, si presta alla funzionalizzazione o comunque a un penetrante controllo statutale – al Capitolo primo della prossima Parte, in cui si accennerà all'abuso di diritto. E lì tratteremo anche, meglio, della natura anche non patrimoniale dell'interesse creditorio (*ex art. 1174 c.c.*).

del vero e, semplicemente, si espone a obiezioni più o meno dure da parte di chi, nel valutarla, assume una diversa angolazione.

A voler esemplificare, basti ricordare quanti hanno ravvisato nel diritto soggettivo una posizione di vantaggio rispetto a un bene²⁸⁹: definizione di certo corretta, ma che presta il fianco alla critica di non riuscire a cogliere davvero l'essenza del diritto²⁹⁰. Tuttavia, in taluni contesti essa è sembrata del tutto sufficiente, ed è apparsa laconica soltanto quando la si è estirpata dal luogo ove era stata formulata²⁹¹.

Questo fenomeno prova indiscutibilmente la relatività della definizione di diritto soggettivo, che dipende *in primis* dal punto di vista in cui si pone chi la enuncia. Una formula onnicomprensiva risulta, per lo meno alla luce della storia delle dottrine, un'utopia. Ci deve allora accontentare di un'espressione che descriva quegli aspetti del diritto soggettivo che lo connotano maggiormente, evitando al contempo gli svantaggi della frammentarietà²⁹² e dell'eccessiva approssimazione²⁹³.

²⁸⁹ Si può fare l'esempio di G. PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 66 («in verità, non esiste nel nostro linguaggio un'altra parola per designare quella situazione giuridica, per cui la scienza ha coniato ... l'espressione 'diritto soggettivo'. Piuttosto è possibile tentare un abbozzo di definizione nel senso su indicato, dicendo che il diritto subiettivo è una particolare situazione di preminenza di un soggetto di diritto rispetto ad uno o a tutti gli altri relativamente ad un determinato bene della vita, quale risulta da un obbligo gravante sui secondi nei confronti ed in favore del primo ed avente per oggetto quel bene»; per una critica cfr. U. NATOLI, *Il diritto*, p. 57, nt. 173); G. MIELE, *Potere*, cit., p. 115 («particolare e autonoma posizione che l'ordinamento giuridico fa a un soggetto, assicurandogli determinati vantaggi in ordine a un bene per la tutela dei propri interessi ... ossia degl'interessi connessi con quel bene»); E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo*, cit., p. 31, secondo cui il diritto è «la posizione giuridica di vantaggio di un subietto relativamente ad un dato bene, creata dal diritto obbiettivo mediante un concreto comando giuridico, diretto a favore del subietto medesimo» (quanto alle differenze tra questa impostazione e quella testé menzionata di Pugliese, cfr. p. 31 ss., spec. p. 32 nt. 5).

²⁹⁰ G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 11, reputa le formule elaborate da Miele e da Garbagnati «prive di vita»: espressioni «in cui gli autori stessi che le propongono devono credere poco se con tanta attenzione si guardano dall'applicarle».

²⁹¹ La definizione di Pugliese, ad esempio, era stata elaborata per dimostrare la distinzione tra diritto e azione (cfr. G. PUGLIESE, *Actio*, cit., p. 9): per tale ragione, ad essa non risultava coesistente la presa in considerazione di aspetti del diritto soggettivo – quali la satisfattività, l'attività – che, invece, in questa sede sono imprescindibili.

²⁹² Da cui sarebbe affetta la nozione di Guarino, almeno secondo F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 38, e L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 27, nt. 15. M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 449, allarga la critica alle definizioni di Garbagnati, Miele, Pugliese (oltre che Santi Romano, Barile e Casetta). A me sembra, però, che le tesi in materia sostenute da questi ultimi studiosi peccassero, piuttosto, per eccessiva genericità. Proprio la tesi di M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 464 («la fondamentale situazione giuridica di tutela accordata in modo diretto e speciale dalla norma ad un soggetto rispetto a determinati beni, per la realizzazione di interessi ritenuti meritevoli di protezione dall'ordinamento»), ma soprattutto p. 470 e 473 («il diritto soggettivo sembra consistere in una particolare situazione giuridica attiva, di vantaggio a struttura sempre complessa, perché il contenuto di essa è rappresentato da varie situazioni semplici, quali poteri, facoltà, limiti ed obblighi, in una misura e in una proporzione variante da diritto a diritto, in relazione alle singole finalità di tutela previste per ciascuna ipotesi dall'ordinamento»; cfr. anche M. COMPORI, *Contributo*, cit., p. 75) sembra porsi a metà tra i due poli della genericità e della specificità, finendo però – ai nostri fini – per risultare poco utile. Da un lato, infatti, non evita l'equazione tra diritto e situazione attiva di vantaggio; dall'altro, nel descrivere analiticamente il contenuto di questa posizione, sembra dar conto del suo funzionamento, senza però evidenziare

Questo pare il pregio, allora, della definizione che si è voluta qui condividere, la quale, pur guardando dall'alto il diritto soggettivo, sembra riuscire a metterlo sufficientemente a fuoco. Per tale ragione essa si presta, più delle altre, a chiarire cos'è il diritto soggettivo nell'ambito tanto di una trattazione generale, quanto di una più specifica, quale la nostra²⁹⁴.

La preferibilità di differenti formule, ad altri fini, non è messa in discussione: ma discende da esigenze – e spesso anche da convenzioni linguistiche – diverse. Appare, invece, pienamente rispondente alle nostre finalità una delimitazione concettuale univoca per tutte le forme di diritto soggettivo, non basata meramente sull'entità della protezione, ma sulla fisiologia della posizione giuridica, tale da evidenziarne i caratteri essenziali. L'approssimazione di cui si è detto, del resto, è insita nell'utilizzo di un concetto, quello di *facultas*, corrispondente a una 'possibilità' che come si è visto è ambigualmente materiale e giuridica; ciononostante, tale formula consente di evidenziare i profili davvero caratterizzanti del diritto soggettivo: che da subito si presenta quale posizione giuridica favorevole, attiva, soddisfattiva.

Un ultimo appunto:²⁹⁵ se la formula della *facultas agendi* non comporta particolari problemi di comprensione, alla luce di quanto si spera di aver dimostrato, quella

quell'elemento che accomuna tutti i diritti, e che è di essi tipico (rinvenibile, appunto, nella *facultas agendi*). Cfr., sul punto, L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 291. Non è un caso che l'autore senta il bisogno specificare che la protezione accordata dal diritto soggettivo è 'diretta' e 'speciale', proprio al fine di distinguere questa posizione dall'interesse legittimo (p. 464, nt. 100). Riemerge qua, di nuovo, quel criterio discrezionale basato sul modo e sull'entità della protezione, che si è già criticato, poiché inevitabilmente confonde il piano della fisiologia della posizione giuridica con quello della patologia, assestandosi in uno spazio ibrido che non è né quello sostanziale, né quello rimediabile.

²⁹³ Qui, di nuovo, si può ripetere l'obiezione del Guarino nei confronti delle definizioni di Miele e Garbagnati. Definizioni così generiche del diritto soggettivo evocano, in fin dei conti, quella jheringhiana dell'interesse protetto (e ancor più quella di Thon), e obbligano poi a costruire la differenza con l'interesse legittimo affidandosi al criterio del *quantum* di tutela: in modo non accettabile, come si è avuto modo di sottolineare nel precedente paragrafo. In questo senso, la nozione di interesse legittimo di Nigro è figlia di quest'approccio.

²⁹⁴ Un esempio può essere utile. È ovvio che, a voler considerare partitamente le categorie di obbligazioni, taluni diritti di credito si dovrebbero definire in un certo senso inattivi, nel confronto con altri. Ma questa differenziazione risulta indifferente ai nostri fini; la nostra visuale, già definita 'dall'alto', ci ha permesso di omologare certe ipotesi, osservando come alcune di esse ne costituiscano una deroga apparente che non mette in dubbio la validità dello schema elaborato. Poi, volendo scendere nell'analisi delle singole situazioni, riprenderebbero importanza certe sfumature di disciplina che, per me, sono risultate irrilevanti e comunque assolutamente abbracciabili dal modello proposto.

²⁹⁵ Non ci si può esimere, per lo meno in nota, dal rispondere ad alcune delle critiche sollevate nei confronti della ricostruzione del diritto quale *facultas agendi*. La prima, forse quella più celebre (cfr. soprattutto G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo*, cit., p. 10 ss. e 26), attiene al fatto che, definendo il diritto soggettivo quale *agere licere* si confonderebbero gli spazi dell'indifferenza o irrilevanza giuridica e della reale liceità (sui comportamenti giuridicamente irrilevanti v. già G. JELLINEK, *System*, cit., p. 47). Orbene, si è a suo tempo accennato alla replica di D. BARBERO (in *Guerra*, cit.; ma cfr. anche U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 63 ss., e oggi C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 47 ss.), a mente della quale l'agire lecito può pur dirsi irrilevante o indifferente, ma solo nel senso che vi è indifferenza nella «scelta» tra due «leciti» (p. 338); non in quello per cui la stessa possibilità di scegliere sarebbe indifferente per il

diritto. L'aver voluto descrivere il diritto soggettivo nella sua fisiologia, infatti, ha permesso di coglierne i profili di 'possibilità', che sono appunto quelli che ricevono veste giuridica. Per l'ordinamento non è importante conoscere il tipo di atto di godimento che il proprietario esercita, ma è fondamentale che tutti gli siano garantiti. Più complessa appare però la questione che proprio un esempio del Barbero solleva: per l'ordinamento non fa differenza, si dice, che Tizio decida di abitare a Roma o Treviso; non è tuttavia vero che l'impedire a Tizio di vivere a Roma è per l'ordinamento stesso indifferente. Emerge qui un diritto che lo stesso autore non esita a denominare 'di libertà': il quale evoca però tali e tante complesse problematiche, su cui non possiamo ovviamente soffermarci (nel testo ho già accennato a una possibile ricostruzione, che giustificherò a breve). Basti dire che il punto fondamentale attiene all'esistenza, o meno, di un lecito giuridico che non sia oggetto di un diritto soggettivo (o, come vedremo, di un interesse legittimo, ma là ci interesserà piuttosto uno *status* mentale). Da un lato, potrebbe affermarsi che l'attività lecita esprime quanto meno l'esercizio di un diritto di libertà; dall'altro, potrebbe riservarsi questa qualifica a certi profili dell'agire lecito. Senza pretendere di risolvere questo problema (già Hegel, come ricorda A. BALDASSARRE, *Libertà - I) problemi generali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 1, reputava che la 'libertà' fosse la maggiormente indefinita di tutte le idee), si può però notare come la libertà, intesa in senso generalissimo come 'possibilità esclusiva di (decidere di e quindi di) compiere tutto ciò che non è vietato al fine di soddisfare un generico interesse, appunto, all'agire liberamente', sia in un certo senso il presupposto dell'esercizio di ogni diritto (che poi si concordi con l'affermazione di N. GÓMEZ DÁVILA, *In margine a un testo implicito*, Milano, 2001, *passim* per cui «la libertà non è un fine, è un mezzo», e «chi la scambia per un fine, quando la ottiene non sa che farsene», poco importa: per il diritto anche la cura del medico è fine, e non mezzo della guarigione, giacché quest'ultima appartiene a un'area – questa sì – giuridicamente irrilevante; sul concetto di libertà, in senso simile a quello poc'anzi fatto proprio, cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità²*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1982, p. 209 ss., ove l'autore relega nell'indifferenza giuridica, tra le azioni esteriori, solo il suicidio e taluni atti di autolesione; *contra*, invece, A. LEVI, *Teoria²*, cit., p. 253 ss. e spec. 261, che esclude l'esistenza nello Stato di diritto di «un generico diritto di libertà», dovendosi semmai parlare di più libertà singole e di un generico *licere* semplice, che raccoglierebbe tutto il giuridicamente irrilevante, comunque tutelato dal principio generale del *neminem laedere*; *contra* anche G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 84, secondo cui l'*agere licere* quale modo d'intendere il diritto soggettivo «è vecchio quanto è vecchio l'uso di dire che si ha diritto a compiere una certa azione quando tale azione è permessa, non è vietata»). Se questo è vero, però, la libertà si pone su un altro piano rispetto a tutti e ciascuno i diritti tipicamente privatistici. Non vi sarà attività lecita che non sia esercizio di questo (macro-)diritto, ma non vi potrà nemmeno essere confusione tra libertà e diritti singolarmente considerati (Tizio che cammina sul suo fondo, sul fondo del vicino che ha acconsentito il passaggio o sulla pubblica via compie sempre un atto di esercizio della sua libertà, ma non sempre esercita un suo diritto reale). Ciò detto, non varrà la pena interrogarsi qui sull'esistenza di un solo o più diritti di libertà (e cioè chiedersi se la libertà personale, quella di circolazione, di riunione e così via siano, dal punto di vista del privatista, autonomamente considerabili; tema che incrocia solo in parte quello della preferibilità di una concezione monistica o pluralistica in tema di diritti della personalità: ma cfr. comunque G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, p. 458 ss.) e nemmeno sulla sovrapposibilità del concetto di libertà in senso ampio a quello di libertà personale, come tratteggiato dalla Costituzione (così, però, non sembra; su questi temi, che inevitabilmente fuoriescono dal diritto privato per rientrare in quello costituzionale, cfr. A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., p. 23 ss.; A.C. JEMOLO, voce *Libertà [aspetti giuridici]*, G. AMATO, voce *Libertà [dir. cost.]*, A. PACE, voce *Libertà personale [dir. cost.]*, tutti in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, rispettivamente alle p. 268 ss., 272 ss., 287 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Circolazione e soggiorno [libertà di]*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, §§ 1 ss.). Ammesso, quindi, che nel diritto di libertà rientri comunque tutto il lecito giuridico, che sia poi da qualificare come specifico diritto soggettivo o come facoltà atomisticamente considerata (si pensi, ancora, all'esempio del precario *ex art.* 1144 c.c.; v. anche il testo dell'attuale art. 2262 *Code civil*: «des actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription»; sugli atti di tolleranza cfr. S. PATTI, *Tolleranza [atti di]*, oggi in *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999, p. 39 ss.) o anche come mancanza di un limite, dovrà anche concludersi che ogni attività umana lecita rientri in una peculiarissima *facultas agendi*. Non apparirà però nemmeno errata la prospettiva di quegli studiosi – molti – che hanno distinto tra lecito qualificato e lecito semplice (il pensiero va ancora ad A. LEVI, *Teoria²*, cit., p. 248 ss.; G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 90; distingue tra «permessi deboli» e «permessi forti» L. FERRAJOLI,

dell'*agere licere* (che pure dovrebbe costituirne un sinonimo) può nascondere maggiori

Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, 1, *Teoria del diritto*, Bari, 2007, p. 643; cfr. nt. 193): anche ad ammettere, come si è fatto, che tutto il lecito costituisca esercizio di un diritto, non v'è chi non veda la differenza tra diritto di libertà, presupposto stesso dell'azione (lecita) umana, e singoli diritti strettamente privatistici (che siano reali, di credito, potestativi). Nella prospettiva di Natoli e della sua scuola, poi, a fronte dell'*(agere) licere* non vi sarebbero doveri: «non di rado, infatti, si qualifica come 'dovere' (affermandone la consistenza di particolare situazione del soggetto) la, per così dire, *naturalis subiectio* del soggetto stesso alla norma» (L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 338; cfr. anche p. 278 s., 294, 307 s.). Le qualifiche giuridiche si ridurrebbero, dunque, ai soli *licere* e *nesesse*, a sua volta distinto in soggezione e *necessitas agendi*, ovvero obbligo (L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 274): è questo un punto cui si ritiene di dover prestare adesione, salve le specificazioni su cui ci dilungheremo in tema di interesse legittimo e *facultas (confidendi: confidere licere)*. Ma da tutto questo, si badi, farei derivare anche che *libertà è tutto ciò che è facoltà non esclusiva, ossia una situazione residuale, che diviene diritto solo nel senso di 'libertà di autodeterminarsi'*; solo questo ristretto nucleo è facoltà esclusiva (mentre tutto il resto è facoltà non esclusiva, è lecito semplice): e ciò avrà molta importanza allorché studieremo la responsabilità extracontrattuale. Si può poi affrontare una ulteriore, e ultima, obiezione mossa alla tesi in esame, e cioè quella per cui il far rientrare tutto il lecito nel diritto soggettivo imporrebbe di considerare diritto anche il dovere giuridico (cfr. ad esempio G. SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 84). Orbene, se con 'dovere' s'intende il rispetto di ciò che è vietato, di ciò che è illecito, allora non si vede qual è il punto. Se, piuttosto, si intende l'obbligatorio, bisogna precisare che il comportamento che potrebbe costituire attuazione dell'obbligo, ove accettato dal creditore, è sicuramente sempre lecito (altrimenti non nascerebbe nemmeno l'obbligo); il debitore potrà sempre porlo in essere (si pensi una obbligazione negativa: Tizio si impegna verso Caio a non tenere il comportamento X; è ovvio che ognuno altri comportamento di Tizio – Y, Z, ... N – è lecito, ma è anche adempimento di un obbligo). Quando, però, al fine di tenere siffatto comportamento sia necessaria la collaborazione del creditore, rileverà allora un altro interesse del debitore, quello a potersi liberare (variamente definito: v. § 5 del Capitolo primo della Parte Seconda). In altri termini: è ovvio che, se il comportamento da porre in essere per soddisfare il creditore è lecito, esso sarà anche esercizio del diritto di libertà del debitore (ricadrà nel lecito semplice); se, però, l'adempimento tocca la sfera giuridica del creditore, richiederà allora la collaborazione di quest'ultimo (che lo ammetta nella sua sfera, facendo diventare lecito un certo atto altrimenti di ingerenza; e il debitore, per reagire al mancata collaborazione, non potrebbe in autotutela ingerirsi, ma dovrebbe ricorrere ai rimedi giuridici: mora del creditore e risarcimento del danno). Il debitore, allora, potrà anche tenere il comportamento (lecito) che in astratto corrisponderebbe all'adempimento, per la parte che lo riguarda, ma esso non avrebbe efficacia liberatoria; potrà, piuttosto, far valere il suo interesse a vedersi sciolto dal debito (tramite la complessa disciplina che dalla mora *credendi* arriva alla liberazione del debitore). La contrapposizione tra *licere* e *nesesse* sostituisce già nell'opera di U. NATOLI (cfr. *Il diritto*, cit., *passim*, ma spec. p. 49 ss. e p. 69) affinamento della tripartizione tra *licitum*, *illicitum* e *debitum* (di cui in D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., c. 28; ma anche in U. NATOLI, *Il diritto*, cit., p. 59, compare un cenno alla «situazione del soggetto, il quale a seconda dei casi, può, deve o non può agire»); e, sulla sua scia, approfondivo la distinzione prima nel testo, differenziando ulteriormente tra lecito esclusivo e lecito semplice (questo, volendo, semplicemente 'irrelevante') da un lato, e necessario dall'altro (ne parlavo a proposito del potere). Sul punto cfr. infine anche G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 28 («non vi è altra alternativa fuori di quella del diritto e del dovere. Le situazioni soggettive attive non solo sono due, ma non possono essere più di due: diritto soggettivo, si conclude, è *agere licere*, il dovere *necessitas agendi*»; ma sul concetto di dovere già si è detto). Alla luce di quanto si è detto, perde di consistenza – almeno così pare – la critica del Colzi, che M. COMPORI, *Formalismo*, cit., p. 449, nt. 38, ricorda: ivi si dice che la «contrapposizione tra lecito, illecito e dovere» è inesatta, poiché «le qualificazioni giuridiche elementari contrapposte sarebbero il lecito e l'illecito, mentre dovere e diritto non sarebbero comportamenti, ma titoli di ulteriore qualificazione formale della liceità dei comportamenti; ma il concetto di *licere* comprenderebbe sia il comportamento irrilevante o di fatto, sia quello qualificato dalla garanzia normativa degli interessi». Quanto, poi, alle critiche avanzate nei confronti del Barbero, che con la sua teoria aveva escluso dal *genus* diritto soggettivo i diritti di credito, è più facile la risposta: esse non toccano la nozione che si è fatta propria nel testo.

insidie. *Agere licere*²⁹⁶ richiama alla mente, in effetti, forse solo la liceità pura di un comportamento, indipendentemente dalla sua esclusività e dagli effetti giuridici che esso porta con sé, o comunque evoca. Ciononostante, se ne farà talvolta uso, in omaggio alla tradizione; si è ritenuto di dover anteporre quest'avvertenza, per evitare ogni confusione.

3. ... e *facultas confidendi*

Sulla base della definizione accettata, pur con tutte le riserve che si son viste, è ora tempo di proporre la nozione di interesse legittimo, la cui validità verrà messa a prova nei successivi paragrafi di questo lavoro.

A sua volta siffatta nozione potrà, in qualche modo, convincere dell'utilità e della stessa bontà della definizione di diritto soggettivo che, sulla scia della tradizione civilistica più recente, si è fornita: ciò accadrà soprattutto ove si dimostri l'attitudine della formula '*facultas agendi*' a mettere in luce gli aspetti tipici della figura 'diritto soggettivo' nella sua antitesi con la situazione 'interesse legittimo'.

Vale la pena di inquadrare brevemente i due profili che più distanziano tali posizioni giuridiche, osservandoli ancora dall'alto e riservandoci di metterli a fuoco nel prosieguo dell'indagine. Cercherò di parlare, genericamente, di quelle caratteristiche indelebili dell'interesse legittimo, rinviando ai luoghi più opportuni le declinazioni privatistiche, cui dedicherò maggiore spazio, e pubblicistiche.

Va da sé che la ricerca dovrà partire proprio dalla *facultas agendi*: e, precisamente, dall'indicare che l'interesse legittimo, se anche si vorrà definire *facultas*, non sarà *agendi*. In altri termini: l'interesse legittimo, quale posizione favorevole, potrà essere genericamente individuato in una *facultas* (giacché di certo esso non coincide con una *necessitas*); tuttavia, tale 'possibilità in senso lato' non individuerà un'azione.

E questo per una ragion dirimente: si ha qui a che fare con una posizione inattiva, ossia con una posizione che non abilita il soggetto titolare ad un 'agire' per la soddisfazione di un interesse²⁹⁷.

²⁹⁶ Non è un caso che in L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, cit., p. 286, nt. 74, la definizione del diritto soggettivo si appuntasse sulla *facultas agendi* e che l'*agere licere* fosse relegato tra parentesi.

²⁹⁷ Sul punto cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 17 ss., in cui si distinguono le situazioni giuridiche soggettive in attive e passive (qui definite favorevoli e sfavorevoli, per evitare confusione) e in attive o inattive (a seconda che «il ... contenuto consist[a] in un poter agire ovvero in un non poter agire»). Se ne deduce che situazione «attiva e di vantaggio» è il diritto soggettivo, «attiva di svantaggio» l'obbligo, «inattiva di svantaggio» la soggezione. Si potrebbe obiettare, quanto all'obbligo, che in taluni casi esso presuppone un *non facere* (obbligazioni negative): ma anche qui, a ben vedere, il debitore deve 'fare' qualcosa, ossia astenersi da un certo comportamento (cfr., di nuovo, L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali*, cit., p. 25: vi è in tal caso un «*agere necesse*»). È lui, insomma, a soddisfare (immediatamente)

L'altra evidentissima differenza rispetto al diritto soggettivo starà, poi, ovviamente nella satisfattività eventuale che connota l'interesse legittimo: il soggetto titolare, cioè, pur nutrendo un'aspirazione, non è certo della sua (fisiologica) soddisfazione.

Nell'ambito dell'interesse legittimo di diritto pubblico, quest'eventualità risulta evidente nel caso in cui l'attività amministrativa, in cui si confida, sia caratterizzata dalla discrezionalità: ecco che, allora, l'eventualità trova il suo contraltare proprio ed esattamente in questa discrezionalità, giacché l'amministrazione gode di un margine di autonomia (appunto sindacabile) nel decidere se al singolo spetti o meno un determinato bene; altro discorso, che toccheremo a tempo debito, riguarda l'interrogativo sulla corrispondenza biunivoca tra eventualità e discrezionalità²⁹⁸ nel campo del diritto pubblico. Limitandoci dunque, per semplicità, alle ipotesi di attività amministrativa discrezionale, l'elemento di incertezza sulla soddisfazione dell'interesse è evidentissimo: la p.a. potrà – legittimamente – decidere in modo sfavorevole al privato, nell'ambito del giudizio di merito che la legge le assegna. In sintesi, quel che accade si può riassumere in questo: il privato non può tendere, con un suo comportamento, alla soddisfazione – per altro solo eventuale – di un suo interesse.

Tali considerazioni vanno ora approfondite, sempre dal punto di vista pubblicistico. Che l'interesse legittimo non sia una posizione a satisfattività certa, diversamente dal diritto soggettivo, è emerso più volte nel corso dei precedenti paragrafi e lo si è appena ribadito²⁹⁹. Si ricorderà anche che ciò ha spinto parte della dottrina a ricostruire l'essenza della nostra posizione giuridica riconducendola a una pretesa (o a un fascio di pretese) alla legittimità dell'azione amministrativa, e, per

l'interesse del creditore; il debitore, qui, non è nella situazione di chi 'non può' agire, ma di chi 'deve' agire: la sua non è assenza di comportamento, ma è una categoria del comportamento, precisamente quella del non-agire. Il titolare di un diritto realizza il suo interesse a prescindere da ogni comportamento della sua controparte, viceversa, soltanto nei diritti potestativi (e nei diritti reali, ma là non vi è alcun 'rapporto giuridico'). Diverso, invece, il contenuto della situazione di dovere, in quest'ottica: ma della svalutazione del concetto di dovere, avvenuta nell'ambito della scuola pisana, già si è dato conto. Sull'inattività dell'interesse legittimo v. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., p. 233; né ciò risulta smentito, come a breve spiegherò, dalla molteplicità di facoltà che assistono oggi al titolare dell'interesse così protetto (di impulso e di partecipazione o collaborazione). *Contra* G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., p. 160.

²⁹⁸ Invece, secondo L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., *passim*, e spec. p. 61 ss. e 69, e L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo*, cit., p. 546 s. (e così anche stando a L. Iannotta, come vedremo oltre), la discrezionalità di cui controparte gode è elemento essenziale dell'interesse legittimo (assieme alla 'complementarità'). Viceversa, ciò che è essenziale, a mio avviso, non è la discrezionalità nella cura di un interesse altrui, ma l'eventualità della soddisfazione dell'interesse altrui. Nessuna funzionalizzazione, nessun bilanciamento, ma solo un limite di buona fede alla libertà di ledere. A sua volta, questa libertà potrà essere l'autonomia del privato, o la discrezionalità della p.a.: che è discrezionalità, però, amministrativa o tecnica, e dunque non riguarda l'interesse del privato, ma l'interesse pubblico (o l'accertamento tecnico). Proprio aver messo l'accento sulla discrezionalità credo abbia determinato l'ostracizzazione della figura di interesse legittimo dal diritto privato.

²⁹⁹ Agli autori già citati *adde* F. BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 196.

l'effetto, a un'entità simile a un diritto soggettivo di credito (posizione affatto diversa, si noti, da quella fatta propria dai sostenitori dell'obbligazione senza prestazione in ambito amministrativistico).

V'è da sottolineare che una pretesa alla legittimità scontrerebbe la stessa critica già sollevata nei confronti di quanti hanno ravvisato l'oggetto dell'interesse legittimo in un interesse alla legittimità³⁰⁰. Orbene, non si può sostenere che il privato sia interessato alla legittimità dell'azione della p.a. (o ai suoi singoli momenti, immaginando un fascio di pretese)³⁰¹, proprio perché il cittadino non vi aspira se non strumentalmente: diverso è il bene cui tende³⁰², che non si riduce di certo alla mera legittimità amministrativa³⁰³.

³⁰⁰ Viceversa, L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 177 ss., anticipa la critica che svolgo nel testo, sostenendo che la ricostruzione dell'interesse legittimo quale diritto di credito verso la p.a. non andrebbe incontro alle obiezioni richiamate. Eppure, non mi sembra che le dimostrazioni che fornisce siano dirimenti: l'obiezione, in particolare, trascurerebbe «i vantaggi ... discendenti dall'adempimento dell'obbligazione, a cominciare dal conferimento oppure ... dalla 'conservazione della chance'». Ma, a ben vedere, ritenendo che oggetto dell'obbligazione facente capo alla p.a. sia la legittimità degli atti amministrativi, è ovvio che questo vantaggio è solo indiretto; viceversa, individuandone l'oggetto nel «riconoscimento delle possibilità garantite dalla legge» (cfr. ID., *L'interesse legittimo*, cit., p. 659), non si fa altro che adottare una formula verbale diversa, la quale però pur sempre sottende un interesse 'alla legittimità in sé e per sé considerata' (senza avvedersi che, sempre, il privato mira al bene finale, attribuibile in astratto tramite l'esercizio favorevole del potere amministrativo, e non al fatto che la p.a. tenga in considerazione le sue esigenze, si pronunci in modo legittimo, o comunque gli riconosca le chances che la legge gli garantisce). Né supera la critica l'osservazione per cui non si tratterebbe, qui, di mero interesse alla legittimità, giacché «la costruzione proposta, lungi dal postulare un generalizzato 'dovere dell'amministrazione di osservare le leggi', fonda una precisa obbligazione di quest'ultima verso un soggetto determinato». In realtà, il soggetto determinato che risulterebbe in quest'ottica creditore vedrebbe protetto proprio il suo interesse a un'attività della controparte legittima.

³⁰¹ Parla di «pretesa alla legittimità dell'atto amministrativo» P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*^A, Milano, 2003, p. 10, pur non giungendo a identificare (come logica vorrebbe) interesse legittimo e diritto soggettivo. Quest'operazione, come si ricorderà, era invece compiuta da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., *passim*. Cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo*, cit., p. 542.

³⁰² Cfr. la chiarissima esposizione di A. TRAVI, *Rileggendo*, cit., p. 91 ss. Il punto, comunque, va chiarito, anche se sarà ripreso allorché si tratterà della distinzione tra attività amministrativa vincolata e discrezionale. Nel caso di pretesa, al soggetto viene assicurato sempre e comunque un risultato: la prestazione. Ogni diritto assicura infatti la soddisfazione di un interesse: e così anche le obbligazioni di mezzi. In esse, infatti, non si può dire che manchi il profilo del risultato; semplicemente, deve rilevarsi l'esistenza di un interesse ulteriore (cfr. L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., p. 170), che resta però giuridicamente irrilevante. Che si concordi o meno con la contrapposizione tra tipi di obbligazioni (di risultato o di mezzi), non può essere negata l'immanenza, in ogni tipo di diritto di credito, della garanzia di un risultato (cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 188, emblematicamente ricordato dallo stesso A. TRAVI, *Rileggendo*, cit., p. 105): ciò su cui, peraltro, vi è ampio consenso in dottrina (su questi punti cfr., comunque, L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 185 ss., 280 ss., 366 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 71 ss.; ID., sub *art. 1218 c.c.*², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 32; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione*, cit., p. 598; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., p. 190 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 105; V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 400). Né cambierebbero i termini della questione, anche a voler aderire alla recente proposta dottrinale, volta a sostituire alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato quella tra obbligazioni a inadempimento controvertibile o meno (cfr. F. PIRAINO, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 83 ss.; *contra*, almeno apparentemente, L.

FERRARA, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 477, nt. 58, secondo il quale, come nell'obbligazioni di mezzi «fa 'difetto un contenuto impegnativo prestabilito'», così accade anche «nel caso dell'obbligazione che grava sulla pubblica amministrazione laddove deve correttamente esercitare il potere amministrativo discrezionale»; v. pure – in precedenza – ID., *Dal giudizio*, cit., p. 152, e però anche p. 154, ove si evidenziavano alcune differenze tra obbligazioni di mezzi e obbligo corrispettivo all'interesse legittimo). Si potrebbe, però, replicare che anche nell'interesse legittimo è assicurato un risultato: la legittimità dell'azione della p.a. A ciò si dovrebbe allora rispondere ricordando che, mentre la prestazione – si pensi all'obbligazione del medico di curare – è oggetto di un vero e proprio interesse, la legittimità di un atto amministrativo non può esserlo, giacché il privato in verità tende a qualcosa che sta oltre alla stessa: per esempio, alla possibilità di esercitare una determinata attività, nel caso di autorizzazione. È però anche vero che pure nel caso di obbligazione di curare il bene finale, cui il singolo aspira, non è garantito: esso è la guarigione, che può fisiologicamente avvenire o mancare. Così ragionando, tuttavia, si confonderebbero i piani. Nel diritto soggettivo alla cura, il risultato finalissimo non è oggetto dell'interesse perché la sua realizzazione dipende da fattori naturali che non appartengono alla sfera di controllo del medico (né potrebbero alla stessa essere ricondotti, se non aggravando la responsabilità o addirittura trasformando il credito in garanzia); al privato è comunque assicurato un livello minimo di prestazione da parte del medico, ed è questo il bene cui la sua volontà tende. Va sottolineato, infatti, che le parti sono libere di individuare il bene della vita da attribuirsi con l'esecuzione del contratto (la sua identificazione risulta sulla scorta di un'indagine della volontà delle parti e, più precisamente, della causa del contratto); così, sono libere di rendere di mezzi un'obbligazione che in sé potrebbe essere di risultato (v. F. PIRAINO, *Obbligazioni*, cit., p. 135 s.), e pure di assicurare un risultato (tramite una garanzia) cui tende un'attività di regola prestata nell'ambito di un'obbligazione di mezzi. Nell'interesse legittimo relativo a un'autorizzazione (discrezionale), la p.a. può legittimamente adottare un provvedimento sfavorevole, almeno finché tale decisione non sia assunta in violazione delle norme di correttezza (in cui ridondano le norme relative alla sua azione, come si vedrà). L'eventualità di non soddisfazione dell'interesse finalissimo discende nell'un caso dalla realtà delle cose, e non è dunque ipotizzabile un interesse alla guarigione in sé (o, meglio, esso non potrebbe godere di alcuna protezione giuridica, se non in forma assicurativa o per il tramite di un aggravamento della responsabilità); nell'altro caso da una decisione, entro certi limiti sindacabile, della p.a.: il che rende tranquillamente immaginabile un interesse (giuridicamente rilevante) al bene della vita finale. In altri termini, nel caso dell'obbligazione di mezzi le parti sanciscono che una certa attività soddisfa di per sé un loro interesse; nel caso dell'interesse legittimo, invece, la parte tutelata non aspira ad alcunché di minore rispetto alla soddisfazione del suo interesse finale. Né in contrario potrebbe sostenersi che la p.a. non sempre può soddisfare questo interesse: ciò, infatti, dipenderebbe dalla valutazione dell'interesse pubblico concreto, ossia del caso di specie. L'errore di una tale affermazione sta in questo: la p.a., di per sé, può (ha il potere di) soddisfare l'interesse finale; le limitazioni che essa incontra non sono di stampo ontologico (o comunque attinenti a una diminuzione della sua responsabilità), ma prettamente giuridico: e, per l'esattezza, rilevano su un diverso piano, che l'ordinamento tiene ben distinto. Qui, come altrove, quello che importa è dunque individuare qual è il bene cui davvero una parte aspira: o, meglio, il bene che è tutelato (in forma di diritto o di interesse legittimo) dall'ordinamento. D'altronde, questa conclusione deriva – anche – dall'aver ritenuto estraneo l'interesse-presupposto della situazione giuridica dalla situazione giuridica medesima: se così è, non può assolutamente supporre che l'interesse del privato sia quello alla legittimità dell'azione della p.a., che identifica piuttosto il limite della garanzia che la posizione giuridica assicura (e che è frutto di una già avvenuta qualificazione giuridica); viceversa, l'interesse finale deve ridursi alla cura da parte del medico nell'obbligazione corrispondente, e non può spingersi fino alla guarigione in sé, proprio perché in tal caso il limite è di ordine ontologico, e non giuridico (o comunque discende dalla volontà delle parti di non aggravare la responsabilità). Come si vedrà oltre, se il bene finale fosse assicurato *tout court* al privato (come accade in caso di attività vincolata relativa a un risultato favorevole), non di interesse legittimo deve parlarsi ma di diritto soggettivo (di credito: il che sarebbe impossibile se il risultato finale non fosse deducibile in obbligazione). Al riguardo, comunque, potrebbe ripetersi quanto scriveva L. MENGONI, *L'oggetto*, cit., *passim*, a proposito dell'oggetto dell'obbligazione: «a differenza della valutazione in senso atitologico, la quale procede dal primo termine della serie contemplando due termini alla volta, la valutazione in senso teleologico prende costantemente di mira l'ultimo termine, che assurge perciò a valore di principio (causa finale), e in funzione di esso tutti i termini intermedi sono complessivamente valutati come mezzi. Lo scopo è, per

Se invece così fosse, tra l'altro, dovrebbe pure concludersi che la p.a., nell'attribuire il bene della vita al privato per il tramite di un provvedimento illegittimo, provocherebbe una lesione (si noti, attuale e concreta, e non meramente potenziale) del suo interesse legittimo: il che è sicuramente insostenibile. Né varrebbe affermare che l'interesse legittimo è semplicemente un diritto al provvedimento favorevole e legittimo: giacché, palesemente, questo diritto non sussiste.

Escluso, per ovvie ragioni, che il privato possa pretendere il bene della vita³⁰⁴, rimane interdetta la qualificazione della sua posizione quale pretesa: e, a ben vedere, anche come diritto.

Respinta l'idea che il cittadino possa pretendere alcunché o comunque agire per realizzare direttamente il suo interesse, v'è però da domandarsi se nell'interesse legittimo resti indefettibile solo il comportamento della p.a. (giacché sarà proprio la p.a. a fornire, per quanto eventualmente, il bene della vita al privato, nei limiti in cui ciò coinciderà con la miglior tutela dell'interesse pubblico, cui l'amministrazione stessa è preposta) o se sul nucleo dell'interesse legittimo, di rilievo pubblicistico, si innestino anche momenti, altrettanto necessari e tipici, di (possibilità di) azione rimessa al privato.

Qui, allora, il discorso sulla non soddisfattività si lega con quello sull'inattività della nostra posizione giuridica. Se il diritto è lo spazio dell'azione libera per la soddisfazione di un interesse, verrebbe da dire che dove non vi può essere azione direttamente volta alla soddisfazione di un interesse, non vi può essere nemmeno attività. Tale caratteristica, come quella della soddisfattività solo potenziale, è propria dell'interesse legittimo di per sé considerato, e vale ad opporlo al diritto soggettivo: in quest'ultimo,

definizione, termine finale: attribuire il valore di scopo a un termine intermedio, ossia a un termine che non è il fine, implica una *contradictio in adiecto* ... La distinzione fra le due specie di scopo non può riflettere (analiticamente) due momenti dell'oggetto del diritto di credito, ma è utilizzabile soltanto come espressione di un limite dell'oggetto, nelle ipotesi in cui il risultato direttamente inerente all'attività dovuta, e il solo garantito dall'obbligazione, non è ancora quello cui aspira, in definitiva, il creditore» (il riferimento va qui alla categoria delle obbligazioni di mezzi; anche per queste, però, come si è detto, è assicurato un vero e proprio risultato al creditore, ossia la soddisfazione di un interesse finale – per esempio, la cura da parte del medico –, anche se non coincidente con l'interesse ulteriore, non deducibile in obbligazione – la guarigione –).

³⁰³ Già ci si era soffermati sulle convincenti critiche manifestate avverso tale opinione da G. MIELE, *Questioni*, cit., p. 52 (ma cfr. anche F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 7). Un autore ha proposto, invece, di ravvisare l'interesse protetto dall'interesse legittimo in qualcosa di differente sia dal bene finale, sia dalla legittimità dell'azione della p.a.; per la precisione, tale interesse sarebbe quello al rispetto delle norme d'azione, ove da ciò derivi un risultato positivo per il privato (il riferimento va a E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 111 ss., e spec. le p. 116, 122, 125 ss., 141 s.; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 24, nt. 13, rinveniva nella tesi dello studioso una riproposizione delle teorie sull'interesse legittimo quale interesse alla legittimità dell'attività della p.a., ma sul punto cfr. la replica dello stesso Capaccioli a p. 133, nt. 4, del suo scritto). La ricostruzione di Capaccioli non sembra però evitare i problemi in cui cadono tutte le teorie che riducono l'oggetto dell'interesse legittimo: l'interesse pre-giuridico resta al bene finale, mentre non è mai al rispetto di norme amministrative d'azione, neppure nei limiti in cui ciò assicuri l'ottenimento del bene finale stesso.

³⁰⁴ Cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 29, nt. 17.

il titolare può sempre ‘agire’ per soddisfare il suo interesse; nel primo, invece, l’azione non è dirimente, giacché la realizzazione (eventuale) dell’interesse è rimessa alla controparte.

Un esempio può chiarire il mio pensiero. Nelle obbligazioni negative la pretesa solitamente ‘evapora’; e, tuttavia, potrebbe ben accadere che il creditore tollerasse comportamenti lesivi dell’obbligazione. In tal caso, però, egli potrebbe pur sempre riappropriarsi dei poteri creditorî (nei limiti – come vedremo – dell’affidamento) e chiedere al debitore di conformarsi: starebbe, così, esercitando la pretesa. Nell’interesse legittimo, che si ammetta o no una tolleranza, in nessun caso il soggetto protetto potrebbe domandare alla controparte di conformarsi al comportamento e, per ciò stesso, di attribuire il bene finale. L’inattività, dunque, non è altro che l’altro volto dell’eventualità: ove la tutela non è piena, la posizione non può essere attiva.

Anche qui, possiamo sin d’ora svolgere alcune considerazioni meno generiche con riferimento al campo pubblicistico. Se è vero, e quasi scontato, che il privato deve attendere l’azione della p.a., vero è pure che il problema si complica qualora si ponga mente alle facoltà³⁰⁵ del privato di stimolo, impulso e genericamente collaborazione nel procedimento, cui parte della dottrina dà molto peso³⁰⁶: non ci si può esimere dal considerarle, al fine di accertare se la loro presenza renda ‘attiva’ (o per lo meno ‘propulsiva’) la situazione giuridica di interesse legittimo.

Il cittadino, come noto, può variamente contare sul fatto che la p.a., una volta ricevuta la sua richiesta di procedere, inizi il procedimento; che la p.a. lo inviti a parteciparvi; che la p.a. tenga conto delle sue memorie e delle sue osservazioni; di certo, però, non per questo è lecito affermare che costui possa, con una sua azione, realizzare i suoi interessi.

Tale soddisfazione, infatti, proviene solo e soltanto dalla p.a., e il privato non può sindacarla, se non nei limiti in cui la legge glielo permette. Il cittadino può attendere e lamentare una lesione, una illegittimità; non gli è però concessa alcuna

³⁰⁵ Ci si riferisce a quelle facoltà, genericamente di collaborazione (F.G. SCOCA, voce *Interessi*, p. 12), che consentono al privato di dare avvio al procedimento, di presentare memorie scritte e documenti, di intervenire (lo si dirà subito nel testo). Altra tematica, poi, è quella dei cd. ‘interessi procedurali’: nomenclatura che dovrebbe riferirsi a posizioni volte ad assicurare, al loro titolare, il rispetto da parte della p.a. delle norme sul procedimento, indipendentemente da ogni questione relativa al (la spettanza del) bene della vita. Anche questa figura, come si evincerà dalla definizione che ci si accinge a fornire per l’interesse legittimo, è frutto di una inutile superfetazione, e va eliminata; anzi, essa viene facilmente assorbita proprio dall’interesse legittimo, che può tener conto senza problema alcuno delle esigenze di tutela per cui tali ‘interessi procedurali’ sono stati creati. Cfr. comunque il § 5.

³⁰⁶ Proprio secondo F.G. SCOCA, voce *Interessi*, p. 11 s., «le facoltà tipiche dell’interesse sono infatti in primo luogo facoltà di stimolo e di collaborazione, e soltanto in seguito alla (vera o supposta) lesione dell’interesse legittimo stesso diventano facoltà reattive»; «allorché il potere viene esercitato ..., anche l’interesse legittimo può essere esercitato, attraverso la utilizzazione di tutte le facoltà (di iniziativa, di intervento, di documentazione, di collaborazione, etc.)» che «possono genericamente chiamarsi facoltà di collaborazione. Sulla centralità delle tesi di Scoca al riguardo, cfr. L. FERRARA, *Statica*, cit., p. 472 (e p. 474, in cui si ricorda il contributo pure di M. NIGRO, dalle pagine del suo manuale di *Giustizia amministrativa*⁴, cit.).

forma di azione, cui consegua il soddisfacimento del suo interesse. Egli può, semplicemente, controllare e censurare l'azione della p.a. ove questa si sia già svolta, e in modo illecito o illegittimo (secondo quanto si dirà). Anche quella che appare come un'azione, ovvero la collaborazione del privato, si deve in verità osservare dal lato dell'amministrazione: la quale è tenuta a compiere una serie di atti (tra cui, appunto, provvedere su richiesta, far partecipare, tenere conto di memorie e osservazioni) che coinvolgono sì il privato medesimo, ma che per l'appunto rilevano in sé, quali atti della p.a. Il privato, in altri termini, non ha una pretesa al rispetto di tali sue facoltà (pretesa che risulterebbe, di nuovo, ad una mera legittimità), né le sue possono dirsi facoltà materiali come quelle connotanti, per esempio, i diritti reali.

Insomma, l'esercizio di queste facoltà è del tutto indifferente alla soddisfazione (che resta eventuale) dell'interesse, sempre e comunque rimessa alla p.a. Perfino, poi, ritenendo che talune di queste facoltà siano attivabili autonomamente (*rectius*, sarà possibile domandare il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo, anche in mancanza della garanzia del bene della vita finale, ove la p.a. con un comportamento procedimentale scorretto abbia autonomamente causato una lesione), non si potrà ritenere che esse assumano contenuto 'attivo': si tratterà, semmai, di reagire a un danno o a un pericolo di danno.

Ma questo, se può servire a ribadire la differenza tra il diritto e l'interesse legittimo sul piano della satisfattività³⁰⁷, ancora non esclude del tutto un eventuale momento di 'attività' intrinseco alla seconda posizione giuridica. La domanda, allora, dev'essere così posta: inserendo le facoltà così descritte nella struttura dell'interesse legittimo (immaginandolo quale 'facoltà [di confidare nella, come si vedrà] e di agire per la soddisfazione eventuale di un interesse'), queste ne diverrebbero elemento immancabile e connotante?

Solo un responso positivo potrebbe autorizzare a ritenere l'interesse legittimo posizione (anche) attiva. E, tuttavia, è preferibile rispondere negativamente.

Anzitutto, potrebbe sempre immaginarsi un procedimento (d'ufficio) a cui il privato non sia legittimato partecipare (per ragioni d'urgenza o di segretezza³⁰⁸). Rispetto a questo, il cittadino dovrebbe comunque poter vantare un interesse legittimo, ma esso sarebbe spoglio di ogni profilo d'attività.

³⁰⁷ Nel diritto si è parlato di possibilità di agire per la soddisfazione di un proprio interesse: soddisfazione, si è detto, sempre diretta ma talvolta immediata, talora mediata. Nell'interesse legittimo la possibilità di azione eventualmente accordata al privato – a volerla così ricostruire – resterebbe comunque inconferente rispetto alla soddisfazione dell'interesse, giacché quest'ultima compete solo e soltanto alla p.a. Nella pretesa (che è la situazione che più sembra assumere connotati di inattività), invece, vi è un vero e proprio comportamento del creditore che provoca la soddisfazione del suo interesse (per quanto, a volerlo ripetere, non in via immediata ma mediata). Ecco come inattività e non satisfattività si legano indissolubilmente nell'interesse legittimo.

³⁰⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*², Torino, 2010, p. 349 ss.

Dunque, come il diritto soggettivo, e precipuamente il diritto di credito, può presentarsi talora (apparentemente) spogliato della stessa *facultas agendi* (della pretesa, soprattutto nei casi che si son visti delle obbligazioni negative e portabili), così l'interesse legittimo non modifica il suo nucleo essenziale, costituito – lo devo anticipare – da una *facultas confidendi*, qualora ad esso si aggiungano determinate facoltà di azione.

Insomma, anche a voler ritenere che le posizioni giuridiche attive siano quelle in cui un soggetto 'può' genericamente agire, anche se non per la diretta soddisfazione di un interesse, resterebbe che nell'interesse legittimo il suo titolare 'non può' (immancabilmente) agire³⁰⁹.

Le facoltà d'azione allora, anche se possono in concreto risultare presenti, non sono tali da fare dell'interesse legittimo una posizione attiva. E ciò pure per una seconda ragione: il loro rispetto non è tutelato se non nelle forme della protezione della facoltà di confidare.

Si può solo accennare ora a questo punto: ma già intuitivamente è facile notare che, ove il privato si lamenti, ad esempio, di non aver potuto presentare istanze in un procedimento, egli censura l'operato della p.a. che ha violato le norme del procedimento e, per l'effetto, anche le norme di buona fede vigenti nei suoi confronti, ledendo così anche il suo affidamento. La protezione di queste facoltà, a ben vedere, non è che un aspetto della più ampia garanzia dell'affidamento. A nulla varrebbe postulare l'esistenza, per ciascuna di codeste facoltà, di corrispondenti diritti di credito del privato³¹⁰: di nuovo si opporrebbe l'obiezione relativa alla mancanza di un vero e proprio bene della vita da proteggere (l'unico bene della vita essendo quello finale cui il

³⁰⁹ Si noti, incidentalmente, che anche le situazioni giuridiche passive possono dividersi in attive e inattive, a seconda che esse postulino un poter o un non poter agire del soggetto. Cfr. di nuovo L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 17 ss. Parzialmente diverso appare il criterio utilizzato da G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 38, per cui «la situazione inattiva ... non può né provocare il comportamento dell'altro soggetto, né impedire che esso avvenga» (ma, di fondo, vi è qui la diversa concezione della pretesa, che per la scuola pisana – e anche per chi scrive – è attività, mentre per molti altri autori è pura aspettativa).

³¹⁰ Del resto, la stessa operazione di scomposizione di una situazione giuridica soggettiva in più posizioni distinte lascia qualche dubbio. La tutela che l'ordinamento offre a un soggetto rispetto a un bene è unica; se è duplice, lo è per il principio di relatività (su cui cfr. già G. MIELE, *Potere*, cit., p. 125 s.). A voler duplicare le posizioni giuridiche, si deve necessariamente sdoppiare l'interesse alla cui soddisfazione il privato tende; il che vuol dire, in altri termini, postulare l'esistenza di un interesse finale e di un diverso interesse per forza di cose intermedio che si atteggi quale finale. Il che è, palesemente, insostenibile. Eppure è quello che è accaduto per quanto riguarda l'illecito della p.a. derivante da ritardo nell'emanazione di un provvedimento. Su questi punti, comunque, si tornerà *infra*; per ora, basti ricordare che anche G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 46, avvertiva quanto segue: «la risposta circa la natura della situazione [come pretesa o come interesse] va tratta non dalla connessione di questa con singoli poteri ma solo dalla interpretazione complessiva del sistema di norme che riflettono in modo diretto o indiretto la situazione considerata».

privato aspira)³¹¹. E pure la tutela autonoma delle singole facoltà, se fosse ammessa, rilevarebbe come danno relativo a interessi e beni ulteriori (per esempio, l'interesse a non sprecare tempo in un procedimento inutile), pur sempre risarcibile quale violazione dell'interesse legittimo, ma non come pretesa alla legittimità, né come lesione di una posizione giuridica autonoma. Lo scenario, a tutto voler concedere, è dunque questo: eventuale risarcibilità, per il tramite dell'interesse legittimo, anche di lesioni a interessi 'altri'; possibilità che sussistano accanto all'interesse legittimo (e magari in virtù di tale titolarità) facoltà semplici, che di per sé non sono tutelabili né azionabili, e che non costituiscono il cardine della situazione giuridica in esame.

Né si obietti che, così costruendo la nostra posizione, si indirizza l'indagine sul suo lato 'esterno', dimenticando quello 'interno', e così si ripete l'errore delle tesi imperativistiche, che avevano ommesso qualsiasi riferimento all'agire lecito nell'ambito del diritto soggettivo, concentrandosi solo sulla protezione assicurata e non sull'esercizio fisiologico del diritto stesso. Qui, infatti, si vuol solo dire che il nucleo essenziale dell'interesse legittimo è un attendere particolarmente qualificato: nucleo che non può dirsi modificato qualora su di esso si innestino altre e diverse facoltà.

Se appare evidente che l'interesse legittimo staticamente considerato – ossia quale posizione giuridica – non è un *agere*, diventa irrilevante il fatto che nella dinamica del procedimento la p.a. sia tenuta a rispettare questa o quella facoltà del privato, volta a volta specificata, quale declinazione del suo generale dovere di non lederne l'affidamento³¹². Ché, anzi, se si parlerà di facoltà (di impulso, di collaborazione) lo si

³¹¹ A parte l'imbarazzo in cui si troverebbe chi predicasse questa tesi, qualora fosse posto dinnanzi all'eventualità di un privato attore in giudizio per sentir condannata la p.a. a tener conto delle sue memorie o istanze. Il giudizio amministrativa, viceversa, si interessa a questi profili in tanto in quanto ridondino in fattispecie di lesione dell'affidamento riposto dal privato o comunque in vizi del provvedimento. Una diversa conformazione del processo amministrativo sarebbe, come si comprenderà nel prosieguo dell'esposizione, poco compatibile con il carattere non satisfattivo della tutela che l'interesse legittimo assicura. Soltanto in rarissimi casi vi potrebbe essere, come dirò nella Parte Seconda, una pretesa risarcitoria per lesione di una regola di condotta valevole solo nell'ambito del procedimento (ossia, che non ha causato l'illegittimità del provvedimento, o comunque non ha privato il cittadino di un bene della vita in modo illegittimo o illecito).

³¹² Parzialmente diversa la tesi di recente sostenuta da L. FERRARA, *Statica*, cit., spec. p. 474 ss. Secondo l'autore, l'interesse legittimo non potrebbe non essere considerato 'dinamico' all'interno del procedimento, giacché una visuale che non tenesse conto di questo peccherebbe per difetto, dimenticando la possibilità, assegnata al privato, di «influenzare la p.a. nella definizione dell'interesse pubblico». «Vera, dunque, la prospettiva dinamica ...: il procedimento è il luogo per eccellenza della dinamica». Aggiunge però lo studioso: «è, tuttavia, essenziale rimarcare che l'interesse materiale non è garantito nel suo soddisfacimento; che la facoltà è a protezione dell'interesse materiale, ma la garanzia della legge concerne la stessa facoltà, l'esercizio della facoltà, non l'interesse da essa protetto». E ancora: «le situazioni giuridiche soggettive non posso prescindere dalla statica», giacché «esiste la lesione delle garanzie», «esiste il processo». In breve, l'autore vorrebbe salvare entrambe le visioni – statica e dinamica – dell'interesse legittimo. Ciò è possibile: ma solo a patto che si ammetta che l'interesse legittimo è posizione sempre e solo statica (prova ne sia la sua tutela, come ammette lo stesso Ferrara), e che il dinamismo altro non è che il riflesso del rispetto, da parte della p.a., della situazione giuridica di affidamento del privato. Come si vedrà, anche la posizione dei contraenti nelle trattative privatistiche è di interesse legittimo; anche in tale ipotesi, poi, si può dare il caso in cui un soggetto abbia 'facoltà' di

farà per omaggio alla tradizione: potrebbe ben sostenersi che, più che di facoltà, si tratti qui di emanazioni dinamiche dell'interesse legittimo, ossia di situazioni al cui ricorrere la buona fede impone alla p.a. di comportarsi in un certo modo (ma su tutti questi profili si tornerà ampiamente)³¹³; oppure, volendo, di autonome situazioni che sorgono in capo al titolare dell'interesse legittimo e arricchiscono la sua posizione, senza però determinarne davvero il contenuto o comunque senza risultarne essenziali.

Può considerarsi in parte precisato, dal punto di vista pubblicistico, il carattere di inattività³¹⁴ che connota l'interesse legittimo³¹⁵; su di esso ci si dovrà ancora però intrattenere, ma in un'altra ottica, di ricostruzione generale.

agire, in senso solo atecnico: si immagini che Tizio, avendo intavolato trattative serie con Caio e avendo predisposto una bozza di contratto, rifiuti inaspettatamente e ingiustificatamente di ascoltare le proposte di modifica della bozza preparate da Caio. Ora, non vi è dubbio che possano qua intravedersi i margini di una responsabilità precontrattuale (per ingiustificata rottura delle trattative); non vi però è dubbio nemmeno sul fatto che Caio non sia titolare, in senso tecnico, di una vera e propria facoltà di agire, e cioè di essere ascoltato da Tizio. Questa, che appare (appare soltanto) come una sua facoltà, altro non è che – si ripete – il riflesso della tutela del suo affidamento.

³¹³ Pur valendoci di concetti che saranno chiariti solo nel prosieguo, si può tentare di chiarire ulteriormente il nostro pensiero. Le facoltà procedurali, di collaborazione, non hanno alcun rilievo autonomo, proprio per il fatto che la loro tutela è compresa in quella, più ampia, dell'interesse finale. Ad esse, d'altronde, non si collega un interesse finale; se così fosse, si potrebbe parlare di vere e proprie facoltà d'impulso, di collaborazione e così via. Ma così non è; e, anzi, esse sono già interamente protette dalla tutela – pur non interamente soddisfattiva – del bene della vita finale cui il privato aspira; la loro protezione, cioè, ricade interamente in quella dell'affidamento, che presidia il rispetto da parte della p.a. delle norme sul procedimento (comprese quelle che eventualmente richiedano da parte della p.a. l'avvio del procedimento in seguito all'istanza del privato, e così via) e che ammette l'annullamento del provvedimento illegittimo (come accade qualora esso sia adottato in violazione di norme di legge, quali quelle che definiscono le 'facoltà' del privato), nonché il risarcimento per lesioni di interessi 'altri'. Al cittadino non è assicurata *tout court* la possibilità, ad esempio, di partecipare al procedimento, in quanto fine a sé stessa; gli è concessa tale possibilità, invece, per poter convincere la p.a. delle sue ragioni e rendere più probabile una decisione amministrativa a lui favorevole (e, per l'effetto, per contribuire ad aumentare le cognizioni di fatto dell'amministrazione procedente). Qualora, poi, la p.a. non abbia tenuto in debito conto le norme relative alla sua azione, che nei confronti del privato sono richiamate dal dovere in capo all'amministrazione di comportarsi secondo buona fede e dunque di non ledere l'affidamento, il titolare dell'interesse legittimo si dorrà della violazione di quest'ultimo. Tutta l'attività è guardata, insomma, dal lato della p.a., e tutta rileva come oggetto dell'affidamento – inattivo – del privato, anche quando su di essa si incastrano a mo' di escrescenze le cosiddette facoltà procedurali del privato (si badi, non s'intende assolutamente svalutarle, ma semplicemente comprenderne l'effettivo inquadramento dogmatico). Pure nei casi eccezionali in cui tali facoltà sembrerebbero risarcibili (ad esempio: la p.a. non comunica l'avvio del procedimento, e ciò causa un danno al privato che continua a esercitare una certa attività confidando di poterla proseguire), sarà sempre la lesione dell'interesse legittimo a venire riparata (anche se il riferimento a tali facoltà qui potrà assumere una certa importanza).

³¹⁴ Pienamente consono con quanto tradizionalmente si predica a proposito dell'interesse legittimo: ossia con la sua non trasferibilità. Il potere di disposizione, in effetti, è una facoltà latamente riconducibile a quella di godimento («da conseguenza estrema di essa» secondo S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 89, ma cfr. anche S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., p. 19 e 72: senza, però, che ciò induca a confusioni e indebite sovrapposizioni, come avverte U. NATOLI, *La proprietà*², cit., p. 106), o, comunque, espressione di una *facultas agendi*, che manca radicalmente nell'interesse legittimo, trasferibile soltanto assieme alla situazione sostanziale cui accede (si pensi alla voltura di un permesso di costruire). G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 54, parlava di 'incedibilità dell'interesse'. A mio avviso il fatto è che

Alla luce della sua natura 'inerte', la nostra *facultas*, oltre a non essere *agendi*, appare anche non più identificabile con una 'possibilità di scelta', con un *Dürfen*: una posizione inattiva, difatti, non può presupporre nemmeno una scelta; essa identifica un'aspirazione, che nasce per così dire già esercitata. Lo stesso termine *facultas*, insomma, potrebbe sembrare fuori luogo.

Della *facultas* parrebbe rimanere quel secondo significato, latamente riconducibile al *Können* tedesco: quella 'possibilità' che nel diritto soggettivo era la capacità, l'idoneità di tenere un comportamento, rilevante giuridicamente o per il suo potere di evocare rimedi giuridici e volto a soddisfare un interesse. Tale 'possibilità' qui sembrerebbe essere la capacità, l'idoneità di assumere un atteggiamento mentale avente rilevanza giuridica: che si tratti di atteggiamento mentale, in particolare, deriverebbe dal fatto che tutto quanto non sia comportamento esteriore e riguardi il soggetto non può che essere disposizione interiore (d'altro canto, non si porrebbero esigenze d'indagine del foro interno, giacché è ovvio che qui non v'è nulla da indagare, proprio perché non si

l'interesse legittimo nasce in virtù di una situazione materiale (che gli fornisce differenziazione e qualificazione) e a questa resta legato per tutta la sua vita. Come situazione inattiva, d'altro canto, sia ancora a tali circostanze, senza di cui non potrebbe essere trasferito.

³¹⁵ A ben vedere, classicamente ricondotto all'idea di interesse legittimo: si cfr., per esempio, D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., secondo il quale qui, «a differenza del diritto subiettivo, manca un potere, creato dall'ordinamento giuridico ed attribuito al subbietto, e, per ciò stesso, manca il riferimento alla volontà del subbietto, come leva per azionare tale potere» (p. 262). L'autore, convinto dell'esportabilità della figura al diritto privato, ne ravvisava la sussistenza nei casi in cui «non è possibile una violazione» (p. 277) dell'interesse protetto, ossia in ipotesi in cui «la tutela dell'interesse si attui in una forma più intensa che nel diritto subiettivo» (p. 263). Sarebbero infatti queste le uniche circostanze in cui, nel diritto privato, «una norma protegge un interesse privato ..., senza attribuire al titolare dell'interesse un potere». A parere di chi scrive, invece, vi è tutta una serie di rapporti di diritto privato dominati dall'affidamento di una parte, in cui un soggetto è protetto dall'ordinamento in una forma diversa dalla 'possibilità di azione': e, in particolare, senza che gli sia concessa una pretesa. Del resto, la stessa costruzione dell'obbligazione senza prestazione, che occupa casi per gran lunga coincidenti, esclude che il soggetto 'creditore' possa far valere una pretesa (salvo quella risarcitoria, in caso di violazione dell'obbligazione, e con tutte le necessarie specificazioni che farò a tempo debito). Sull'interesse legittimo quale posizione inattiva, comunque, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., *passim* ma spec. p. 47 s.: «l'interesse legittimo appare, pertanto, sotto tale profilo, come situazione tipicamente inattiva, dipendendo l'eventuale soddisfacimento di esso dal comportamento di un soggetto diverso dal titolare Né a mutare la natura di questa situazione da inattiva in attiva vale l'affermazione, secondo cui l'interesse legittimo avrebbe a contenuto tutta una serie di poteri strumentali, che consentirebbero al titolare di esso l'adozione di misure tipicamente contenziose ovvero di tipo diverso, ma sempre aventi carattere di reazione ad atti dell'autorità. ... Né la conclusione può apparire diversa quando si ammetta che l'interesse legittimo comprende, altresì, poteri (di natura sostanziale, non già strumentale), che consentono al titolare di esso di porre in essere vari atti nel corso del procedimento amministrativo, non valendo tali poteri, di per sé, a provare il soddisfacimento della situazione stessa ma tutt'al più a mettere in moto od a condizionare, più o meno intensamente, il meccanismo, attraverso il quale si può giungere a tale soddisfacimento (sempre dipendente, però, dal comportamento discrezionale di un diverso soggetto)» (cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit. p. 544). *Contra* (ovviamente) F.G. SCOCA, voce *Interessi*, cit., p. 10: «l'interesse legittimo può essere considerato situazione giuridica inattiva, soltanto nel senso che la sua soddisfazione è rimessa principalmente ad un comportamento altrui. Il carattere inattivo non comporta affatto che l'interesse legittimo venga a ridursi ad una semplice attesa giuridicamente tutelata». Ancora, sull'inattività nell'interesse legittimo cfr. G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 29, nt. 36.

tratta di ‘possibilità di scegliere’ se assumere una data inclinazione: ciò che viene in rilievo, invece, è la sicura rilevanza giuridica di un atteggiamento, per l’appunto, mentale). Sennonché anche tale ricostruzione impone di considerare la possibilità di un comportamento o di un atteggiamento, e cioè pur sempre di qualcosa di attivo.

A questo problema se ne aggiunge uno ulteriore, relativo al comprendere quale sia tale atteggiamento, e soprattutto in che limiti sia tutelato: fermo restando che esso, specificando la *facultas*, dovrà costituire il *trait d’union* tra gli elementi consistenti nell’attività della controparte e nella protezione solo eventuale del bene della vita (ciò che, pubblicisticamente, si declina nell’attività della p.a. nell’esercizio di un potere discrezionale’ e nel ‘bene della vita solo eventualmente conseguibile da parte del privato’).

L’elemento di raccordo in parola potrà anche non interpersi tra questi due poli, evidentemente, ma dovrà dare un senso al loro legame dal punto di vista del titolare dell’interesse legittimo, soprattutto sottolineando la non soddisfattività dello stesso (che si pone, come evidenziato, in peculiare rapporto con il suo carattere inattivo).

Sovviene qui, finalmente, quel riferimento all’affidamento³¹⁶ su cui prima ci si era dilungati: proprio perché l’affidamento altro non è che una disposizione interiore, e cioè il risultato di chi, avendo la possibilità non tanto di ‘agire’, quanto di ‘confidare’, la esercita.

Anzi, a ben vedere, qualora si postuli l’ammissibilità di una possibilità di confidare, intesa non quale liceità ma come ‘capacità’, ‘idoneità a’, essa, non appena sorta, non potrebbe che tramutarsi nel suo risultato, passando subito dalla potenza all’atto: divenendo, così, vero e proprio ‘affidamento’. Non essendo una facoltà attiva, mancherebbe in essa tanto il momento della scelta, quanto qualsiasi profilo di attività, ed automaticamente essa si tradurrebbe nel suo risultato (dal confidare all’affidamento).

Dal punto di vista della ‘capacità’, comunque, l’affidamento resterebbe ‘facoltà’ di ‘confidare’, e cioè sua possibilità. In altri termini, del termine ‘facoltà’ resterebbe tutto ciò che è compatibile con la struttura inerte della nostra posizione: si tratterebbe, cioè, di una ‘possibilità’ intesa meramente quale ‘capacità’, che dalla potenza transita immediatamente all’atto, senza che si dia alcun risalto a una scelta o ad un atteggiamento mentale o spirituale del soggetto tutelato. In altri termini, l’affidamento, il confidare, non sono stati psicologici, ma facoltà giuridiche, che consentono a un soggetto, indipendentemente perfino dalla conoscenza che egli abbia delle fonti della protezione giuridica, di essere tutelato nei confronti di una controparte³¹⁷. Lo stesso

³¹⁶ Comune alle teorie di Busnelli e di Castronovo.

³¹⁷ Credo che così si possa rispondere ai dubbi sollevati in Germania da E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftungen ,zwischen’ Vertrag und Delikt*, in *AcP*, 1983, p. 419 s., il quale ha osservato come la tesi della responsabilità da affidamento (nell’elaborazione di C.-W. Canaris) non sempre chiarisca se quest’ultimo concreti un fatto psicologico o

dovrebbe affermarsi, poi, tenendo conto che la facoltà d'affidamento può sussistere validamente e pienamente anche³¹⁸ in capo a soggetti minori o comunque incapaci³¹⁹, proprio perché essa, come *facultas confidendi*, nasce già esercitata e non abbisogna di alcun comportamento³²⁰ da parte del soggetto attivo³²¹.

Si potrà, comunque, parlare di 'atteggiamento' o di 'comportamento' da parte di chi confida, ma tenendo conto che non si tratta di un'attività, ma di una valutazione giuridica, in base alla quale è protetto un soggetto che aspira alla soddisfazione di un suo interesse, senza che gli venga garantita la sua realizzazione e senza che, per addivenirvi, debba compiere alcuna azione. Dunque, se di atteggiamento o comportamento si parla, sarà solo per indicare un atteggiamento mentale tipizzato dall'ordinamento, che l'interprete non dovrà ricercare nel concreto, ma che identifica solamente la tutela offerta dal sistema giuridico.

A voler, allora, rinvenire nell'affidamento, nel 'confidare', l'oggetto della nostra facoltà, così suonerebbe la definizione dell'interesse legittimo: esso sarebbe la 'facoltà di confidare in un'attività altrui'³²² che potrebbe soddisfare un interesse del titolare'. Dal punto di vista pubblicistico l'interesse legittimo, declinazione di questa figura di teoria generale, sarebbe dunque costituito dalla 'facoltà di confidare che un'attività della p.a. (discrezionale: ma l'analisi di questo elemento sarà svolta oltre), svolta nell'esercizio di un potere amministrativo, soddisfi un interesse del titolare'.

A loro volta, codesti interessi possono coniugarsi in modo differente, a seconda che rappresentino beni della vita nuovi, o già acquisiti al patrimonio, o alla persona del soggetto protetto.

normativo (un 'aver confidato' o un 'confidare' soggettivo, oppure un 'poter confidare' inteso in senso giuridico).

³¹⁸ E pure in capo agli enti, i quali di certo non hanno facoltà psicologiche.

³¹⁹ Esattamente come un diritto soggettivo: e basti ricordare la difficoltà che le definizioni di diritto soggettivo basate sulla volontà davano, ove ci si poneva il problema del minore titolare, per dedurne l'assoluta inappropriatezza di una nozione di interesse legittimo che si appunti su dati altrettanto soggettivi.

³²⁰ W. THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, in *JZ*, 1967, p. 651, sostiene che l'affidamento (nell'ominima responsabilità in Germania) non sia 'psicologico'.

³²¹ Altro sarà chiedersi, allorché l'interesse legittimo nasce 'da contatto', quali siano i requisiti perché sorga; tra questi potrà esservi un affidamento 'soggettivo' (pur obiettivamente rilevabile), nel senso che dirò.

³²² L'utilizzo del termine attività (su cui G. AULETTA, voce *Attività [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, III, 1958, §§ 1 ss.) viene dall'idea che modello dell'interesse legittimo sia quello pubblicistico, ove si parla, per l'appunto, di 'attività' amministrativa, come insieme di atti coordinati funzionalmente (cfr. del resto gli artt. 7 e 30 cod. proc. amm.). E, tuttavia, come vedremo, pure nel diritto amministrativo l'interesse legittimo sta di fronte a una 'condotta' (giacché tutela anche da comportamenti solo occasionalmente connessi con l'esercizio del potere). In generale, comunque, quest'esito è palese là dove non sia questione di interessi legittimi che fronteggiano poteri (pubblicistici o anche privatistici): così, in particolare, nell'ambito del rapporto tra creditore o debitore, o anche in quello rilevante nelle trattative contrattuali. Per tale ragione, utilizzerò il termine 'attività' in senso ampio, come sinonimo di 'condotta'.

Nel primo caso, infatti, si tratterà – secondo la distinzione propria del diritto amministrativo³²³, che è però esportabile in sede di teoria generale – di un interesse legittimo pretensivo, che tutela la legittima aspirazione di un soggetto a vedersi assegnato un nuovo bene (e a vedere soddisfatto un proprio interesse). La definizione andrà allora così completata: ‘facoltà di confidare in un’attività volta all’eventuale attribuzione di un bene della vita³²⁴, ovvero ‘in un’attività a risultato potenzialmente positivo’.

Nel secondo caso, invece, si ha a che fare con un interesse legittimo (oppositivo, o, per meglio dire) protettivo, tramite il quale il soggetto tutelato vede garantiti, seppur in via eventuale, i suoi interessi, indipendentemente dal fatto che assurgano a posizioni giuridiche protette di per sé³²⁵. L’interesse legittimo coincide con la ‘facoltà di

³²³ G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, p. 137 s., riprende Giannini suddividendo poi gli interessi legittimi in statici e dinamici (e pure G. GRECO, *Il rapporto*, cit., p. 598); P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 20, il quale nota come la distinzione tra interessi legittimi pretensivi e oppositivi non coincida con quella che contrappone provvedimenti ablatori, «che restringono in vario senso la sfera giuridica del privato», e autorizzatori e concessori, «che invece la ampliano», giacché nei primi casi vi è comunque un beneficiario del provvedimento e nei secondi un soggetto pregiudicato dall’atto medesimo (gli esempi sono rispettivamente quello dell’espropriante e quello del concorrente nell’ipotesi di rilascio di una licenza; si noti come l’idea dell’autore non contraddica assolutamente quello che vado dicendo nel testo, giacché anche nei casi poc’anzi menzionati il titolare dell’interesse pretensivo mira a un bene, anche se il potere pubblico ablatorio non è direttamente volto a incidere sulla sfera giuridica, e il titolare di quello oppositivo mira a proteggere i suoi interessi, anche se – di nuovo – non è destinatario diretto del provvedimento amministrativo autorizzatorio o concessorio).

³²⁴ Il bene della vita è, nell’interesse legittimo pretensivo pubblicistico, quella modificazione giuridica che risulta dall’esercizio massimamente favorevole del potere; altrove è semplicemente il bene in sé, il vantaggio economico (con le sue eventuali declinazioni non patrimoniali). Indirettamente, però, anche nel diritto amministrativo (e dovunque vi sia esercizio di un diritto potestativo) il bene della vita viene a essere quello (materiale) che risulta tutelato dalla posizione giuridica attribuita al privato in seguito all’esercizio favorevole del potere. Con ciò – si badi – non voglio assolutamente ricadere nelle tesi che ritengono protetto dall’interesse legittimo l’interesse alla legittimità dell’azione amministrativa; viceversa, vorrei notare che, ove la p.a. abbia a disposizione un potere, l’interesse privato potrà mirare alla modificazione prodotta dal potere, ma non al bene di riflesso assegnato (ad esempio: se tramite un potere discrezionale Tizio acquisisce un beneficio economico, quest’ultimo sarà a sua volta oggetto di un diritto di credito): ciò che, del resto, è ancor più evidente allorché l’attività amministrativa risulta oggetto di un diritto (che sarà diritto all’esercizio del potere, e non diritto al bene finale: mi soffermerò su questo punto nel § 2 dell’ultimo Capitolo). Queste osservazioni, a dire il vero, mi sembra possano ridurre le distanze tra alcune tesi sostenute in tema di interesse legittimo: in particolare, tra quanti ne ravvisano l’oggetto nel provvedimento amministrativo favorevole e quanti, invece, lo individuano nell’interesse al bene finale. A ben vedere, questi due interessi tendono a coincidere, essendo il secondo la proiezione del primo (ossia, costituendo l’interesse oggetto della posizione giuridica che sorge una volta esercitato, nel modo desiderato dal privato, il potere). Ovvio che del tutto differenti sono, invece, le teorie che ritengono il privato interesse a un’azione amministrativa semplicemente legittima. Rinvio, per le necessarie indicazioni bibliografiche, alla Capitolo primo. V., a proposito di queste ultime notazioni, e seppur in senso non del tutto conforme, G. GRECO, *Dal dilemma*, cit., *passim*.

³²⁵ In altri termini, non è essenziale che codesti interessi costituiscano l’oggetto di diritti soggettivi (o siano comunque presi in considerazione dall’ordinamento); la protezione loro accordata è generale, seppur nei limiti in cui la buona fede lo impone con specifiche regole, e purché essi abbiano una consistenza tale da assicurarne la rilevanza (non si riducano a interessi futili, privi di qualsiasi rilievo giuridico). Sembraerebbero qui recuperabili alcuni spunti offerti dalle teorie normative del danno (e in

particolare da S. PATTI, voce *Danno*, cit., p. 18, che richiama K. LARENZ, *Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, hrsg. von R. Dietz und H. Hübner, I, München-Berlin, 1965, p. 489 ss.): ma il punto richiede un approfondimento. A dire il vero, la dottrina amministrativistica solitamente afferma che l'interesse oppositivo protegge un «bene della vita» che «appartiene alla sfera giuridica del soggetto che può perderlo a seguito dell'emissione del provvedimento restrittivo» (le parole sono, ancora di G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, p. 137). Palesemente gli autori, nel formulare quest'idea, hanno in mente le vicende del diritto di proprietà nell'espropriazione: quello che è una sorta di modello dei provvedimenti ablatori. Tuttavia, ampliando la raffigurazione a tutti gli interessi legittimi, si deve osservare che essi, nella loro configurazione protettiva, tutelano tutti gli interessi preesistenti del soggetto, e non solo uno specifico interesse (quello a godere di un bene, ad esempio; vedremo come ciò imponga di considerare l'interesse legittimo anche pubblicistico come volto a proteggere da lesioni pure non provvedimentali; allo stesso modo, come vedremo, l'idea di un interesse legittimo che protegge tutti gli interessi, seppur in modo eventuale, consentirà di adattare la definizione anche a casi in cui manca una vera e propria posizione giuridica di controparte, da quest'ultima liberamente attivabile: l'eventualità sarà recuperata proprio nel fatto che non tutta l'integrità patrimoniale è protetta in modo certo, ma solo quella rispetto alla quale sorge una regola di buona fede: torno in fine di nota su questo profilo). D'altro canto, l'ingiustizia – nei casi di cui parliamo – deriva dalla violazione della buona fede, e non da una selezione di interessi: in questo senso l'affermazione con cui ho iniziato la nota va spiegata con maggiore chiarezza. Non è la futilità di certi interessi che ne preclude la protezione, come non è la loro rilevanza ad ammettere la protezione; la tutela, invece, sorge in tanto in quanto vi sia l'ingiustizia, che qui è l'illiceità di una condotta scorretta (salvo non si cumulino anche altri rimedi). La futilità, o irrilevanza, emergerà semmai in sede di quantificazione del danno, ove verrà risarcita qualsiasi perdita patrimoniale e quelle diminuzioni non patrimoniali rapportabili a interessi costituzionalmente protetti o comunque richiamati dall'art. 2059 c.c., secondo l'interpretazione che oggi se ne dà (v. A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 247, nt. 5), e però non le perdite insignificanti (v. pure l'art. VI-6:102 del DCFR). Questo spunto si collega, a dire il vero, con la nozione stessa di danno, viepiù controversa: merita, allora, soffermarsi brevemente su di essa, per poi riprendere il discorso a proposito dell'esatta collocazione degli interessi da proteggere nell'ambito dell'interesse legittimo protettivo (e di quello pretensivo, per quanto riguarda la sua parte protettiva). Sin troppo noto è lo sviluppo delle teorie in tema di danno: a una primigenia idea di tipo reale-naturalistico si è presto sostituita la famosa *Differenztheorie*, elaborata da F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, *Zum Leben von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, p. 3, cui è seguita la critica di R. NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden*, in *AcP*, 1931, p. 277 ss., spec. 290, e lo sviluppo della teoria normativa (sostenuta, da noi, inizialmente da F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926). Vedine un riassunto in C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 47 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 225 ss. Ad oggi gli studiosi si dividono tra la teoria della differenza (v. soprattutto H.-J. MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, entrambi con inevitabili aggiornamenti) e quella normativa (in particolare R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 468 ss.; cfr. pure W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*⁸, Berlin-New York, 1992, p. 292), che in alcune sue declinazioni parrebbe quasi esser divenuta una forma raffinata di teoria realistica (cfr. per quest'osservazione C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, in *Tratt. Visintini*, Padova, 2009, p. 16). Ma, a dire il vero, le attenuazioni e gli accorgimenti sono tanti, ed è così diffusa soprattutto in giurisprudenza l'opinione per cui ciascun tipo di danno vada risarcito secondo regole sue proprie, che non si è potuto fare a meno di notare come anche il concetto di danno abbia subito quel processo di frammentazione tipico dell'età giuridica moderna (S. PATTI, voce *Danno*, cit., p. 10; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano*, cit., p. 26; C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1087 s.; D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 481). Non posso indugiare su questi punti; mi limito a chiarire l'idea su cui imposterò il prosieguo della trattazione. Ove si accolga la tesi relativa alla duplicità tra danno evento e danno conseguenza, mi pare che non ci si possa esimere dal considerare il primo quale lesione di un interesse protetto, così come avviene per la ricostruzione normativa. Tuttavia, ciò non toglie che il secondo consista in qualcosa di diverso; e, in particolare, questo qualcosa dev'essere il prodotto di un giudizio di tipo relazionale (tra una situazione passata o una ipotetica e uno stato attuale), giacché il danno stesso, ove non si limiti a fungere da requisito per selezionare le lesioni risarcibili (com'è per il danno evento, cui è apposto

l'attributo 'ingiusto'), non può non richiedere un'indagine fattuale che funga da base per la quantificazione dell'obbligo di risarcitorio. Ciò ancora non dice nulla, giacché una valutazione relazionale può, e anzi deve, essere svolta nell'ambito di tutte le teorie del danno (K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*⁴, cit., p. 481, nt. 3; A. ZEUNER, *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden*, in *AcP*, 1964, p. 380 ss.; ciò verrebbe escluso solo adottando una visione rigorosa del danno inteso in senso normativo, in base alla quale il danno sarebbe *in re ipsa*, come la giurisprudenza ha da noi predicato solo, e in passato, per il danno biologico – cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 70 – e la dottrina ha sostenuto soltanto facendo proprie certe prospettive estreme – v. A. DE CUPIS, *Il danno*³, I, cit., p. 19, secondo cui il danno è in sé la lesione antigiuridica dell'interesse «considerato nella sua vera essenza di utilità possibile e giuridicamente garantita», per cui sarebbe tale anche un ritardo nell'inadempimento che non cagiona alcun pregiudizio –). A questo punto, però, debbo dire che la *Differenztheorie* – pur con vari adattamenti – mi pare tuttora la più persuasiva (v. F. MASTROPAOLO, voce *Danno*, cit., p. 7 ss.): la tesi naturalistica soffre di evidenti limiti, mentre quella normativa impone di ricercare interessi protetti (e dunque singoli beni) anche là dove il codice (artt. 1223 e 2059 c.c.) mostra di richiedere solo l'esistenza di una diminuzione del patrimonio o della sfera personale (nei limiti, quest'ultima, oltremodo noti). Da un altro punto di vista, a mio avviso in sede di danno conseguenza non può distinguersi tra il profilo dell'*an debeat* e del *quantum* (come la dottrina di norma fa: G. VISINTINI, *Trattato breve*³, cit., p. 629; M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente*, cit., p. 29 s.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 12); la domanda relativa all'esistenza di un danno, infatti, non può prescindere dall'applicazione delle regole risarcitorie volte anche ad approntarne la liquidazione (del resto, potrà ben accadere che a fronte di una lesione di un interesse protetto manchi un danno da risarcire: si pensi al caso in cui Banksy dipinga il muro di uno stabile senza averne avuto l'autorizzazione). Anche volendo distinguere, nell'ambito della causalità giuridica, tra il giudizio relativo all'*an* e quello inerente al *quantum* (e, nell'ambito del primo, tra valutazione della causalità tra eventi e apprezzamento del carattere economicamente pregiudizievole di questi), le varie fasi si condizionerebbero tra loro in un circolo ermeneutico che le renderebbe tra loro, se non indistinguibili, per lo meno non indipendenti (è ben vero che «sono operazioni distinte il fissare l'estensione di un campo nei limiti di una certa linea di confine, e il darne la misura», come osserva a mo' di paragone A. DE CUPIS, *Il danno*³, I, cit., p. 329, ma è anche vero che la sola apposizione della linea di confine non prescinde dalla certezza che una qualche estensione, da misurare poi, vi sia). Proprio questo lascia intravedere la necessità di affidarsi, con riguardo al risarcimento in forma specifica, a un diverso concetto di danno (A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 263 e 268; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 899; già P. OERTMANN, p. 27, parlava di *konkreter Schaden*, anziché *abstrakter*, con riguardo al risarcimento del danno «durch Herstellung des früheren Zustandes»; *contra* C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano*, cit., p. 22): anche se bisognerà tener sempre conto della priorità del risarcimento per equivalente (C. SALVI, voce *Danno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, V, Torino, 1989, § 7), il quale (magari in parte) potrà venire meno grazie alla riparazione in natura (che, pur non essendo rimedio strettamente risarcitorio, ha sempre funzione riparatoria, e non restitutoria: cfr. C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 247 e 268). La *Differenztheorie* può essere accolta, dicevo, solo se attenuata e corretta: non farà riferimento alla mera *aestimatio rei*, né alla semplice differenza patrimoniale parametrata sulle poste passive effettive, ma verrà basata sull'*id quod interest* (C. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., p. 1206 s.; ID., *La responsabilità civile*², cit., p. 61, con la precisazione per cui il profilo soggettivo va comunque riferito «a un soggetto-tipo»; D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 380 s.), così potendo dar conto del valore d'uso dei beni (M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 111 ss., spec. p. 116 e 118 s.; e così di fatto superando la critica di J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 27, cit., p. 175). Così (v. pure C.M. BIANCA, sub *art. 1223 c.c.*², cit., p. 246 s.; D. POLETTI, *Le regole*, cit., p. 363 s.) dovrà dirsi che, se il danno evento è la lesione dell'interesse, il danno conseguenza ne è la conseguenza pregiudizievole (l'insieme delle conseguenze pregiudizievoli) calcolata in ottica differenziale alla luce dei criteri legali e del tipo di lesione (evento), in base a una teoria fondata sull'*id quod interest* e però corretta là dove dimostri le sue insufficienze per la fisiologica mancanza di un valore patrimoniale soggettivo con riferimento a pregiudizi che, alla luce della loro considerazione da parte dell'ordinamento, non possono rimanere senza compensazione (su tutti, i danni non patrimoniali). Ecco che, in particolare, il tempo non potrà considerarsi risarcibile: questione che, come vedremo, ha molta rilevanza per l'interesse legittimo di diritto pubblico (cfr. l'art. 2-bis, l. 241/1990), e che così va risolta giacché il tempo non solo non ha un valore (essendo piuttosto una misura), ma non è nemmeno preso in considerazione dall'ordinamento

come pregiudizio risarcibile secondo una diversa valutazione differenziale (per un diverso approccio v. S. PATTI, voce *Danno*, cit., p. 18 s.). Quest'idea, che impone di ritenere 'mobile' il patrimonio a seconda della lesione arrecata e dello specifico pregiudizio che si intende calcolare, non è per ciò stesso erranea; è l'ordinamento stesso che impone di guardare, a seconda delle circostanze, da punti di vista differenti lo stesso patrimonio (v., in parte, M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 116). Né essa è errata, in quanto scambierebbe la nozione di danno per ciò che è invece un effetto, una conseguenza (*contra* C. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., p. 1204): anzitutto, è vero invece che si tratta qui dell'apprezzamento del danno conseguenza; inoltre, va ripetuto che l'accertamento del danno, e dunque anche la sua nozione, non può compiersi a prescindere dai criteri per stabilire se un danno c'è e per liquidarlo. La prospettiva differenziale, di poi, dovrebbe tener conto dello stato prima della lesione e di quello attuale: tuttavia, e al netto delle cause alternative ipotetiche (di cui nemmeno in sede di danno conseguenza può tenersi conto: salvo, forse, quelle naturali o umane non illecite con stretto riguardo al lucro cessante – v. oltre, Parte Seconda, Capitolo terzo, § 2 –), è preferibile compiere l'apprezzamento (così come faceva del resto F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, cit., p. 3: «die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde») ponendo a confronto lo stato futuro potenziale e quello attuale, per dar conto della dinamicità dei valori lesi (in particolare, con riferimento al lucro cessante), nonché per dare ingresso negli interessi legittimi protettivi e pretensivi di diritto pubblico (e non solo) alla logica della *chance* (in quelli protettivi, secondo un giudizio ipotetico-ideale sulla facoltà, a processo terminato, di ri-editare il potere; in quelli pretensivi, nei termini di una valutazione sull'esercizio favorevole del potere: logica simile a quella cui si deve accedere nei casi di inadempimento; anche se, come vedremo meglio poi, il concetto di danno – con riferimento alla parte strettamente pretensiva delle posizioni giuridiche di credito e interesse legittimo pretensivo, e solo con riguardo al valore della prestazione – è in parte peculiare, dovendosi probabilmente valutare il danno emergente con immediato riferimento alla prestazione stessa: v. A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 254, e § 2, Capitolo terzo, Parte Seconda). Ciò chiarito sul concetto di danno, possiamo tornare all'ambivalenza sopra notata, a proposito del ruolo degli interessi tutelati dall'interesse protettivo. In realtà il fatto è che, a ben vedere, nell'ambito degli interessi legittimi possono verificarsi situazioni distinte: ad esempio, può avvenire che la buona fede sanziona immediatamente la lesione di beni 'altri' rispetto a quelli direttamente presi in considerazione nell'ambito dell'attività della controparte (imponendone la 'conservazione', secondo il linguaggio di Stoll); può però anche avvenire che siano lesi proprio quegli interessi direttamente tenuti in conto (di cui non è certo richiesta la 'conservazione'). Nel primo caso potrà avvenire che le lesioni dei beni in parola assurgano a danno evento, ossia che sia lesa la regola di buona fede che imponeva di salvaguardare beni già tipicamente protetti; potrà però anche accadere che, al fine di reagire al pericolo di mere perdite patrimoniali, la buona fede si specifichi in una regola diversa, per esempio di avviso. In tale ultimo caso il carattere di ingiustizia del danno corrispondente non dovrà essere dimostrato, venendo già di per sé assicurato dalla violazione della regola di buona fede (diversamente da quanto avviene in sede di responsabilità aquiliana, e similmente invece a quanto anche lì accade, con riguardo però al nesso di causalità giuridica, ove non s'impone una cernita degli interessi risarcibili: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 137). Non si potrà allora ritenere che tutti gli eventi, cui corrisponde una oggettiva diminuzione o lesione del patrimonio (di un interesse patrimoniale) o di un interesse tipicamente rilevante in via non patrimoniale (o reso rilevante dalla fonte dell'interesse legittimo) costituiscano violazione dell'interesse legittimo, su cui valutare l'ammontare del risarcimento e rispetto a cui analizzare l'eventuale ulteriore processo causale rilevante *ex art.* 1223 c.c. Bisognerà, invece, valutare la singola regola di buona fede; solo nella seconda ipotesi la lesione dell'interesse legittimo coinciderà con la condotta scorretta, cioè difforme da quella, pur eventualmente in sé dannosa, richiesta dalla buona fede ('espropria solo in presenza di certe necessità, ...'). La buona fede potrebbe, quindi, imporre anche solo un certo comportamento (corrispondente, come vedremo, a un 'mezzo di protezione' o allo stesso 'risultato di protezione': v. da un lato l'art. 1957, comma 1, c.c., oppure l'ipotesi del medico che operando un paziente a rischio di vita deve cercare di non privarlo dell'esistenza; dall'altro lato gli obblighi di avviso), nel qual caso l'evento sarà ancora costituito dalla difformità tra condotta concreta e condotta richiesta, a prescindere dal danno inteso come diminuzione patrimoniale o non patrimoniale. A loro volta, le lesioni di interessi, da cui si è protetti, non per forza di cose di cose costituiscono una 'perdita' in senso patrimoniale (ciò che attiene semmai, come visto, al 'danno

confidare in un'attività che potrebbe eventualmente non ledere gli interessi (tutti altrui', ossia 'in un'attività a risultato potenzialmente non negativo'³²⁶. Volendo, però,

conseguenza); la loro protezione è assicurata anche quando il saldo totale sarebbe attivo per il soggetto tutelato (riprendo dopo, al § 5 in nota, questo discorso, che riguarda per lo più ipotesi di scuola – come l'imposizione tramite un negozio unilaterale di un beneficio patrimoniale indesiderato: ossia una tutela restitutoria, che può prescindere da un danno differenziale –). Il che conferma, anche per altro verso, il fatto che l'interesse legittimo protettivo tutela da un danno inteso in senso normativo, ma attraverso regole di buona fede la cui violazione integra, di per sé, il requisito dell'ingiustizia' (o, meglio, della difformità al diritto). Da un lato, dunque, la protezione (finale ed eventuale) non è limitata al cd. *Integritätsinteresse*, salvo non intendere questo in modo assolutamente ampio, come esteso a qualsiasi interesse e a qualsiasi pregiudizio che può subirsi (in un'accezione in cui centrale è il danno normativo, e non il danno come perdita patrimoniale). Dall'altro, il carattere di anti giuridicità può derivare anche a prescindere dalla lesione di un interesse, qualora siano poste regole 'promozionali' che dettano una tutela anticipata (potrebbe esserne un esempio l'art. 2087 c.c.). Ciò non toglie, comunque, che – secondo le note indicazioni di C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 81 ss. (ma v. anche p. 150 ss. sul concetto di danno) – la sede del danno meramente patrimoniale è solo la responsabilità contrattuale (aggiungo: in via analogica con riguardo agli interessi legittimi, o fors'ancora meglio come *tertium genus*). Va precisato solo che il 'danno-evento' ex art. 1218 c.c., specie in riferimento agli interessi legittimi (cui, come vedremo, va applicata questa disposizione) pretensivi, non identifica una qualsiasi perdita economica pura ascritta al debitore e a lui imputabile: viceversa, la violazione del rapporto obbligatorio si declina diversamente a seconda che sia lesa l'obbligo di prestazione inteso in senso stretto oppure uno dei vari, e a loro volta differenti quanto a contenuto, obblighi di protezione. Quanto alla prestazione, parlare di danno meramente patrimoniale non deve indurre all'equivoco per cui il giudizio, anche risarcitorio, anziché vertere sulla spettanza di un bene, attiene alla consistenza previa del patrimonio (ne ho parlato prima, in tema di risarcimento in forma specifica, e proprio per confutare la diversa opinione di Castronovo, e tornerò oltre a parlarne). A sua volta, e come meglio vedremo, il riferimento agli obblighi di protezione dev'essere considerato solo un espediente linguistico, stante la struttura semplice dell'obbligazione; inoltre, non deve supporre che essi si limitino a proteggere il patrimonio nella sua esatta consistenza, rendendo sanzionabile qualsiasi lesione del medesimo non evitabile con la diligenza richiesta dall'art. 1218 c.c. (secondo l'idea mengoniana della responsabilità contrattuale): viceversa, gli stessi impongono condotte diverse, nella molteplicità che connota da sempre la buona fede come clausola generale, attraverso cui (a valle) vengono rese risarcibili anche mere perdite patrimoniali.

³²⁶ Mi si potrebbe replicare che l'interesse legittimo previsto dalla legislazione pubblicistica sta di fronte a un potere pubblico, e dunque non a un'attività (a un comportamento), ma a una situazione giuridica ben definita. Ciò è senz'altro vero (e intercetta il tema della fonte, o meglio della circostanza in cui un interesse legittimo, *ex lege*, nasce); ma è altrettanto vero che, una volta ammessa la risarcibilità dell'interesse legittimo, si è accettato che l'atto, il provvedimento, rilevino come comportamenti (i soli soggetti a una valutazione di liceità, e non di validità o legittimità). Anzi, proprio questo profilo dev'essere messo oggi al centro dell'interesse legittimo, individuandone l'oggetto in un comportamento altrui (per esempio, della p.a.: comportamento che si contraddistingue per essere tenuto nell'esercizio – o nel mancato esercizio – di un potere di cui dispone). Vero è che, secondo N. IRTI, *Concetto giuridico di 'comportamento' e invalidità dell'atto*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1371 ss., sarebbe l'atto stesso a essere ora invalido, ora illecito; ma non può non notarsi come (a detta dell'autore stesso) l'atto altro non sia che un comportamento: se così è, ne discende che, in quanto comportamento, l'atto può concretare la condotta difforme da buona fede fonte dell'obbligo risarcitorio; mentre come provvedimento si cristallizza in un atto che, divergendo da una fattispecie (di validità), ne consente l'impugnazione al soggetto che, anche così, viene tutelato. All'estremo opposto si pone invece F. LA VALLE, *L'interesse legittimo*, cit., p. 38, secondo cui «sempre il vizio dell'atto, cioè il profilo d'illegittimità che l'inficia, si radica in comportamenti dell'autorità»: ciò è senza dubbio vero, ma solo perché l'atto stesso è un comportamento. Questa annotazione, tra l'altro, non esclude che il comportamento possa subire una valutazione diversa di quella cui va soggetto l'atto. Riprenderò il punto più avanti (§ 5), anche con riguardo alla contrapposizione tra norme di validità e di comportamento, e al problema della fattispecie.

potrebbe anche porsi l'accento su quello specifico interesse che la controparte è abilitata a pregiudicare (per quanto nei limiti della buona fede), esattamente come nell'interesse pretensivo accade per l'aspirazione al (nuovo) bene della vita. Ne deriverà una definizione parzialmente differente: 'facoltà di confidare in un'attività che potrebbe eventualmente non ledere un certo interesse'³²⁷ (o, ancor meglio, 'da cui potrebbero non derivare lesioni – pregiudizi – di un certo interesse').

Ciò non toglie che, esattamente come avviene nel credito, le posizioni in questione hanno anche un effetto protettivo più esteso: l'interesse pretensivo mira a soddisfare un interesse, che attiene all'assegnazione di un bene, con il minimo danno per la preesistente sfera della controparte (all'eventuale assegnazione di un bene non accompagnata da quei – diversi – danni che la buona fede impone di evitare^{328, 329}); l'interesse oppositivo prende in considerazione la possibile assenza di pregiudizio di un interesse altrui, pur nella legittimità astratta di questo, e fermo restando che l'eventuale pregiudizio, o comunque la condotta di controparte, dovrà avvenire con modalità tali da non ledere gli altri interessi della controparte, non assorbiti, o comunque abbracciati da quello in questione (non dovrà arrecare quei danni – intesi in senso normativo – che la buona fede impone di evitare)³³⁰.

³²⁷ Utilizzo termini volutamente atecnici, come 'risultato negativo' e 'positivo'. Di fatto, si tratta di evitare un danno evento (e non un danno conseguenza), coincidente con la lesione di un interesse (e non con le conseguenze economiche pregiudizievoli che vi sono connesse), se non già con l'esercizio potenzialmente lesivo (o comunque pericoloso) di una situazione giuridica, così come nell'interesse legittimo pretensivo si fa questione dell'aspirazione a un bene (e non del danno patrimoniale che deriva dal non averne goduto: danno che, in certe circostanze, potrebbe addirittura mancare).

³²⁸ Né si dica che nel concetto di interesse non può subentrare anche la considerazione delle modalità dell'attività di controparte: basti pensare a quanto avviene nelle obbligazioni di mezzi, ove l'interesse del creditore è quello a un bene, che si sostanzia nell'esecuzione diligente di un servizio'.

³²⁹ Tizio confida nel fatto che Caio lo porterà a Roma (interesse legittimo pretensivo negativo, nato *ex facto*, e per questo a forte dimensione soggettiva-psicologica); Caio potrà anche non condurlo lì, ma dovrà avvisarlo per tempo; ove inizi il trasporto, non potrà interromperlo, se non garantendo a Tizio l'arrivo a Roma. Caio non potrà, però, arrecare danno alla persona di Tizio o al suo patrimonio, con riferimento a tutti quegli interessi 'altri' rispetto a quelli direttamente presi in considerazione: o, meglio, dovrà attenersi alla buona fede che imporrà specifiche regole per evitare la lesione di questi interessi 'altri'. Così, in particolare, per un eventuale incidente stradale, o per la divulgazione di segreti (s'immagini che il viaggio di Tizio sia riservatissimo), e così via.

³³⁰ Tizio è creditore nei confronti di Caio di una prestazione di *facere*; Caio può confidare nel fatto che Tizio eserciterà la sua pretesa secondo buona fede, pur non potendo aspirare a un mancato esercizio della medesima (restando fermo, ad esempio, che Tizio dovrà accettare la prestazione offerta e dovrà permettere di adempiere). Contemporaneamente, però, Tizio dovrà pure preservare la sfera della controparte, anche al di fuori dell'interesse pregiudicato (legittimamente pregiudicato) dall'obbligo di fornire la prestazione: così, non potrà ad esempio divulgare informazioni personali di Caio.

Con formula unitaria, si può ritenere che l'interesse legittimo protettivo tuteli (in modo parziale) l'interesse a ché un'attività di controparte che agisce in una specifica posizione non arrechi (eviti) danni alla sfera del soggetto tutelato connessi alla specifica vicinanza indotta dalla situazione che dà qualificazione e differenziazione (e ciò al fine di far rientrare nella definizione pure i casi di interesse protettivo che non fa fronte a una posizione giuridica altrui, nonché la tutela contro condotte omissive fonti di danno).

La protezione, in sintesi, avviene nelle forme del conseguimento di un bene, nell'interesse pretensivo, e del mantenimento di un bene, nell'interesse protettivo³³¹. Tale bene, con tutta evidenza, vuole rappresentare l'interesse del titolare³³², che

³³¹ Non ci si può esimere, a questo punto, da una breve osservazione preliminare. In cosa si distinguono interessi protettivi e pretensivi? I primi, come si è detto, sono volti a proteggere un patrimonio da un'interferenza altrui; ovvero, consistono nell'affidamento a un risultato non negativo (affidamento in un'attività che non comporti un risultato negativo); i secondi, invece, sono volti a difendere l'interesse ad aumentare il patrimonio (affidamento in un'attività che produca un risultato positivo). Così definiti, potrebbe sembrare che i primi assomiglino più alla responsabilità civile *tout court* e i secondi scimmiettino l'inadempimento di un'obbligazione. Eppure, tale distinzione, che comunque ha in sé un nocciolo di verità (precisamente, il fatto che in un caso il giudizio si attegga a protezione di una sfera patrimoniale o personale, nell'altro invece a spettanza di una nuova utilità: non è un caso che di 'spettanza' parlino, a proposito del credito, Castronovo, e dell'interesse legittimo pretensivo, Falcon), potrebbe condurre a confusioni ed eccessive contrapposizioni. L'interesse legittimo è protettivo perché protegge la sfera di un soggetto che potrebbe essere minacciata da un'attività della controparte; è l'interesse, appunto, a che non si producano conseguenze sfavorevoli, ovvero a che non sia esercitata tale attività. Essa – in generale, come si vedrà soprattutto nella Parte Seconda – potrebbe consistere nell'esercizio di un diritto, o anche della generica libertà di fare tutto ciò che non è proibito. Ma l'interesse protettivo tutela anche da omissioni altrui, ogni qual volta la buona fede imponga di tutelare da detrimenti patrimoniali e personali che la vicinanza tra due soggetti potrebbe arrecare. Ora, in prima approssimazione, l'interesse protettivo guarda a com'è lo stato patrimoniale e non patrimoniale di un soggetto e a come sarebbe senza l'attività altrui, e da questa protegge il soggetto (o da altri danni che a causa della vicinanza tra le parti possono prodursi, venendo ascritti a una condotta commissiva o pure omissiva altrui). L'interesse pretensivo guarda allo stato di un soggetto e a come sarebbe con l'attività altrui (anche omissiva), verso cui tende. Ma, poiché anche la non attività è un modo di esercitare un'attività, la differenza tra i due interessi a dire il vero non è così netta (se non fosse che anche la responsabilità extracontrattuale si distingue dalla violazione di un'obbligazione di *non facere*, e viceversa). Anche la loro contrapposizione, a essere sinceri, deriva più che altro da un diverso approccio al problema: nell'interesse protettivo si guarda solitamente al soggetto da proteggere quantificando la sua sfera attuale a prescindere dal potere di incisione che vi ha la controparte (come se esso non fosse ancora stato esercitato o non fosse mai stato esercitato); in quello pretensivo, invece, si guarda la sfera attuale di tale soggetto calcolando fin dall'inizio la possibilità che egli non presti l'attività auspicata. Il diverso metodo può portare ad equivoci, ma rappresenta anche bene la differenza, che comunque, vale la pena sottolinearlo a scanso di fraintendimenti, è in fin dei conti quella tra *facere* e *non facere* come oggetto di pretesa, e condotte commissive od omissive come fonti di danno. Al di fuori di questa classificazione, ogni interesse legittimo apparirebbe ora protettivo, ora pretensivo, a seconda dei punti di vista. Essa comunque pare obbedire a una sua *ratio*, dal momento che il divieto di condotte dannose evita anzitutto un'interferenza che diminuisce un patrimonio (o causa un danno non patrimoniale), mentre il *facere* o *non facere* è diretto *in primis* a ingrandire dall'esterno una sfera giuridica. In ogni caso, poi, il risarcimento si attegga in entrambi i casi allo stesso modo, essendo commisurato alla differenza tra la situazione vera e quella virtuale (al 'come sarebbe stata la situazione nel caso di rispetto della correttezza'; qualche deroga, forse, per il danno emergente nell'interesse pretensivo positivo, ove lo si calcolasse sul valore personale che il bene ha per le parti, così come avviene per l'obbligazione). In conclusione, la differenziazione che si accetterà è quella tra affidamento in una certa attività positiva (che potrebbe portare a risultato positivo, incrementativo) e affidamento in una certa attività negativa (che potrebbe non portare a un risultato negativo, dunque a un danno di valori già assunti al patrimonio o alla persona). In questo senso si userà anche la distinzione tra affidamento rivolto a un risultato positivo e a un risultato non negativo, che, senza questa precisazione, sarebbe potuto risultare in parte improprio.

³³² Vale la pena di evidenziare questo profilo, anticipando altri punti che tratterò meglio oltre. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 174, ritiene che «l'aspettativa del creditore» protetta nell'«obbligazione senza dovere primario di prestazione» sia o quella «di non subire alcun danno, e segnatamente alcuna pura perdita patrimoniale», o quella di vedersi risarcito «un danno

nell'ambito della nostra figura, come pure accadeva per il diritto soggettivo, costituisce la base della protezione giuridica, pur restando estraneo al contenuto della medesima³³³. Ma la stessa tutela si estende, tanto genericamente quanto inevitabilmente, a tutta la sfera del soggetto, così da giungere alla definizione dell'interesse legittimo pretensivo quale 'facoltà di fidare in una attività che potrebbe eventualmente soddisfare un interesse del titolare senza pregiudicarne gli altri', e dell'interesse legittimo protettivo come 'facoltà di fidare in una attività che potrebbe eventualmente non arrecare pregiudizio agli interessi del titolare'³³⁴.

già verificatosi». Ora, l'interesse legittimo protegge invece un interesse vero e proprio: che, inevitabilmente, tende a un bene della vita. Esso non può invece mirare a un succedaneo, come il risarcimento (tra l'altro eventuale), né alla mera correttezza della controparte, e specificamente quindi coincidere con l'interesse a non subire 'danno' (se inteso come 'danno ingiusto'). Solo intendendo l'espressione 'danno' come lesione dei beni già facenti parte del patrimonio del debitore o afferenti alla sua persona (generale sfera patrimoniale e non patrimoniale), oppure come mancata attribuzione di un nuovo bene della vita, allora si sviluppa un concetto coerente di interesse (coerente con la sua definizione di 'tensione verso un bene della vita'). Ma, allora, non si tratterà più di 'aspettativa di non subire un danno', ma semmai 'aspettativa di vedersi assegnato o di non vedersi sottratto uno o più beni della vita'.

³³³ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 20: l'interesse, ossia il «rapporto di tensione fra un soggetto e un bene» «costituisce la base sostanziale di tutte le situazioni attive», pur rimanendo alle stesse estraneo.

³³⁴ Volendo, si dirà che l'interesse legittimo protettivo tutela l'affidamento in un'attività che potrebbe *conservare* i beni (gli interessi) altrui; e ciò per evitare fraintendimenti, e sottolineare come in questa figura giuridica possano rientrare anche obblighi attivi, ove si tratti di 'evitare un evento dannoso' (si tratterà, cioè, dell'omologo degli illeciti omissivi). Tuttavia, v'è anche da accennare al fatto che – lo vedremo parlando specificamente dell'attività del medico – ove tutta l'attività di controparte, o comunque il suo nucleo, afferisca a una condotta attiva volta a conservare, più che un interesse protettivo si tratterà di un interesse pretensivo. Viceversa, la conservazione può assumere sfumature attive (e dunque sanzionare un'omissione) allorché la controparte, che comunque potrebbe già cagionare un danno (un pregiudizio a certi interessi) in virtù di una sua posizione giuridica di preminenza o di una interferenza peculiare, non adotti le cautele necessarie per evitare i danni (i pregiudizi) connessi a questa particolare circostanza. Così, il datore di lavoro dovrà avvisare il lavoratore di un pericolo, proprio perché, in quanto creditore, e dunque in quanto soggetto che esercita una posizione di preminenza, deve evitare i danni che il rapporto può provocare (e probabilmente anche quelli del cui pericolo il creditore, proprio per la sua posizione, viene a conoscenza in modo privilegiato); viceversa, il medico con cui una parte si sia messa spontaneamente in contatto (non parlo ora dello 'strutturato') è obbligato a proteggere la sfera altrui in virtù di un'assunzione, e tra l'altro non con riguardo a pericoli che ha provveduto a creare, ma che piuttosto preesistevano alla sua azione. Ma di questo parlerò ampiamente nel § 11, Capitolo secondo, Parte Seconda. Quel che voglio dire è che, nel caso del creditore, il debitore può davvero aspirare, per quanto con la solita nota di eventualità, che la controparte svolga un'attività per evitargli quei danni che, pur conseguenza di una omissione, sono strettamente connessi con la situazione in virtù della quale è sorto l'interesse legittimo. Si può ben parlare di 'attività che lede i beni', giacché il pregiudizio ricade nella sfera di protezione, ed è in astratto ascrivibile a una condotta della controparte (bisognerà poi verificare che la buona fede richiedesse tale condotta). Lo stesso discorso potrebbe semmai ripetersi per il medico che opera in una casa di cura, nel qual caso, se nascesse un interesse legittimo protettivo, la situazione di rischio comprenderebbe di certo anche i danni derivanti da un autonomo percorso causale non interrotto (o, volendo, i danni derivanti dalla perdita di *chances* di guarire; ma per questo v. il § 2 del Capitolo terzo della Parte Seconda, e per una mia diversa ricostruzione). Sennonché, come scriverò a suo tempo, non mi pare che vi siano elementi per far nascere un interesse legittimo protettivo (o, meglio, ce ne sono di più persuasivi per un interesse pretensivo).

In chiusura, credo non siano inutili alcuni cenni dedicati a verificare la completezza della definizione fornita: in particolare, v'è da chiedersi se l'utilizzo dell'espressione 'facoltà di confidare' (non nel senso di 'possibilità di', ma di 'tutela e rilevanza giuridica del suo risultato') e 'affidamento' (che ne rappresenta il risultato), riesca a mettere in luce tutti i caratteri fondamentali dell'interesse legittimo.

Se dall'inattività si è partiti e dunque già si è detto a sufficienza, della positività poco vi è da aggiungere: l'interesse legittimo è una situazione favorevole³³⁵, giacché volta al soddisfacimento (per quanto eventuale) di un interesse. È una situazione inattiva, poiché non postula un'azione del titolare, ma si risolve in un 'atteggiamento' tipizzato, ossia in quel confidare che dà luogo all'affidamento.

Il vero fulcro è, a ben vedere, la non soddisfattività: o, meglio, la soddisfattività solo eventuale, il cui nocciolo resta ancora da chiarire nel rapporto con la definizione che si è proposta.

La pretesa, si era detto, è soddisfattiva, in quanto assicura a chi la esercita il soddisfacimento del suo interesse, stimolando la controparte alla prestazione, che coincide con il risultato avuto di mira (non rilevando a nulla che tale prestazione sia di mezzi o di risultato, giacché, da questo punto di vista, ogni prestazione rappresenta infatti un vero e proprio risultato).

L'affidamento, da questa prospettiva, terminologicamente è ancora incolore: potrebbe parlarsi di affidamento anche con riferimento alla spettanza di un risultato, ove se ne ravvisasse il contenuto nell'attesa qualificata (ma certa) una prestazione, idonea a fondare – se non un'azione – per lo meno un rimedio soddisfattivo per il caso di violazione³³⁶.

Quest'accezione, però, non è da accogliere con riferimento alla nostra posizione giuridica. Già sul piano della tradizione giuridica, al termine affidamento si ricorre spesso per identificare la posizione di chi può, fondatamente, aspettarsi un comportamento della controparte semplicemente conforme a buona fede³³⁷.

³³⁵ Così già L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 19.

³³⁶ Si può parlare di affidamento, infatti, seppur in modo del tutto vago, anche per riferirsi allo «stato di fiducia sull'adempimento del debitore, che corrisponde al credito» (così V. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1; ma così era anche per il termine *fides* agli albori del suo utilizzo giuridico: cfr. in sintesi P.D. SENN, voce *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 130, e più estesamente L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961, *passim*, ma cfr. ad esempio p. 133 ss.). Ma il termine 'affidamento' non ha accezione univoca nel lessico giuridico: per rendersene conto, basterà confrontare la voce testé citata con quella di R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 661 ss. (la prima incline ad accogliere un significato vasto dell'affidamento, la seconda tendente a collegarlo all'idea di apparenza). Tornerò nel § 4 del Capitolo secondo della Seconda Parte sul tema.

³³⁷ Cfr. V. PIETROBON, voce *Affidamento*, cit., p. 2: «la dottrina rivela pertanto, del principio dell'affidamento, due concezioni, fra loro connesse, l'una che si rifà direttamente alla regola di buona fede, come valore primario del diritto, e con essa a una giustizia sostanziale, l'altra, che mette in rilievo i modi e i casi in cui viene tutelato uno stato soggettivo di fiducia». Come vedremo oltre, però, Pietrobon

Ma quel che è davvero necessario, in questa sede, è la creazione di una convenzione linguistica, cui ci si dovrà attenere per tutto il resto dell'esposizione.

L'affidamento, per come lo si intenderà, è l'aspettativa (in senso atecnico), l'attesa qualificata di un determinato *risultato futuro* (il soddisfacimento finale di un interesse). Esso sorge in vista di questo scopo ultimo, ma demanda a un'altra parte l'attività necessaria per aversi tale soddisfacimento. Esso, soprattutto, permette di sindacare tale attività solo entro determinati limiti, predefiniti dalla legge.

L'affidamento, in altri termini, non assicura al titolare il soddisfacimento finale del suo interesse, ma semplicemente assicura che non si verifichino, nell'*iter* che potrebbe portare a tale realizzazione, certe situazioni valutate come patologiche dall'ordinamento. Al di fuori, non v'è alcuna garanzia per il soggetto tutelato. La controparte potrà non concedere il bene al privato o privarlo di un bene che già gli appartiene (o comunque ledere gli interessi che a lui fanno capo, e pure semplicemente minacciarli), e ciononostante la sua attività potrà non ricadere in queste ipotesi patologiche: se ne dovrà dedurre, allora, la mancanza di tutela in capo al privato stesso (*rectius*: la mancanza di un rimedio al suo pregiudizio).

Mentre, nella pretesa, al soggetto protetto è garantito un risultato, almeno fintantoché la prestazione non diventi impossibile o inesigibile per causa non imputabile (sorgendo, altrimenti, un diritto alla risarcimento), nell'affidamento, il soggetto protetto è fin da subito conscio del fatto che il risultato potrà fisiologicamente mancare e, in tal caso, non gli sarà concesso alcun rimedio.

La satisfattività non garantita – lo si ricorderà – aveva reso inaccettabile una ricostruzione della nostra figura nei termini di una pretesa. La scelta, allora, di rinvenire il perno della posizione giuridica che ci occupa nel 'confidare', oltre a evitare il ricorso all'idea di pretesa e a permettere di descrivere il carattere inattivo della posizione, consente di ravvisare nell'interesse legittimo una situazione di attesa nei confronti di un risultato, il cui prodursi è rimesso a una controparte e il cui mancato prodursi è sindacabile solo entro certi limiti, più o meno ampi, descritti dalla legge.

Il problema che si presenta più impellente ora – prima ancora di analizzare nel dettaglio i rimedi esperibili dal titolare – è comprendere quando l'interesse legittimo possa dirsi leso. Ossia quando si verificano quelle situazioni, già definite patologiche, in cui è assicurata una tutela.

Solo questo consentirà di comprendere appieno cos'è l'affidamento e soprattutto qual è la sua rilevanza giuridica.

Prima di passare oltre, vale la pena di chiarire che l'interesse del soggetto protetto non entra, nemmeno qui, nel contenuto della nostra posizione giuridica; esso rimane il suo presupposto, e come tale ne circoscrive il perimetro. Oggetto

intende l'affidamento, in senso tecnico, riferendolo a un fatto passato o presente (diversamente, invece, subito nel testo).

dell'interesse legittimo è l'attività di controparte, che verrà valutata secondo il parametro di buona fede, come subito vado a spiegare.

4. L'interesse legittimo come tutela contro la violazione della buona fede (ed eccezionalmente di fronte ad altri pregiudizi)³³⁸

L'interesse legittimo, come posizione che assicura una tutela all'affidamento, ha in sé un nucleo essenziale e varie appendici potenziali ed eventuali.

Se coesistente all'interesse legittimo è la protezione contro un'attività scorretta (e pregiudizievole) della controparte, come a breve dirò, vero è anche che possono rientrare nella nostra figura facoltà ulteriori³³⁹, come quelle – tipiche del diritto pubblico – di partecipazione al procedimento, le quali individuano uno spazio di azione del soggetto tutelato (a dire il vero, potrebbe pure sostenersi che qui si sia di fronte a specifiche declinazioni della buona fede, consistenti nel dare accesso a un'attività della controparte nel procedimento).

Ancor più interessante è il discorso relativo alla tutela – in forma specifica³⁴⁰ – prevista contro atti (contratti, negozi o provvedimenti amministrativi), che talvolta è pure slegata dall'esistenza di una condotta scorretta di controparte. In altri termini, l'annullamento di un provvedimento illegittimo o di un contratto invalido, che pur spesso sono previsti come forme di tutela accessorie dell'interesse legittimo, non sempre postulano un comportamento (concretizzatosi nell'atto) contrario a buona fede. A rigore, poi, il piano della scorrettezza e quello dell'invalidità andrebbero sempre tenuti distinti (seppur in un'ottica di complessa valutazione dei rimedi è inevitabile, ed è anche corretto, vederne le intime connessioni).

Il fatto è che l'affidamento, in cui consiste l'interesse legittimo, ha un contenuto variabile, oltre a un nocciolo invariabile. Essenziale è l'obbligo della controparte di comportarsi secondo buona fede, il cui contenuto varia con l'evolversi delle circostanze esterne. Esso non può che essere presidiato da un obbligo di risarcire il

³³⁸ Manca, in questo titolo, il riferimento a quella che di fatto non è nemmeno una tutela: ovvero la partecipazione al procedimento. Essa, però, solo a stento si può far rientrare nell'interesse legittimo; si potrebbe infatti anche supporre che le facoltà di partecipazione siano altrettante posizioni che si appuntano in capo al titolare dell'interesse legittimo, pur senza confluire in esso.

³³⁹ *Contra*, come noto, M.S. GIANNINI, *Discorso*, cit., p. 274 ss., che isolava «tre specie di interessi protetti», ossia gli «interessi di mera legittimazione», gli «interessi procedurali» e gli «interessi legittimi» (così in un certo senso replicando, per l'interesse legittimo, quella moltiplicazione interna che negli anni precedenti era avvenuta in Germania per il rapporto obbligatorio).

³⁴⁰ Utilizzo questa formula, stante la sua diffusione attuale. V. però L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., p. 157 ss., che mette in guardia circa la sua atecnicità.

danno in caso di violazione, non potendo essere attivato in forma specifica prima del momento della lesione (salve le ipotesi in cui risulta ammissibile una tutela inibitoria).

Accessoria è, invece, la necessità della controparte di emettere provvedimenti privi di certi vizi, per evitare la soggezione a un potere di impugnazione (che, comunque, non configura una sanzione: piuttosto, è la non soggezione a configurare una conseguenza favorevole per il soggetto astretto dalla *necessitas in parola*)³⁴¹. Sarà, volta per volta, l'ordinamento a individuare i vizi dell'atto, che possono affliggere quest'ultimo anche indipendentemente da ogni scorrettezza. Ove l'atto, però, ne sia colpito, il titolare dell'interesse legittimo sarà protetto anche per questa via, risultando

³⁴¹ Il punto è stato discusso dalla dottrina con riferimento alla responsabilità precontrattuale (v. ad esempio C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 575 ss.), anche con riguardo a quei casi in cui non vi è scorrettezza di una parte ma è comunque previsto un potere di annullare il negozio. Come noto, nell'originaria costruzione jheringhiana venivano abbracciate sotto il manto della colpa (e solo per una fedeltà verbale al principio *ohne Schuld keine Haftung*) tutte le mancate informazioni sulla validità del contratto, e perfino quelle la cui assenza non era certo imputabile alla parte tenuta al risarcimento. Come vedremo a tempo debito, la dottrina ha preferito allora parlare di 'garanzia' in questi casi, che oggi sono ripresi in parte dai §§ 122 e 179 BGB. Potrebbe allora sospettarsi che il contraente, che conclude un contratto nonostante il vizio del consenso, e pur in assenza di una scorrettezza, sia tenuto a garantire la sua controparte, e che tale garanzia si traduca in un onere di concludere contratti validi (per non subire poi la caducazione). A dire il vero, questa ricostruzione mi pare peccata di formalismo, soprattutto perché in certe ipotesi non vi è davvero la possibilità di ipotizzare un onere (si pensi a chi riceve una dichiarazione viziata da errore ostativo riconoscibile, con cui si accetta una proposta: il contratto sarà annullabile, ma di certo non vi è alcuna condotta tenuta in violazione dell'onere). Per di più, se si accetta l'idea che l'onere è una situazione soggettiva in cui la discrezionalità nell'esercizio di un potere è controllata dall'ordinamento in forma per così dire specifica, rendendo inefficace un certo esercizio (è la tesi di T. SCOZZAFAVA OBERDAN, voce *Onere*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, § 8), e comunque se si ammette che l'onere ha in sé un duplice elemento di dovere e di potere, e che questo è volto al soddisfacimento di un interesse del suo titolare, risulta abbastanza difficile comprendere come l'onere sia applicabile a chi sta di fronte a un interesse legittimo: giacché, ad esempio, chi conclude un contratto non ha nessun potere da esercitare, né un risultato positivo da raggiungere, ma solo vuole evitarne uno negativo (l'annullabilità). Del resto, non è detto che, se anche egli riconoscesse l'errore, la controparte vorrebbe comunque concludere il contratto: dunque, l'adempimento dell'onere non assicurerebbe qui affatto un esito positivo della vicenda. (Sul punto, comunque, rinvio per ulteriori considerazioni a P. BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 70 s.) Piuttosto, l'idea – a mio avviso del tutto corretta – per cui in questi casi l'annullabilità è prevista per tutelare l'interesse legittimo da un pregiudizio cristallizzatosi nell'atto va giustificata tenendo distinto, per l'appunto, questo rimedio dalla sanzione contro la violazione della buona fede (v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 104, che si pone tale quesito però in ambito in parte diverso; v. pure L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII-II, Torino, 2000, p. 322 s., che appare dubbioso nel qualificare la posizione di colui che subirà un annullamento del contratto per errore, pur senza aver compiuto alcuna scorrettezza). In questo senso, dovrà ritenersi che la controparte sia tenuta sì a rispettare l'interesse legittimo, ma che tale 'rispetto' si traduca in una posizione anch'essa autonoma da quelle già conosciute, ovvero non traducibile né in un obbligo, né in un onere; si tratta di un 'dovere legittimo', che impone di soddisfare l'interesse finale protetto nei limiti in cui la buona fede lo richiede e di subire eventuali caducazioni di atti pregiudizievoli nei limiti in cui ammesse dall'ordinamento (d'altro canto, quest'azione assomiglia a una sorta di inibitoria, che è volta però non a far cessare un comportamento – futuro, e magari non connotato da colpa o dolo –, ma a rimuovere dal diritto un atto). Tornerò oltre, nel testo e in nota, su questi profili.

abilitato a caducare l'atto³⁴². Questa forma di tutela specifica, tuttavia, è ulteriore e del tutto eventuale, nonostante la centralità che assume tradizionalmente nel diritto amministrativo (e pure, come dirò oltre, nel campo delle trattative, sotto forma di annullamento del contratto). Per cui le mie riflessioni, ora, saranno dedicate proprio al nucleo dell'interesse legittimo: ossia alla protezione nei confronti della lesione della buona fede.

Anticipando la tesi che ci occuperà nel prosieguo del lavoro, diremo che l'affidamento è violato ogni qual volta una parte leda la fiducia della sua controparte, adottando comportamenti in violazione delle regole di lealtà e correttezza, ossia della *bona fides*, della buona fede in senso oggettivo. Se così è, l'affidamento³⁴³ non può che rappresentare la forma giuridica di tutela della fiducia, della *fides*, lesa da ciò che vi si pone in antitesi, ovvero dal comportamento non conforme alla (*bona fides*)³⁴⁴, alla

³⁴² Secondo M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., § 6, «l'illegittimità del provvedimento, la lesione dell'interesse protetto integrano la fattispecie costitutiva di un potere (d'annullamento), che è il mezzo di tutela finale concesso all'amministrato per chiedere al giudice la rimozione dell'atto amministrativo (e con questa l'accertamento di quanto è di diritto nel rapporto controverso). L'affermazione va intesa nel ristretto significato che le si assegna, non serve a riaprire la falsa questione posta dalle dottrine che costruiscono l'interesse legittimo come una situazione che non preesiste al provvedimento ma nasce con esso, come conseguenza della lesione dell'interesse della vita a tutela del quale è riconosciuto. La vicenda normativa della protezione degli interessi va infatti vista in modo unitario: l'interesse legittimo va concepito come una figura di qualificazione (preesistente al provvedimento) che comporta l'adozione di misure; di queste misure la proposizione del ricorso giurisdizionale – o, se si vuole, la situazione che legittima all'azione – va considerata come la più importante (perché rappresenta il mezzo di tutela finale dell'interesse protetto), ma non come una misura a sé stante». Oggi, in seguito all'ammessa risarcibilità dell'interesse legittimo, e soprattutto ove si aderisca alla proposta di configurarlo come *facultas confidendi*, la «misura più importante», in quanto residuale, è quella del risarcimento del danno; l'annullamento del provvedimento è però prioritario in quanto rimedio in forma specifica e, soprattutto, in quanto ammesso pure in casi che non fanno nascere un obbligo risarcitorio.

³⁴³ Sul collegamento tra affidamento, fiducia e buona fede cfr. ancora V. PIETROBON, voce *Affidamento*, cit. Già E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 77, e poi L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, e oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 279.

³⁴⁴ L'uso di espressioni latine non deve far assolutamente credere che si voglia qui prendere posizione sul dibattito relativo ai rapporti tra *fides* arcaica (talvolta avvicinata ai concetti di affidamento o di fedeltà) e *bona fides* (la cui espressione sicuramente più nota ricorre di certo nei *iudicia bonae fidei*). Sul punto, comunque, cfr. G. GROSSO, *Buona fede (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 661 ss. (ove l'autore richiama, oltre al 'vincolo', la 'discrezionalità' insita nel rapporto instaurato «stringendo le destre» e il rispetto dell'affidamento); L. LOMBARDI, *Dalla fides*, cit., p. 139 ss. (ma già 3 ss.; cfr. anche la *Recensione* parzialmente critica di J. GAUDEMET, *Fides e bona fides*, in *LABEO*, 1963, p. 239 ss.); M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1967, p. 28 s. (ma in senso opposto al Lombardi, con riferimento alla *fides* nei rapporti clientelari, identificata nella limitazione di un potere e non nel potere stesso). Di recente v. L. MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali*, in *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 315 ss. Sulla buona fede romana v. molti dei saggi raccolti in AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, I-IV, Padova, 2003, a cura di L. Garofalo; e *ivi*, nel IV tomo, in particolare M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: Leerformeln e valori dell'ordinamento*, p. 1 ss.

buona fede in senso oggettivo³⁴⁵. *La buona fede, dunque, assume rilievo, ogniquale volta viene intesa in forma pura, non in un diritto, ma in un interesse legittimo*³⁴⁶.

³⁴⁵ Fin dalle origini del concetto di buona fede sembra possa distinguersi un concetto oggettivo e uno soggettivo. Cfr. ancora L. LOMBARDI, *Dalla 'fides'*, cit., p. 165 ss. e 209 ss.; G.P. MASSETTO, voce *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 133 ss. Se la distinzione tra buona fede oggettiva e soggettiva è oggi tranquillamente accettata (cfr. per tutti L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 158; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 341), è da ricordare come la discussione sul fondamento unitario o meno delle regole di buona fede (soprattutto in tema di contratti e in tema di possesso o genericamente di diritti reali) abbia impegnato nel passato generazioni di studiosi: si ricordi anzitutto il celebre dibattito, originato da un altrettanto noto processo, tra il Bruns e il Wächter, che vide editi un parere da parte di ciascuno nel corso del 1870 e una monografia a testa nei due anni successivi (ovvero C.G. VON WÄCHTER, *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums*, Leipzig, 1871, spec. p. 65 e 69 e C.G. BRUNS, *Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung*, Berlin, 1872, spec. p. 74 ss.); contributi notevoli furono anche quelli di P. BONFANTE, *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoria dell'errore*, in *Scritti giuridici vari*, 2, *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, p. 708 ss., spec. p. 717 ss. (ove l'autore propone una nozione unica di buona fede, così in parziale aderenza alle tesi del Bruns, per il resto ampiamente confutate; la teoria del Bonfante è seguita da A. MONTEL, *Buona fede*, in *Nov.mo Dig.*, II, Torino, 1968, p. 601 s.) e di A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, 1912 (non vidi). Sull'idea di un fondamento unitario della buona fede v'era ancora consenso verso la metà del secolo scorso (cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 69 ss., il quale comunque distingue buona fede soggettiva e oggettiva, ma la sua suddivisione comprendeva quattro gruppi, coincidenti, più o meno, con le fattispecie in cui compare la buona fede soggettiva come stato psicologico, con quelle in cui è tutelata un'apparenza, con le altre di lealtà durante le trattative e nell'esecuzione del contratto e, infine, con le ipotesi di buona fede nell'esecuzione dell'obbligazione e nell'interpretazione del contratto); essa, però, fu poi abbandonata, e oggi quasi tutti gli studiosi, come anticipato, concordano su quest'opinione, dandola quasi per scontata ed esimendosi da ogni cenno al riguardo (a patto di non cadere in nuove confusioni: ad esempio, va ben sottolineato che l'«affidamento», in cui G. GIAMPICCOLO, *La buona fede*, cit., p. 340, riduce la buona fede soggettiva, è ben diverso da quello che io collegherò al concetto di buona fede oggettiva: il primo, «affidamento ... di legalità del proprio comportamento, del quale l'agente ignora la concreta non conformità o contrarietà alla legge»; il secondo, un «affidamento nel soddisfacimento eventuale di un interesse» etc.). Il che non vuol dire, si badi, omettere di «identificare ... una dimensione comune» della buona fede soggettiva e oggettiva: v. L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 54. Su questi punti cfr. pure M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1. Non v'è nemmeno bisogno di ricordare la grandissima importanza che è oggi attribuita alla buona fede oggettiva nel nostro ordinamento: per rendersene conto, comunque, a parte la folta schiera di citazioni che potrebbero sovvenire, basti confrontare le voci relative al nostro istituto del Novissimo Digesto (risalente agli anni Sessanta) e dell'Enciclopedia Giuridica (come noto, ben più recente): nel primo caso è trattata quasi esclusivamente la buona fede in senso soggettivo, nel secondo quella oggettiva (anche se, come notano L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 5, e pure C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali, Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 21, non è andata in porto la proposta della prolusione maceratese di Rodotà, di una legislazione per principi). Sull'importante ruolo attuale della buona fede (che fa dell'oggi davvero «il tempo delle clausole generali», secondo un'espressione sempre di Rodotà) v. A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII-4**, Torino, 2004, p. IX dell'Introduzione. Sul tendenziale disinteresse del passato, anche da parte della dottrina: G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163 ss. Basti poi ricordare la decisione Cass. civ., 16 febbraio 1963, n. 357, commentata da S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, c. 1283 ss. (v. spec. c. 1284 s.), secondo cui «la violazione dei doveri generici di lealtà e di correttezza è fonte di responsabilità per danni solo quando concreti la violazione di un diritto altrui, riconosciuto in base ad altre norme», su cui prende posizione lo stesso G. STOLFI, *Il principio*, cit., p. 165 s. (ma v. pure sempre S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *BBTC*, 1965, p. 149 ss.); essa appartiene davvero a un'altra epoca, oggi lontanissima.

Si badi: l'affidamento, alla luce di quanto scrivevo nell'ultimo paragrafo, è a un risultato futuro. Non è dunque quello alla validità di un atto, o alla non contraddittorietà di un comportamento; non è nemmeno quello al rispetto da parte altrui della buona fede. L'affidamento, è, invece, nella presenza di un risultato positivo o nella mancanza di un risultato negativo³⁴⁷. Tornerò spesso su questo punto.

Le osservazioni svolte giustificano quel collegamento tra affidamento e buona fede³⁴⁸, cui dedicheremo specifica attenzione: chi nutre un affidamento in un'attività

³⁴⁶ In questo senso l'interesse legittimo rappresenta la tutela della buona fede 'allo stato puro', dando tra l'altro «veste formale» all'affidamento (recupero uno spunto sotteso a E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 957). D'altro canto, l'interesse legittimo, così ricostruito, risponderebbe alla «odierna rinnovata necessità» dell'azione di dolo (cfr. V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, p. 88). *Contra*, però L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo*, cit., § 8, ove l'autrice si scaglia impetuosamente contro coloro che confondono buona fede e interesse legittimo: le due nozioni potrebbero accoppiarsi solo a patto di ritenere che la buona fede, come «criterio relazionale e qualitativo destinato ad intervenire in una pluralità di ipotesi affatto diverse» e come «criterio di rilevanza di interessi, contribuisca se del caso a segnare il *proprium* di ciò che, anche in diritto privato, dovrebbe essere discrezionalità. Purché un distorto uso di tale criterio non contribuisca a trasformare ciò che dovrebbe essere interesse legittimo in un diritto soggettivo all'osservanza della normativa di correttezza e buona fede e, pertanto, anche al già ricordato corretto esercizio di un potere altrui». Donde emerge la differenza tra la mia tesi e questa, che, da un lato, sta nel mio ripudio del concetto di discrezionalità dal terreno dell'interesse legittimo (ove l'ho sostituito semmai con l'eventualità), e pure di quello di complementarità tra situazioni giuridiche (ché, invece, secondo me esse sono sempre in conflitto nell'interesse legittimo); dall'altro, nell'idea per cui non può esistere una pretesa al rispetto della buona fede (giacché essa non sarebbe un vero e proprio credito). *Contra*, e da un punto di vista opposto, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 182, nt. 149, secondo cui «l'interesse legittimo è il frutto nobile di una stagione antica dei rapporti tra cittadino e p.a., rapporti che si tratta però oramai di rendere paritari proprio mediante la logica del diritto privato». L'autore, del resto, sottolinea come l'interesse legittimo non trovi spazio nel diritto privato: senonché, a mio avviso, egli si riferisce a un modello di interesse legittimo molto differente da quello che vado proponendo.

³⁴⁷ Come emergerà nel corso dell'esposizione, di affidamento si può parlare in moltissimi modi: l'affidamento nella validità di un atto (un affidamento, dunque, al passato o al presente), nella non contraddittorietà di un comportamento, nel rispetto da parte altrui della buona fede, e così via. Ovvio che il mio concetto di affidamento è frutto di una convenzione stipulativa; l'ingresso della buona fede, come secondo polo, è però inevitabile, là dove non definisca l'oggetto di questo affidamento e lo si abbandoni alle clausole generali.

³⁴⁸ V. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 77 sul collegamento tra buona fede e affidamento. Cfr. però L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.)*, Pisa, 1970, p. 32 (ma v. pure p. 68 s., nt. 115, ed EAD., voce *Buona fede*, cit., p. 173), secondo cui la buona fede non si riduce al 'reciproco affidamento' (contestando F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁹, cit., p. 148, secondo il quale il senso finale della buona fede stava sempre nell'affidamento). Ma la posizione dell'autrice è, da un lato, frutto di quella convenzione terminologica, che implicitamente collega l'affidamento al dettato dell'art. 1338 c.c. e, in generale, all'espressione 'principio dell'affidamento' (come antitesi rispetto al 'principio della volontà', o comunque come dovere di astensione dal creare, speculare su e non correggere falsi affidamenti: così C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 211); dall'altro, sminuisce eccessivamente lo spazio evocato dalla parola 'affidamento' (che non si pone quale declinazione di un certo modo di intendere la buona fede, ma è, nella mia prospettiva, l'esatto corrisponde della buona fede; sull'«affidamento reciproco», che veniva evocato anche dalla Relazione al codice, al § 557, v. pure A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 289, secondo cui la formula non vuol dire nulla, o comunque è nebulosa, e G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 s.).

altrui può contare, essenzialmente, sul fatto che la controparte lo rispetti, e cioè si comporti secondo correttezza nello svolgere proprio tale attività.

Fino a qua, si potrebbe dire, si è ancora nell'ambito delle definizioni stipulative; tuttavia, l'aver richiamato la 'buona fede' (o la 'correttezza', che è lo stesso³⁴⁹) richiede alcune prese di posizione su questo concetto, davvero centrale nel discorso giuridico, tanto antico quanto moderno.

Non si può sottacere che presso la civilistica si sono espressi spesso dubbi sulla validità di una definizione generale della buona fede³⁵⁰. Essi perdono di consistenza solo attraverso l'analisi funzionalistica³⁵¹: è più efficace, infatti, domandarsi come agisca in concreto la buona fede, piuttosto che cosa essa sia.

Per rispondere a questi interrogativi, però, risulta anzitutto necessaria una breve parentesi sul concetto stesso di clausola generale³⁵², che si pone a monte rispetto

³⁴⁹ Secondo E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 76, «la correttezza si concreta normalmente in un contegno essenzialmente negativo», mentre «la buona fede nel senso pregnante che assume nell'ambito dei rapporti di obbligazione ... consiste in un atteggiamento di fattiva cooperazione». Tutta la dottrina successiva, però, ha rigettato la differenza (v. tra tutti G. STOLFI, *Il principio*, cit., p. 163; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 147; C.M. BIANCA, *La nozione*, cit., p. 205, nt. 1; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 179). Cfr. pure A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 290 ss., il quale si pone anche il problema dei rapporti tra art. 1175 c.c. e 1375 c.c. A mio avviso, se una distinzione deve trarsi, può sostenersi che l'art. 1175 c.c. gravi sia su debitore, sia su creditore, ma in forme e con funzioni diverse (da un lato integrativa, dall'altro correttiva; da un lato arricchendo un credito, dall'altro per mezzo di un interesse legittimo); l'art. 1375 c.c., viceversa, assicura quel costante contatto tra forme giuridiche contrattuali e assetto degli interessi originariamente convenuto dai paciscenti, onde assicurarne la corrispondenza anche là dove il contratto si allontana temporalmente (la regola giuridica, e non l'assetto in sé, che anzi ha in sé i mezzi, attraverso buona fede, per evolversi o bloccarsi). Per uno spunto in tal senso v. G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 73 s. (il quale, però, sminuiva per il resto il ruolo dell'art. 1375 c.c.: che invece, a mio avviso, corrisponde per il resto all'art. 1175 c.c.).

³⁵⁰ V. M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, cit., p. 2 (nonché 4 e 7).

³⁵¹ V. ancora M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, cit., p. 2.

³⁵² Il termine è nato con il famoso scritto (ove si esprimeva preoccupazione, per l'appunto, per la «fuga nelle clausole generali») di J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933 (già p. 2). Sul tema v.: A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss. (in parte confluito poi in ID., sub *art. 1175 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 305 ss., nt. 1); L. MENGONI, *Spunti*, cit., p. 165 ss. (su cui v. L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 411 ss.), e già (in una prima versione) in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 5 ss. (da cui citerò); C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ivi*, p. 21 ss.; S. RODOTÀ, *Conclusioni: il tempo delle clausole generali*, *ivi*, p. 249 ss.; ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1 ss.; A. GUARNERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 113 ss.; F. ASTONE, sub *art. 1366 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2011, p. 513 ss.; E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 183 ss. Sulla buona fede come clausola generale (anzi, come modello di clausola generale): A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 541; A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 497 ss.; V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., p. 37 ss.

all'identificazione della buona fede (la quale, a sua volta, costituisce quasi il 'modello' di clausola generale).

In prima approssimazione, potremmo ritenere che la 'clausola generale' sia una norma che, anziché porre una fattispecie analitica, resta vaga, lasciando al giudice il compito di concretizzarla. Così facendo, però, non si evidenzia il *proprium* della clausola generale, giacché la si accomuna ad altre nozioni, quale quella di 'concetto indeterminato'³⁵³. D'altro canto, la definizione menzionata risulta poco precisa, giacché non chiarisce se la differenza tra norma a fattispecie analitica e clausola generale sia di tipo qualitativo o quantitativo³⁵⁴.

Ovvio che ogni norma, in quanto tale, è soggetta a un'interpretazione, e con ciò a un'attività creativa da parte di chi la pone in essere³⁵⁵. Anzi, si può perfino ritenere che, prima dell'opera del giudice, la norma non esista: e ciò varrebbe pure per le disposizioni puntuali.

Tuttavia, se questo è vero (e ineccepibile³⁵⁶) dal punto di vista della realtà dei fatti, nell'ottica ordinamentale vige l'assioma contrario³⁵⁷, su cui si basa convenzionalmente l'ordinamento stesso: ovverosia, che la norma preesista all'attività ermeneutica, e che il giudice si limiti a compiere un'attività dichiarativa³⁵⁸. L'ingenuità

³⁵³ Come noto, K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., distingueva tra concetti giuridici indeterminati, concetti normativi, clausole generali e il libero apprezzamento.

³⁵⁴ V. E. FABIANI, voce *Clausola generale*, cit., 192 ss. Nel secondo senso, tra gli altri, S. RODOTÀ, *Conclusioni*, cit., p. 262, secondo cui nell'ambito delle clausole generali vi è una «sospensione del giudizio da parte del legislatore, la sua remissione ad una competenza diversa».

³⁵⁵ Basterebbe ricordare tutti i contributi della filosofia Novecentesca, con il superamento dello stretto positivismo (che, a dire il vero, ha forse avuto un'importanza solo nel torno di anni di fine Settecento), e in specie la filosofia ermeneutica. Rinvio, al riguardo, ai §§ dell'Introduzione. Una visione peculiare, per cui non la giurisprudenza, ma l'effettività crea il diritto, v. C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 787 ss. (ma, probabilmente, si tratta di prospettive diverse: da un lato si guarda al diritto come ordinamento generale, e semmai agli elementi che corrispondono alla precomprensione del giudice, dall'altro alla regola anche del singolo caso).

³⁵⁶ V. oggi N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 5 ss., secondo cui «gli enunciati normativi ... non si pongono all'attenzione di chi deve applicarli come meri fatti, completamente assimilabili agli eventi fisici, chimici o biologici e quindi in quanto tali sottoponibili ad un procedimento di verifica misurabile secondo parametri predefiniti. Essi invece si esprimono come proposizioni linguistiche, cioè come discorso intorno ad altri fatti, per intendere il quale non può prescindere dall'intervento determinante dell'operatore».

³⁵⁷ Fermo restando che anche la misura dei fatti, anche la più semplice, resta opinabile. La modernità ha insegnato il dubbio e la probabilità; l'ermeneutica giuridica ha mostrato l'influsso dell'interprete nel risultato dell'interpretazione. Ciò non toglie che l'ordinamento giuridico si basi sull'idea per cui la norma preesista alla sua creazione giudiziale: e, se questo deve valere con riferimento alle norme più semplici (in cui comunque vi è un atto creativo), lo stesso varrà anche per quelle in cui la creazione è più evidente.

³⁵⁸ Un ragionamento di questo tipo, del resto, è alla base dell'accoglimento della teoria delle posizioni giuridiche (v. § 1 di questo Capitolo); della teoria della fattispecie (v. questo §); della teoria dell'abuso del diritto come secondo livello normativo (v. §§ 1 ss. del primo Capitolo della Parte Seconda). L'idea di Aurelio Gentili, che pur a suo tempo accoglievo, di una precedenza della pretesa rispetto al diritto non credo confuti questi assunti: essa, infatti, svela gli archetipi del discorso giuridico;

di quest'idea, comunque, è ben presente anche al legislatore, se è vero, ad esempio, che fenomeni quali il contrasto pratico tra giudicati non sono sempre osteggiati, e possono verificarsi.

Potremmo, con i dovuti distinguo, avvicinare l'interpretazione delle norme a fattispecie analitica – come attività dichiarativa, nell'ottica legale – alle valutazioni scientifiche semplici, e per questo non opinabili (o, meglio, dotate di un bassissimo tasso di opinabilità)³⁵⁹, affidate dal legislatore alla p.a., e per ciò stesso soggette a un sindacato pieno del giudice.

Nel caso della clausola generale, come pure dei concetti generici, il legislatore stesso, a dire il vero, amplia notevolmente i margini di interpretazione-creazione del giudice. L'allontanarsi dai giudizi semplici lascia apprezzare il compito integrativo del giudice, assegnandogli larghi spazi di originalità.

La differenza tra queste ipotesi³⁶⁰ sta, a mio avviso, nel fatto che in un caso è proprio l'ordinamento a predisporre un'ampia fattispecie; nell'altro, invece, è l'ordinamento a creare solo un frammento³⁶¹ di fattispecie, non tanto demandando al

viceversa, quello che svolgo nel testo è proprio un discorso giuridico, che assume come postulato la completezza dell'ordinamento.

³⁵⁹ Il paragone non è causale: ho in mente gli studi della dottrina amministrativistica sulla discrezionalità tecnica e amministrativa, su cui v. dettagliatamente nel § 1 del Capitolo terzo della Parte. Di una diversa discrezionalità, come «valutazione comparativa di interessi concretamente confliggenti», parla M. LIBERTINI, *Clausole generali*, cit., p. 137.

³⁶⁰ Riconosciuta, ad esempio, da A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 539 ss., sulla scia di Engisch (l'autore – v. pure sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 305 ss., nt. 1 – inserisce tra le clausole generali pure la 'giusta causa' di cui alla disciplina del licenziamento; così pure S. RODOTÀ, *Conclusione*, cit., p. 263, mentre contrario L. MENGONI, *Spunti*, cit., p. 9). *Contra*, invece, S. RODOTÀ, *Conclusione*, cit., p. 263 ss., per cui la differenza tra clausole generali e concetti indeterminati starebbe nell'intenzionalità o meno dell'indeterminatezza (Dello stesso autore non si può non ricordare il notissimo *Ideologie*, cit., spec. p. 94 ss., ove si prendeva posizione sulla necessità di una legislazione per clausole generali, di modo che fosse il giudice a dare «concretezza applicativa» ai principi dettati per legge [p. 91]: clausole che avrebbero dovuto essere formulate elasticamente per guidare la veloce dinamica delle società moderne, esprimendo così allo stesso tempo la capacità espansiva dei principi costituzionali [p. 94 s.]. V. pure ID., *Le fonti*, cit., p. 184 ss. Visione più mite, ma in qualche modo vicina, è quella di A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 495 e 508. Anche C. CASTRONOVO, *L'avventura*, cit., p. 22 (ma v. già ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 97 ss.) sottolineando come l'interpretazione sia sempre attività creativa, ne deduce che non si può affermare una diversità ontologica tra il giudizio che avviene tramite una clausola generale e quello che avviene con l'interpretazione di una norma più o meno puntuale: e, dunque, il diverso meccanismo di funzionamento di clausole generali e (soprattutto) concetti giuridici indeterminati (comunque riconosciuto dallo stesso Castronovo: p. 24, nt. 14, e p. 26) non denota una loro diversità «di essenza», ma solo «quantitativa». Così pure, più di recente, M. BARCELLONA, *Clausole generali*, cit., p. 22

³⁶¹ La terminologia è di L. MENGONI, *Spunti*, cit., p. 10, che la usava però in altro senso, e precisamente per sottolineare che la clausola generale, lungi dall'essere una norma o un precetto generale, oppure un principio assiomatico o dogmatico o una semplice massima di origine retorica, è una norma incompleta, che si concretizza «nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni». Il che, comunque, è assolutamente corretto. Ho preso a prestito l'espressione per la sua carica figurativa: ma debbo avvertire che l'autore, al contrario di quanto vado scrivendo nel testo, riteneva, a proposito del ruolo del giudice nell'applicare la clausola generale, che essa fosse una «norm[a] di direttiva, che

giudice il compito di riempire il segmento lasciato scoperto, quanto contemplando un rinvio alla sensibilità sociale³⁶² per il completamento della regola. In tal senso potrebbe dirsi che il legislatore rinuncia di fatto a completare la fattispecie, limitandosi a creare una base normativa affinché regole formati (o formantisi) a livello sociale entrino nel discorso giuridico³⁶³.

Se così è, però, deve supporre che – sempre nella prospettiva legale – il giudice in nessuno di questi casi crei la norma: a lui è semplicemente chiesto di scoprirla.

Questa conclusione potrebbe sembrare vagamente positivista: tuttavia, a me sembra corretta, giacché in linea con l'assioma di cui ho detto. In altri termini: essa non è in sé vera (come non è mai autenticamente vera la distinzione tra interpretazione e creazione, giacché sempre vi è uno spazio di libertà, per quanto minimo, per il giudice³⁶⁴), ma concorda con il postulato su cui si basa il sistema legale.

Tuttavia, lo stesso esito – volendo – potrebbe anche argomentarsi diversamente, lasciando perdere il rinvio a una norma preesistente, e valorizzando la disomogeneità

[delega] al giudice la formazione della norma [concreta] di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale» (p. 12).

³⁶² Cfr. A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 542 (per cui «l'uso delle clausole generali serve anche a consentire l'ingresso, nel mondo del diritto, a principio o criteri extra-legislativi»). Di recente v. anche F. FORCELLINI-A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 454 s.

³⁶³ Non molto dissimile l'idea di A. FALZEA, *Gli standards valutativi*, cit., p. 1 ss. Non sono però del tutto certo del fatto che, come scrive l'autorevole studioso, la recezione sia «diretta», non subendo i modelli di comportamento una «riformulazione costitutiva». Così probabilmente non è: ad esempio, una scorrettezza che concreta dolo incidente sarebbe contraria a buona fede, anche se l'etica non lo prevedesse, in un certo momento storico, come tale. Davanti alla necessità di giustificare quest'integrazione delle norme sociali nel sistema, che può finanche mutarne il contenuto, credo si debba tener conto dell'avvertimento di chi ha ritenuto che la clausola generale, e in particolare la buona fede possa richiedere uno sguardo ampio, che guarda tanto alla morale (individuale o sociale), quanto al diritto (ed eventualmente *in primis* al diritto). V. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 65 ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali*, cit., p. 117 ss., spec. p. 121; non distante era già U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 34. Effettivamente, potrebbe darsi il comportamento corretto sia quello che terrebbe un uomo onesto, che volesse conformarsi ai principi etici e giuridici (tanto più che il diritto, così, sarebbe visto quale aspetto della società); e, forse, ancora più penetrantemente, potrebbe darsi che il richiamo di cui alla buona fede miri anzitutto all'integrazione tramite il rinvio interno all'ordinamento, e solo successivamente tramite l'ingresso di valori sociali e metagiuridici. Certamente, però, quest'idea sospinge verso l'altra interpretazione della clausola generale, cui subito passo nel testo. Potrebbe, però, anche ritenersi – più in linea con la prospettiva del 'rinvio' – che la norma di buona fede, entrata nell'ordinamento, venga – in virtù di un'interpretazione sistematica – ridotta o potenziata: ma una tale ottica non mi persuade del tutto. Il punto, comunque, non è molto importante, giacché sempre (o almeno quasi sempre) il giudizio di buona fede, svolto alla luce dell'etica, corrisponde alle esigenze dell'ordinamento (e nulla ha a che vedere con l'ipotesi in cui il legislatore specifichi e declini la buona fede, perché in quel caso non vi sarà più l'esigenza di far riferimento alla clausola generale). Tuttavia, esso potrebbe avere un rilievo nell'ambito dei problemi posti dai vizi del consenso, nonché in ordine all'interpretazione dell'art. 2043 c.c. (là dove parte della dottrina contesta che la previsione contenga una clausola generale, giacché essa non rimanderebbe a dati sociali, ma sempre e comunque all'ordinamento).

³⁶⁴ E. FABIANI, voce *Clausola generale*, cit., p. 222.

tra la regola etica e quella giuridica³⁶⁵. Si dirà, allora, e probabilmente in modo più condivisibile, che l'ordinamento ha fornito al giudice un direttiva per 'rinvenire la norma'; e che il giudice vi si atterrà, andando alla ricerca della norma. Esattamente come lo scienziato che, nel compiere un complicato apprezzamento, non 'crea il risultato', ma lo 'scopre', pur senza avere l'evidente sicurezza della sua veridicità (ciò che importa è che non si sia discostato dalle direttive che lo vincolano: e che, però, potrebbero condurre due scienziati diversi a due esiti opposti, entrambi – si direbbe –, più che 'veri', 'validi').

La clausola generale, in ambedue le prospettive, parrebbe piuttosto avvicinarsi a quelle valutazioni scientifiche complesse³⁶⁶, che il legislatore vuole riservare alla p.a., precludendo al giudice di compiere una nuova valutazione ove quella amministrativa non sia gravemente viziata nelle sue linee esteriori. Così, pure la clausola generale, in quanto norma 'vaga', affiderebbe un compito valutativo-dichiarativo al giudice: un compito riservato all'organo giudiziario³⁶⁷, e per ciò stesso interamente rivedibile nei vari gradi di giudizio. Mancherebbe qui una duplicità di soggetti, e dunque quel limite al sindacato dell'attività valutativa altrui, che vi è nell'ambito degli apprezzamenti tecnici riservati alla p.a. Anche se, a ben vedere, potrebbe recuperarsi questo confronto, tenendo conto che le decisioni dei giudici vanno soggette alla verifica scientifica della dottrina³⁶⁸: ma indagare questo punto ci porterebbe troppo lontano dalla meta.

L'attività di chi applica una clausola generale è da dirsi interpretativa, anche se dotata di elevati margini di opinabilità, e riservata all'ordine giudiziario.

D'altro canto, ciò è in linea con l'osservazione, per cui il legislatore stesso può sancire qual è la norma di buona fede in un certo contesto, così declinando la buona fede stessa senza farle perdere la sua natura (lo vedremo a breve), e con quella diversa annotazione, stando alla quale la regola di correttezza non è semplicemente recepita dall'etica, ma è filtrata dall'ordinamento, che ne pretende la coerenza sistematica.

Presterò dunque fede, nell'ambito di questo contributo, all'idea per cui la clausola generale si contrappone, quale tecnica normativa, alla 'fattispecie analitica',

³⁶⁵ L. MENGONI, *Spunti*, cit., p. 11.

³⁶⁶ V. ancora il § 1 del Capitolo terzo della Parte.

³⁶⁷ Compresa la Cassazione. Su questo problema v. E. FABIANI, voce *Clausola generale*, cit., p. 227 ss., nonché la monografia di F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983.

³⁶⁸ In questo senso il controllo sull'uso delle clausole generali non sarebbe rimesso all'elaborazione di figure sintomatiche (così S. RODOTÀ, *Le fonti*, cit., p. 163 ss.) o di *Fallgruppen* (così la scienza giuridica tedesca, e sulla sua scia v. S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 266 ss.), ma alla verifica della razionalità del percorso argomentativo (adeguatamente motivato anche sul piano del riferimento ai valori richiamati dal legislatore) volto a riempire di contenuto la clausola.

senza però contraddire l'idea stessa di fattispecie, da cui tutto l'ordinamento giuridico è tuttora dominato³⁶⁹.

Ciò che risulterà della massima importanza nell'ambito dello studio delle forme di tutela dell'interesse legittimo: giacché esse si potranno accostare, anche se basate ora su 'norme di comportamento', ora su 'norme di validità' o 'di procedimento', solo se si ammetta che entrambe sono norme di fattispecie, e non solo le prime (d'altro canto, la contrapposizione tra regole di fattispecie e regole di condotta, a mio avviso, utilizza una nozione ristretta di fattispecie)³⁷⁰.

Possiamo, allora, tornare alla buona fede, che costituisce non solo 'una' clausola generale, ma quasi il modello di questo concetto. La dottrina moderna, sempre più avveza all'impiego di clausole generali, e tra queste di quella di buona fede o correttezza versata anzitutto negli artt. 1175 e 1375 c.c., riconosce il più delle volte la polifunzionalità del principio di buona fede, il quale viene richiamato³⁷¹ – pur sempre

³⁶⁹ Sul concetto di fattispecie v. A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, §§ 1 ss.; ID., *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 433 ss.; A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, §§ 1 ss.; ID., voce *Efficacia*, cit., §§ 1 ss.; M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino, 1939; D. RUBINO, *La fattispecie*, cit.; N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Nov.mo Dig.*, XV, Torino, 1968, p. 1094 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 1 ss.; ID., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331 ss. Recentissima la discussione tra N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss., e A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla 'fattispecie'*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 245 ss. (anche per l'interessante osservazione, secondo cui il metodo tipologico – su cui v. ovviamente G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, spec. p. 121 ss. – più che contraddire la tecnica della fattispecie, costituisce metodo di riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta alternativo rispetto alla sussunzione).

Sul problema dei rapporti tra fattispecie e negozio giuridico v., per un cenno, oltre. Sul procedimento e la fattispecie v. oltre, nel § 5 di questo Capitolo.

³⁷⁰ V. A. FALZEA, *Gli standards valutativi*, cit., p. 1 ss. Solo in parte così, invece, L. MENGONI, *Spunti*, cit., p. 18: le categorie dogmatiche attraverso cui si esprimono le clausole generali, pur non esaurendone il contenuto (giacché esse sono «costantemente aperte alla possibilità di nuove applicazioni»), «consolidano, integrandole nel sistema con la tecnica della fattispecie, una serie di ipotesi applicative già verificate dall'esperienza». Non molto distante S. PATTI, *L'interpretazione*, cit., p. 268. Contra A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 546

³⁷¹ Molte, come noto, sono le previsioni del codice civile che richiamano buona fede e correttezza: basti pensare agli artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375, 1460, comma 2, c.c. (ma M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, cit., p. 2, aggiungono anche gli artt. 1206 e 1226 c.c.; e forse pure l'art. 1227 c.c. non è estraneo all'ordine di idee in parola; v. pure, tra gli altri, gli artt. 1746, 1749 e 2598 c.c.); oggi figurano nell'elenco anche disposizioni extracodicistiche (v. ad esempio l'art. 33, comma 1, c.c., nonostante l'imprecisa formulazione che utilizza 'malgrado' nel senso di 'in contrasto con'). Altre, come noto, si riferiscono alla buona fede soggettiva, specie possessoria; di questi non mi occupo. La tutela dell'affidamento, d'altro canto, è il principio su cui poggiano previsioni come quelle dell'art. 1338 e 1398 c.c., o degli artt. 21-*quinqies* e 21-*nonies*, l. 241/1990.

in materia di obbligazioni – in funzione ora «integrativa», ora «etica», ora «correttiva»³⁷², secondo una tripartizione che rimanda a un noto studio di Wieacker³⁷³.

Si varia così da un uso volto a permettere il «completamento», se non forse la mera esplicitazione, «di quanto può ritenersi già contenuto ... in quello che è stato definito il ‘piano’ della obbligazione», a un utilizzo diretto a consentire il «controllo etico dell’agire dei soggetti» (esaltando il collegamento tra buona fede ed abuso del diritto, che ci impegnerà oltre)³⁷⁴; infine, al richiamo della buona fede ci si è appigliati in funzione addirittura «di rottura, dovuta a scelte etico-sociali, del diritto contenuto nelle leggi e nei codici».

Un così vasto panorama impone di delimitare l’ambito dell’indagine.

Premetto subito, allora, che l’impiego della buona fede integrativa³⁷⁵ è stato spesso criticato, giacché parte della dottrina ha ritenuto inconferente, o superfluo, attribuire alla correttezza una tale funzione. Basterebbe, si è osservato, rendersi conto della latitudine del concetto di ‘prestazione’, per abbandonare ogni necessità di utilizzo della buona fede al fine di completare qualcosa che è, in sé, già completo, e richiede piuttosto un sindacato giudiziario atto a valutare la correttezza, per l’appunto, del comportamento esecutivo dell’obbligo³⁷⁶.

Ma anche la funzione correttiva della buona fede è stata oggetto di un noto dibattito³⁷⁷, che ne mina le fondamenta e, comunque, ostacola il tentativo di porla alla base del discorso.

L’ultimo utilizzo della buona fede, quello ‘etico’, è meno controverso: ed è, tra l’altro, proprio quello che si pone in posizione corrispettiva rispetto all’affidamento di un soggetto. Se l’affidamento è ‘in un’attività che può eventualmente arrecare un risultato utile’, non vi è dubbio che di fronte a esso vi sia un soggetto o, meglio,

³⁷² V. A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 311 ss. V. pure E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili*, cit., p. 179 ss., per una rassegna delle opinioni formulate in dottrina, e pure C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 147 ss.

³⁷³ F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956. Oggi, sul § 242 BGB, v. D. MEDICUS-S. LORENZ, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 2008, p. 73 ss.

³⁷⁴ Su questi due usi v. già le uniche previsioni che nel codice del 1865 parlavano di buona fede: l’art. 1124, sulla buona fede *in executivis*, e gli artt. 1733 e 1734 sulla buona fede nel caso di recesso dal contratto di società.

³⁷⁵ Più ampiamente in A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 316 ss. V. pure S. RODOTÀ, *Il principio*, cit., p. 150.

³⁷⁶ Cfr. A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 312 (e poi 319 ss.), con rinvio, ovviamente, a U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984, p. 12 ss.; alle parole di di Majò risponde L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 172, nt. 68 (e v. pure EAD., *La buona fede*, cit., p. 54). Tornerò a fondo, oltre, su questo dibattito.

³⁷⁷ Ricordato sempre da A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 315. V. J. ESSER, § 242 BGB und *Privatautonomie*, in *JZ*, 1965, p. 555 ss., che (p. 556) parla del pericolo di un *richterliches Interventionismus*. D’altro canto, la buona fede in funzione correttiva non pare richiedere categorie dogmatiche rigide attraverso cui essere applicata: anzi, sembra rifuggerne, con tutti i rischi che ciò porta con sé.

l'azione di un soggetto, la quale, lungi dall'essere interamente libera, è parzialmente vincolata, e lo è proprio dal richiamo alla buona fede.

È, allora, sulla buona fede in funzione 'etica' che dovremmo concentrare gli sforzi³⁷⁸: la buona fede, in altri termini, diretta a valutare un comportamento che, nei confronti della controparte, sarebbe in sé formalmente legittimo, ma sostanzialmente ingiusto.

Potrei accontentarmi di questa annotazione: ma sono persuaso che il discorso sull'interesse legittimo possa contribuire a chiarire, più in generale, il ruolo della buona fede nel nostro ordinamento: tanto più che, ripeto, non può scindere l'analisi del concetto di correttezza dallo studio del suo *modus operandi*, giacché il primo, ove non rinviene una dimensione dogmaticamente accettabile per entrare in azione, resta oscuro o comunque sfuggente.

Il concetto di buona fede, effettivamente proprio per la sua vaghezza si presta a diversissime interpretazioni: tutte, di per sé, ammissibili. In un'ottica vastissima, anzi, la buona fede appare essere la *Grundnorm* di tutto l'ordinamento: se ne abbeverano quelle che – come vedremo nel corso di questo lavoro – sono le tre forme di responsabilità, che a loro volta corrispondono ai tre principi fondamentali attorno a cui ruota la convivenza sociale, secondo il noto motto ulpiano che annovera, tra gli *iuris praecepta*, l'*honeste vivere*, il *suum cuique tribuere* e l'*alterum non laedere*³⁷⁹.

Tutto, dunque, è correttezza³⁸⁰: ma la correttezza stessa può assumere forme differenti. Tendenzialmente, il precetto del *suum cuique tribuere* è al fondo della disciplina della responsabilità contrattuale³⁸¹, mentre quello dell'*alterum non laedere* corrisponde al sistema di responsabilità aquiliana. L'*honeste vivere*, invece, non ha nella storia trovato una categoria giuridica di riferimento. Tanto più che il 'vivere onestamente', in realtà, sembrerebbe raccogliere gli altri due precetti: anche 'dare a ciascuno il suo' e 'non ledere i suoi interessi' sono regole del vivere civile.

L'*honeste vivere*, dunque, si differenzia perché è meno specifico degli altri due grandi principi: anzi, potremmo dire – in un'ottica attualizzante – che esso è a-specifico, come a-specifica è la tutela della buona fede 'allo stato puro'. Tuttavia, la mancanza di una categoria di riferimento fa sì che esso debba esplicitarsi o nell'uno, o nell'altro insieme, oppure in un *tertium genus* che lo accolga e gli dia forma. Dal

³⁷⁸ V. E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili*, cit., p. 183: «dovendosi considerare la regola della correttezza innanzitutto nella sua autonoma rilevanza, è inevitabile aderire, alla luce del suo significato applicativo e del contesto normativo della sua disciplina, alla tesi valutativo-conformativa».

³⁷⁹ D. 1.1.10.

³⁸⁰ Cfr. A. LA TORRE, *L'eredità romanistica nel diritto civile*, oggi in *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, *Diritto civile*, 2008, p. 42.

³⁸¹ Oltre che, probabilmente, della tutela *in rem*, predisposta per la proprietà e gli altri diritti reali (e in generale oltre a tutte le tutele soddisfattorie, reali, che poggiano sul riconoscimento di un diritto).

principio, alla regola³⁸²: vi è la necessità, quindi, di comprendere in che senso l'*boneste vivere* si declini dogmaticamente³⁸³.

Non si può quindi negare che dei tre principi in parola, due abbiano trovato accoglimento nel nostro ordinamento, mentre uno sia stato relegato su di un piano diverso. Ma non è tutto: la responsabilità contrattuale, come quella extracontrattuale, si appuntano ora sulla violazione di un diritto di credito, ora sulla lesione di altre posizioni giuridiche (o di un credito, ma non da parte del debitore). Si tratta, cioè, non solo di costruzioni dogmaticate attraverso cui dare rilievo agli *iuris praecepta*, ma pure di costruzioni che, pur mosse dalla buona fede, se ne distanziano.

Mi spiego: la logica contrattuale e quella aquiliana sono dominate da posizioni giuridiche 'formali' e 'rigide', le quali non hanno nulla dell'elasticità del principio di buona fede che, a livello generalissimo, poteva esserne alla base. Basti pensare al caso dei contratti: se è vero che nel nostro ordinamento essi sono tutti *iudicia bonae fidei*, è vero pure che, in assenza dell'art. 1175 c.c. e 1375 c.c., le parti si vedrebbero assegnati rigidi diritti di credito (penso al contratto obbligatorio, che è il modello fondamentale), insensibili agli scarti rispetto all'assetto di interessi diviso dalle parti, come pure ai mutamenti delle circostanze, e così via dicendo.

Il legislatore non poteva restare inerte dinnanzi a questa situazione, in cui v'è il pericolo che la stessa rigidità dogmatica, nata per offrire forma ai principi primi dell'ordinamento, si riveli contrastante con questi scopi.

È in quest'ottica, allora, che la buona fede assume un significato diverso e più preciso, e che viene fatta agire dal legislatore proprio all'interno delle strutture dogmatiche già predisposte³⁸⁴.

Il ruolo che l'ordinamento assegna alla buona fede, aprendole uno spazio – forgiando categorie attraverso cui essa possa esprimersi –, è proprio quello di attenuare la rigidità formale di queste posizioni giuridiche, operando in una logica di 'secondo

³⁸² Entro strutture e tramite fattispecie. Il discorso è svolto, in merito all'*alterum non laedere*, da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 452 s. (nonché ID., *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1054 ss., in critica a M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad. it. di V. Carnevale, Bologna, 2004, p. 17). V. poi in particolare L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, oggi in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 239 ss., nonché di recente G. ALPA, *I principi generali*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2006.

³⁸³ Non comprendere il salto che vi è tra principio e regola, e dunque supporre che l'*boneste vivere* si traducesse automaticamente in regola, al di fuori di una struttura legale (dogmatica) che ne stabilisse i presupposti, ha fatto sì che le teorie apprestate per dare forma contrattuale a questa protezione venissero fraintese; e mi aspetto che le stesse critiche (tuttavia non fondate) si rivolgano anche alla mia tesi. Tornerò su questi punti discutendo del dibattito tra Maggiolo, che riprende le tesi di Picker, e Castronovo.

³⁸⁴ Come notava L. MENGONI, *Spunti*, cit., p. 17, vi è la necessità di tradurre le «funzioni delle clausole generali in corrispondenti strutture dogmatiche assiologicamente orientate, idonee a garantirne la concretizzazione in termini coerenti con la razionalità complessiva del sistema». In parte v. pure S. RODOTÀ, *Appunti*, cit., c. 1284 s. (a proposito del principio di solidarietà), e A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 558 ss.

livello'. La buona fede, in quest'ambito, non opera più come principio primo³⁸⁵, ma semmai come correttivo dello stretto diritto, rievocando le celebri parole con cui Papiniano descriveva il ruolo del *ius honorarium*³⁸⁶: *ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*.

Il che, lungi dall'essere contraddittorio, è assolutamente congruo rispetto all'idea di ordinamento giuridico, come ribadirò specialmente parlando di abuso: l'ordinamento, infatti, può benissimo, senza rischiare di violare il principio di non contraddizione, prescrivere e su di un diverso piano porre un freno a quella prescrizione (freno che può anche non impedirne una minima efficacia). I sistemi giuridici, come noto, hanno spesso conosciuto questa dialettica – *ius civile* e *ius honorarium*; *common law* ed *equity*³⁸⁷ –, ed è ben possibile che pure il nostro se ne avvalga, al fine di creare una maggiore duttilità e flessibilità del discorso giuridico. D'altro canto, la sospensione delle leggi è il massimo atto di sovranità: che, lungi dall'escludere

³⁸⁵ Una buona fede, operante anche sul piano dello stretto diritto, è quella con funzione interpretativa (cfr. art. 1366 c.c., su cui v. L. BIGLIAZZI GERI, *Note*, cit.): la differenza, qui, non sta tanto nel fatto che da questa buona fede non è fonte di obblighi, quanto, per l'appunto, nel fatto che essa opera nell'ambito dello *strictum ius*.

³⁸⁶ Non è un caso, allora, che A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 495 ss., parli di 'nuovo diritto onorario', proprio con riferimento ai nostri problemi («possiamo ben dir che il nuovo diritto non si accontenta più dei correttivi che venivano pur sempre riconosciuti necessari anche alle costruzioni della pura logica giuridica: è uno spirito nuovo che domina e sostiene le strutture del diritto moderno»); o che le funzioni assegnate da F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, cit., p. 22 ss., alla buona fede riprendessero proprio la definizione di Papiniano (anche se la funzione di correzione che il grande autore tedesco ravvisava attualmente in un esteso potere giudiziario a me sembra avere un ambito molto minore, e attinente al solo bilanciamento di interessi in sede extracontrattuale, e massimamente nell'ambito dell'illecito di condotta ricostruibile sull'art. 833 c.c. – danno cagionato con l'intenzione prava di nuocere –; su Wieacker v., comunque, L. MANNA, *Buona fede*, cit., p. 303, nt. 62). Come scriverò subito nel testo, rispetto all'autore mi distanzierò nel modo di ritenere funzionante la buona fede. Essa, che pur come il diritto pretorio crea una visione 'multilivello', 'a piani sfalsati', dell'ordinamento giuridico tutto (ne parlerò a fondo nell'ambito dell'interesse legittimo protettivo e dell'abuso del diritto), può servire a esaltare il contenuto delle posizioni giuridiche (così la buona fede dal lato del debitore, e dunque come arricchimento dell'interesse creditorio protetto, e a valle dello stesso obbligo di prestazione); a forgiare nuove posizioni giuridiche (interessi legittimi pretensivi); a limitare spazi di diritto o di libertà altrui (interessi legittimi protettivi). Di recente F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537 ss., ha ritenuto che alla buona fede spetti il ruolo di correggere, e all'equità quello di supplire e venire in soccorso.

³⁸⁷ V. per tutti M.J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, edited by R. Zimmermann and S. Whittaker, Cambridge, 2000, p. 65 (v. pure M. LUPOI, *Il dolo del debitore: dolus e fraud: dal diritto romano all'equity inglese*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 172 s.). Cfr. anche G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, p. 721, sul ruolo della buona fede nell'ordinamento inglese, tra *common law* ed *equity*. Quanto scrivo nel testo non deve far pensare, però, a un rigido parallelismo, che sarebbe storicamente errate (tanto più che ben presto, in Roma, il *ius civile* si appropriò della *bona fides*), ma solo a una linea di tendenza, secondo cui gli ordinamenti coniugano tradizione e spinta in avanti, formalismo e apertura a istanze di giustizia (o comunque di correzione del formalismo), tramite il dialogo tra tecniche complementari (e delle stesse tecniche, come vedremo ad esempio nel Capitolo primo della Parte Seconda, il legislatore può anche servirsi ad altri fini, come per declassare la tutela reale a tutela obbligatoria, e via dicendo).

la giuridicità, avvolge pienamente nella giuridicità colui che (o ciò che) si trova in situazione di sospensione³⁸⁸.

In questa prospettiva, la buona fede opera su di un secondo piano, in un'ottica che potremmo definire 'multi-livello'. Qui viene lasciata operare dal legislatore, al fine di aiutare, correggere e integrare il 'diritto civile', ossia il 'diritto formale'. A scanso di equivoci, preciso già che questa 'buona fede' è tale, in tanto in quanto opera in un 'secondo livello': e, dunque, non muta la sua natura, pure se è declinata dal legislatore (con una regola che individua la correttezza in una data situazione). Ciò non toglie che, di norma, questa buona fede sarà non solo 'logica', ma anche 'tecnica': ovvero, il contenuto delle regole destinate a operare in un secondo livello sarà quello individuabile tramite la clausola di correttezza. La ragione è semplice: se la valutazione 'a piani sfalsati' è scelta dal legislatore, ciò è, tra l'altro³⁸⁹, per avvalersi della duttilità della clausola generale di buona fede.

A tal riguardo debbo compiere numerose osservazioni. Ho detto che la buona fede, intesa come solidarietà, è alla base dell'art. 2 Cost., e così di tutto l'ordinamento. Ho affermato pure che la buona fede, intesa in senso più ristretto, è una valvola di apertura del diritto formale ai dettami dell'onestà, della correttezza, dell'etica; in questo senso la buona fede soccorre in aiuto al diritto civile, che fonda sulle posizioni formali i sistemi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (tutela del diritto di credito e tutela di altri interessi giuridicamente rilevanti).

Nel precisare questa mia idea, mi debbo però ora servire di concetti che solo oltre potrò dimostrare: in particolare, anticipo già che, a mio avviso, da un lato il rapporto obbligatorio va inteso in modo semplice (facendo operare nella definizione dell'interesse e della prestazione la buona fede)³⁹⁰, e dall'altro la norma di cui all'art. 2043 c.c. in modo rigoroso³⁹¹.

In tutti gli ambiti in cui può operare, la buona fede assume un ruolo ben preciso: essa integra il rapporto obbligatorio, imponendo la soddisfazione di un interesse 'complesso', che ha riguardo a una prestazione svolta in modo da non ledere interessi 'altri' del creditore e da fargli ottenere le massime utilità; essa corregge il sistema di responsabilità extracontrattuale, evitando che restino sforniti di protezione quelle

³⁸⁸ Ho in mente il dibattito che si è svolto tra G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, e L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2006, all'ombra dei noti studi di Karl Schmitt sulla sovranità e della nozione romana di *homo sacer*.

³⁸⁹ A dire il vero, secondo quanto vedremo nell'abuso del diritto, talvolta il legislatore potrebbe far operare certe clausole generali anche sul primo livello, impedendo radicalmente il sorgere di un diritto (più che vietandone un certo utilizzo). Se viene scelta un'altra tecnica è, semmai, per esigenze di ricostruzione, oppure per esigenze pratiche (ovvero, per far sì che un certo esercizio del diritto sia efficace, seppur illecito).

³⁹⁰ In questo aderirò ad alcune delle tesi della Scuola pisana.

³⁹¹ Mentre per questo punto presterò consenso alle opposte tesi della Scuola di Carlo Castronovo.

fattispecie in cui sono arrecati danni tramite condotte disoneste (che pur non ledono interessi protetti, o – forse – i cui responsabili potrebbero astrattamente avvalersi della scriminante dell'esercizio del diritto³⁹²).

Senonché la buona fede, così descritta, intercetta ancora un ambito molto ampio, cui non è ricollegabile solo la correttezza dell'art. 1175 c.c., ma anche l'emulazione di cui all'art. 833 c.c.³⁹³ (che io, come dirò, interpreto in modo soggettivo), o gli altri criteri tramite i quali esercitare (nei casi eccezionali in cui ve n'è bisogno) il bilanciamento di interessi in seno alla responsabilità aquiliana.

Ma vi è un'ulteriore nozione di buona fede, cui il pensiero normalmente rimanda, che è ancora più ristretta: è la correttezza che vige nell'ambito di un rapporto, o comunque tra soggetti che fanno parte di un gruppo circoscritto³⁹⁴. Al di fuori di un rapporto, o comunque di un collegamento, la buona fede – che pur è tale, ma in un'accezione più ampia – in senso lato (come clausola di 'diritto onorario') si declina come emulazione, come verità-continenza-pertinenza, e così via dicendo.

Nel significato più ridotto, la buona fede opera nell'ambito dei rapporti giuridici previamente instaurati (con poche eccezioni) e riceve il suo contenuto dalla clausola generale di cui all'art. 1175 c.c. Come essa svolga la sua funzione, dovremo analizzarlo per tutto il resto del lavoro; per ora mi limito ad alcuni brevi cenni sul suo oggetto.

La buona fede, quale clausola generale, permette l'ingresso di «principi o criteri extra-legislativi»³⁹⁵ «nel mondo del diritto»³⁹⁶ (partecipando, così, del carattere di

³⁹² Il riferimento è all'art. 833 c.c., che funziona (anche, o solo, a seconda dell'interpretazione preferita: § 4 Capitolo primo Parte Seconda) quale norma di protezione. Ma il rinvio potrebbe estendersi anche alle altre norme di protezione tramite le quali il legislatore fa uscire certi danni dall'indifferenza giuridica (ad esempio, la disciplina della concorrenza sleale, ove si fronteggiano due libertà – come tali non risarcibili –). E, poi, sovengono anche (ove si ammettano) le altre ipotesi di bilanciamento tra diritti (cfr. ancora il § 4 cit.).

³⁹³ Cfr. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1958, p. 28; L. CARRARO, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 791 (incline però a parlare di eccesso, anziché abuso); A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 554.

³⁹⁴ Anche nell'ambito della responsabilità aquiliana connessa alla concorrenza sleale (art. 2600 c.c.) gioca un ruolo la buona fede (per tale ragione, come dirò meglio oltre, non si può prestare totale consenso all'idea, pur di fondo esatta, di Mengoni, per cui la sottoposizione di un rapporto alla regola di buona fede è indice del fatto che il legislatore vi vuole riconnettere un rapporto giuridico).

³⁹⁵ Discusso se di ordine etico, morale o sociale (emblematicamente v. P. RESCIGNO, *Notazioni generali sul principio di buona fede*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 33, e L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede*, cit., p. 53; già E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 66), oppure finanche giuridico (ne ho parlato poc'anzi in nota; v. pure, di recente, M. BARCELLONA, *Clausole generali*, cit., p. 30, e già S. RODOTÀ, *Conclusioni*, cit., p. 261: «le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi [il che impone di non confondere le prime nei secondi: v. A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 544]. Se, ad esempio, si riconosce nel nostro sistema la presenza di principi come quelli di solidarietà ed eguaglianza, la clausola generale di buona fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni in essi contenute», e già S. RODOTÀ, *Il principio*, cit., p. 159 s.; l'indicazione è condivisibile, come scrivevo prima, a patto di tenere conto di tutto l'ordinamento, e dunque tanto dei principi più generali, quanto delle indicazioni più specifiche che si possono trarre e

duttilità tipico della legislazione per clausole generali³⁹⁷): anche se talune moderne ricerche hanno notato come essa, più in generale, operi un rinvio anche interno all'ordinamento, e non solo (o non subito) verso l'esterno³⁹⁸.

In ogni caso, quando si parla di 'giudizio di conformità a buona fede', si possono immediatamente percepire, in via intuitiva³⁹⁹, i criteri richiamati, anche grazie alla stratificazione di precedenti che hanno contribuito ad enucleare il contenuto di questa clausola. Tanto che si può così concludere: dalla buona fede sorgono regole di

che tendono a indirizzare l'interprete nella ricerca del comportamento corretto [socialmente corretto] nel caso concreto, fungendo da limiti e da binari entro cui svolgere il giudizio in parola – altrimenti, d'altro canto, il rinvio ai principi generali, come quello recato nell'art. 2 Cost., non farebbe altro che tradursi in un rinvio indiretto alla solidarietà come nozione etica o sociale; v. pure sul punto L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *BBTC*, 1997, p. 9 s. –; a tal riguardo L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 373 ss., seguito pure da C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 200 s., parla di clausole generali come direttive che fanno emergere la *ratio* di un sottosistema – anche se, aggiungerei, questa *ratio* non smette di essere colorata da onestà e lealtà, finendosi sennò nell'estremo opposto –; altro discorso, infine, è quello che svolgerò più avanti, e che è volto a rinvenire le situazioni in cui *ex lege* si presenta un interesse legittimo: li svolge un ruolo importante l'art. 1175 c.c., come pure l'art. 1375 c.c., entrambi interpretati pure alla luce dell'art. 2 Cost.: ma ciò non riguarda *il contenuto* della buona fede, sibbene *la fonte* della sua operatività). In ogni caso, come sottolineava già G. CATTANEO, *Buona fede*, cit., p. 630, alla buona fede è estranea «ogni preoccupazione di giustizia distributiva», e anche la «giustizia commutativa ... viene perseguita in misura limitata» (giacché il problema dei termini dello scambio attiene all'equità del contratto più che alla correttezza nella sua interpretazione o esecuzione: ma il discorso può essere allargato anche al di fuori dello spazio occupato dai rapporti contrattuali, poiché la buona fede, nel fungere da metro di giudizio di un comportamento, non è mai direttamente volta al riportare ad equilibrio le relazioni sociali o al redistribuire la ricchezza, ma è invece diretta a determinare le «regole del gioco», secondo l'espressione di Calamandrei riportata sempre da G. CATTANEO, *Buona fede*, cit., p. 630). Anche per questa ragione la buona fede pare in piena consonanza con lo Stato moderno, liberale ma al tempo stesso solidaristico; sembra, insomma, pienamente aderente al testo (e allo spirito) degli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost. (cfr. anche, con riguardo al vicino tema dell'abuso del diritto, S. PATTI, *Abuso del diritto*, oggi in *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999, p. 30). A dire il vero, come vedremo, l'interesse legittimo – che rappresenta la forma pura della buona fede – può avvicinarsi a una giustizia distributiva, pur senza toccarla, allorché assuma una forma vicina a quella del credito (si tratterà, come vedremo, di interessi legittimi pretensivi 'positivi'; e le preoccupazione di giustizia distributiva, in realtà, non saranno tutelate in sé dalla buona fede, sorgendo semmai dalla situazione di fatto in cui si pone il rapporto interesse legittimo-dovere di rispettare la buona fede: la correttezza, anche qui, rimarrà regola della condotta, e solo indirettamente potrà imporre di assegnare un bene). Cfr. del resto C.M. BIANCA, *La nozione*, cit., p. 205 ss., che fonda la sua nozione di buona fede nella lealtà e nella salvaguardia: così, di certo, offrendo una direttiva importante ai giudici, che però si rivela inutile in altri ambiti, diversi da quello contrattuale (che dire, infatti, del rapporto tra cittadino e p.a., e in generale degli interessi legittimi pretensivi positivi? basti pensare alla rinegoziazione, dove il punto non è né la lealtà, né la salvaguardia); sul punto v. pure G. CRISCUOLI, *Buona fede*, cit., p. 721.

³⁹⁶ A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 542.

³⁹⁷ Così godendo di maggiore elasticità e presa sulla realtà (v. A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 540 ss.)

³⁹⁸ Ne ho parlato poc'anzi, in nota.

³⁹⁹ Probabilmente l'intuizione del concetto sostituisce qui la necessità di definirlo; tanto più che sul contenuto della buona fede, di fatto, non vi è poi molto dissenso (per lo meno con riguardo alle fattispecie che s'inquadrano nel suo *Begriffskern*). Revoca in dubbio la legittimità di una definizione della buona fede A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 4.

condotta attraverso cui valutare il comportamento di un soggetto; regole basate su un valore – la correttezza – accolto nella società e probabilmente pure sotteso all'ordinamento, tramite cui di valutare un certo comportamento concreto (ciò che costituisce il profilo di funzione). Per ciò stesso la clausola generale di buona fede 'è' una direttiva imposta al giudice, tramite la quale risulta possibile tradurre e specificare i principi dell'*honeste vivere*, della lealtà, della correttezza per l'appunto in una moltitudine indefinita di norme (giuridiche), non esistenti *ex ante* ma sviluppate – nell'ottica dell'ordinamento, automaticamente sviluppatasi – di volta in volta a partire dal confronto tra caso e valore⁴⁰⁰.

Di esse non si può fornire un'elencazione, scissa dai casi cui si riferiscono, proprio perché si tratta norme del caso concreto⁴⁰¹, create a partire dal caso e sul caso.

In questo senso si comprende, infine, come la dottrina non abbia potuto fare di meglio che identificare il contenuto della buona fede nei principi tramite i quali l'omonima clausola generale opera, e cioè ora nella solidarietà, ora nell'onestà, ora negli stessi principi costituzionali⁴⁰².

Dei «canoni di condotta», ovvero dei «comportamenti di buona fede», si è talvolta tentata, a dire il vero, una «tipizzazione»⁴⁰³: ma è ovvio che la plasmabilità della

⁴⁰⁰ V. comunque la sintesi sul punto di M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, cit., p. 2. Sulla buona fede come «norma di comportamento» (in antitesi alla buona fede come fatto psicologico, e lasciando da parte la norma di «dubbia chiarezza» dell'art. 1366 c.c.), v. Salv. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 678 (l'autore fa, poi, seguire una indagine unitaria della buona fede attraverso il prisma del procedimento di diritto privato, cui ho già accennato). Cfr. pure U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 28, a proposito della «impossibilità di una definizione precisa ed aprioristica del contenuto normativo delle regole della correttezza e della buona fede», che però «non esclude che possa cogliersi la rilevanza per così dire tendenziale del criterio».

⁴⁰¹ Né in modo del tutto astratto, né comunque aprioristico, e cioè al di fuori dello svolgersi di ciascun rapporto: v. di nuovo U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 28, ma già p. 10; lo affermano anche, pur nella diversità di approccio, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 171; A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 354. V. pure C.M. BIANCA, *La nozione*, cit., p. 209, secondo cui: «la clausola generale che non impone un comportamento a contenuto prestabilito»; in altri termini, per «essere sufficientemente determinata» bisogna fare «riferimento a dati effettivi tratti dall'esperienza della vita di relazione». L'autore ne fa derivare, «sulla base dell'esperienza», una direttiva volta a scovare il contenuto della buona fede (che, come ho già detto, per quanto giustificata in numerose fattispecie, non lo è sempre).

⁴⁰² V. in linea generale M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, cit., p. 1 s., e C.M. BIANCA, *La nozione*, cit., p. 208 (l'autore, poi, ritiene che la buona fede si riporti «all'idea di fondo della solidarietà»: una solidarietà indicata come «contrattuale», che si specifica in due canoni di comportamento, «lealtà» e «salvaguardia», di cui ho già detto). V. pure, sulla solidarietà, L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 393 s., nt. 35, nonché ID., *Autonomia privata*, cit., p. 9 s. (e più di recente G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 50 ss., però pure con riguardo alle norme costituzionali); sull'onestà G. STOLFI, *Il principio*, cit., p. 176; sui precetti costituzionali S. RODOTÀ, *Il principio*, cit., p. 159.

⁴⁰³ Transitando dall'interrogativo circa il *modo di operare* della buona fede a quello relativo a *quali condotte* essa impone o sanziona. V. ancora C.M. BIANCA, *La nozione*, cit., p. 209 e 211, nonché ID., *Diritto civile*, III², *Il contratto*, Milano, 2000, p. 162. Ciò avviene anche per finalità di controllo della giurisprudenza (sui *Fallgruppen* v. S. PATTI, *L'interpretazione*, cit., p. 266 ss.; sulle figure sintomatiche v. S.

clausola generale di buona fede rifugge, per sua essenza, da ogni categorizzazione. Anche in questa sede cercherò più che altro di affrontare la tematica afferente alle modalità con cui viene data giuridica rilevanza al giudizio secondo correttezza; nel farlo, inevitabilmente individuerò varie norme sociali di buona fede, cercando però di non spingere l'analisi fuori dal suo solco. Non avrebbe molta utilità, infatti, elencare i singoli canoni di correttezza o comunque classificarli, giacché un siffatto tentativo sarebbe destinato, già in partenza, a un esito d'insuccesso.

Ci si dovrà accontentare⁴⁰⁴, allora, dell'equazione tra buona fede e correttezza: cioè tra clausola generale, da un lato, e direttiva, dall'altro, di specificazione di valori extra-legislativi (sociali) e probabilmente pure giuridici (in quanto accolti e sottesi all'ordinamento) in norme concrete. I valori extra-legislativi si potranno denominare, a loro volta, correttezza, solidarietà, onestà; le norme concrete saranno quelle il cui rispetto è richiesto anzitutto dalla convivenza solidale tra gli uomini e, di qui, da quell'ordinamento che le accoglie quali canoni di comportamento.

Così definito il nucleo della buona fede, debbo avvertire – richiamando quanto avevo già accennato – che il legislatore può pure specificare il canone di buona fede, stabilendo quale sia, in determinate circostanze, il comportamento corretto (anche sostituendo la correttezza con un'altra clausola generale, come la 'giusta causa')

L'ammissibilità di questa specificazione *ex lege* fa perdere la natura di clausola generale alla buona fede, ma non esclude che la norma creata *sia* di buona fede: nel senso che essa si situerà a quel livello tipico delle valutazioni di correttezza, agendo per mezzo delle stesse strutture dogmatiche attraverso cui di norma opera la buona fede-correttezza (così come la buona fede non smette di essere tale allorché il legislatore la ponga sul livello del diritto stretto: così, a mio avviso, nell'ambito dell'art. 1366 c.c.⁴⁰⁵).

RODOTÀ, *Conclusioni*, cit., p. 267). Al riguardo v. pure il giudizio di A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 557.

⁴⁰⁴ G. CRISCUOLI, *Buona fede*, cit., p. 709 ss., ha dedicato un'interessante indagine circa il perché non si sia mai fatto abbastanza per chiarire, e in definitiva non si sia mai chiarito il concetto di buona fede. L'autore mette in connessione questo punto con il contenuto della buona fede che, se dapprima era declinato come etica individuale, si collega, almeno a partire dagli studi di Rodotà e Natoli, con l'etica sociale (di cui all'art. 2 Cost.). L'analisi comparatistica con l'ordinamento inglese permette di recuperare un diverso criterio: quello di ragionevolezza. Su questa v., ampiamente, l'indagine di S. TROIANO, *La 'ragionevolezza' nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, spec. p. 81 per il confronto tra *civil e common law*, e poi p. 183 ss.; v. poi pure R. SENIGAGLIA, *Interpretazione complessiva del contratto e clausola generale di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 2003, p. 279 ss.. Quanto, invece, alla buona fede nel diritto inglese v. di recente C. AMODIO, *Antagonismo e cooperazione nel diritto inglese dei contratti*, in A. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, p. 123 ss.; viceversa, un'analisi comparatistica con l'ordinamento francese è stata condotta da G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, di cui v. spec. p. 51 ss.

⁴⁰⁵ Non si tratta qui, infatti, di aggiustare certe posizioni giuridiche (difettose, inesistenti o eccessive), ma di attribuire «al regolamento negoziale ... il solo significato plausibile ... in virtù di una valutazione complessiva e finale» (così L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 180).

Dalle annotazioni precedenti possiamo dedurre, infatti, che la buona fede agisce nel mondo del diritto solo ove trova una forma per potersi esplicare; e che agisce fornendo una regola di comportamento che l'interprete dovrà così applicare. Come vedremo a breve, questa regola non diviene mai un diritto di credito nell'ambito dei rapporti obbligatori, e nemmeno in quello degli interessi legittimi; meno che meno ciò avviene nella responsabilità aquiliana. Inoltre, anche ove si tratta di bloccare o reagire all'esercizio di un diritto o di un potere altrui, la buona fede non ha altra funzione che quella di 'valutare' la condotta: gli eventuali rimedi, difatti, si ricollegano alla posizione lesa, e non direttamente alla buona fede.

Su tutto questo tornerò ampiamente: ma, per ora, traccio una conclusione interinale. Si deve supporre, se quanto detto è giusto, che la buona fede non abbia mai funzione diversa da quella valutativa. Altro è chiedersi in che modo operi, e che funzione abbia rispetto al diritto 'formale': tuttavia, verso la controparte di un rapporto (o verso chi risulta essere collegato a un altro soggetto) la buona fede pone solo regole, ossia declina e coniuga il contenuto di doveri, obblighi (e, tra l'altro, per il dovere vi sono le solite riserve sull'ammissibilità di questa nozione) e doveri legittimi. La buona fede funge cioè da parametro: come ogni regola, essa è un metro di paragone di una condotta. Tuttavia, il suo ruolo non si esprime creando nuove posizioni, ma arricchendo quelle preesistenti: e soprattutto integrando il contenuto del credito (agendo già sull'oggetto e sulla prestazione) e individuando la misura di protezione dell'interesse legittimo.

In quest'ottica va letto l'avvertimento di chi ha scorto nella correttezza e buona fede «un metro oggettivo ed elastico di valutazione *a posteriori*, affidato al giudice, di un fatto ... e/o di un comportamento»; una clausola generale volta a superare «i rigori dello *strictum ius*»⁴⁰⁶; un criterio «tipicamente bilaterale e qualitativo, perché implicante un giudizio di relazione, dove ciò che è destinato a prevalere non è, sempre e comunque, l'interesse astrattamente privilegiato da una norma»⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ V. pure U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 39. Sulla buona fede come «legittimazione di un ordinamento alternativo», v. R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 47. Sui rapporti tra buona fede ed equità, su cui tornerò anche oltre, v. intanto L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 184 ss. (l'una afferirebbe a una dimensione qualitativa, l'altra quantitativa). La distinzione, però, «è più lastricata di buone intenzioni che di altro» (A. DI MAJO, *Clausole generali*, cit., p. 547). V. pure A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 335, secondo il quale la buona fede, a differenza dell'equità, non verrebbe in luce in «una valutazione ... di secondo grado che, in base alle circostanze, provveda a correggere e temperare il rigore dello *strictum ius*», ma «una valutazione di primo grado che ... provvede a modificare, sospendere, ridurre l'applicazione di *regulae iuris*, contribuendo in tal modo ad assicurare un necessario raccordo tra *regulae iuris* e valori socialmente ed eticamente fondati e sempre mutevoli». Il che è vero, salvo per quanto riguarda la posizione della buona fede, che a mio avviso emerge davvero su un piano distinto dal diritto stretto (salvo che lo stesso diritto stretto non la fondi quale misura per la sua applicazione: cfr. art. 1366 c.c.). Ma questo è imposto non tanto dalla natura della buona fede, quanto dal suo modo di operare (il più delle volte, come detto), che si serve per l'appunto di una valutazione multi-livello.

⁴⁰⁷ L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 172.

La definizione in parola è sicuramente accettabile nel collegare buona fede e correzione del diritto stretto (intesa in senso lato)⁴⁰⁸, come pure nel ravvisare nella correttezza la regola del singolo caso. Anche l'osservazione per cui la valutazione è sempre *a posteriori* è corretta, se con essa si vuol intendere che il giudice provvederà, di fatto, a creare la norma solo dopo l'evento lesivo; e, tuttavia, ciò non toglie – come ho già detto – che dal punto di vista dell'ordinamento la norma esistesse già, dovendosi proiettare la sua scoperta, che si situa a valle, a monte, intendendola come mera attività dichiarativa (così come del resto avviene per ogni posizioni giuridica, per ogni norma, e così via dicendo).

Risulta, in definitiva, condivisibile l'affermazione citata, perché, se è vero che tramite la buona fede si attrae nel mondo del diritto tutta una serie di norme sociali, di correttezza appunto, o, meglio ancora, si attribuisce di fatto (ma non di diritto) al giudice il potere di formare la norma del caso, «vincolandolo» però «a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno *standard* sociale»⁴⁰⁹, così facendo si permette anzitutto di valutare la conformità di un comportamento a un ideale che è sì astratto, ma che è anche concreto, poiché si modella sulle particolarità del caso. Rinvenendo la modalità di utilizzo del nostro istituto nel giudizio sulla correttezza (conformità) di un comportamento rispetto a (variabili) *standard* sociali, si offre anche una risposta, per quanto relativamente deludente, al problema dell'essenza della buona fede, da cui eravamo partiti.

Se questo è il contenuto, resta però ancora da specificare in che termini e modalità la buona fede operi: ciò cui dedicherò il prosieguo di questo paragrafo.

⁴⁰⁸ Di recente, un autorevole studioso (M. BARCELONA, *Clausole generali*, cit., *passim*, ma spec. ai nostri fini p. 32) ha ritenuto che la clausola generale non sia affatto uno strumento di correzione del diritto positivo, essendo invece una tecnica giuridica ben precisa, utilizzata dal legislatore per superare i problemi che in determinate circostanze soffre l'altra tecnica della fattispecie analitica, permettendo così all'ordinamento di auto-prodursi («i concetti valvola costituiscono in realtà norme per la produzione di norme generali-concrete»). La tesi va letta alla luce dell'idea, per cui le clausole generali non rimandano a 'valori sociali', ma già 'giuridici'. Orbene, io, come ho già detto, preferirei ritenere che la buona fede rinvii davvero a un modello etico, benché filtrato attraverso l'ordinamento; ma ciò non è essenziale. Il punto è, invece, che, a mio avviso, la buona fede 'corregge il diritto stretto' non tanto per un'autonoma forza sociale, ma perché il legislatore stesso le assegna un certo ruolo; in altri termini, se si parla (e se parlo) di correzione, non sarebbe tanto per mettere in luce l'esistenza di valori contrastanti, ma piuttosto per evidenziare come il legislatore si serva di una tecnica ben precisa, che assicura contestualmente certezza e flessibilità, tradizione ed evoluzione, senza che la prima fossilizzi e la seconda imponga strappi. Si tratta, per l'appunto, del procedimento di creazione di norme 'a piani sfalsati', per cui solo da una visione d'insieme è possibile recuperare lo sguardo sul tutto. Ciò non è – ritengo – contraddittorio, essendovi invece una precisa logica nel comporre questi dissidi, che tuttavia restano tali (tant'è che su piani diversi si possono produrre effetti differenti). Il nostro legislatore, parrebbe, ha fatto tesoro di tutte quelle esperienze in cui vi erano due 'sistemi' normativi paralleli (diritto romano, *common law*), per introdurre anche nel nostro questo conflitto tra tesi e antitesi. La correzione, dunque, non avviene né per sua forza, né per deficienze del diritto; è il diritto, viceversa, che crea un primo livello (*ius strictum*) e contestualmente un secondo di integrazione (buona fede). Tant'è vero che di questo secondo livello il legislatore potrebbe anche riappropriarsi, specificando le regole che esso impone (un caso emblematico è quello della disciplina dei licenziamenti, almeno nei casi in cui essi non siano inefficaci o nulli).

⁴⁰⁹ Cfr. L. MENGONI, *Spunti*, cit., p. 12.

Il dibattito sviluppatosi in seno alla civilistica italiana ha in effetti portato, anche relativamente a questo tema, all'emersione di un duplice indirizzo, di cui la discussione proliferata a far data dalla sentenza 500/1999 in merito alla responsabilità per lesione di interessi legittimi non è che uno specchio. Da un lato, vi è chi ha ritenuto che la buona fede facesse sorgere, nell'ambito dei rapporti obbligatori⁴¹⁰, veri e propri obblighi integrativi di protezione⁴¹¹, così come da vari decenni sostenuto in Germania⁴¹²; dall'altro, chi ha ritenuto che essa si riducesse a metro di valutazione di

⁴¹⁰ Norma fondamentale, a tal fine, è ovviamente quella recata nell'art. 1175 c.c., su cui v. già L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 67 ss. e 71 ss.

⁴¹¹ Sul concetto di obbligo di protezione (per conoscere gli autori a favore, basterà sottrarre a questa lista i nomi citati in seguito): cfr. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 1 ss.; già ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 99 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 366 ss.; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 284 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss.; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 222 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 50; C.M. BIANCA, sub art. 1218 c.c.², cit., p. 33 ss.; ID., *Diritto civile*, IV, cit., p. 86 ss.; E. MOSCATI, *Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, p. 69 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nov.mo Dig.*, XV, 1968, oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, p. 104 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità*, cit., p. 81 ss. (spec. 88 ss.) e 97 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 64 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti*, cit., p. 175 ss.; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., p. 407 s. e 417 ss.; ID., sub art. 1175 c.c., cit., p. 316 ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, p. 42 ss.; L. MANNA, *Buona fede*, cit., p. 281 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza*, cit. (ove, a p. 63, ulteriore bibliografia); L. LAMBO, *Obblighi*, cit.; F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 711 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 24 ss.; G.M. UDA, *La buona fede*, cit., p. 109 ss.; G. VISINTINI, sub art. 1218 c.c.², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 286 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 232 s.; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 90 ss. e 176 ss.; S. TAGLIAPIETRA, *La prestazione. Strutture e contenuti dell'obbligazione*, Padova, 2013, p. 93 ss.; L. ROVELLI, voce *Correttezza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino, 1989, p. 426 s.; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., p. 14; S. CICCARELLO, *Violazione dei doveri di protezione*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, p. 81.

⁴¹² La teorizzazione delle *Schutzpflichten*, per lo più accettata in Germania (contrariamente a quanto è avvenuto in Italia: lo osserva A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 322 s.) e oggi fatta propria dal § 241 Abs. II BGB (v. G. BACHMANN, sub § 241 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, Rn. 2, e Rn. 109 ss., nonché R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, 2008, p. 356 ss.), viene fatta comunemente risalire a H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 1932, p. 258 (ma il concetto è ripreso da H. KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 578 ss.; v. inoltre, *ex multis*, W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 649 ss.). Il testo, come il titolo eloquentemente lascia intendere, è impostato su di una vasta critica alla teoria delle *positive Vertragsverletzungen (pVV)*. Quest'ultima, a sua volta, era stata elaborata – in particolare per risolvere alcuni casi pratici – all'indomani dell'approvazione del BGB da H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904 (ma già H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, Berlin, 1902; l'edizione del 1904 è stata tradotta in italiano da G. Varanese, con il titolo di *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001). La ricostruzione in parola era volta a supplire a una lacuna del codice tedesco che, allora, prevedeva quali ipotesi di inadempimento solo l'impossibilità della prestazione e il ritardo, rimanendo scoperta l'ipotesi di violazione colposa di un'obbligazione per il tramite di un'azione positiva del debitore (p. 48 della traduzione italiana). Stoll si oppose a questa tesi, sostenendo che la lacuna fosse più ristretta di quanto preteso dalla dottrina avversata (o comunque si riducesse a una mancanza di chiarezza del testo legislativo; cfr. p. 265 ss., e in particolare p. 282 e 285). Così, argomentando sulla base della natura di *bonae fidei iudicium* di ogni rapporto obbligatorio nel diritto

un comportamento⁴¹³. Le idee così formulate hanno poi portato gli uni, sulla scia della dottrina tedesca, a ricostruire un vero e proprio obbligo privo di prestazione, allorché

tedesco del tempo e sul *negatives Ziel* dell'obbligo di *Treu und Glauben*, l'autore giungeva a parlare di *Schutzpflichten* (p. 288 s.; cfr. anche H. STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, p. 26 ss. – si tratta del testo di accompagnamento a una proposta di riforma avente ad oggetto la disciplina tedesca dell'inadempimento –, nonché H. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1936, p. 125 s.). Nei propositi dello studioso, la dottrina tedesca avrebbe così potuto emanciparsi dall'idea delle *pVV*, priva di ogni unitarietà. La determinazione delle conseguenze dell'inadempimento sarebbe stata piuttosto individuata con riferimento al tipo di interesse leso e all'intensità della lesione (p. 315 s.). In realtà in Germania il riferimento alle *pVV* è, fino al 2002, rimasto costante e la teoria di Staub si è, semmai, accostata a quella delle *Schutzpflichten* (avendo l'una e l'altra ambiti di incidenza non del tutto coincidenti). Del resto, cfr. già H. STOLL-W. FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht*, II, Berlin, 1944, p. 175 ss. Più di recente, cfr. J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 27, cit., p. 133 s. e p. 143 s. (ma v. anche C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzungen und ‚Schutzwirkung für Dritte‘ bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965, p. 479, nt. 38). Il momento del congedo dalle *positive Vertragsverletzungen*, peculiarità tutta tedesca, sembrerebbe essere oggi finalmente giunto, alla luce del nuovo testo del § 280 BGB (così W. ERNST, sub § 280 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, *Rn.* 2, e *Rn.* 89; cfr. pure C.-W. CANARIS, *Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, trad. it. a cura di M. Farneti e S. Haberl, in *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di G. De Cristofaro, Padova, 2003, p. 21). Per la letteratura italiana sulle *pVV* cfr. C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 202 ss.; M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 49 ss., e già A. DI MAJO, *Clauses generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 563 s. Quanto agli obblighi di protezione in Germania A. DI MAJO, *Il problema*, cit., p. 322, parla di una «geniale intuizione» di Stoll; v. pure L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 30 ss.; una sintesi generale in U. HUBER, *Leistungsstörungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1981, p. 736 ss. In Francia, per la ricostruzione delle obbligazioni di *sécurité*, v. il lavoro di M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 107 ss., 122 ss. e 143 ss. (ma nella dottrina italiana anche L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 157 ss., e già un cenno in A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., p. 418, nt. 113).

⁴¹³ Con varietà di accenti: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 14 ss., spec. p. 18; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, p. 148; U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 60 ss., e spec. p. 72 (per l'indicazione secondo cui i conegni dovuti *ex fide bona* «sono aspetti della fase esecutiva di una complessa attività dovuta, non sono specifici obblighi»); L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 170 ss.; EAD., *Note*, cit., p. 52 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 129 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili*, cit., p. 179 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 355 s.; oggi pure C. PELLOSO, in un testo che ho potuto leggere per cortesia dell'autore e di prossima pubblicazione, dedicato al tema della custodia (che riprende e approfondisce ID., *L'obbligo di custodia*, in *Tratt. Garofalo*, I-2, Padova, 2014, di cui v. spec. p. 661 ss., al Cap. II, §§ 10 s.; C.M. BIANCA, sub *art. 1218 c.c.*, cit., p. 33 ss.; ID., *Diritto civile*, IV, cit., p. 86 ss. e 94; M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal contratto al torto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 330 s. (seguendo il Bianca, ma con riferimento alla sola responsabilità medica). C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 58, nt. 9, ha obiettato a questo studioso che «se veramente tutto si risolvesse nella prestazione, quando l'obbligo relativo non sia venuto ad esistenza tale dovere [di non ledere interessi altrui] esisterebbe ugualmente, sia che lo si inquadri nel preteso *alterum non laedere* sia che, come nel caso dell'obbligazione senza prestazione, si dica che già da lì comincia l'obbligazione. In ogni caso se ne affermerebbe implicitamente l'autonomia rispetto all'obbligo di prestazione. Autonomia che non si vede come possa essere 'riassorbita' nell'obbligo di prestazione quando questo venga ad esistenza». A me non pare che vi sia questa difficoltà: una volta creatosi l'obbligo di prestazione, esso dovrà essere svolto secondo buona fede, mentre prima non vi era questa necessità (né di 'prestare', né, *a fortiori*, di rispettare la buona fede). Il vero problema è capire come mai questa fascia protettiva residui anche una volta adempiuta l'obbligazione: parlerò dopo dei cd. effetti 'post-contrattuali' (a mio avviso risolvibili attraverso la creazione di un apposito interesse legittimo protettivo).

tali obblighi di protezione di presentino allo stato puro⁴¹⁴; gli altri, invece, a prediligere una ricostruzione più flessibile delle stesse fattispecie alla cui tutela sovrintenderebbe l'obbligazione senza prestazione, finendo per basare l'intero sistema di responsabilità civile sulla duttile clausola di buona fede (o, meglio, sull'abuso del diritto)⁴¹⁵.

Alcuni di questi esiti riguardano in realtà altri temi, che riprenderò oltre, affrontando i due grandi argomenti dell'abuso del diritto (dal punto di vista dell'interesse legittimo protettivo) e dell'obbligazione senza prestazione (e dell'interesse legittimo pretensivo). Risulta invece necessario ora considerare il ruolo della buona fede nel rapporto obbligatorio e in quello dominato dall'interesse legittimo, traendo spunto pure dallo spazio che la stessa occupa in altre situazioni giuridiche e più in generale in altre circostanze.

A me pare, come ho già più volte segnalato, che la funzione integrativa della buona fede, in virtù della quale essa farebbe sorgere obblighi veri e propri (per quanto con contenuto protettivo), non vi sia: per meglio dire, che non esistano obblighi di protezione (giacché la buona fede, come vedremo, un qualche contenuto integrativo – seppur diverso da quello cui comunemente ci si riferisce con questa espressione – lo ha). Osta⁴¹⁶ a questa conclusione, pur oggi accettata – e divenuta addirittura diritto positivo in Germania –⁴¹⁷, da un lato l'impossibilità di rendere la buona fede allo stesso tempo fonte di un obbligo e parametro della sua violazione⁴¹⁸, e dall'altro la difficoltà

⁴¹⁴ V. ora, nonché il § 3 del Capitolo secondo della Seconda Parte.

⁴¹⁵ V. il § 4 del Capitolo primo della Seconda Parte.

⁴¹⁶ Altre critiche, normalmente formulate dalla dottrina, sono raccolte in E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili*, cit., p. 180 s. Non mi convince però quella che fa leva sulla tassatività dell'art. 1374 c.c. (l'integrazione ex art. 1375 c.c. resta comunque ben diversa, giacché è volta a dare compimento all'assetto pattizio); nemmeno quelle che ribadiscono la distinzione tra integrazione ed esecuzione o sulla difficoltà di ricostruire obblighi di correttezza di fonte legale (se non nel senso di cui subito nel testo). Quanto al fatto che gli obblighi di buona fede farebbero diventare inutile la disciplina della *mora credendi*, che diverrebbe semmai di *mora debendi*, non è vero: gli obblighi di protezione, infatti, hanno natura e consistenza diversa, secondo chi li accoglie, da quelli di prestazione.

⁴¹⁷ § 241, *Abs.* II, BGB, nonché § 311, *Abs.* II-III, BGB.

⁴¹⁸ La stessa obiezione è stata poi coltivata con riferimento all'obbligazione senza prestazione; ne parlerò a suo tempo, e cercherò di dimostrare come la teoria dell'interesse legittimo che propongo schivi questa critica. Essa, a dire il vero, non è irresistibile nemmeno nei confronti dell'obbligazione senza prestazione: il fatto è, come chiarirò, che la buona fede può essere sia fonte sia parametro solo ove si accetti che è l'ordinamento a lasciar agire la buona fede, permettendole di fondare obblighi. Ma, allora, risulterà che non è davvero la buona fede ad avere funzione integrativa o correttiva, e che essa riempie di contenuto posizioni già esistenti (diritti di credito o interessi legittimi), svolgendo una funzione semmai valutativa che solo in senso descrittivo-analitico può essere intesa come 'creatrice di singoli obblighi' (i quali, in realtà, non sono altro che singoli aspetti, singole regole, di una più ampia condotta). Viceversa, una diversa ricostruzione dovrebbe ritenere che la buona fede, onde evitare una duplicità di natura, sia fonte di una molteplicità infinita di obblighi che continuamente cambiano d'oggetto: il che però finisce per scadere in una costruzione, come è stato detto, 'inutilmente barocca'. In definitiva, la critica in parola non è di ordine logico, ma si fonda sul principio di economicità nella creazione delle situazioni giuridiche, e su una maggiore aderenza, dell'idea valutativa, alla realtà delle cose, oltre che su una sua maggiore semplicità.

di rinvenire la posizione attiva a fronte di codesti obblighi di protezione. A dire il vero, potrebbe sorgere il dubbio che queste critiche valgano per l'obbligo di protezione per così dire puro, ossia scisso da ogni obbligo di prestazione; tuttavia, a me sembra che, una volta ammesso l'obbligo di protezione come ente separato rispetto a quello di prestazione, pur nell'ambito di un rapporto obbligatorio inteso come *Organismus* o come *Gefüge* e *Prozeß* o comunque in senso complesso⁴¹⁹, divenga necessario ammetterne l'individualizzazione, ossia la separabilità dal diritto alla prestazione.

In particolare, non mi sembra possibile ritenere – se non da un punto di vista descrittivo – che la buona fede individui un fascio di obblighi di protezione, e contemporaneamente ne specifichi il contenuto; in secondo luogo, non mi sembra accettabile l'idea che la buona fede stessa si serva di uno strumento, come l'obbligo (e il credito⁴²⁰), per proteggere un interesse della parte attiva.

La difficoltà, qui, non è però di ordine logico, come pur si è ritenuto⁴²¹: la tesi avversata, infatti, non cade nel corto circuito di rendere uno stesso elemento fonte e parametro, giacché la fonte, in definitiva, di questi obblighi è pur sempre la legge. Essa, tuttavia, ipostatizza delle regole – quelle di buona fede – che altro non sono che aspetti dell'obbligo di prestazione, inteso – questo sì – in senso complesso. Ove si ammetta che la buona fede riempia di contenuto il diritto di credito, e dunque che arricchisca tanto l'interesse del creditore, quanto la prestazione del debitore, cade l'esigenza di

⁴¹⁹ Per una sintesi dell'evoluzione della dottrina tedesca sul punto v. J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, p. 8 s. Nella dottrina italiana v., emblematicamente, G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 498. L'idea dell'obbligazione come *Organismus* deriva da H. SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig, 1903 (non vidi), ed è stata ripresa da H. STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, in *LZ*, 1923, p. 544. V. anche W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, p. 23. V. però pure L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, § 1, testo e nt. 5, secondo cui il concetto di *Organismus* può portare ad equivoci, giacché il rapporto obbligatorio non è unitario in senso ontologico, bensì funzionale, come «struttura unitaria di conferimento di senso». In altri termini «esso non è un'entità normativa ontologicamente distinta dalle singole posizioni giuridiche che lo costituiscono, ma nemmeno è semplicemente la loro somma: i singoli elementi ricevono la loro determinazione di senso dall'essere posti nella struttura unitaria del rapporto; se ne fossero separati cesserebbero di essere ciò che prima erano». Per lo *Schuldverhältnis als Gefüge und als Prozeß* v. per tutti K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*⁴, cit., § 2 V, p. 26 s., testo e nt. 39. Tornerò dopo su questi punti, trattando dell'*oportere ex fide bona* romano.

⁴²⁰ D'altro canto, lo stesso Castronovo esclude che nell'obbligazione senza prestazione vi sia un credito, inteso come pretesa (che si indirizzerebbe necessariamente alla prestazione; sul punto v. *supra*, il § 2). Quest'obbligo senza pretesa, a rigore, non dovrebbe tollerare reazioni prima della sua lesione. A parte la difficoltà di immaginare obblighi di tal fatta, resta il fatto che parte della dottrina favorevole agli obblighi di protezione ne ammette una certa azionabilità in giudizio (già Cannata – la cui adesione però è molto peculiare –; oggi soprattutto Mazzamuto; riprenderò oltre questi punti).

⁴²¹ La critica è di Aldo Checchini, ed è più recentemente ripresa da Maggiolo; vi ha replicato, a mio avviso in modo soddisfacente, Castronovo. Riprenderò oltre questo punto; per ora v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 468.

costruire nuovi obblighi, che piuttosto appaiono essere ‘regole di attribuzione della prestazione’⁴²².

Se così non fosse, infatti, ne deriverebbe l’esigenza di costruire un fascio di obblighi di protezione, che muterebbero di continuo il loro oggetto, moltiplicandosi a dismisura, oppure che, restando fissi, abbisognerebbero di una valutazione ulteriore per verificarne la lesione⁴²³.

Inoltre, adottando la teoria degli obblighi di protezione, ne risulterebbe l’esistenza di diritti di credito che, lungi dal garantire un risultato, proteggono anche – e separatamente – un risultato eventuale: si tratta della figura dell’obbligazione priva di un obbligo di prestazione. Effettivamente, come scrivevo, ammessa la teorica degli obblighi di protezione, la sua ammissibilità ne discende automaticamente; e, tuttavia, proprio la sua ammissibilità è discutibile, poiché si tratterebbe di rinvenire un’obbligazione senza credito, oppure sorta a fronte di un credito del tutto peculiare. Si dirà che il lato attivo di questa posizione altro non è che la ‘pretesa’ (atecnicamente intesa) al rispetto dell’interesse all’integrità patrimoniale e personale: tuttavia, in virtù del dato positivo (art. 1174 c.c.), non mi sembra possibile ravvisare in questo interesse il fine per cui sorge un’obbligazione.

Non è tutto: a favore della centralità della prestazione, al cui interno – e non al di fuori – rileva la protezione, vi è la disposizione codicistica che proprio nella prestazione rinviene l’oggetto del rapporto obbligatorio (e, secondo l’interpretazione che mi è parsa preferibile, sia del debito che del credito⁴²⁴); e non si tratta solo di una formalità definitoria, giacché la stessa idea è alla base di altri istituti, come quello del pagamento del terzo o della *datio in solutum*⁴²⁵.

Ma, soprattutto, è una la considerazione che mi persuade della bontà di questa critica: ossia, l’osservazione per cui è necessariamente unico, anzitutto dal punto di vista logico, l’interesse creditorio.

⁴²² Intesa, ovviamente, in senso lato. Per uno spunto, v. già l’art. 1175 c.c., che parla di «regole della correttezza». In dottrina v. A. D’ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 37 s. (che però ne deduce la legittimità della funzione ‘integrativa’, intesa in senso classico, della buona fede).

⁴²³ Secondo L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 121, la costruzione degli obblighi di protezione è in realtà imprescindibile, proprio perché la diversa «tesi che riporta il momento di protezione all’obbligo di prestazione lascia scoperte le numerose ipotesi in cui dalla natura di questa non è ragionevolmente prevedibile il pericolo per i beni del creditore». Tuttavia, a mio avviso proprio la creazione di innumerevoli obblighi di protezione potrebbe incontrare la medesima critica; viceversa, l’idea per cui la buona fede rappresenta un criterio di valutazione si adatta bene alla mutevolezza delle circostanze e al continuo plasmarsi dell’attività che risulta dovuta dal debitore per soddisfare l’interesse alla prestazione, che è interesse ad acquistare un bene della vita con il minimo danno per tutti gli altri beni e interessi facenti capo al creditore. Tornerò oltre su questo punto.

⁴²⁴ L’idea, come già scrivevo, è di Giorgianni; *contra*, tra gli altri, proprio Mengoni.

⁴²⁵ Per una spiegazione più approfondita rinvio al § 8 del Capitolo secondo della Parte Seconda.

Più tardi⁴²⁶ mi soffermerò sul concetto di interesse, visto dal peculiare punto di vista del rapporto obbligatorio e del credito. Già posso anticipare, però, il risultato cui perverrò: l'interesse del creditore non è altro che la tensione verso il bene della vita che aspira a ottenere, e cioè la prestazione. Eventuali declinazioni patrimoniali o non patrimoniali lo specificano (non in via necessaria); ma l'interesse, di per sé, esiste sempre, poiché non è che il riflesso della prestazione. La differenza tra i due concetti è il punto di vista: la prestazione è attività nel suo compiersi, l'interesse è l'attività compiuta.

Se così è, però, pare contraddittorio sdoppiare l'aspirazione del creditore, e fondarne una, accanto a quella alla prestazione, alla 'protezione'. In realtà, è più conforme alla realtà supporre che il creditore s'immagini di ottenere un solo risultato positivo: una prestazione conforme a buona fede. Così, si evita di sdoppiare l'interesse, tra tensione verso il bene finale e all'integrità del patrimonio o della persona.

Solo una visione complessa dell'obbligazione – intesa come complessità dell'interesse e della prestazione – riesce, d'altro canto, a superare i dubbi che pongono quelle fattispecie obbligatorie in cui la protezione e la prestazione si intrecciano⁴²⁷ – tra tutte, l'adempimento del medico –, rendendo viepiù complessa l'opera di separazione di due sfere⁴²⁸ che, più facilmente, possono ricomprendersi in un solo nucleo.

Con ciò non intendo affermare che la protezione degli interessi 'altri' rispetto alla prestazione sia lasciata alle regole della responsabilità extracontrattuale⁴²⁹: viceversa, mi sembra che l'interesse alla prestazione non possa non comprendere, se rettamente inteso, anche tutti quei momenti protettivi che la dottrina tedesca ha, invece,

⁴²⁶ Nel Capitolo primo della Seconda Parte.

⁴²⁷ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 18.

⁴²⁸ La dottrina tedesca – che si produce in una suddivisione analitica non solo degli obblighi, tra principali, accessori, di protezione e così via, ma anche degli obblighi di protezione, in doveri di protezione, di conservazione, di informazione come annuncio, dichiarazione, di avviso dinanzi a un pericolo, ...) – finisce inevitabilmente per supporre, in certe situazioni, la violazione di più obblighi (così sarebbe in specie dove la prestazione ha finalità conservative: ad esempio, quella di chi deve montare un sistema di allarme per prevenire furti; cfr. su questi punti R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 359 ss.). Tali suddivisioni non sono per certo scorrette; ma non rappresentano altro, a mio avviso, che una visione analitica di un'unitaria obbligazione, scomposta per finalità di studio o finanche di applicazione della disciplina (così come la differenziazione tra inesatto adempimento e inadempimento non toglie che, in entrambi i casi, si sia di fronte a un inadempimento).

⁴²⁹ Così invece parte della dottrina. Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti*, cit., p. 150 ss. e 159 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, p. 15. Sul punto v. pure H. STOLL, *Abschied*, cit., p. 298. Ma l'idea non persuade: resta, infatti, scoperta tutta quell'area di danni meramente patrimoniali, che non risulterebbero risarcibili in via solo extracontrattuale. Basti pensare a quest'esempio: il creditore di un *facere*, da eseguirsi presso locali che gli appartengono (per esempio: un restauro), concorda con il debitore un certo giorno per la consegna delle chiavi; presentatosi all'appuntamento, non trova il debitore, che arriva con notevole ritardo. In tal caso non potrebbe parlarsi di un vero e proprio inadempimento; piuttosto, si tratta di un danno – meramente patrimoniale, o addirittura coincidente con semplici fastidi non risarcibili extracontrattualmente – arrecato a interessi 'altri' secondo la prospettiva degli obblighi di protezione.

considerato autonomamente. Ne risulta, dunque, maggiormente conforme alla logica delle posizioni giuridiche⁴³⁰ l'idea, a suo tempo sviluppata – seppur con varietà di toni – dalla dottrina italiana⁴³¹, per cui la buona fede, nell'ambito del diritto di credito, non

⁴³⁰ E, in generale, a tutte quelle disposizioni che indicano quale oggetto dell'obbligazione la prestazione (v. soprattutto gli artt. 1174 e 1218 c.c.), centrando su di essa la costruzione del rapporto obbligatorio e dimostrando che non è tanto esso a risultare 'complesso' (come vuole la dottrina tedesca), quanto la 'condotta debitoria' (secondo l'indicazione di U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 72) o – se si preferisce – l'*Obligationsprogramm* (così, sulla scia di Esser, C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 36, che pur utilizza questo concetto per farne derivare una visione analitica del fenomeno).

⁴³¹ V. la bibliografia prima riportata. Problemi peculiari, in quest'ottica, pone l'art. 2087 c.c. (anche in merito al *mobbing*), su cui però mi soffermerò oltre. Anche della norma di cui all'art. 1681, comma 2, c.c. (su cui v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 18) si è detto che ostacolerebbe l'idea del rapporto obbligatorio semplice, giacché, comminando la nullità di un patto, non potrebbe che riferirsi a un obbligo intero, non a un aspetto di una più vasta obbligazione (C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 146). A me non pare che vi sia un impedimento logico, oppure positivo; è certo, invece, che quella che non può essere limitata è una regola di buona fede, di protezione (arg. anche *ex* 1681, comma 1, c.c., che distingue inadempimento, ritardo, e sinistri vari – cui è ricollegata una responsabilità oggettiva –), ma che – come tutte le altre regole di protezione – rientra nel ricco contenuto della prestazione intesa in senso lato. Il problema della 'semplicità' del vincolo obbligatorio si è posto, poi, in particolare, per la custodia cui obbliga l'art. 1177 c.c. (in vista di un obbligo di restituzione): la quale, effettivamente, sembrerebbe costituire un obbligo di protezione (si assicura l'integrità della cosa, per poterla restituire; v. anche L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 387, nt. 12). I seguaci dell'idea opposta hanno argomentato nel senso che la custodia apparirebbe essere un mero profilo di un obbligo di prestazione (U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 82): e, tuttavia, viene da chiedersi come sia possibile che un obbligo, magari ancora non scaduto, sia già, per taluni aspetti, attuale. Il punto non mi sembra insuperabile: sempre, là dove vi è un termine per l'adempimento, si possono comunque ravvisare profili obbligatori già sorti, anche in precedenza a questo (basti pensare all'obbligo di segreto in pendenza di un termine per adempiere, o finanche agli obblighi strumentali della fase preparatoria, o, come dirò ancora oltre, all'obbligo di non rendere incerta l'acquisizione della prestazione, manifestando l'intenzione di non adempiere). L'inattualità della pretesa non equivale a inesistenza del rapporto, giacché anche in quella fase il debitore non può rendere impossibile la prestazione; piuttosto, è da considerare che il credito, pur consistendo in una facoltà di agire particolarmente qualificata, esiste anche in prospettiva (anche a prescindere dall'attuale esercitabilità della pretesa). Il termine, d'altro canto, non produce una inesistenza, ma una non attuale esercitabilità (non per nulla la condizione è sottoposta a una regola diversa: art. 1358 c.c.; da cui a mio avviso derivano interessi legittimi protettivi; più complesso chiedersi cosa avvenga in caso di termine contrattuale, ove però ambedue le soluzioni – della condizione e del termine per adempiere – sono ammissibili). Ulteriori dubbi, in realtà, se li è posti C. PELLOSO, nel testo prima citato, Cap. II, § 11. Secondo l'autore, in particolare, non può dirsi che la prestazione di consegna venga eseguita già durante la custodia. Orbene, a mio avviso il problema è stato reso, se si vuole, più complicato per il fatto che lo stesso autore che ha aderito all'idea della semplicità del rapporto obbligatorio (v., per la custodia, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 82) ricostruiva la responsabilità contrattuale basandola sulla colpa, e finendo così anche per accavallare, sulla custodia stessa, buona fede e diligenza (le osservazioni sono sempre di C. PELLOSO, *ivi*, Cap. II, § 11). Vi è però da ribadire che la buona fede, nel creare regole di comportamento, arricchendo il contenuto della prestazione e dell'interesse finale, può talvolta darvi la forma di 'regole di mezzi' o di 'regole di risultato' (non vi è chi non veda la differenza tra la custodia e un obbligo d'informazione). Così, la custodia, nel nostro caso, non riguarderebbe la prestazione in senso stretto, ma solo la prestazione intesa nel senso più ampio; la regola che impone la custodia, pur assorbita dall'art. 1177 c.c., resterebbe di buona fede (e non riguarderebbe la diligenza cui ogni debitore è tenuto, onde evitare l'impossibilità sopravvenuta), e di essa la diligenza sarebbe «parametro» (come conclude lo stesso Pellosi: il quale, però, alle p. ss. predilige la ricostruzione della custodia come obbligo autonomo), nel senso che (a seconda del tipo di obbligazione) il debitore dovrebbe assicurare *di istante in istante* (com'è tipico delle regole di buona fede) la permanenza presso di

ha funzione integrativa (nel senso di ‘fonte di nuovi autonomi obblighi, cui la legge dà vita parametrando proprio sulla buona fede’), ma valutativa, servendo cioè da metro di valutazione del comportamento tenuto dal debitore in adempimento del debito⁴³². *Rectius*: la buona fede, qui, ha funzione – come sempre – valutativa, ma agisce in via ‘integrativa’: arricchendo, però, più che il contenuto obbligatorio, lo stesso interesse del creditore e la stessa prestazione del debitore⁴³³. Queste tesi, però, ne hanno dedotto una certa svalutazione della fascia protettiva delle obbligazioni, che finiva per ridursi ai casi di accavallamento tra prestazione e protezione o comunque di strettissima connessione: a mio avviso, invece, la prestazione intesa in senso lato non può non ricomprendere momenti autenticamente protettivi, legati anche da una connessione più debole di quella additata (secondo un criterio che indicherò a breve). L’interesse

sé e senza danni della cosa (risultato) o quanto meno un’attività diligente volta per l’appunto a custodirla (e, così, si dà conto dei rimedi attivabili dinnanzi al pericolo che la cosa incorre: ossia, non la richiesta di consegna – salvo che il contratto lo ammetta o che sia scaduto il relativo termine – ma le azioni inibitorie di cui parlerò al § 5, sostituibili – forse – con un’azione di condanna). Ciò non toglie che, da altra angolazione, può risultare preferibile una diversa ricostruzione dell’obbligo di custodia – ovvero come obbligo primario –, perché maggiormente conforme all’intento delle parti e alla realtà delle cose (v. C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 20; v. pure P. SCHLESINGER, *Recensione a U. MAJELLO, Custodia*, cit., in *Riv. dir. civ.*, I, 1961, p. 407).

⁴³² Ché, anzi, ove non si volesse accedere alla critica degli obblighi di protezione, e non si volesse dunque far rientrare i medesimi nell’obbligo di prestazione (utilizzando la buona fede come criterio di valutazione del suo esatto adempimento, ovviamente anche dal punto di vista dell’integrità della sfera patrimoniale e non patrimoniale del creditore), non resterebbe che ritenere che il creditore stesso, accanto al diritto di credito, sia munito di un interesse legittimo protettivo, che mantiene la sua autonomia rispetto al primo (questa tesi si avvicinerrebbe a quella, che guarda allo stesso fenomeno dal punto di vista delle situazioni passive e si interessa del rapporto tra trattative e conclusione del contratto, di C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., p. 476 ss., e ID., *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, che citerò dalla traduzione italiana, curata da A. di Majo e da M.R. Marella e apparsa con il titolo *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione* in due puntate nella *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, di cui qui v. p. 822; l’opinione dell’illustre studioso, per cui, nonostante la conclusione del contratto, il rapporto di protezione nascente nell’ambito delle trattative manterrebbe una sua vitalità e autonomia, non è, in realtà, accettata dalla maggior parte della dottrina tedesca, che osserva – in particolare – come, se è vero che nel caso di contratto invalido il rapporto di protezione rimane sussistente, non sia vero il contrario: in caso di conclusione di un valido contratto, esso è assorbito dal più ampio rapporto obbligatorio che da esso nasce: cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*⁴, cit., § 9 I, p. 119 s.). Stando alla tesi di Canaris, infatti, il diritto di credito è la facoltà di chiedere l’adempimento, ma il rapporto obbligatorio è più complesso, perché ha in sé pure tutela di un affidamento. In critica (e con un’obiezione che però travolge la stessa teorica degli obblighi di protezione), però, si è notato che spesso i contenuti si intrecciano (violando l’uno si viola anche l’altro). D’altro canto, sembra assurdo ritenere il rapporto obbligatorio abbia in sé un credito e pure un interesse legittimo (come vedremo, anche l’affidamento pretensivo non giace accanto a protettivo, ma lo ingloba); per di più, se l’oggetto del credito è la prestazione, e questa è anche l’oggetto del debito, è quasi inevitabile che i due profili si mischino e si sovrappongono. In questo senso, ribadisco, la prestazione e l’interesse creditorio sono complessi, non il rapporto obbligatorio (che, tuttavia, consta di una complessità di regole).

⁴³³ Non sono dunque molto distante dall’idea di una buona fede ‘costruttiva’, secondo l’espressione di U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 131. Secondo l’autore (v. in particolare p. 88 ss. e 131 s.) la buona fede fisserebbe, momento dopo momento, l’estensione dell’obbligo, svolgendo però un ruolo differente dalla diligenza: e, precisamente, quella di «dare pienezza di estrinsecazione al contenuto dell’obbligo».

creditorio, inteso in senso lato, non può non abbracciare tutta quella (complessiva) situazione in cui il creditore si troverà a essere, una volta che gli sia stata offerta la prestazione, e dunque una volta che il debitore abbia compiuto una certa attività, anche secondo i dettami della correttezza. D'altro canto, tale forma giuridica corrisponde alla realtà: il creditore aspira a una condotta interamente e pienamente satisfattiva, e i danni che il debitore potrebbe arrecargli (o comunque le diminuzioni di questa utilità) sono da lui visti come impedimenti nella piena realizzazione di quell'interesse. Né responsabilità del passante, dunque; né, però, responsabilità delittuale trasportata in ambiente contrattuale; il debitore invece è responsabile perché impedisce la completa realizzazione dell'interesse creditorio, inteso in senso complesso.

Vero che la mia tesi finisce per ritenere che il debitore, anche quando violi prima dell'adempimento un 'obbligo di protezione' (ad esempio: di segreto), stia 'adempiendo': ma, in realtà, ciò non mi pare assurdo. Se è vero che, come dirò, l'area di correttezza riguarda tutte le attività compiute dal soggetto passivo del rapporto proprio nella veste di debitore, è anche vero che in tutte queste condotte egli si comporta da debitore e, dunque, 'adempie', per quanto inesattamente (e pure prima di iniziare a eseguire la prestazione, intesa in senso stretto)⁴³⁴. Adempimento in-esatto⁴³⁵, dunque, non conforme alla regola obbligatoria.

⁴³⁴ Un'altra critica alla mia idea potrebbe provenire da questo: di fronte agli 'obblighi di protezione' sembrerebbe perdere di peso la pretesa, che, come tale, si rivolge alla prestazione in senso stretto. Questo è, per certi versi, vero (anche se non escludo radicalmente l'utilizzo dell'azione di condanna anche per porre fine alla lesione di un obbligo di protezione). Tuttavia, la pretesa, come tale, non è rivolta nemmeno all'esecuzione degli 'obblighi preparatori', o 'strumentali', e via dicendo: essa li dà per scontati, e si rivolge solo all'esecuzione della 'prestazione principale'. In realtà, là dove la stessa prestazione, in senso stretto, mette a rischio interessi 'altri' del creditore, questi potrà rifiutarla (a mio avviso perché l'adempimento è inesatto: e non perché «l'inadempimento di un'obbligazione accessoria» fondi «la risoluzione del contratto», come scrive C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 49, a commento di un divertente caso relativo a osterie, birre e scale poco illuminate), ed esercitare la sua pretesa in forma giudiziale (dal che si vede come la pretesa non è estranea al concetto di protezione); quando, poi, gli interessi 'altri' sono lesi secondo modalità meno strettamente legate, la pretesa è posta fuori campo semplicemente perché, prima della lesione, vi era solo un rischio (e non un inadempimento attuale), e dopo la lesione vi è ormai un inadempimento (e un risarcimento del danno; v. però quanto dirò oltre, al § 5, in nota, sulla possibilità che – abbandonando certe teoriche rigorose in tema di violazione di obbligazioni negative – si ampli l'azione di condanna proprio per tutelare il creditore e far cessare la violazione dell'obbligo di protezione). La pretesa, dunque, non ha il compito di reagire alle lesioni della buona fede: ma ciò non toglie che essa dia per implicita la conformità a buona fede del comportamento altrui (giacché, nel pretendere, il creditore giammai potrebbe richiedere un 'qualsiasi comportamento': ma solo uno corretto). D'altro canto, quello che ho scritto si basa su un concetto di pretesa fortemente legato a quello, successivo, di domanda di adempimento; viceversa, ove parlassimo – come a suo tempo facevo – di pretesa solo nel senso puro di 'facoltà di agire in forma qualificata evocando i rimedi per il caso di inadempimento, cioè di discostamento dalla regola', allora è facile comprendere come il creditore possa esercitare una pretesa anche verso il debitore che sta per ledere la buona fede: essa, però, non sarà azionabile (così come non è azionabile un credito finché dura il termine per adempiere, giacché non vi è inadempimento, nonostante il rischio di perdere la prestazione, e salva la decadenza dal beneficio del termine; v. però, come dicevo, per alcuni allargamenti il prossimo § 5 in nota).

Gli unici casi⁴³⁶ in cui sembrerebbe ricomparire un vero e proprio obbligo di protezione sono quelli in cui la condotta dovuta non è oggetto di un obbligo (per ragioni sistematiche, che spesso risentono del principio consensualistico) e, dunque, il rispetto della buona fede non può risultare mero criterio di valutazione di un (inesistente) adempimento. Anche in tal caso, però, più che di obbligo di protezione dovrebbe, a mio avviso, trattarsi di una posizione differente (i casi cui mi riferisco, e che dopo affronterò, sono soprattutto quelli degli effetti post-contrattuali): un interesse legittimo.

In altri termini, l'attività dovuta del debitore – ossia la prestazione – che, una volta realizzata, soddisferà l'interesse del creditore (al risultato finale, ossia alla prestazione considerata come eseguita) va valutata anche dal punto di vista della buona fede⁴³⁷, nel senso che essa comprende anche tutti quegli accorgimenti ulteriori che derivano dalla buona fede. D'altro canto, lo stesso interesse finale, che altro non è che la tensione al risultato dell'attività di prestazione, ossia a essa stessa vista staticamente come eseguita (o, ancora, allo stato in cui si troverà il creditore una volta adempiuta l'obbligazione), va visto come comprensivo degli aspetti protettivi: ossia, l'interesse è a un certo bene della vita goduto senza che siano arrecati, per quanto possibile, danni. L'interesse, integrato dalla buona fede, si riflette sulla prestazione, che va considerata come attività volta a fornire quello specifico bene per il tramite di una condotta complessa, che nell'attribuirlo tenga conto, nei limiti di quanto è esigibile (proprio

⁴³⁵ Il che dovrebbe essere ammesso anche da S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 73 ss., che, nel sostenere la teorica dell'obbligo di protezione, suppone che la sua violazione dia vita a un inadempimento inesatto.

⁴³⁶ La critica per cui gli interessi cui si riferiscono le *Schutzpflichten* sono diversi (vedila ad esempio in L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 117 s.) non mi pare insuperabile: il fatto è, semmai, che ogni interesse di prestazione ha in sé un momento protettivo (così pure l'interesse legittimo pretensivo). L'esito che si fa derivare da quell'affermazione, ossia l'inidoneità del rapporto obbligatorio inteso come di sola prestazione a prestare tutela al creditore ove l'obbligazione sia già estinta (*ivi*, p. 118 ss.), non mi persuade: esso, oltre a trarre spunto da una petizione di principio (ossia, e proprio, che il diritto di credito si sia estinto nel caso in cui sia effettuata la prestazione, pur non ancora messa in sicurezza secondo quanto impone la buona fede), incontra l'obiezione per cui è ben possibile che al rapporto creditorio sopravviva un interesse legittimo. Ne parlo al § 7 del Capitolo secondo della Parte seconda. Mi sembra, d'altro canto, che l'interesse di prestazione, complessivamente inteso, comprenda e assorba quello di protezione, che costituisce un profilo dell'esatto adempimento, sempre e comunque: non solo in taluni casi, come quelli di certe prestazioni mediche male eseguite (così *ivi*, p. 122), ma in tutte le ipotesi di rapporto obbligatorio.

⁴³⁷ Il referente normativo resta, come per i sostenitori degli obblighi di protezione (C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 3), l'art. 1175 c.c. «con riguardo all'obbligazione in generale». Quanto, invece, alle trattative e all'esecuzione del contratto (artt. 1337 e 1375 c.c.), a me pare più consona – come dirò a tempo debito – una ricostruzione in termini di interessi legittimi: fondata dal contatto precontrattuale o dallo stesso *status* di parti contrattuali (in realtà, l'art. 1375 c.c. duplica l'art. 1175 c.c., evocando però un maggiore apporto del titolo nella specificazione *ex fide bona*, e però svolge anche l'ulteriore funzione, per tutto ciò che non può essere abbracciato dal singolo rapporto obbligatorio [dai singoli rapporti], di forgiare interessi legittimi: ad esempio, per tutto quanto riguarda la rinegoziazione).

secondo buona fede), della situazione del creditore, dei suoi beni e della sua persona⁴³⁸; a sua volta la prestazione, così intesa, rispecchia proprio il contenuto dell'interesse (art. 1174 c.c.).

Gli aspetti così considerati della condotta debitoria non costituiscono dunque obblighi specifici: ovverosia essi, nonostante siano interni al rapporto obbligatorio, non possono essere considerati autonomamente⁴³⁹, se non in virtù di una

⁴³⁸ Secondo l'espressione di U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 132 (già però p. 72), la buona fede «dice il non detto». Effettivamente, la buona fede impone di ricostruire l'interesse creditorio tenendo fermo anche il momento protettivo (che, come vado spiegando, è incluso in quello pretensivo, inteso in senso lato); essa, inoltre, impone di fare tutto il possibile per soddisfare l'interesse, e non solo per eseguire formalmente il debito. La buona fede arricchisce il contenuto della condotta dovuta, senza però far nascere altri obblighi, ma solo valutandola nella sua ampiezza e nella sostanza, più che nella sola forma. Tale valutazione avrà come metro di paragone, d'altro canto, il comportamento 'corretto', ossia quel comportamento che soddisfa anche sostanzialmente l'interesse, nei limiti in cui ciò sia esigibile al debitore.

⁴³⁹ Autonomizzare questi obblighi non è possibile, giacché essi – come, e ancor più evidentemente, i vari obblighi accessori, preparativi, e via dicendo – non costituiscono singoli debiti, ma semmai aiutano a descrivere le singole regole di condotta che, tutte assieme, costituiscono il debito (il comportamento doveroso). Considerarli singolarmente è, viceversa, una necessità (che pur si scontra con la dogmatica) che era imposta dall'ordinamento tedesco, ove fino al 2002 mancava una norma generale sull'inesatto adempimento, e ove si era ricorsi alla teorica delle *pVV*. Quanto agli obblighi accessori (non di protezione), la cui sostenibilità dogmatica è sostenuta da gran parte della dottrina tedesca (v. D. MEDICUS-S. LORENZ, *Schuldrecht*, I, cit., p. 65 ss., che distinguono *Hauptleistungspflichten* e *Nebenleistungspflichten*, oltre agli obblighi di protezione variamente intesi; v. J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 1⁸, Heidelberg, 1995, p. 107 ss., che parlano di *Nebenleistungspflichten* e *Nebenpflichten*), v., da noi, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 95 ss., spec. p. 98 s.; L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 370 ss. (e, d'altronde – nt. 133 – la diligenza sarebbe stata un obbligo strumentale integrativo dell'obbligo di prestazione); C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, p. 1 s. (per una sintesi, che poi finisce per rinvenire nei soli obblighi di protezione veri e propri obblighi autonomi); C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 39 ss. (la cui visione iper-analitica finisce per darci ragione: giacché l'illustre autore ammette anche «tutti i doveri di cui essa [l'obbligazione] è composta, compresi quelli che stanno alla base dei cosiddetti 'criteri di responsabilità' ... entrano a comporne l'oggetto; il quale, così, viene ancor più chiaramente ad assumere l'aspetto di un programma»; in fin dei conti, la differenza diventa terminologica, giacché la mia 'prestazione in senso lato' altro non è che il 'programma obbligatorio', e i 'doveri dell'obbligazione' sono le mie 'regole'; in altri termini, la ricostruzione in termini di singoli doveri non è altro che una visione analitica di tutto ciò che rientra nel 'programma': e, volendo, nella prestazione, intesa nel senso più ampio; del resto, secondo l'autore citato – *ivi*, p. 58 –, la diligenza stessa, che pure configurerebbe autonomi doveri, non smette di essere un criterio di responsabilità). Tuttavia, perfino gli aderenti alla teoria degli obblighi di protezione dubitano della loro identificabilità (cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 86 ss.): più convincente è apparso ritenere che essi non costituiscano altro che singoli e specifici profili dell'obbligo di prestazione (così ad esempio U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 77; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., p. 401 ss. e 408 ss., seppur con vari distinguo; v. infine, molto chiaramente, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 1 s., secondo cui, «se gli obblighi secondari di omissione sono nient'altro che l'aspetto negativo della prestazione e gli obblighi integrativi strumentali rappresentano altrettante specificazioni del contenuto di questa ..., unica categoria di obblighi accessori che possono considerarsi effettivamente tali, in quanto autonomi rispetto all'obbligo principale, è quella degli obblighi di protezione»). Ma, allo stesso modo, a me sembra che anche gli obblighi di protezione non siano che profili della condotta debitoria di prestazione, e che la loro separabilità è funzionale soltanto a un approccio descrittivo, compatibile allora anche col discorrere di obblighi singoli di preparazione dell'adempimento e via dicendo. D'altronde, se è vero che la buona fede rende duttile e flessibile l'impegno del debitore, e smussa le asperità del rigore formalistico di una posizione come quella del diritto (relativo di credito: mentre l'interesse legittimo è già del tutto

semplificazione che ha funzione descrittiva, ma che dogmaticamente non è interamente accettabile.

In altri termini, non sussiste un concetto di protezione ulteriore rispetto alla prestazione, se non – ripeto – da un punto di vista descrittivo⁴⁴⁰, e per comodità linguistica⁴⁴¹ (se non perfino, a taluni scopi, per la comodità del discorso giuridico⁴⁴²): in realtà il risultato, cui tende il creditore, è quella specifica prestazione che arrechi un aumento, senza detrimento, del suo patrimonio, e la prestazione richiesta corrisponde al comportamento che ciò assicura. Si potrà poi parlare di una prestazione in senso stretto e di una protezione, come si potrà parlare di obbligo di prestazione, di obblighi accessori e di obblighi di protezione, ma sempre e solo per distinguere, per esigenze di comodo, quel contenuto del credito che è esplicitato nel titolo, quello che si ricava per implicito e quello che, sempre implicito, attiene alla protezione degli altri interessi⁴⁴³.

informale), è vero anche che ciò non può avvenire tecnicamente tramite la creazione di una serie di obblighi sempre più minuziosi e specifici, giacché ciò contraddirebbe proprio la funzione della regola di buona fede. In realtà, l'assoggettamento del rapporto obbligatorio alla correttezza impone già a livello ricostruttivo di ammettere una visione fluida e non rigida dell'interesse finale, che è rappresentato da un bene ideale, da un valore, più che da una specifica situazione effettiva; e impone in sede di analisi del singolo rapporto obbligatorio di accettare fluttuazioni inevitabili della condotta, e di intenderla complessivamente, anziché puntualmente. D'altro canto, il criterio dell'interesse (interpretato secondo le esigenze della solidarietà) sovrintende pure all'estensione dei diritti reali: cfr. art. 840, comma 2, c.c

⁴⁴⁰ Con le mie parole non voglio risolvere, e nemmeno affrontare, l'altro difficile problema relativo al concorso tra forme di responsabilità, su cui v. comunque oltre.

⁴⁴¹ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 18.

⁴⁴² Come vedremo, solo distinguendo queste regole da quelle di 'stretto diritto' si può efficacemente considerare gli aspetti dell'onere della prova in caso di violazione. Ma questo non deve far pensare che si tratti di 'autonomi obblighi': si tratta, piuttosto, di regole che, non confondendosi con quelle di diligenza, hanno una loro autonomia.

⁴⁴³ In questo senso mi sembra assolutamente condivisibile l'approccio di U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 125 ss., che distingue tra attività di prestazione e attività di relazione nell'attuazione della prestazione, e soprattutto afferma (p. 131) che «la buona fede è regola di determinazione o di esecuzione di un'attività accessoria, ma diversa dalla prestazione in senso stretto», che non stabilisce «come si deve eseguire la prestazione, ma come ci si deve comportare, in relazione alle circostanze, durante e dopo l'attuazione (o l'attesa) della prestazione». La maggiore vicinanza della tesi di Breccia a quella degli obblighi di protezione è dimostrata dal fatto che entrambe convivono nella stessa pagina in U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 232. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, p. 154, nt. 33, critica la tesi brecciana, affermando che il giudizio di responsabilità non può non essere preceduto dalla «individuazione degli estremi di un comportamento che possa considerarsi dovuto». L'idea è senz'altro giusta; tuttavia, a me pare che l'opinione che sostengo nel testo ne vada esente. La buona fede, infatti, integra – ossia, arricchisce – un diritto di credito, non tanto aumentando il numero di obblighi, ma espandendo l'unico obbligo, pur complesso (e l'interesse finale). In questo senso la sua violazione è di certo preceduta dall'individuazione: non, però, di un 'obbligo autonomo di protezione', ma di una 'regola', che gioca il suo ruolo all'interno non di un 'rapporto obbligatorio complesso', ma di una 'prestazione complessa' (il cui contenuto si specifica di momento in momento, così come, per fare un paragone, il contenuto della diligenza nelle obbligazioni di mezzi). In questo senso la natura duplice della buona fede: integrativa, per quel che si è detto, e come modo di operare tecnico in un rapporto di credito; valutativa, in quanto offre il parametro per stabilire se vi è esatto adempimento (la flessibilità, poi, non equivale a dire che il debitore non sa quale sia il comportamento doveroso, ma semmai sta a significare che esso si aggiusta e si accomoda secondo le circostanze, con duttilità).

Tutto questo, comunque, non può non coincidere con l'oggetto – unico – del debito e del credito, ossia con la prestazione, con il comportamento dovuto⁴⁴⁴. In altri termini, si potrà supporre che la buona fede imponga una certa condotta, e che questa sia una 'autonoma regola', perfino un 'autonomo obbligo': ma non nel senso che non faccia parte della più ampia condotta di prestazione, sibbene nel senso che si tratta di una sfaccettatura dotata di una sua distinguibilità (e che, anzi, a taluni fini – ad esempio, come vedremo, con riguardo all'onere della prova – va distinta).

In definitiva, l'interesse del creditore è quello a godere della prestazione senza che il suo patrimonio sia per questo diminuito⁴⁴⁵ (salvo ciò non sia imprescindibile: ma

⁴⁴⁴ Potrebbe sembrare che il mio approccio lasci in ombra la protezione che il creditore deve verso il debitore (per una critica analoga v. infatti L. LAMBO, *Obblighi*, cit., 2007, p. 120, e già C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 1). In realtà, a me pare che la norma recata nell'art. 1175 c.c. abbia un'influenza diversa sulla posizione debitoria e sulla quella creditoria; nel secondo caso essa specifica la prestazione, mentre nel primo fa nascere – come dirò estesamente nel § 5 del Capitolo primo della Parte Seconda – un interesse legittimo del debitore. Ma anche l'art. 1375 c.c., in quest'ordine di idee, recupererebbe una sua autonomia: se l'art. 1175 c.c. consente di adattare il contenuto del credito alle circostanze, rendendolo più duttile (nonostante si tratti di una posizione rigida e formale), esso non potrà mai arrivare al punto di contraddire il contenuto stesso del credito, per come appare esplicitato nella sua fonte (ed eventualmente proprio nel contratto, ossia nell'assetto di interessi pattizio tradotto giuridicamente). Proprio la fonte (l'assetto pattizio, nella sua originaria pre-giuridicità) torna però in rilievo nell'art. 1375 c.c., ove contribuirà a far nascere interessi legittimi di entrambe le parti, che torneranno rilevanti, ad esempio, per imporre ad ambedue di rinegoziare le condizioni contrattuali.

⁴⁴⁵ Se questo è l'interesse, inteso come aspirazione a un bene (la situazione di fatto a prestazione avvenuta: ovvero l'acquisizione di un bene senza alcun danno), è anche vero che la sua concretizzazione potrebbe non coincidere *in toto*: così, in particolare, potrà avvenire che la buona fede non risulti lesa e che ciononostante l'esecuzione debitoria pregiudichi il patrimonio della controparte (solo di momento in momento, dunque, sarà possibile valutare se l'esecuzione della prestazione avviene in modo esatto e, dunque, sarà possibile individuare la situazione in cui si troverà il creditore e correggere le indicazioni astratte tratteggiate in principio; cfr. del resto U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 90 ss.). La buona fede, d'altronde, si specifica in obblighi (a mio avviso: regole) di conservazione dei beni altrui già tipicamente protetti (tra cui, il più delle volte, risiede anche la custodia), nonché in altre regole (per lo più di avviso, comunicazione, cooperazione) volte a evitare danni meramente patrimoniali, secondo una dicotomia su cui tornerò oltre (per un elenco, intanto, v. E. MOSCATI, *Profili attuali*, cit., p. 94). Non risulteranno di certo applicabili l'art. 1258 c.c. e l'art. 1464 c.c. nei casi in cui, a fronte di un danno non dovuto a scorrettezza, la prestazione intesa in senso stretto rimanga interamente possibile e residui un interesse creditorio (d'altro canto, la protezione deve dirsi rientrare nell'interesse complessivamente riguardato, per quanto attratta in una dimensione per così dire di contorno: in altri termini, non identifica una 'parte' della prestazione, ma una sua 'colorazione'). Qualora vi sia danno alla sfera del creditore, connesso con l'esecuzione dell'obbligazione, ma non derivante da lesione della buona fede, non sarà dunque concesso alcun recesso dal rapporto contrattuale (semmai, verrà in rilievo, ove se ne diano i presupposti, la disciplina delle sopravvenienze). Viceversa, ove la lesione invece dipendesse da violazione della buona fede, il creditore potrebbe sciogliersi dal rapporto contrattuale (se ammesso dalla *lex contractus* oppure *ex art.* 1453 c.c.: U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 97 ss.; *contra* A. DI MAJO, *sub artt.* 1173-1320 c.c., cit., p. 127 – sulla base del fatto che gli obblighi di protezione non rientrerebbero nel sinallagma: mentre, nella mia prospettiva, essi vi sono certamente dentro, non essendo altro che aspetti della prestazione, mentre non vi rientrerebbero gli interessi legittimi protettivi della parte, considerata come debitrice –), ma non potrebbe direttamente chiedere il risarcimento per inadempimento dell'intera obbligazione (risultando abilitato però a rifiutare l'adempimento che si riveli già *ex ante* inesatto e potenzialmente dannoso – casi in cui prestazione e protezione risultano quanto mai avvinte e sovrapposte; per un esempio v. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*,

allora la diminuzione ammessa sarà quella minima indispensabile); la prestazione latamente intesa, l'attività dovuta, non potrà dunque che coincidere con quella che, nell'assicurare il nuovo bene della vita (in senso stretto), non leda gli altri interessi creditori⁴⁴⁶. Ancor meglio, e onde evitare di immettere nella logica obbligatoria un'eventualità di protezione che è semma tipica dell'interesse legittimo: l'interesse del creditore è quello a una prestazione fornita senza che vi siano quelle lesioni della preesistente sfera creditoria che la buona fede imponeva di evitare. Ovvero, è quello a una certa prestazione svolta secondo buona fede. Il che permette anche di compiere un parallelo rispetto alle obbligazioni di mezzi⁴⁴⁷: se qui l'interesse è a una prestazione (pur sempre svolta secondo buona fede) che sia diligente (là dove il contenuto della diligenza si specifica alla luce della situazione di fatto), lì – ovvero in tutte le obbligazioni – *l'interesse è a una prestazione svolta secondo buona fede* (e che dunque sia interamente utile, non dannosa, e così via dicendo).

Si potrebbe obiettare, a questa ricostruzione, che essa mantiene la scissione tra interesse di prestazione e di protezione, giacché il creditore ha interesse 'alla prestazione' 'senza averne danno causato da scorrettezza' (o, meglio ancora, 'senza avere danno ai beni messi specificamente in pericolo dalla prestazione'). In replica, basti osservare che l'interesse resta in tal caso unitario: il creditore tende al bene della vita, che è rappresentato dall'esito della condotta debitoria. Solo per comodità possono

in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 484, nt. 10 –, e forse anche ad agire in via inibitoria – e probabilmente con l'azione di condanna per le lesioni già prodotte e non cessate – per la protezione di interessi 'altri'), salvo il caso in cui la lesione della buona fede non abbia reso impossibile la prestazione o la soddisfazione dell'interesse (che denominerò 'secondario'; arg. *ex art.* 1256, comma 2, c.c.; si pensi al caso in cui una ditta di *catering*, nel preparare il festeggiamento per un matrimonio, mandi a fuoco lo stabile dove si sarebbe dovuto tenere il pranzo, oppure rovini il prato rendendolo esteticamente poco apprezzabile). Da un altro punto di vista, non potrà però nemmeno dirsi che l'interesse in questione sia protetto solo eventualmente (così declinandosi in modo simile a quanto avviene nell'interesse legittimo, e comunque creando una scissione tra interesse creditorio e oggetto dell'obbligo). La tutela dell'interesse finale è infatti comunque piena, e questo non si può vedere – se non a fini descrittivi – come frammentato: l'interesse finale è uno solo, per quanto complesso. Proprio l'opposta visione, invece, finirebbe per presupporre un interesse (una serie di interessi, di protezione) solo eventualmente tutelati, a fianco di uno in tutto e per tutto garantito (quello alla prestazione in senso stretto). In realtà, tutte queste considerazioni impongono, ancora una volta, di considerare l'interesse alla prestazione in modo unitario, ossia come interesse a ciò che risulterà da un comportamento di buona fede del debitore. Così facendo, infatti, non è più questione di concretizzare *ex post* l'interesse, ma solo di verificare se la situazione di fatto si è prodotta a causa di una scorrettezza o meno (come avviene nelle obbligazioni di mezzi, ove il vero problema è verificare se la mancanza del risultato finale è dovuta a un inadempimento o meno, non essendo puntuale e specifica, o comunque fin da subito predeterminata, la dimostrazione dell'inesatto adempimento). In conclusione, va sottolineato come lo stesso avvenga pure per l'interesse legittimo pretensivo. In entrambi i casi, dunque, è forse preferibile mutare la formula, e ritenere che l'interesse finale (protetto ora in via assoluta, ora solo eventuale) sia quello a una prestazione che non arrechi danni non ammessi dalla buona fede, e che dunque si attui secondo buona fede (fermo restando che nel caso dell'interesse legittimo pretensivo l'eventualità fa sì che possa ritenersi protetto, più latamente, l'interesse a una prestazione che non arrechi danni). Su questo v. subito nel testo.

⁴⁴⁶ Ogni prestazione ha in sé una contenuto protettivo; lo stesso vale, come testé accennato, anche a proposito degli interessi legittimi pretensivi.

⁴⁴⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento*, cit., p. 8.

distinguersi due profili, i quali anzi spesso appaiono così intrecciati da risultare dal punto di vista pratico sovrapposti⁴⁴⁸, oltre che unificati dal punto di vista teorico.

L'interesse, dunque, è quello alla prestazione; quest'ultima, a sua volta, è quella condotta che risulta dovuta, la quale – a volerla segmentare per fini sempre descrittivi – assomma l'attribuzione di un nuovo bene e la protezione di quelli già facenti parte del patrimonio e afferenti alla persona del creditore. Ma questa suddivisione non è meno scorretta di quella che parla di tanti obblighi diversi e autonomi, giacché il creditore mira solo a un evento, che è l'esatto compimento della condotta debitoria⁴⁴⁹.

In definitiva, a me pare che la buona fede svolga la funzione – *ex latere debitoris* – di implementare interesse e prestazione, proteggendolo da tutte le condotte dannose e scorrette, che si riveleranno anche 'inesatte' dal punto di vista dell'adempimento dell'obbligazione. E la buona fede imporrà al debitore, così, regole di condotta, che specificano l'obbligazione, tali da arricchire la prestazione; regole che gli vengono addossate con riguardo a comportamenti né solo occasionalmente connessi con l'esecuzione della prestazione, né strettamente riferibili in base a un nesso causale: ma con riferimento a tutte le attività che il debitore compie rivestendo un tale ruolo (e, dunque, non come un qualsiasi altro soggetto)⁴⁵⁰. Dal punto di vista del creditore,

⁴⁴⁸ Oltre ai casi più evidenti, come quelli delle prestazioni mediche chirurgiche (cfr. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 145), si può pensare all'ipotesi in cui un soggetto incarichi un altro di compiere un'attività (ad esempio, staccare le cornici da alcuni quadri) che, in sé, diminuisce il patrimonio del creditore: qui la tutela dell'interesse di protezione non può che risultare esclusa, figurando anzi l'atto in sé lesivo come oggetto della prestazione. Si tratta, a ben vedere, di una sovrapposizione pratica (già avvertita da H. STOLL, *Abschied*, cit., p. 299) che ridonda nell'impossibilità teorica di considerare l'interesse di protezione autonomamente rispetto a quello di prestazione.

⁴⁴⁹ In realtà, la visione orizzontale del rapporto obbligatorio, che pone sullo stesso piano i suoi vari momenti (il dovere di diligenza, i doveri accessori, i doveri sussidiari e così via), risulta efficace a certi fini (ad esempio comprendere, sulla base della fonte del rapporto – C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 60 –, qual è il grado di diligenza richiesto e, di conseguenza, quando si ha impossibilità sopravvenuta imputabile), ma non deve far dimenticare che l'oggetto del rapporto è e resta sempre solo uno (e che valutazioni diverse, come quella di diligenza, attengono a piani differenti).

⁴⁵⁰ Il punto è molto delicato, perché tocca l'esatto confine della protezione e, dunque, della responsabilità contrattuale del debitore per lesione degli interessi 'altri' del creditore (mi rifaccio, ancora, al linguaggio tradizionalmente impiegato dai propugnatori della teoria dei doveri di protezione). Ovvio è, infatti, che non ogni lesione che il debitore arreca al creditore diviene, sol perché tra i due v'è un rapporto contrattuale, fonte di responsabilità di questo tipo: ciò avviene soltanto allorché le lesioni sono collegate allo specifico rapporto. Ma proprio come individuare questo collegamento è vieppiù dibattuto (in sintesi v. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 134 ss.): a fronte di chi propone una mera 'occasionalità', v'è chi parla di vera e propria 'causalità' (il primo criterio è quello, come noto, fatto proprio da H. STOLL, *Abschied*, cit., nt. 87; il secondo è proposto da L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 369, nt. 15; descrive oggi quest'itinerario di pensiero L. NIVARRA, *La contrattualizzazione*, cit., p. 486 s., nt. 14; per un criterio ristretto v. pure F. BENATTI, *Osservazioni*, cit., p. 1361, A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., p. 418, nt. 114, nonché C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 477 – che si riferisce allo «scopo di protezione» del comportamento dedotto in obbligazione – nonché lo stesso L. NIVARRA, *La contrattualizzazione*, cit., p. 487 s. – che parla di «condotta strumentale ... all'esecuzione o alla ricezione della prestazione principale, restando ogni altro comportamento ... del tutto estraneo al rapporto obbligatorio». Il problema, dunque, è proprio quello di comprendere entro che limiti la protezione sia assorbita dalla regola contrattuale; e la soluzione

invece, la buona fede fonda – come vedremo – un interesse legittimo⁴⁵¹. In nessun caso, però, l'interpretazione che do della buona fede vuole diminuirne l'ambito di rilevanza: anzi, io credo che le diverse tesi degli obblighi di protezione e del rapporto obbligatorio semplice non si distinguano, che per dati tecnici, risultando poi dirimenti (quanto all'estensione delle regole di correttezza) altri fattori (l'opinione circa l'ampiezza dell'obbligo di protezione, in un caso; l'idea relativa alla latitudine dell'interesse complesso e lato del creditore⁴⁵², nell'altro⁴⁵³).

più ampia mi sembra perfettamente in linea con l'evoluzione subita dall'ordinamento tedesco (basti pensare al caso della buccia di banana, su cui v. *infra*), mentre quella ristretta più consona in astratto al nostro sistema giuridico, ove la buona fede non sopperisce a lacune della disciplina aquiliana (v. infatti L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 287). In ogni caso, e a prescindere dall'indagine comparatistico-descrittiva, a mio avviso deve ricordarsi che la buona fede impone un comportamento corretto 'nell'adempire', e in particolare ciò è funzionale a preservare i beni che più sono messi in pericolo di fronte all'attività esecutiva del debitore: il che, a sua volta, si proietta nella protezione degli interessi messi in pericolo. Il criterio migliore, a mio avviso, è allora quello che sottolinea il fatto che la protezione è un aspetto della prestazione latamente intesa; quindi che abbraccia i danni arrecati *nell'eseguire la prestazione*, ossia nell'ambito di ciò che esternamente appare essere l'esecuzione della prestazione (in caso di lesione dell'affidamento: in ciò che appare essere funzionale ad esaudire l'affidamento). Non si tratta né di occasionalità né di causalità, ma di un criterio di apparenza; rilevano i danni compiuti nell'ambito dell'attività che il debitore esercita in quanto tale. Ossia, non quella che gli è meramente permessa in quanto debitore (occasionalità: rientrerebbe anche il caso in cui un elettricista stupra la proprietaria dell'abitazione in cui svolge l'opera), né solo quella di prestazione o sovrapponibile a questa o comunque strettamente legata. Il debitore figura tale, ossia riveste tale ruolo, anche mentre guida per giungere presso l'abitazione del creditore. Se, una volta entrato, col suo furgone danneggia una statua, egli non può non risponderne contrattualmente, perché in quel momento stava manifestamente compiendo l'attività di adempimento. Se, viceversa, per la strada, e a qualche ora di distanza, per caso uccidesse in un incidente il creditore, di certo non sarebbe una responsabilità contrattuale, non essendovi alcuna specificità nel pregiudizio arrecato che lo riconduca al debitore (né si tratterebbe di un bene che in quel momento era messo particolarmente in pericolo dall'esecuzione). Il criterio della 'veste' permette di collegare al debitore solo i danni che derivano dall'attività esecutiva e che rientrano nella zona tipica (o almeno normale, secondo un criterio di adeguatezza) di rischio, da intendere però in senso lato, ricomprendendovi pure, ad esempio, il rischio che la controparte diffonda documenti riservati. Dopotutto, la buona fede nel diritto di credito è quel criterio che implementa la prestazione, imponendo non solo di compiere il servizio, ma di compierlo 'come l'avrebbe fatto un uomo onesto'.

⁴⁵¹ Così, ripeto, deve sciogliersi il dubbio circa la difficoltà di accettare la tesi del 'rapporto semplice obbligatorio', alla luce del carattere reciproco dell'art. 1175 c.c. (v. qui per tutti U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 83 ss.). Parleremo più avanti, però, di questo interesse legittimo.

⁴⁵² Di interesse creditorio «composito» parla U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 72. A mio avviso, si badi, esso è composito e complesso perché comprende anche tutti i profili di protezione.

⁴⁵³ A prima vista sembrerebbe, però, che le tesi cui aderisco – seppur per taluni non irrilevanti profili discostandomi – diminuiscano il rilievo della buona fede. Ciò dipende da due dati: anzitutto, da questo punto di vista si è portati a non ingrandire oltremodo l'interesse, che pur sempre è di prestazione, del creditore (sebbene, a mio avviso, debba ammettersi che il creditore sia interessato a una prestazione non dannosa, anche con riguardo alla protezione dei suoi beni). Si situa qui la critica di L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 121, che ho prima citato e su cui ho già preso posizione (secondo cui solo la teoria degli obblighi di protezione darebbe conto di interessi di conservazione di beni non immediatamente toccati dalla prestazione: il che, però, non è vero, e semmai dipende da una visione riduttiva dell'interesse di prestazione inteso in senso lato). Inoltre, storicamente i fautori di queste tesi si sono dimostrati più cauti (v. anche U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 72; nonché C.M. BIANCA, *Diritto civile*,

Quanto, poi, al legame tra diligenza e buona fede, mi sembra che esso possa sciogliersi in questo modo⁴⁵⁴: al di fuori della prestazione *stricto sensu* intesa, le regole

IV, cit., p. 88; anche se v. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 172, nt. 68, secondo cui, in fin dei conti, la tesi della buona fede integrativa finisce per utilizzare impropriamente, e finanche riduttivamente, la clausola generale). Quest'approccio è emblematicamente sostenuto da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 18 ss. (contro il quale si pronuncia C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 88 s.): il quale, escluso che sussistessero obblighi di protezione nascenti dall'art. 1175 c.c. (giacché tutti si dovevano ridurre o all'obbligo prestazione – come nel caso del trasporto – o a un autonomo obbligo sorto *ex lege*, sia pure 'di protezione', come quello di cui all'art. 2087 c.c.), finiva per considerare il ruolo della buona fede (p. 27, 29 ss., 39) solo 'correttivo'. Entrambi i dati sono, a mio avviso, non sostenibili: anzitutto, i profili di 'protezione' restano tali, anche se è la legge a definirli (salvo che, davvero, non entrino nella 'prestazione in senso stretto', come avviene nel trasporto); in altri termini, ciò che afferisce alla buona fede (intesa come 'aggiustamento, correzione, supplenza del diritto stretto') resta tale, anche se è definito dallo stesso legislatore: sarà l'interprete a verificarne l'afferenza all'uno o all'altro ambito (basti aver riferimento agli obblighi di informazione precontrattuale: che, anche se specificati, non cambiano la loro natura, e non smettono di essere emanazione dell'art. 1337 c.c.; d'altronde, il fatto che la buona fede svolga oggi il ruolo del diritto onorario, come ho scritto, non vuol dire che lo spazio che essa occupa sia intangibile al legislatore, che può benissimo porsi nel 'secondo livello' in cui la correttezza opera, onde specificarne il contenuto una volta per tutte, e però rinunciando semmai alla duttilità della clausola generale). V. sul punto anche L. MANNA, *Buona fede*, cit., p. 356. Nemmeno la seconda osservazione di Natoli è convincente. La buona fede non ha solo funzione correttiva; essa corregge il diritto stretto solo in un senso molto vago, ossia per evitarne i limiti e le asperità: ma, detto questo, non si può non ammettere che la buona fede, nel rapporto obbligatorio, dal lato del creditore *aiuti* il diritto stretto, e da quello del creditore lo *corregga*. L'*auxilium* proviene proprio dall'implementazione del credito, cui debbono riferirsi anche 'regole di protezione' degli interessi 'altri' del creditore. Tra l'altro, l'idea del Natoli, che come quella dell'allieva Bigliazzi Geri rimanda a un ruolo a valle della buona fede, solo valutativo, è accoglibile, a mio avviso, ma nei limiti ci sui *supra* (e, cioè, essa non esclude, come giustamente osserva Breccia, un ruolo 'costruttivo', seppur esso si gioca tutto all'interno di figure già sussistenti: diritti di credito o interessi legittimi). Tornerò oltre, al termine del paragrafo, su questa confutazione.

⁴⁵⁴ Dissento parzialmente da U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 125 ss., spec. p. 128, secondo cui i due criteri si riallacciano a due tipi di attività diversi. A mio avviso, quanto dico nel testo vale non solo per la parte di protezione, ma pure per quella di prestazione (ove la buona fede può modellare il contenuto dell'obbligo, ad esempio, per evitare di rendere inutile la prestazione). V. però ID., *Usi e abusi dei significati di 'diligenza nell'adempimento'. La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 165. V. anche S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964: «la buona fede costituisce il criterio in base al quale si determina il contenuto della prestazione: la diligenza verrà in questione unicamente come criterio di valutazione del comportamento del debitore, tenuto a quella prestazione già individuata». Diverso invece l'approccio di C.M. BIANCA, sub *art. 1218 c.c.*², cit., p. 36, secondo cui è il comportamento diligente che rientra «nel contenuto del rapporto obbligatorio» (mentre la buona fede avrebbe il ruolo di imporre al soggetto «di preservare gli interessi altrui che non rientrano in una specifica tutela giuridica contrattuale o extracontrattuale», incontrando «il suo limite nell'interesse proprio del soggetto», che sarebbe tenuto «ad attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altro, ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico»: così ID., *Diritto civile*, IV, cit., p. 88, recuperando le idee già esposte nel noto saggio del 1983). Idealmente a metà si situa U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 20: «la c.d. obbligazione di protezione o di sicurezza ... appare ... come un momento essenziale del contenuto dell'obbligazione, che si determina automaticamente in base alla natura della prestazione e che, particolarmente, reagisce anche sul *quantum* della diligenza necessaria alla sua esecuzione». A parte, ma doverosa di un cenno, è la tesi di U. MAJELLO, *Custodia*, cit., spec. p. 68 ss. e 131 ss. L'autore riteneva di ravvisare proprio nella diligenza dell'art. 1176 c.c. la fonte di obblighi di protezione, in concorso – nella fase di preadempimento – con la custodia di cui all'art. successivo (in un caso la protezione riguardava il diritto alla prestazione, nell'altro il bene stesso), e volta – nella fase di adempimento – a

rilevanti (pur sempre nell'ambito della prestazione *lato sensu*) potranno assumere la forma di 'regole di mezzi' o 'di risultato', imponendo ora una condotta diligente, ora una condotta volta a realizzare immediatamente il risultato. A tali regole, poi, dovrà applicarsi la diligenza – in ogni caso – allorché esse siano state violate, per verificare se vi sia imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta o meno (ovvero, se una condotta diligente avrebbe permesso il rispetto di queste regole; salvo che il criterio di responsabilità non sia diverso, ad esempio oggettivo). In tal senso, si comprende bene come la logica degli 'obblighi di protezione' non sia errata, poiché descrittivamente consente bene di rendere manifesti questi profili: che, però, debbono farsi rientrare nell'unica, e pur multiforme, attività dovuta.

Quanto detto non esclude tuttavia che la buona fede si presenti anche al di fuori di un diritto di credito.

Allorché ciò avvenga, questo canone di comportamento dovrà necessariamente trovare espressione in una posizione giuridica perché sia possibile offrire tutela a un dato soggetto: quanto meno ove si condivida un'idea del sistema di responsabilità civile che, seppur aperto a rinvenire nell'ordinamento gli interessi degni di tutela, non si diluisca nella più vasta atipicità (su tutto questo però v. il § 4 del Capitolo primo della prossima Parte).

In questo senso mi sembra che la posizione di interesse legittimo, per come ho cercato di ricostruirla, risponda alle esigenze individuate, superando i dubbi che l'idea dell'obbligo di protezione porta con sé ed evitando ogni annacquamento del sistema di responsabilità civile. L'interesse legittimo, come tutela dell'affidamento in un'attività corretta (a risultato favorevole solo eventuale), fa sì che si possa considerare lesiva l'attività scorretta e pregiudizievole, ma non quella conforme a buona fede e pur pregiudizievole.

In tal caso la buona fede non assume una vera e propria funzione integrativa: giacché, come a suo tempo vedremo, non è dalla buona fede che nasce l'interesse legittimo, ma, piuttosto, è essa il metro di valutazione per individuarne una possibile lesione (è parametro, dunque, dell'attività che non viola l'interesse legittimo). Ciò non toglie che, nell'operazione di valutazione, si possa – anzi, si debba – far riferimento a un metro di confronto, ossia il comportamento corretto; volendo, si potranno individuare una serie minuziosa di obblighi posti dalla buona fede nella singola circostanza, per ravvisarne l'eventuale lesione.

In questo senso mi sembra che si avvicinino, finendo per rappresentare solo due diversi punti di vista, le funzioni valutativa e integrativa della buona fede⁴⁵⁵: pur

proteggere la persona e i beni altrui. L'opinione, però, non è stata accettata (v. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 124 ss.). Su questi punti v. anche A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., p. 397 ss.

⁴⁵⁵ Non mi sembra, quindi, inammissibile il discorso sugli obblighi di protezione, che anzi si rivela spesso di assoluta comodità: ma dev'essere chiaro che non si tratta di singoli obblighi distinti rispetto a quello di prestazione o atomistica rientranti in un interesse legittimo, ma semmai di una concretizzazione, tramite l'immagine dell'obbligo, della condotta che un certo soggetto deve tenere in

dovendo ribadire che, anche ove si parli di integrazione, non si può intendere la creazione *ex nihilo* di un interesse legittimo⁴⁵⁶, né quella di specifici obblighi. Nel primo caso, giacché è la legge a creare l'interesse legittimo (pur demandandone il riempimento alla buona fede); nel secondo, poiché le regole di buona fede sono, per l'appunto, regole che sanciscono quando l'interesse legittimo è rispettato; ma non sono, tuttavia, singoli obblighi.

La valutazione, che il giudice compie, non costituisce che un riflesso dell'integrazione (in un'ottica di interpretazione come dichiarazione, che coincide con il punto di vista ordinamentale e con i suoi assiomi); e l'integrazione, a sua volta, consiste nel credito nello specificare la condotta dovuta (e l'interesse protetto), e nell'interesse legittimo nel definire la condotta richiesta (e la porzione dell'interesse finale che risulta protetta).

Come all'inizio del paragrafo scrivevo, ecco come la buona fede, nell'interesse legittimo, rispecchi l'*honeste vivere*; ecco come essa nel credito 'aiuti il diritto civile', mentre nell'interesse legittimo 'supplisca' alle sue deficienze, riempiendo di contenuto

un certo momento per non cadere in un inadempimento o per non violare un interesse legittimo; una proiezione a monte, cioè, del giudizio che è rimesso alla buona fede in funzione valutativa a valle. Con ciò, d'altronde, non voglio dire che il giudizio sul rispetto della buona fede sia «di secondo grado», ossia emerga «necessariamente dopo che sia stata verificata la formale conformità alla legge della condotta di entrambe le parti» (così S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 27, nt. 9, nel riferire il pensiero degli antagonisti – Natoli e Bigliuzzi Geri – della teoria degli obblighi di protezione). A mio avviso la buona fede impone di valutare sempre e comunque l'adempimento, per verificarne l'esattezza: nel senso che la lesione della buona fede prova sempre un 'inadempimento inesatto' (così del resto pure S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 74 s., nt. 49; fermo restando che anche in casi di 'radicale inadempimento' dell'obbligo di prestazione inteso in senso stretto potrà esservi una violazione della buona fede, che rileverà comunque come 'inadempimento': a tal fine, e soprattutto con riguardo all'applicazione delle norme sull'onere della prova, bisognerà distinguere analiticamente tra i singoli momenti obbligatori nell'ambito del rapporto creditorio, ma a soli fini descrittivi e di analisi normativa; riprenderò il punto dopo, chiarendo la mia opinione sull'onere della prova negli obblighi di protezione). Se la funzione non è integrativa o correttiva, ciò deriva solo dal fatto che la buona fede opera nell'ambito di un obbligo che già esiste, e non crea un fascio di ulteriori obblighi (ché, se per l'appunto di singoli obblighi si vorrà parlare, lo si farà a fini descrittivi, così come si parla di obblighi accessori e principali, ma non sulla base di una duplicità ontologica dell'interesse creditorio, che in realtà è sempre e solo uno). Così è per ragioni di semplicità dogmatica, oltre che per l'unitarietà dell'interesse del creditore. Infine, potrebbe sovvenire un'ulteriore ragione: la valutazione circa la violazione della buona fede è, in talune ipotesi, davvero necessariamente *ex post*, ma nel senso che è necessario un giudizio complessivo che non può essere ridotto, se non schematicamente e descrittivamente, all'idea di un singolo obbligo non rispettato (si pensi al caso in cui Tizio si impegni, non contrattualmente, verso Caio a svolgere una certa attività, e poi non lo avvisi che ciò non avverrà, così facendogli perdere certe occasioni; qui è lesa la regola di buona fede che impone di non far nascere affidamenti inutili, ed è violata in tanto in quanto non vi è stato né un certo preavviso nel 'recesso', né l'esecuzione dell'attività: in altri termini, la violazione può essere verificata solo alla luce di un giudizio complesso, proprio alla luce del contenuto indeterminato – e determinabile solo a far data dal mancato rispetto – della clausola di buona fede, e salvi i casi in cui non sia stato lo stesso legislatore a specificarne il contenuto una volta per tutte).

⁴⁵⁶ Così mi pare superabile la preoccupazione di F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, § 7, secondo cui, «con riguardo alla buona fede in funzione valutativa, è più corretto parlare di non conformità, piuttosto che di violazione».

una posizione ‘informale’ (poiché a-specifica nel suo contenuto), di cui il ‘diritto civile’ (lo *strictum ius*) si disinteressa, e che il legislatore demanda interamente proprio alla buona fede.

La vera difficoltà, ora, sta nel comprendere *quando* possa dirsi sorta una posizione di interesse legittimo, e *di che tipo* essa sia; *in che modo* si comporti il rimedio principale, ossia risarcitorio; *che rapporti* vi siano tra la nostra situazione giuridica, la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale; *quali peculiarità* siano tipiche dell’interesse legittimo privato e quali di quello pubblico.

Prima, però, di affrontare questi temi, è doveroso rispondere ad alcune possibili critiche che potrebbero esser mosse alla tesi che si va sostenendo. Potrebbe infatti ritenersi che la posizione di interesse legittimo non trovi cittadinanza nel diritto privato, e sia il frutto di un’artificiosa ricostruzione, giacché di essa non trattano i testi normativi; che, poi, l’affidamento non sia degno di assurgere a una vera e propria posizione, diversa dal diritto (di credito, tutelato *ex art.* 1218 c.c.; di qualsiasi natura, e finanche coincidente con un mero interesse, ove tutelato *ex art.* 2043 c.c.).

L’estensione della figura dell’interesse legittimo deriva, a mio avviso, dalla stessa lettera della Costituzione, che pone codesta posizione sullo stesso piano del diritto soggettivo, con una disposizione che, se all’origine significava una protezione rafforzata nei confronti della p.a., può oggi – alla luce dei più paritari rapporti pubblicistici – interpretarsi in modo più moderno; nonché da una ricostruzione, basata sull’interpretazione analogica e sistematica, che, ricostruito con esattezza il contenuto dell’interesse legittimo pubblicistico, lasci emergere i profili di questa figura e dunque la sua afferenza alla teoria generale. D’altro canto, l’aver individuato nel diritto amministrativo una figura volta alla tutela dell’affidamento del privato nei confronti della p.a. mi pare attesti la possibilità, per l’interprete, di ammettere in via generale una posizione in cui si esprime la protezione dell’affidamento: la situazione ‘interesse legittimo’ di diritto pubblico, difatti, depurata dalle sue peculiarità, non può non considerarsi estendibile anche al diritto privato.

Quanto al diritto privato, esso conosce bene – come noto – la tutela dell’affidamento, la cui natura è tuttavia viepiù dibattuta: basti pensare al dilemma circa la responsabilità precontrattuale. La ricostruzione di una posizione giuridica, in cui si concreti l’affidamento stesso, non solo non mi sembra escluso dal diritto privato, ma, anzi, è imposto, oltre che dalla coerenza sistematica dell’ordinamento e da ragioni di opportunità ermeneutica, dalla stessa natura dell’affidamento, che trova una migliore collocazione, rispetto all’inquadramento che predilige l’ottica contrattuale e a quello che, invece, valorizza la semplice protezione di interessi in sede di responsabilità extracontrattuale, per il tramite della figura dell’interesse legittimo.

Da queste, pur brevi, osservazioni si deve trarre la valenza generale della nostra posizione, che non appare esclusiva del diritto amministrativo, risultando di ben più ampio respiro, esattamente come accade per il diritto soggettivo.

5. La protezione dell'interesse legittimo: risarcimento del danno e rimedi specifici

Impregiudicata ogni considerazione circa il nostro sistema di responsabilità aquiliana, su cui mi intratterò oltre, vorrei ora spendere alcune parole circa le modalità di reazione alla lesione dell'interesse legittimo, concretantesi in un'attività contraria a buona fede (o in un provvedimento o in un negozio, con conseguente facoltà di impugnazione del medesimo).

Il punto è, come si sarà inteso, che l'interesse legittimo, per le sue peculiarità, non mi sembra adattarsi né al modello risarcitorio previsto dal codice civile per i diritti di credito, né a quello versato nell'art. 2043 c.c. Vero è che, qui, si tratta comunque di un rapporto giuridico⁴⁵⁷, per cui dovrebbe essere più simile la tutela *ex* art. 1218 c.c.; tuttavia, vero è anche che qui non si tratta di un obbligo avente contenuto predeterminato, azionabile in forma specifica, ma solo di una situazione inattiva che abilita alla reazione contro una serie di comportamenti, a contenuto non predeterminato. Soprattutto, non può parlarsi qui, come fa invece l'art. 1218 c.c., di 'prestazione dovuta' e di 'inadempimento o ritardo nell'adempimento'. D'altro canto, la stessa tutela extracontrattuale mi parrebbe fuori luogo, se è vero che in questi casi non si tratta di sanzionare un soggetto che, senza aver alcun legame o rapporto con un altro, ha leso un suo bene.

In realtà, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede 'allo stato puro' non mi sembra esaurientemente disciplinato nella nostra legislazione⁴⁵⁸. Per darne conto, anticipo già il contenuto di alcune fattispecie in cui emergono, a mio avviso, interessi legittimi di diritto privato, rinviando al prosieguo la relativa dimostrazione: quanto a quelli protettivi, i casi di recesso ingiustificato da un contratto; con riferimento a quelli pretensivi, le trattative volte alla conclusione di un contratto o l'esecuzione di un

⁴⁵⁷ Lo attesta la specifica situazione in cui versa chi deve rispettare l'interesse legittimo, non comportandosi secondo buona fede allorché non soddisfa l'interesse finale protetto solo eventualmente oppure emettendo un provvedimento o perfezionando un negozio invalidi: tale specifica situazione, infatti, è ben diversa rispetto a quella in cui si trovano tutti gli altri soggetti. Sul concetto di rapporto: P. STANZIONE, voce *Rapporto giuridico*, cit., p. 1 ss.; S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1987, p. 289; G. LAZZARO, voce *Rapporto giuridico*, cit., p. 787; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 415 ss. Già ho detto della confutazione dell'idea di rapporto di Allara. Ritiene che l'interesse legittimo (pubblicistico) trovi spazio in un rapporto giuridico, di recente, L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 113 ss.; v. poi anche le opere citate in nt. 61 (molte delle quali ho già, a suo tempo, menzionato).

⁴⁵⁸ Così pure C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 503, nt. 200, il quale però postula l'applicazione analogica dell'art. 1218 c.c., non condividendo dunque l'idea di un terzo tipo di responsabilità. Quanto all'obbligazione senza prestazione, v. ID., *Ritorno*, cit., p. 707 (e v. già prima, p. 688, per l'idea, ripresa da Mengoni, circa l'esistenza soltanto di due tipi di responsabilità: contrattuale e aquiliana).

servizio al di fuori di un rapporto vincolante (ad esempio, la promessa di svolgere un'attività senza che vi sia conclusione di un contratto).

Ora, il modello recato nell'art. 2043 c.c. si adatta ben poco a render ragione della tutela offerta al soggetto di fronte al recesso dal rapporto contrattuale o dalle trattative. Basti considerare il fatto che, nell'ambito della disciplina extracontrattuale, non vi è una norma che imputa, a chi ha il dovere di rispettare l'interesse legittimo, il comportamento dei suoi subordinati o ausiliari (com'è invece l'art. 1228 c.c.)⁴⁵⁹ e,

⁴⁵⁹ Si potrebbe però ritenere che l'art. 2049 c.c. assolva alla stessa funzione dell'art. 1228 c.c.: ed effettivamente la disposizione in parola parrebbe scongiurare (lo nota ad esempio M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 104 ss.) quelle deficienze proprie della disciplina tedesche della responsabilità extracontrattuale, molto avvertite dalla dottrina d'oltralpe (ne parla oggi L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 50 ss. e 96 s.), che ha mosso da esse per ampliare il concetto di responsabilità precontrattuale (così soprattutto nel noto *Linoleumfall*, su cui v. oltre, il § 3 del Capitolo secondo della Parte Seconda; v. già per la dottrina italiana S. RODOTÀ, *Le fonti*, cit., p. 159 ss., e L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 33). Ivi, infatti, il § 831 BGB (secondo il quale: «wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde») risulta offrire molta meno tutela, in ambiente extracontrattuale, di quanto non avvenga grazie al § 278 in ambito contrattuale («der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung»); e ciò non solo per l'ambito soggettivo più ristretto, ma per la stessa sussistenza di una prova liberatoria. Il nostro 2049 c.c., viceversa, non contiene alcuna prova liberatoria (tant'è che Mengoni lo interpretava addirittura come una sorta di garanzia), offrendo protezione analoga, si dice, a quella dell'art. 1228 c.c. Tuttavia, a me sembra che, nonostante il rigore del nostro art. 2049 c.c. (che non consente alcuna prova liberatoria, a differenza del § 831 BGB), restino alcune differenze tra il regime contrattuale e quello extracontrattuale (a parte la differente estensione della categoria degli ausiliari e di quella dei domestici e commessi). Ove un soggetto si avvalga di sostituti nell'adempire a un'obbligazione, e questi commettano un qualche errore, non v'è problema a ritenere che il debitore sia inadempiente (e non si dovrà nemmeno ricorrere all'art. 1228 c.c.). Semplicemente, l'attività di adempimento è imputata al debitore anche se svolta per il tramite di altri soggetti, che comunque sono da ascrivere alla sua sfera (v. S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, p. 59 s., testo e bibliografia indicata in nt. 15; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 186 s.; *contra* C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 45 ss., che vede nell'art. 1228 c.c. una norma volta a ribadire un obbligo di protezione). Viceversa, nel caso di responsabilità extracontrattuale il padrone o committente risponde dei danni che causano i suoi sottoposti (si tratta di una responsabilità oggettiva se non perfino, come dicevo, di una garanzia): il che vuol dire che essi debbono aver leso un bene protetto extracontrattualmente con la loro condotta. Ora, pensiamo al caso in cui Tizio si rivolga alla società Alfa per iniziare una trattativa o per avere certe informazioni, e questa, illecitamente, lo coinvolga in una trattativa inutile o gli fornisca informazioni volutamente false; e immaginiamo che a proteggere Tizio vi sia un interesse legittimo e non sia stato concluso alcun contratto. La società Alfa agirà, di norma, tramite un sottoposto; e lo stesso di norma accade anche qualora Tizio si rivolga a un imprenditore individuale. Se la società o l'imprenditore rispondessero solo extracontrattualmente, si dovrebbe individuare specificamente il bene leso dai loro sottoposti (qui, per forza di cose, inesistente, trattandosi di pura perdita patrimoniale), rendendo però di fatto inconsistente la tutela offerta dall'interesse legittimo. La spiegazione, in definitiva, si basa proprio su questa ragione: l'interesse legittimo costituisce senza dubbio un rapporto e può essere leso, tramite una scorrettezza, solo dalla controparte (viceversa, la sua lesione da parte di un terzo si attergerà come la lesione del credito da parte del terzo); questa controparte non potrà mai corrispondere ai sottoposti della stessa. In questo senso risulta preferibile la responsabilità contrattuale, perché essa consente di ascrivere alla controparte anche l'attività di soggetti

viceversa, è prevista la capacità naturale come condizione per l'imputabilità. Questi requisiti non hanno alcun significato in talune ipotesi di lesione dell'interesse legittimo⁴⁶⁰: si pensi all'ipotesi in cui un soggetto, dopo aver promesso una prestazione al di fuori di un rapporto contrattuale, vi dia una errata esecuzione a causa di una colpa dei suoi ausiliari, o al caso in cui rappresentanti legali di un minore recedano ingiustificatamente da un suo contratto (in cui egli sia subentrato per successione).

D'altro canto, anche la necessità che la condotta illecita si accompagni alla colpa o al dolo dell'agente non mi sembra avere molto senso in quest'ambito: ciò che sarebbe richiesto applicando l'art. 2043 c.c., e non invece rifacendosi all'art. 1218 c.c., che prevede un'ipotesi di responsabilità non colposa, secondo la tesi che mi sembra più attendibile⁴⁶¹. Una cosa, infatti, è ritenere che, di volta in volta, la buona fede esiga

che gravitano attorno alla sua sfera (cfr. proprio l'art. 1228 c.c.); viceversa, la responsabilità extracontrattuale sarebbe, dal punto di vista che ho assunto, strettamente personale. Ovvio che a diversi risultati si giungerebbe, ove si ritenesse che anche nell'ambito della responsabilità extracontrattuale l'attività di certi soggetti è talvolta immediatamente imputata a un diverso soggetto, tanto da doversi considerare quest'ultimo come unico centro e unico responsabile, anche qualora si serva dell'attività di altri. Ma questo, se non mi sbaglio, passa per l'accettazione del concetto di *Verkehrspflichten*, ossia di 'obblighi del traffico' imputati direttamente al diverso soggetto e da questo lesi anche attraverso l'attività altrui. Il che, pur finendo per ammettere questo esito, evidenzia come l'idea sottesa all'art. 1228 c.c. (responsabilità del debitore, che va costruito come unico centro di interessi) corrisponda pienamente al suo manifestarsi in un rapporto obbligatorio, mentre quella implicita nell'art. 2049 c.c. faccia da contraltare a una responsabilità per lesione di beni tipicamente protetti (più che per 'illiceità della condotta'). V. infatti C. VON BAR, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefährsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980, p. 264 s. e pure 270, e già ID., *Zur Haftung bei Ausstellung eines grob unrichtigen Dienstleistungszeugnisses*, in *JZ*, 1979, p. 730 (secondo cui anche nell'ambito del § 823 BGB, in caso di violazione di *Verkehrspflichten*, si applica la norma di cui al § 278 BGB, proprio perché vi è una sorta di relazione e la delega di attività non può togliere la responsabilità di dosso o farla divenire una mera *culpa in eligendo*). Viceversa, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 159, suppone che la responsabilità precontrattuale per l'operato del rappresentante si spieghi «semplicemente nel senso che la rappresentanza imputa al rappresentato gli effetti degli atti compiuti in suo nome» (il che, però, non convince, specie per gli atti materiali, e finanche per quelli tipicamente precontrattuali, come un recesso dalle trattative), mentre «se l'incaricato è un dipendente, la responsabilità per il suo operato trova fondamento nel rapporto di dipendenza» (ma, allora, hanno ragion d'essere i problemi che mi son posto in questa nota).

⁴⁶⁰ Nella dottrina italiana il problema si è posto, ad esempio, per le trattative condotte dal minore. La risposta corretta ai quesiti sollevati viene dall'idea per cui lo stesso minore, che potrà sciogliersi dal contratto eventualmente concluso senza andare incontro a responsabilità (v. oltre), può allo stesso modo recedere dalle trattative quando preferisce (non ledendo quello che vedremo essere un interesse legittimo altrui); per gli altri profili invece sarà responsabile (in proprio: d'altro canto, è ovvio che per aver creato un affidamento – 'da contatto' – egli sia capace di intendere, ed è altrettanto ovvio che, chi negozia con lui, e dunque si trova in una situazione di relazione, non debba essere tutelato ai sensi dell'art. 2048 c.c.). Sul punto v. A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 69. Ma che dire, nel caso in cui sono i genitori a contrattare per il minore? O del caso in cui è un soggetto munito di poteri di rappresentanza a contrattare per un ente? L'idea dell'interesse legittimo, con applicazione di una responsabilità relazionale, lascia supporre che il rapporto nasca con il rappresentante (e che i rappresentanti, tutt'al più, possano interferirvi: il che accadrà specialmente nel caso dei genitori). E, però, non ha allora senso ritenere che una slealtà rilevi extracontrattualmente.

⁴⁶¹ Sin troppo noto il dibattito a proposito della responsabilità contrattuale, in particolare tra sostenitori della tesi per cui *casus = non culpa*, e altri che invece distinguono i due concetti (tutt'al più valorizzando il *casus* non ascrivibile a *culpa*). Mi limito per ora a rinviare agli scritti essenziali sul punto:

un comportamento corretto, che si specifica in un'attività diligente o in un'attività che tende a un risultato (che, se non ottenuto, provoca responsabilità, salvo ricorra impossibilità sopravvenuta non imputabile); diverso, invece, è ritenere che il comportamento scorretto esiga la colpa o il dolo per involgere una lesione dell'affidamento. Così non mi pare che sia: il recesso ingiustificato, ad esempio, è tale e lede allo stesso modo l'affidamento a prescindere dall'elemento soggettivo dell'agente; anzi, l'indagine della colpa sarebbe vieppiù difficile e non si comprenderebbe bene a che elemento potrebbe far riferimento, oltre a non essere affatto richiesta dalle norme che prevedono un risarcimento per recesso ingiustificato. Allo stesso modo, nel caso di affidamento, derivante da contatto qualificato e perciò tutelato, avente a oggetto l'esecuzione di un certo servizio (al di fuori di un contratto), la buona fede imporrà di informare con congruo anticipo la controparte ove il soggetto tenuto al rispetto dell'interesse legittimo non voglia più eseguire l'attività, e imporrà, nel caso in cui egli si decida a eseguire il servizio, di seguire le regole di diligenza e di non interromperlo (o di interromperlo mettendo in grado l'altro soggetto di non subirne danno). Qui è la buona fede stessa che impone una regola di esecuzione diligente: e sarebbe assurdo che, a sua volta, la buona fede dovesse essere lesa con colpa o dolo. Si duplicherebbe in modo insensato, infatti, la valutazione di colpevolezza, che nel caso di obblighi di informazione va compiuta esattamente come nelle obbligazioni di risultato (ovvero,

G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209 ss. e 313 ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 593 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 185 ss., 280 ss., 367 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, p. 87 ss.; ID., voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. §§ 1 ss.; P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 512 ss.; S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, cit., §§ 1 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, Milano, 1975; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., p. 42 ss. (spec. p. 74 ss.); G. VISINTINI-L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, p. 153 ss.; G. VISINTINI, sub *art. 1218 c.c.*², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 27 ss.; C.M. BIANCA, sub *art. 1218 c.c.*², cit., p. 1 ss. e 80 ss.; ID., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 15 ss. Al riguardo v. le due sintesi dottrinali e giurisprudenziali di G. SANTORO, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 1 ss., e di F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, *ivi*, p. 32 ss. Da ultimo è intervenuto sull'argomento F. PIRAINO, con i saggi *Obbligazioni*, cit., p. 83 ss.; F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 1019 ss. Della responsabilità contrattuale parlerò, in nota, nel § 10 del Capitolo secondo della Parte Seconda, cui già rinvio: ove chiarirò la mia adesione (per quasi tutti i profili) alla tesi di Mengoni. Al riguardo, però, a me sembra che il nostro ordinamento non resti del tutto alieno nemmeno da considerazioni connesse all'antico criterio dell'*utilitas contrabentium* (cfr. L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 34 ss.; esso mi sembra sotteso anche all'idea di G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 777, e poi anche p. 824 ss.). In particolare, è la stessa conformazione dell'obbligazione, come 'di mezzi' o 'di risultato', a richiedere un'indagine sul bene della vita che le parti vogliono attribuirsi: indagine che dipende, anche, dal concetto di 'relatività del bene della vita' (per cui, in situazioni diverse, uno stesso interesse può essere considerato finale o meno). Ma l'*utilitas* può riemergere anche nello stesso parametro della diligenza, che specifica l'attività dovuta per salvaguardare la possibilità della prestazione, e pure nella 'inesigibilità' della prestazione (che costituisce un limite ulteriore, rispetto all'impossibilità); nonché nella conformazione di un diverso criterio di imputazione dell'impossibilità sopravvenuta (come bene chiarisce Castronovo nei numerosi scritti dedicati all'argomento: da ultimo v. C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento*, cit., p. 8 e 10 s., e già ID., *Problema e sistema*, cit., p. 505).

ripeto, per dare la prova dell'elemento impeditivo della responsabilità⁴⁶²): sarebbe assurdo richiedere un obbligo di informazione, per poi sindacare se vi è stata colpa nel violarlo. Il fatto è che, là dove si tratta di 'illeciti di condotta', il modello dell'art. 2043 c.c. sembra recessivo, lasciando spazio, invece, a quello dell'art. 1218 c.c.⁴⁶³

Lo schema cui all'art. 1218 c.c. risulta, quindi, preferibile⁴⁶⁴. La limitazione della prova liberatoria alla non imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta, in particolare, si tradurrà qui nell'esclusione della responsabilità risarcitoria (oltre che ove la violazione della correttezza non vi sia stata) nei casi in cui la lesione della buona fede sia avvenuta nonostante la controparte avesse apprestato tutta la diligenza necessaria per evitarla; salvo che il modello, concretamente, non debba ritenersi essere quello di una responsabilità oggettiva (in tal caso il debitore dovrà provare la causa di forza maggiore).

Ciò non toglie che la responsabilità contrattuale non sia in tutto e per tutto coordinata rispetto alla lesione dell'interesse legittimo. Essa potrà semmai concretare quel modello di riferimento da cui trarre indicazione per la ricostruzione dell'esatto regime, che non può che essere 'terzo'⁴⁶⁵ rispetto a quelli contrattuale e non contrattuale⁴⁶⁶; essa andrà necessariamente adattata⁴⁶⁷.

⁴⁶² Ciò che sarà viepiù difficile: si dovrebbe immaginare un sequestro di persona, ad esempio.

⁴⁶³ Fermo restando che, come vedremo meglio oltre, ove la buona fede richieda semplicemente di ledere interessi 'altri' della controparte, il giudizio diventa simile a quello di cui all'art. 2043 c.c. (dovendosi valutare la condotta, il nesso di causalità e l'evento); in tal caso resterà comunque il rigore di cui all'art. 1218 c.c. (pur moderabile, ove si ritenga che, in certi casi, la mancata lesione non sia oggetto di una regola di 'risultato', ma di 'mezzi').

⁴⁶⁴ E non per ragioni d'indole pratica, ossia per favorire la posizione del danneggiato rispetto a quella del danneggiante: questo «procedimento interpretativo» si baserebbe infatti «su di un giudizio aprioristico» (le parole sono di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 101). Preoccupazioni di tal genere possono essere state, ad esempio, sottese all'adesione giurisprudenziale alla teoria dell'obbligazione senza prestazione in campo di responsabilità medica, e hanno probabilmente condotto il legislatore, con d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012, noto come decreto Balduzzi (su cui v. *infra*), a far riferimento a una responsabilità *ex* 2043 c.c. Questo rinvio, a parte la sua ambiguità e la conseguente difficoltà di interpretazione, suona come un'invasione di campo del legislatore in vicende prettamente giurisprudenziali (nel senso più alto del termine), come quelle legate alla ricostruzione dogmatica e alla qualificazione dei fatti: segno, forse, che una giurisprudenza troppo attenta agli interessi provoca poi, a valle, la reazione del legislatore che si sente abilitato a disattendere, anch'egli, la razionalità del sistema.

⁴⁶⁵ La responsabilità per lesione dell'affidamento è definita un *tertium genus*, in Germania, da C.-W. CANARIS, *Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, che cito dalla traduzione italiana, curata da A. di Majo e da M.R. Marella e apparsa con il titolo *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione* in due puntate nella *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 812 e 821.

⁴⁶⁶ Diversa prospettiva potrebbe essere quella di trarre spunto dal regime della responsabilità extracontrattuale, definita come residuale, per poi applicarvi alcuni accorgimenti. Mi sembra però che quest'idea non tenga conto della necessità di adattare il regime che più si avvicina; vero è che quello recato nel 2043 c.c. è residuale, ma vero è anche che esso più si adatta a lesioni di beni specificamente già individuati.

Non si tratta, dunque, di una vera e propria responsabilità contrattuale, ma tutt'al più pseudo-contrattuale; una terza via, giacché non si tratta qui di sanzionare la violazione (o, ancor di più, l'inadempimento) di un'obbligazione⁴⁶⁸.

Alla lesione dell'interesse legittimo non si può applicare, in particolare, una forma di tutela che prescindano dunque dal danno arrecato: non si può, cioè, richiedere

⁴⁶⁷ Una rassegna delle distinzioni tra forme di responsabilità è anche in M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 100 ss.

⁴⁶⁸ In tema di responsabilità precontrattuale la tesi di un *tertium genus* ha visto l'accoglimento di taluni autori (R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 86), ma è oggi del tutto minoritaria. In Germania sostiene la differenza della *Vertrauenshaftung* dalle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale C.-W. Canaris, in vari scritti che citerò a tempo debito. Nell'ambito della responsabilità per lesione di interessi legittimi l'idea di una 'terza forma' di responsabilità è stata sostenuta da L. GAROFALO, *La responsabilità*, cit., p. 1 ss. (ma lì si trattava, come il sottotitolo rende palese, di valorizzare le peculiarità del diritto pubblico: ciò che spinge quest'idea molto lontano dalla mia proposta ricostruttiva). Debbo, però, chiarire più a fondo il mio pensiero (vi tornerò anche oltre, vista l'importanza del tema). Se è vero che «con la nozione di 'responsabilità contrattuale' si indicano due cose: l'accadimento per cui si è 'fatti' responsabili, e le conseguenze di tale responsabilità» (A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, p. 1; sulla responsabilità contrattuale di recente anche S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015), bisogna logicamente dedurre che la responsabilità per lesione dell'interesse legittimo non è contrattuale, giacché non si tratta qui di sanzionare l'inadempimento di un'obbligazione (ma la violazione di un interesse legittimo) e poiché l'effetto non è direttamente quello previsto in caso di inesecuzione del rapporto debitorio (ossia la domanda di adempimento o il risarcimento del danno *ex* 1218 c.c.). L'applicazione del regime stabilito nell'art. 1218 c.c. non avviene dunque né direttamente, né analogicamente (la prima tesi è da noi sostenuta da Mengoni, la seconda da Castronovo: v. L. MENGONI, *La parte generale*, cit., p. 286 e C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 503, nt. 200; v. pure F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., p. 678); esso è solo la base su cui costruire la forma di responsabilità. In altri termini, esso individua un rimedio che va ammesso – con i dovuti adattamenti – anche per la lesione dell'interesse legittimo (alla lesione non provvedimento). Ma, a ben vedere, non si tratta di un'applicazione dello stesso istituto, bensì la creazione di un diverso rimedio e di una nuova forma di responsabilità, sulla base dei dati legislativi che appaiano più congrui. In definitiva, i rimedi sono qui differenti, come sono diverse le posizioni giuridiche di diritto e di interesse legittimo (sulla biunivocità tra rimedi e posizioni v. di recente S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, cit., § 1). Di una responsabilità contrattuale adattata potrà parlarsi invece per la violazione della buona fede nell'ambito del rapporto obbligatorio. Vero è che il regime sarà quasi interamente identico, ma ciò non toglie che da un lato vi è l'esecuzione inesatta di un'obbligazione (violazione della buona fede, ossia di un 'obbligo di protezione'), e dall'altro invece la violazione di un interesse legittimo. Nel primo caso, dunque, si tratterà di applicare (direttamente) l'art. 1218 c.c. (e comunque i principi in materia di inesatto adempimento, potendo – per finalità descrittive – considerare i singoli aspetti e momenti della buona fede come altrettanti 'obblighi', pur non volti alla soddisfazione di un autonomo interesse, e così riconnettervi anche singole azioni inibitorie – se non di condanna all'esatto adempimento, quanto meno ove vi sia una certa sovrapposizione tra prestazione in senso stretto e protezione –); nell'altro, invece, il problema è di costruire tutta la disciplina rimediale, e anche una propria forma di responsabilità, priva di ogni connessione con l'inesatta esecuzione di un'obbligazione. *Contra* C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 464: ma l'autore argomenta sulla base dell'idea di obbligo di protezione e di obbligazione senza prestazione (e solo di protezione), ovvero sia su dati diversi da quelli su cui ho fondato il mio pensiero. L'esito cui giungo discende – come meglio dirò più avanti – dalla persuasione per cui il 'tipo' di responsabilità è in stretta connessione con la fonte dell'obbligazione risarcitoria; in altri termini, non può scollarsi il rimedio risarcitorio dalla posizione giuridica che è volto a tutelare, perfino quando due regimi fossero in astratto analoghi, se non quasi identici, giacché essi comunque si inseriscono in un ambiente più ampio (e di ciò l'obbligazione risarcitoria deve tener conto: basti pensare al rilievo dell'art. 1174 c.c. sul risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale).

una condanna all'adempimento⁴⁶⁹, giacché non v'è qui alcun adempimento da assicurare (vedremo, in seguito, quale forma di tutela può avvicinarsi alla condanna).

La lesione, però, può essere certamente risarcita, una volta arrecata. Verrebbe da chiedersi anche se vi siano diversi mezzi di reazione al pericolo di lesione, quali quelli in sede contrattuale che consentono di anticipare la tutela contro l'inadempimento⁴⁷⁰: decadenza dal beneficio del termine, eccezione di inadempimento e così via dicendo. Probabilmente deve tenersi in questo caso conto del fatto che alcuni comportamenti possono anticipare e rendere attuale la lesione dell'interesse legittimo, per esempio ove una parte dichiara anticipatamente di non voler osservare le regole della buona fede. Ma il punto interseca, più in generale, quello della tutela inibitoria (preventiva e successiva) nel nostro ambito di studio: la quale, svolgendosi secondo modalità ben diverse a seconda del tipo di interesse legittimo, non può venire analizzata che nella Seconda Parte di questo lavoro, e nei luoghi più opportuni.

Quanto al risarcimento, deve ricordarsi la possibilità di applicare l'art. 2058 c.c., normalmente esteso anche alla responsabilità contrattuale. Di nuovo, però, non si tratterà di una domanda di adempimento: il risarcimento in forma specifica, infatti, consente solo di porre rimedio a una situazione che ha leso certi interessi (arrecando un danno che va provato da chi invoca la tutela)⁴⁷¹.

Considerazioni simili rendono ragione pure della particolare declinazione che subiscono, nella nostra materia, le regole sull'adempimento sanante: se non può parlarsi di 'adempimento' nel caso dell'interesse legittimo (mi riferisco particolarmente a quello pretensivo), è pur vero che non dev'essere vietata e preclusa al soggetto passivo la possibilità di rimediare al comportamento scorretto compiendo l'attività conforme a buona fede⁴⁷².

⁴⁶⁹ Sull'azione di adempimento (e di esatto adempimento), in generale, v. la bibliografia citata al § 2. Con riguardo agli obblighi di protezione, è viva la discussione se di essi si possa chiedere in giudizio l'adempimento; e gli stessi problemi appaiono con riferimento all'obbligazione senza prestazione, per cui vi tornerò oltre, al § 5 del Capitolo primo della Parte Seconda, trattando dell'azione inibitoria in tema di interessi legittimi (in nota). V. già a tal proposito le proposte ricostruttive di S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., spec. p. 36 s. (anche con riguardo alle tesi di Castronovo – da leggere in connessione con l'idea dell'illustre autore per cui l'azione di condanna equivale a un risarcimento *ex art. 2058 c.c.* –, di Majo e Piraino); v. pure F. CARUSI, voce *Correttezza*, cit., p. 715, anche per bibliografia sul punto, e la sintesi di L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 215 ss. Anche in Germania è discusso se gli obblighi di protezione possano essere attivati in forma specifica (cfr. R. STÜRNER, *Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten*, in *JZ*, 1976, p. 384 ss., spec. p. 385 ss.; D. MEDICUS-S. LORENZ, *Schuldrecht*, I, cit., p. 245 ss.; L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 65 s. e 218, nt. 66, cita l'opinione per cui dal § 618 si argomenterebbe a favore di una domanda di adempimento – ma, a tal riguardo, v. le considerazioni che svolgerò sul nostro art. 2087 c.c. –).

⁴⁷⁰ Cfr. il § del Capitolo primo della Part Seconda.

⁴⁷¹ Sull'applicazione dell'art. 2058 alla responsabilità contrattuale v. prima il § 2.

⁴⁷² Nell'ambito della vera e propria responsabilità contrattuale è molto indagata, soprattutto di recente, la facoltà del debitore di liberarsi sanando il proprio adempimento, soprattutto con riferimento ai suoi limiti (che ridondano, ovviamente, nell'imposizione al creditore dell'adempimento sanante). Cfr. lo scorso § 2, in nota. A tal fine gode di sicura rilevanza il criterio dell'interesse del creditore: per cui,

Il fatto è che, nelle nostre ipotesi, ogni lesione dell'interesse legittimo – ogni scorrettezza – determina una impossibilità immediata⁴⁷³ (di aderire alla regola di buona

finché esso può essere soddisfatto, il debitore può (e deve) adempiere, seppur in ritardo. Solo il venir meno dell'interesse, estinguendo l'obbligazione, fa nascere il diritto al risarcimento del danno (salva la prova liberatoria di cui all'art. 1218 c.c.). Ma, allora, lo stesso criterio dell'interesse potrebbe essere utilizzato per verificare la permanenza in vita dell'interesse legittimo. In altri termini, di fronte al ritardo l'interesse legittimo verrebbe meno solo ove, per la sua natura o per la sua fonte (arg. ex art. 1256 c.c.), sia venuto meno l'interesse (che oltre, al § 2 del Capitolo primo della Parte Seconda, chiamerò 'secondario') del soggetto attivo. La lesione dell'interesse legittimo – lo noto incidentalmente – non può portare alla risoluzione di un contratto, giacché, di norma, questa figura non entra in un nesso sinallagmatico.

⁴⁷³ Il rispetto delle regole di buona fede nell'interesse legittimo non assicura un risultato positivo. Per questa ragione, esse sono da vedere più quali limiti all'attività della controparte (in altri termini, non si guarderà *ciò che è assicurato*, ma *quel che è proibito*). In caso di violazione, la conformità alle stesse non è più possibile per il passato; per il futuro, invece, si può riproporre la questione con riguardo alla stessa regola di buona fede (o a quella analoga che ne ha preso il posto). Tutto ciò è ben visibile nel processo amministrativo, ove l'effetto conformativo del giudicato contiene una regola che impone di dismettere il comportamento (qui: provvedimento) che è risultato scorretto o comunque pregiudizievole; tant'è vero che, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), cod. proc. amm., il giudice dell'ottemperanza può stabilire una *astreinte* al riguardo (misura che rivela la natura pseudo-inibitoria di questo effetto conformativo). Una vera e propria condanna non è possibile, finché i margini di libertà, che la buona fede pur lascia, non si sono ridotti a zero: se ciò accade, non ha più senso inibire semplicemente i comportamenti scorretti, e si può direttamente assicurare il bene della vita finale (art. 31, comma 3, cod. proc. amm.; si badi, però, che nemmeno questa è una condanna, seppur di fatto vi assomigli notevolmente). La contraria opinione, pur sostenuta in dottrina, secondo cui gli obblighi di protezione si risolverebbero almeno talvolta in vere e proprie prestazioni, cui corrisponderebbero pretese creditorie (M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 147), non mi convince. Si pensi pure al caso (emblematico) di una rinegoziazione, per concludere la quale una parte abbia bisogno di venire a conoscenza di alcuni documenti. La consegna di questi è oggetto di una regola di buona fede, ma non si potrà supporre una condanna, per la ragione che non vi è alcun obbligo da soddisfare. L'omessa consegna lede però la buona fede (ne rende impossibile, per il passato, il rispetto), e va sanzionata tanto sul piano risarcitorio, quanto con riguardo alla possibilità che essa non cessi e continui a causare un danno (a patto che non venga meno, radicalmente, l'interesse legittimo: anche quest'incertezza impedisce di agire con l'azione di condanna). Ciò non vuol dire, però, condannare a un adempimento, cioè a una condotta soddisfattiva; piuttosto, si inibirà di continuare a produrre l'illecito (omissivo). Non è inutile chiedersi se lo stesso valga anche in ambito obbligatorio. Nell'obbligazione ogni comportamento scorretto concreta, dal punto di vista generale, un inesatto adempimento. Nel particolare, però, può avvenire che la singola regola di buona fede cada in uno spazio occupato dalla prestazione in senso stretto, oppure in una fascia protettiva. Con riferimento al primo caso, non molto vi è da dire: è ovvio che la violazione della buona fede rende la stessa prestazione in senso stretto incompleta, e legittima una reazione adeguata (non vengono consegnate le istruzioni di una macchina venduta, cui pur il venditore non era tenuto da contratto; lo stesso vale anche se si rifiuta una prestazione potenzialmente pericolosa per i propri beni). Nell'altro caso, invece, la violazione della buona fede rende inesatta la prestazione, ma solo con riguardo al passato; dal punto di vista della regola lesa, poi, si dirà che vi è una impossibilità definitiva di adeguarsi al precetto, giacché ormai è esso è stato violato. Ciò non vuol dire che la buona fede si sia ipostatizzata in un obbligo; rileva qui piuttosto la necessità di adattare la norma di cui all'art. 1218 c.c. a queste evenienze. Il fatto è che l'inesatto adempimento di cui parlo è molto peculiare, giacché, con riguardo al passato, esso non è più rimediabile; con riguardo al futuro, invece, esso non esiste ancora. La domanda di 'adempimento sanante', qui, avrebbe poco senso, giacché non vi è una attuale difformità tra la regola di adempimento e il reale, che impone di adeguarsi; la regola qui è stata violata, e si impone semmai di non violarla in futuro. La spiegazione è duplice. La buona fede non tollera un 'ritardo': il comportamento irrispettoso non è 'in ritardo' sul suo rispetto, giacché, una volta violata, la buona fede cambia forma. In altri termini la correttezza, forgiando continuamente regole, da canone di comportamento qual è, sarà una buona fede 'nuova', anche se di contenuto pressoché 'identico'. Inoltre,

fede), giacché impedisce di ritenere eseguita la singola norma di buona fede rilevante in una certa circostanza: né si può ritenere che il suo ‘adempimento’ sia semplicemente ‘ritardato’, giacché, come dicevo, non si può a monte parlare di ‘adempimento’. Si tratta, dunque, di una mancata o inesatta esecuzione che comporta immediatamente l'impossibilità (di ottemperare a quella singola norma di buona fede)⁴⁷⁴: che, tuttavia, non determina il venir meno dell'interesse legittimo, finché permane un interesse del suo titolare.

Così, ad esempio, ove nasca l'affidamento – e non un credito – a ché un soggetto compia un certo servizio (‘trasporti certi beni’), e questo non sia puntualmente svolto, va considerata lesa – una volta per tutte – la norma di correttezza

la differenza rispetto alla prestazione in senso stretto sta anche in questo: lì vi è una regola che impone una volta per tutte un *facere* (in senso lato; comunque una condotta specifica) da cui si può verificare lo scostamento (e l'inesattezza, lungi dal risolversi automaticamente in un'impossibilità, costituisce una nozione a sé stante; si tratta di una difformità rilevante, finché non viene aggiustata o finché non si è prescritto il credito [l'idea, originale, di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 129, non mi sembra del tutto condivisibile]; si ricordi, però, la contraria opinione di J. HIMMELSCHNEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1935, spec. p. 279 s., che fondava la sua teoria, però, sulla necessità di aggirare le lacune del BGB evitando di postulare *pVV*); qui la regola non è prevista una volta per tutte, e anzi fisiologicamente muta di continuo (accompagnandosi all'attualità del rapporto), e inoltre attiene a un *non facere* (in senso lato, e dunque comprensivo pure di condotte attive – omissioni che producono danni –). Tutto ciò è ben visibile anche nella violazione di ‘obblighi’ informativi stabiliti per fini di protezione. Una volta violati, si porrà il problema di verificare se l'adempimento dell'obbligazione, in futuro, sarà di buona fede (rispettoso della buona fede); mentre per il passato ciò non può più essere. Così, se non è stata data l'informazione, si potrà essere tenuti a offrirla, seppur in ritardo; questo non equivarrà però all'adeguarsi alla vecchia regola di condotta ormai cristallizzata, giacché la lesione di questa è rimediabile solo con il risarcimento. Quanto detto, poi, non esclude che vi siano rimedi per la lesione della buona fede che si protrae e mette in pericolo sempre gli stessi beni. Ammettendo in via generale l'inibitoria successiva, sarà questa un'ideale forma di tutela; per di più, potrebbe anche ritenersi che questa, trattandosi qui pur sempre di inesatto adempimento, sia assorbita (dopo la violazione della buona fede, e ove questa perduri, nel senso che riviva di continuo) da una domanda di condanna: a patto di rivedere (C. ROMEO, *I presupposti sostanziali*, cit., p. 58) quell'orientamento tradizionale, per cui «all'obbligazione di non fare risultano inapplicabili le regole sul ritardo e l'inesattezza (art. 1218), poiché il fatto è da qualificare senz'altro come inadempimento» (così P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., § 57; ciò che risulterà molto più semplice con riguardo a quelle condotte che rappresentano ‘illeciti omissivi’: si pensi al caso in cui un soggetto chieda alla controparte contrattuale dei documenti che comprovino la sua estraneità a cosche mafiose, per poterli consegnare alla p.a. e così evitare una sanzione; sull'inadempimento delle obbligazioni negative, in sintesi, v. A. QUERCI, *Inadempimento e obbligazioni negative*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 306 ss.; sul collegamento tra obbligazioni negative e obblighi di protezione, anche quando consistenti in un *facere*, v. L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1096, nt. 159, secondo cui «per le obbligazioni negative, e così pure per gli obblighi di protezione ancorché aventi per oggetto un *facere* positivo, non è configurabile una domanda di adempimento, ma soltanto una domanda che faccia valere le conseguenze di un fatto compiuto in violazione dell'obbligo»; al risultato opposto giunge A. DI MAJO, sub *artt. 1173-1320 c.c.*, cit., p. 126 s., pur sottolineando l'importanza di misure inibitorie e di una preventiva concretizzazione dell'obbligo di protezione).

⁴⁷⁴ Con conseguente immediata *mora debendi* (quanto all'obbligazione risarcitoria), ove si volesse applicare l'orientamento, secondo cui il caso di impossibilità di adempiere imputabile al debitore costituisce un'ipotesi extracodicistica di *mora ex re*. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 96; *contra* G. VISINTINI, sub *art. 1219 c.c.*², cit., p. 497 ss.; F. BENATTI, *La costituzione*, cit., p. 156.

che imponeva la corretta esecuzione del servizio, allorché intrapreso, o che richiedeva quanto meno la dichiarazione anticipata di non volerlo più eseguire (in modo tale da non far subire danno al soggetto tutelato). Qualsiasi inesattezza produce l'impossibilità immediata di ottemperare all'affidamento, giacché si traduce in una lesione della buona fede che, ove avvenuta, può per sua natura essere rimediata *ex post*, ma non evitata o sanata.

Lo stesso, a dire il vero, vale perfino là dove si tratti di diritti di credito e di quelli che ormai tradizionalmente – ma con le precisazioni sopra viste – si denominano obblighi di protezione. A ciò potrebbe opporsi che la considerazione dell'obbligazione quale rapporto semplice dovrebbe portare a ricondurre queste ipotesi all'inesatto adempimento; tuttavia, questo non esclude – se non erro – la contestuale considerazione di tali casi come altrettante fattispecie di impossibilità (totale quanto alla singola regola di buona fede), fonti immediate di un obbligo risarcitorio, dovuto eventualmente in forma specifica (ma mai contrastabile con una azione di esatto adempimento⁴⁷⁵). Il che non impone di accettare *in toto* la teorica degli obblighi di protezione: tanto più che la sovrapposizione tra inesatto adempimento e impossibilità (non più parziale, ma totale) si potrebbe verificare anche nell'ambito di obblighi che, in quell'ottica, sarebbero senza dubbio di prestazione⁴⁷⁶.

La lesione della buona fede – tornando alla nostra figura – non determina necessariamente l'estinzione dell'interesse legittimo. Esso, infatti, può restare in vita, seppur secondo regole diverse, alla luce della fonte che l'ha fatto nascere: in particolare, se si tratta di interessi pretensivi da contatto (come, tipicamente, quelli di cui alle trattative o ai rapporti di cortesia, purché seri), essi non vengono meno allorché l'inesecuzione non riguarda direttamente l'interesse finale (ad esempio: violazione di un segreto), oppure allorché è rimediabile senza che l'interesse del soggetto attivo ne sia oltremodo pregiudicato: così, nel nostro esempio, un lieve ritardo concreta la violazione della norma di buona fede che impone di eseguire puntualmente, ma l'interesse legittimo resta in vita, adattando semplicemente il suo contenuto⁴⁷⁷ (come, del resto, sempre avviene durante la sua vita; volendo, si dirà che si estingue l'interesse

⁴⁷⁵ A dire il vero, potrebbe ammettersi un'azione inibitoria (preventiva o successiva; su quest'azione v. *infra*). E, anzi, vi sarebbe da chiedersi se quanto l'inibitoria successiva non possa considerarsi assorbita dall'azione di condanna (secondo uno spunto che ho già offerto; probabilmente ciò è ammissibile solo allorché la violazione dell'aspetto di protezione legittima il creditore a rifiutare la prestazione e a chiederne, dunque, l'esatto adempimento).

⁴⁷⁶ Basti riflettere su questo esempio: Tizio, fotografo del matrimonio tra Caio e Mevia, sbaglia la messa a fuoco di tutte le foto della celebrazione. Il suo adempimento è di certo inesatto: ma, contemporaneamente, si verifica anche una impossibilità di eseguire esattamente la prestazione, con quel che ne consegue quanto a preclusione di un adempimento sanante.

⁴⁷⁷ Il quale, se prima era volto a tutelare l'interesse a una prestazione puntuale, poi diviene a una prestazione ricalibrata (una 'nuova puntualità').

legittimo e ne nasce un altro con oggetto simile, ma nulla cambia)⁴⁷⁸. Solo là dove l'inesecuzione non sia lieve, oppure sia obiettivamente venuto meno l'interesse del soggetto tutelato⁴⁷⁹, si dovrà ritenere che la posizione si sia ormai estinta e tramutata interamente in un diritto al risarcimento del danno (non avverrà, dunque, quella nuova calibrazione dell'oggetto finale): in tal caso spetterà alla parte attiva la scelta sul tipo di risarcimento, che potrà condurre a una domanda *ex art. 2058 c.c.*, con conseguente facoltà (oltre che necessità) della controparte di rimediare in forma specifica al danno arrecato⁴⁸⁰.

Inoltre, la lesione in parola non porta di norma al venire meno della situazione attiva, ogni qual volta essa (in specie l'interesse legittimo pretensivo) nasca non da un contatto, ma *ex lege* (in tali ipotesi, come vedremo, potrà tutt'al più parlarsi di una fase di quiescenza, a far data dal momento delle lesioni identificate come definitive: ad esempio, l'approvazione di un provvedimento amministrativo di diniego). In casi simili potrebbe supporre che il ritardo, allorché fa venire meno l'interesse alla cui soddisfazione aspirava obiettivamente il privato, causi estinzione della posizione giuridica.

La violazione dell'interesse legittimo, che provoca risarcimento del danno, può imporre di riparare anche perdite non patrimoniali. Ciò avverrà, di norma, ove siano lesi beni già protetti autonomamente, cui anche in sede di responsabilità aquiliana è connesso il risarcimento del danno non patrimoniale; oppure nel caso in cui, per la sua fonte o per il suo oggetto, l'interesse legittimo abbia reso rilevanti profili non patrimoniali altrimenti non risarcibili⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Dovendosi fare riferimento, qui come del resto nel caso dei crediti, all'interesse del soggetto protetto: ove esso venga tutelato (e dunque divenga rilevante) in tanto in quanto il bene sia assegnato entro una certa data ('affidamento in un'attività che attribuisca il bene X in data Y e non oltre'), la lesione sarà irrimediabile; viceversa, la lesione riguarderà solo la regola di buona fede che impone di dare esattamente, e l'interesse legittimo resterà in parte vivo (o ne nascerà un altro dal contenuto analogo).

⁴⁷⁹ Che dire del caso in cui, nelle more e durante il ritardo, si è prodotta l'impossibilità di soddisfare la controparte (nel senso che, se si fosse rispettata la buona fede, non vi sarebbe stata una tale impossibilità)? Probabilmente dovrà imputarsi quest'esito alla condotta tenuta in violazione della buona fede, a prescindere ovviamente da una costituzione in mora.

⁴⁸⁰ Ma non si può confondere questa domanda con quella – di natura, come dirò, inibitoria – volta a promuovere (anche se non a condannare a) l'attribuzione del bene finale. Chiarirò oltre queste considerazioni.

⁴⁸¹ La stessa duplicità si rinviene nel risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale, come spiegherò oltre. Il primo punto tocca la parte 'protettiva' degli interessi legittimi. Il secondo, invece, per le obbligazioni richiede di norma che la fonte contrattuale avesse reso rilevante un motivo, o che il bene di per sé avesse connotazioni non patrimoniali (di fatto o *ex lege*). Nel caso di interessi legittimi, ciò sarà più difficile da dimostrare; bisogna verificare se l'affidamento tenesse oggettivamente conto di questi profili. La giurisprudenza amministrativa ha ultimamente iniziato a riconoscere, seppur a maglie strette, il risarcimento del danno non patrimoniale, specie in ipotesi di ritardo (v. Cons. Stato, Sez. IV, 5 settembre 2013, n. 4464; I. CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da atto amministrativo illegittimo: un tabù da sfatare*, in www.lexitalia.it). Particolarmente interessante anche l'ipotesi di risarcibilità del danno patrimoniale per «uso distorto di informazioni» (così E. PELLECCIA, *Informazioni personali e*

Continuando ad abbozzare il regime della responsabilità per lesione dell'interesse legittimo, vale la pena di chiedersi anche – secondo un noto itinerario di pensiero⁴⁸² – quale sia il connesso onere probatorio e se alla responsabilità in parola si applichino la prescrizione decennale la limitazione disegnata dall'art. 1225 c.c.

Orbene, quanto al primo quesito⁴⁸³, a me sembra che, accettato il modello di cui all'art. 1218 c.c., non possa non farsi tendenziale applicazione delle regole probatorie previste per la responsabilità contrattuale. Esse, cionondimeno, andranno incontro ai necessari adattamenti.

In particolare, bisogna ritenere che il soggetto attivo debba provare l'esistenza dell'interesse legittimo, ossia la fonte della sua protezione. Quanto alla lesione, egli non può probabilmente limitarsi ad allegarla: o meglio, dovrà comunque dar prova della specifica regola di buona fede che si assume violata (il che si riflette sullo specifico contenuto di cui godeva, in quell'istante, l'interesse legittimo)⁴⁸⁴. Così, dovrà provarsi che la buona fede imponeva, in quella circostanza, un onere di avviso tempestivo,

responsabilità precontrattuale, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, p. 166); sovengono poi, tra l'altro, i casi di discriminazione precontrattuale, su cui v. oltre nel Capitolo secondo della Parte Seconda. Sul tema del risarcimento del danno non patrimoniale per inadempimento (o, secondo la terminologia di Piraino, violazione) dell'obbligazione senza prestazione v. L. MANNA, *Inadempimento dell'obbligazione senza prestazione*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, p. 174 ss.

⁴⁸² Per quanto, come noto, parte della dottrina svaluti la differenza tra forme di responsabilità. Vi tornerò *infra*.

⁴⁸³ Che riecheggia il dibattito, sviluppatosi in Germania nella prima metà dello scorso secolo, relativo all'onere della prova in caso di violazione degli obblighi di protezione. Esso, però, aveva principalmente ad oggetto l'onere del creditore di dimostrare la colpevolezza del debitore nel violare l'obbligo di protezione (la responsabilità contrattuale, secondo la disciplina precedente alla *Modernisierung*, era colposa: cfr. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 4). Alla tesi sostenuta da H. STOLL, *Abschied*, cit., p. 313 (e v. pure, più di recente, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*⁴, München, 1987, p. 372), secondo cui la prova incombeva sul creditore, si opponeva la ricostruzione di L. RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *AcP*, 1941, p. 217 ss. (a sua volta criticata da Ha. STOLL, *Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen*, in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, hrsg. von J. Esser und H. Thieme, Tübingen, 1967, p. 517 ss.). Oggi la riforma, con il nuovo § 241 II BGB, parrebbe aver attratto gli obblighi di protezione al regime ordinario della responsabilità contrattuale (§ 280 I), anche quanto a onere della prova (per cui il creditore proverà violazione dell'obbligo, danno e nesso di causalità giuridica, mentre al debitore spetterà la dimostrazione di quanto attiene al 'lato soggettivo della colpevolezza': cfr. W. ERNST, sub § 280, cit., Rn. 141 ss.). Sull'analogo dibattito italiano (ovviamente sviluppatosi con minor ampiezza, data la non completa recezione della teorica delle *Schutzpflichten* nel nostro ordinamento), cfr. subito *infra*.

⁴⁸⁴ Ciò non vuol dire che l'interesse legittimo sia popolato da obblighi di protezione; piuttosto, l'interesse legittimo sta di fronte al dovere legittimo, al dovere di rispettare l'affidamento, ossia al dovere di compiere un'attività conforme a buona fede o (talvolta) di non emettere o perfezionare provvedimenti o negozi illegittimi. Se il primo dovere assume forme simili a quelle dell'obbligo, il secondo si avvicina più a un onere. Il primo obbligo verrà violato ove l'attività non sia conforme al modello astratto di comportamento di buona fede: il che, per comodità, potrà essere rappresentato tramite l'immagine della violazione del singolo obbligo di protezione. In ogni caso, su quest'onere probatorio, cfr. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 122 (che però ne fa derivare proprio la scelta per la tesi che assegna una funzione integrativa alla buona fede).

oppure una certa regola di diligenza nell'effettuare una prestazione (pur non dovuta), e così via dicendo.

Identificata la fonte della protezione e il suo contenuto in base alle circostanze, dovrebbe però essere sufficiente allegare la violazione dello specifico precetto di buona fede, rimettendo alla controparte l'onere di dimostrare di essersi attenuta al medesimo (ad esempio, di aver eseguito la prestazione con diligenza) o di non averlo potuto fare per un'impossibilità (o una inesigibilità) non imputabile⁴⁸⁵.

A dire il vero questa soluzione discende dai principi stabiliti dalla nota sentenza Cass. civ., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533⁴⁸⁶, che tuttavia è stata fortemente criticata in dottrina, là dove addossa al debitore l'onere della prova non solo in caso di preteso inadempimento, ma anche di asserito inesatto adempimento⁴⁸⁷, il quale – si afferma – dovrebbe piuttosto essere oggetto di dimostrazione da parte del creditore che se ne lamenta⁴⁸⁸. Quest'idea, che a me pare assolutamente condivisibile, incide sull'onere della prova anche in caso di lesione dell'interesse legittimo: dove, tuttavia, manca un 'adempimento' di cui addossare la dimostrazione al soggetto passivo. L'adattamento dei principi espressi dalla dottrina – estendibile anche alla violazione di un obbligo di

⁴⁸⁵ Nella responsabilità contrattuale si è giunti a quest'esito fin dal 2001, come subito dirò nel testo, seppur con esclusione delle obbligazioni negative. V. già M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 118 s. In realtà, nell'interesse legittimo non può ritenersi, per la intrinseca mutevolezza di contenuto di questa posizione che di continuo si evolve (in quanto situazione non formale, la quale non a caso trova maggiore spazio in società pluraliste, soggetto a rapide modificazioni e a economia fortemente progredita come quelle moderne), che il soggetto tutelato faccia valere una posizione di cui può limitarsi ad allegare la mancata estinzione. L'interesse legittimo, infatti, non si 'estingue' in caso di 'adempimento', ma semplicemente cessa di avere un ruolo allorché viene meno la situazione su cui è sorto, oppure allorché, violato, ne nasce un'obbligazione risarcitoria. Un ragionamento simile in G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006, p. 1117. Da questo, però, non può dedursi altro, se non che è onere dell'attore provare la specifica regola che la buona fede imponeva in una data circostanza, e che si assume violata. Nulla, cioè, autorizza a trarne la conseguenza che egli debba anche provare la violazione.

⁴⁸⁶ Vedi la nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss.

⁴⁸⁷ V. per tutti M. DELLACASA(-F. ADDIS), *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006, p. 195 ss., e spec. 199; G.M. UDA, *La prova del pagamento*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-5, Padova, 2010, p. 517 ss., e spec. p. 519. Viceversa, mostra di condividere il criterio della Corte C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 83 s., nt. 36. Sul tema v. pure L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1096 s.; U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr.*, 2002, p. 120; S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 70 ss., spec. 73 s.; G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 731; L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 65 s.

⁴⁸⁸ Il che non vale a dire che il creditore debba provare l'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta; qui, infatti, il *thema disputandum* è diverso, e sta nell'inesattezza della prestazione, che pur esiste (e proprio questa si contesta). Il debitore proverà o di aver esattamente adempiuto, o che l'inesattezza, ridondata in una impossibilità (temporanea o definitiva) della prestazione, non gli è imputabile.

protezione all'interno di un rapporto obbligatorio⁴⁸⁹ – dovrebbe allora esaltare la specificità del comportamento richiesto dalla buona fede: in altri termini, ove esso si riduca a una condotta puntuale, di cui si lamenta l'insussistenza, il titolare dell'interesse legittimo potrà limitarsi ad allegarne la violazione; viceversa, ove questi si dolga non tanto dell'inerzia della controparte, ma dell'inesattezza del suo comportamento rispetto al parametro ideale, sarà egli stesso a doverne fornire la prova⁴⁹⁰. Così facendo, infatti, si eviterà che in capo a debitore o creditore sussista l'onere di una prova negativa indefinita, o comunque oltremodo difficile.

Mi si potrebbe replicare che, dal punto di vista della buona fede valutativa e dei veri e propri diritti di credito, la violazione delle regole di correttezza si sostanzia sempre in un inesatto adempimento, e mai in un inadempimento: per cui la mia tesi

⁴⁸⁹ Sull'onere della prova per la violazione degli 'obblighi di protezione', nell'ambito della dottrina italiana cfr. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 4 s.; ID., *Problema e sistema*, cit., p. 497 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 374; L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1098 s.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 49; S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 73 ss., testo e nt. 49 (in replica alla critica, portata da C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile*, cit., p. 83 s., nt. 36, a una prima edizione dello scritto di Mazzamuto, apparso nella stessa *Rivista* l'anno precedente; l'idea di quest'ultimo, secondo cui «obbligo di prestazione» e «obbligo di protezione non vivono in parallelo, ma al contrario costituiscono vasi comunicanti», si allontana a mio modo di vedere dalla teorica pura delle *Schutzpflichten*, avvicinandosi a un ruolo 'costruttivo' della buona fede); G. VILLA, *Onere*, cit., p. 729 ss.; L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 195 ss. (secondo cui – *ivi*, p. 201 – «il regime dell'onere della prova dettato dall'art. 1218 deve ritenersi applicabile anche alla violazione degli obblighi di protezione, direttamente o quantomeno per analogia»); con riferimento (anche) all'obbligazione senza prestazione v. A. THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 341 ss., e L. MANNA, *Inadempimento*, cit., p. 137 ss. Nel caso di 'inadempimento' degli 'obblighi di protezione', ossia di lesione della buona fede nell'adempimento, bisognerà accertare se è stata violata una regola di condotta che imponeva un comportamento ulteriore rispetto a quello che, strettamente inteso, si direbbe di prestazione (pur con tutte le riserve già esposte a proposito di questa terminologia, che qui tuttavia esprime la sua comodità descrittiva). Se così fosse, ci si troverebbe dinanzi a un 'inadempimento di questa regola', più che a uno inesatto dell'intero (con conseguente regola sull'onere della prova conforme a quanto stabilito nel 2001 dalle Sezioni Unite: G.M. UDA, *La prova*, cit., p. 521 ss.); a sua volta, se l'attività dovuta fosse stata espletata, ma erroneamente, si ricadrebbe di nuovo nell'adempimento inesatto.

⁴⁹⁰ Esemplicando: se la buona fede richiede di fornire un'informazione, l'attore si limiterà ad allegare la mancata informazione (questo è il caso da cui secondo G. VILLA, *Onere*, cit., p. 729 ss., avevano preso spunto le Sezioni Unite, per proclamare un principio – in quanto generalizzato – non condivisibile), oppure proverà l'erroneità della stessa; se la buona fede, viceversa, impone di svolgere un'attività più complessa, l'attore alleggerà la mancanza totale della stessa, oppure proverà la sua inesattezza. La distinzione è diversa rispetto a quella che oppone obbligazioni di risultato e di mezzi, anche se, normalmente, per le 'condotte di risultato' si denuncerà la mancanza, e per quelle 'di mezzi' l'inesattezza. Ove la buona fede – per continuare l'esemplificazione – obblighi a non ledere un certo bene, l'attore dovrà provare condotta, nesso di causalità ed evento (in consonanza con quanto avviene nella responsabilità aquiliana); d'altro canto, il comportamento richiesto scimmietta qui quello al centro delle obbligazioni negative (per cui nemmeno secondo le Sezioni Unite del 2001 doveva valere il 'nuovo' riparto della prova). In questo caso la controparte dovrà provare (o che manca uno degli elementi oggetto di dimostrazione altrui o) di aver adottato tutta la diligenza richiesta al fine di non ledere il bene (o, se si tratta di un caso di responsabilità oggettiva, che la lesione non rientra nell'ambito di protezione in parola, oppure che non gli è causalmente ascrivibile). Viceversa, e in ultimo, qualora la buona fede prescriva una condotta diligente idonea a non ledere un certo bene, l'attore dovrà dimostrare che la condotta è stata difforme.

finirebbe – di nuovo – per far rivivere singoli obblighi di protezione. A dire il vero, mi sembra che qui piuttosto si avverta l'interscambiabilità tra il concetto valutativo e quello integrativo di buona fede: se da un punto di vista dogmatico essa non fa nascere singoli obblighi, limitandosi a definire la prestazione, che costituisce l'unico oggetto (per quanto ampio) di debito e credito, da un punto di vista operativo può essere più semplice adoperare l'immagine dei singoli obblighi di protezione, per rendere evidenti quelle che sono 'regole di buona fede', tenendo conto, però, che singoli obblighi esse non sono, ma solo regole, per l'appunto, la cui violazione importa una sanzione, ridonando ora nell'inadempimento (nell'inesatto adempimento), ora nella lesione di un interesse legittimo.

Così, dell'interesse legittimo ci si potrà limitare ad allegare la violazione, ove questa consista nel difetto assoluto di una condotta (ad esempio: la controparte non ha avvisato per tempo; la p.a. non ha emesso il provvedimento), oppure si dovrà dimostrare la stessa violazione, qualora essa ridondi in un'attività, pur eseguita, ma svolta in modo erroneo (ad esempio: la controparte ha promesso, senza vincolarsi, un'attività, che esegue ma in modo imperfetto⁴⁹¹; la p.a. emette un provvedimento illegittimo).

Ovviamente, sarà poi onere del soggetto attivo il provare l'entità del danno subito, come è normale in tutte le forme di responsabilità.

Quanto, poi, al termine di prescrizione, mi sembra corretto sostenerne la durata decennale, tanto tenendo conto di quello previsto in materia contrattuale, quanto ricordando che esso è quello ordinario (e residuale)⁴⁹². Si deve però porre attenzione al fatto che l'interesse legittimo, per sua natura, non si prescrive⁴⁹³: in altri termini, non potendosi direttamente attivare in giudizio, esso non può andare incontro a estinzione per inerzia. Tutt'al più, potrà estinguersi la situazione da cui esso sorge, e dunque potrà

⁴⁹¹ Di nuovo, qui, si pone il problema della responsabilità medica, per la quale la giurisprudenza (in particolare con la sentenza delle Sezioni Unite n. 577/2008) si è assestata su principi apparentemente opposti. In realtà, come nota G.M. UDA, *La prova*, cit., p. 520, nt. 116, in tal caso l'onere della prova è diversamente ripartito (rispetto a quanto avviene di norma, nel caso di inesatto adempimento) a causa del principio di 'riferibilità' o di 'vicinanza' (in virtù delle conoscenze tecniche specifiche che possiede il debitore-medico; e che sia stato esaltato soprattutto «il principio di riferibilità o di vicinanza della prova» lo nota pure A. THIENE, *Inadempimento*, cit., p. 347).

⁴⁹² Parte della dottrina, pur ritenendo contrattuale la responsabilità precontrattuale, suppone che essa sia soggetta a termine di prescrizione pari a cinque anni, così come avviene per l'annullabilità (L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., *passim*); e parte della dottrina e della giurisprudenza, come noto, estendono i rigidi termini di prescrizione di cui alla garanzia per vizi anche all'azione *ex art. 1494 c.c.*, che, come vedremo, è una forma di responsabilità precontrattuale (Cass. civ., Sez. II, 03 giugno 2008, n. 14665; L. MENGONI, *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 415). M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 128 ss., svaluta invece questi profili (ma sulla base di una diversa argomentazione, cui, nonostante il suo fascino, mi sembrerebbe di non poter aderire).

⁴⁹³ Si pensi – per quanto irrealisticamente – a una trattativa che dura vari decenni: l'interesse legittimo, che come vedremo assiste ciascuna delle parti, non si prescrive di certo nel corso di questa fase. V. G. PATTI, sub *art. 1337 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, p. 48.

essere limitata temporalmente la tutela che esso offre⁴⁹⁴; inoltre, a far data dalla sua violazione decorrerà il termine di prescrizione dell'obbligazione risarcitoria (e il termine di decadenza del potere di chiedere l'annullamento dell'atto, se previsto). Nell'individuare il *dies a quo*, a tal fine rilevante, si dovrà – come criterio di massima – determinare il momento in cui la lesione della buona fede si è compiutamente realizzata; l'interprete avrà però una certa larghezza di movimento nel compiere queste valutazioni, vista la duttilità della stessa clausola di correttezza (e della sua specificazione, in continua evoluzione, in obblighi minuziosi di condotta).

In ultimo, rimane da parlare dell'art. 1225 c.c. che, come noto, limita il risarcimento in caso di inadempimento contrattuale al danno prevedibile al sorgere dell'obbligazione, salvo il caso di dolo. Questa disposizione, a ben vedere, dipende direttamente dalla natura della responsabilità e soprattutto dal suo modello di riferimento (da cui essa trae il nome), ossia l'obbligazione contrattuale. La *ratio* è infatti che chi si obbliga non sia tenuto a rispondere più di quanto non possa prevedere, nel momento stesso in cui s'è impegnato⁴⁹⁵ (essa, quindi, non aggrava la responsabilità oltre i limiti di cui all'art. 1223 c.c., ma la limita entro quello stesso perimetro).

Se così è, si può comprendere come la dottrina escluda l'operatività dell'art. 1225 c.c. nell'ambito della responsabilità extracontrattuale⁴⁹⁶, ove tale disposizione non è richiamata; in realtà, nell'illecito aquiliano l'art. 1225 c.c. avrebbe poco senso, giacché la *ratio* che lo assiste presuppone la nascita di un obbligo e un inadempimento temporalmente differito (ciò che, ovviamente, manca nella responsabilità extracontrattuale).

Quanto agli interessi legittimi, mi parrebbe sensato ritenere che l'obbligazione risarcitoria debba essere limitata al danno prevedibile al momento della lesione della

⁴⁹⁴ Ove si tratti dell'interesse legittimo protettivo che tutela il debitore, è ovvio che esso si estinguerà a far data dall'estinzione del credito. Non si può però sottacere che, in caso di lite sull'attuale esistenza del credito, il debitore che vi adempia con riserva sarà tutelato allo stesso modo del debitore *tout court*, anche qualora si accerti che nessun credito effettivamente era in vita. Nel caso dell'interesse legittimo che protegge chi versa in una situazione di soggezione (per esempio di fronte a un potere di recesso), mi pare possa ritenersi che, estinto il diritto potestativo, venga anche meno l'interesse legittimo: l'esercizio di un potere inesistente darà direttamente luogo a un negozio nullo o comunque inefficace (così, nel nostro esempio, sarà ancora vigente il rapporto contrattuale).

⁴⁹⁵ V. S. PATTI, voce *Danno*, cit., p. 28; D. POLETTI, *Le regole*, cit., p. 341; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 927 s. Se così è, mi pare non del tutto condivisibile l'idea di F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 158, secondo cui la norma in parola avrebbe un carattere punitivo: semmai è la restrizione, in presenza di inadempimento non doloso, a limitare la responsabilità a una sola parte dei danni causati dall'inadempimento (giacché, in assenza, dovrebbero ritenersi risarcibili tutti i danni legati da un nesso di causalità giuridica rispetto all'evento inadempimento).

⁴⁹⁶ Così la maggior parte della dottrina; *contra* invece C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 548. V. pure S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita*, cit., p. 62 s., nt. 48; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 594 s. (ma cfr. G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., p. 419 s.).

buona fede⁴⁹⁷; in effetti, chi ha creato un affidamento (o chi si trova in una situazione tale per cui nasce un obbligo di rispettare un affidamento *ex lege*) dovrà rispondere in base a quanto può prevedere in ciascun istante: così che, evolvendosi il rapporto, si evolverà pure la soglia di risarcibilità⁴⁹⁸.

Molto più semplice il discorso relativo agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., applicabili di sicuro (d'altro canto, essi sono richiamati pure dall'art. 2056, comma primo, c.c., per la responsabilità extracontrattuale); quanto all'art. 2056, comma secondo, c.c., la soluzione dipenderà dall'opinione che si prediliga in merito al giudizio di equità sul lucro cessante⁴⁹⁹: ove, ad esempio, vi si ravvisi il contraltare del mancato richiamo dell'art. 1225 c.c., esso non sarà ammesso in caso di lesione dell'interesse legittimo.

Altro ancora vi sarebbe da dire, invece, a proposito dell'oggetto del risarcimento: interesse negativo o interesse positivo; *chance* o intero bene della vita. Tuttavia, per rispondere a questi interrogativi è necessario procedere oltre, e dedicarci finalmente all'individuazione delle varie tipologie di interesse legittimo, soprattutto nel diritto privato, ma pure con alcuni riferimenti alle ricadute che la ricostruzione proposta può avere nel diritto amministrativo. A tutto questo sarà dedicata la Seconda Parte di questo lavoro.

Vale la pena, invece, di domandarsi – recuperando uno spunto offerto all'inizio del precedente paragrafo – in che modo il soggetto attivo possa essere protetto allorché la lesione della buona fede, che inevitabilmente consiste in una condotta, si cristallizzi in un provvedimento.

Può avvenire, difatti, che il comportamento scorretto corrisponda a un provvedimento o a un negozio; o che pure vi sia un pregiudizio dell'interesse legittimo, arrecato da un atto di tal genere, ma al di fuori di una condotta scorretta.

Orbene, in tutti questi casi il legislatore può avere predisposto un rimedio caducatorio: il quale, dunque, più che tutelare da una condotta difforme dalla buona

⁴⁹⁷ Una prevedibilità spostata al momento in cui sorge l'obbligazione è di fatto – val la pena di precisarlo – inutile; essa, in effetti, duplica la verifica rimessa *ex art.* 1223 c.c. relativa al nesso di causalità giuridica, la quale dev'essere sempre 'adeguata' (non venendo imputate quelle perdite del tutto improbabili, anormali, e quindi, sostanzialmente, imprevedibili). Resta solo un profilo di distinzione: l'art. 1225 c.c. si riferisce a un giudizio soggettivo, e non oggettivo come quello di cui all'art. 1223 c.c. (mentre non mi persuade l'idea che l'art. 1225 c.c. possa ampliare le maglie del danno risarcibile *ex art.* 1223 c.c.; esso, viceversa, serve sempre e solo a ridurlo, a selezionare certe poste: quando l'accordo contrattuale avrà reso risarcibili anche conseguenze anomale, dovrà ritenersi che nell'interesse leso figurino già queste voci, divenute rilevanti in virtù della specificazione dell'interesse creditorio). Per l'inapplicabilità dell'art. 1225 c.c. agli obblighi di protezione v. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 227.

⁴⁹⁸ Lo stesso, poi, dovrebbe valere anche per l'inesatto adempimento delle vere e proprie obbligazioni, ove dipenda da lesione della buona fede. Ecco perché la limitazione di cui all'art. 1225 c.c. di fatto non si applica «al tassista ... che contrattualmente si sia impegnato a trasportare un cliente», a cui venga provocato un «danno alla salute» (le parole sono di R. PUCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 271 s., che arriva – benché per altra via – a un risultato analogo; così pure D. POLETTI, *Le regole*, cit., p. 344).

⁴⁹⁹ Rinvio al § 2 del Capitolo terzo della Seconda Parte, dedicato al risarcimento per lesione della *chance*.

fede, protegge da un pregiudizio fissatosi in un atto. Pregiudizio, si badi, e non danno, giacché può ben esservi un atto che impedisce la soddisfazione di un interesse, o che comprime interessi altrui (tra cui anche quello a non veder alterata la propria sfera giuridica), senza che ciò si colleghi a un danno.

A dire il vero, il principio della distinzione tra norme di validità e norme di correttezza⁵⁰⁰ imporrebbe di considerare sempre scissi questi rimedi, evitando di ritenere che la caduzione dell'atto sia prevista per tutelare da una condotta sleale. E, del resto, la tutela in parola è senza dubbio specifica, e non integra un risarcimento (non richiedendosi di certo un 'danno'), nemmeno in forma specifica. Tuttavia, solo una visione complessiva dei rimedi posti per l'interesse legittimo, e del loro legame con la scorrettezza altrui, può aiutare a predisporre un sistema ordinato⁵⁰¹.

Tanto più⁵⁰² che solo molto difficilmente potranno ritenersi estendibili analogicamente i rimedi specifici cui non si accompagna una scorrettezza altrui.

⁵⁰⁰ Su cui ampiamente nel § 5 del Capitolo secondo della Seconda Parte (anche per gli svolgimenti relativi a quanto scrivo ora nel testo).

⁵⁰¹ Lo stesso V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., p. 64, cui va ascritta l'opinione che ha contrapposto regole di validità e regole di comporamento, scriveva che «anche le disposizioni dettate sulla validità o sull'efficacia degli atti giuridici devono risentire, al momento dell'interpretazione, dei nuovi principi» (e v. pure p. 68).

⁵⁰² Mi faccio carico, qui in nota, di una possibile critica elevabile nei confronti della mia idea. Quest'ultima si basa sulla convinzione per cui, specie ove l'interesse legittimo si contrappone a un potere (o a una potestà; ma anche nell'ambito della più generale autonomia privata negoziale), il comportamento della controparte può rilevare sia solo come tale (basti pensare al ritardo della p.a. nel concludere un procedimento), sia in tanto in quanto si concretizzi in un provvedimento o in un negozio. Ma anche in quest'ultimo caso esso si connoterà, da un lato, come condotta eventualmente difforme delle regole di buona fede e, dall'altro, cristallizzandosi in un atto potenzialmente invalido, senza che l'una qualificazione precluda l'altra (accennavo al tema già nel § 3, in nota). Potrebbe però obiettarsi che l'interesse legittimo, così costruito, porti a confondere la logica della clausola generale di buona fede, e quindi, se si vuole, della condotta e quella del procedimento o comunque della fattispecie. Al riguardo va premessa una parentesi: il procedimento altro non è che una peculiare fattispecie ('fattispecie procedimentale'), contraddistinta da una particolare rapporto tra vari fatti (una scansione dinamica, un coordinamento verso uno scopo); il procedimento, tipico del diritto amministrativo, ha cercato di trovare spazio nel diritto privato (quale modello di comprensione del reale, ovvero del dato giuridico), ove però solo forzatamente può essere fatto rientrare (e, più che altro, là dove si tratti di regolare, limitare e vincolare un potere, specie nel campo della formazione della volontà negli enti e in quello del diritto del lavoro). Variamente, sul tema del procedimento nel diritto privato, v. Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961 (che, tuttavia, faceva sua una diversa nozione di procedimento); ID., voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 681 ss. (con cenni, di particolare interesse per la nostra materia, alla «buona e mala fede in riferimento alla successione degli atti di un procedimento giuridico» e alle «regole generali ... della fase preliminare della formazione di un contratto»); N. DI PRISCO, voce *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 836 ss. (anche per la 'scissione' tra attività e atto); G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, spec. p. 53 (nell'ambito della formazione del contratto; v. anche C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, e A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, p. 6 ss.); G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, spec. p. 32 ss.; di recente ha applicato il concetto di procedimento alla formazione del contratto S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 35 ss. (e poi, tra le parti rilevanti ai nostri fini, p. 170 ss.). Nel diritto pubblico, accostando procedimento e fattispecie, v. soprattutto A.M. SANDULLI, *Il procedimento*

amministrativo, Milano, 1964 (rist. in.), spec. p. 39 e 52, e F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979; v. poi anche, con costruzione che discosta tanto dalle tesi causaliste sulla produzione degli effetti giuridici, quanto da quelle che ritengono immediata la produzione degli effetti (normalmente basandosi sul concetto di 'valore' e di 'valutazione'), F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit., spec. p. 102 ss. La contrapposizione, dunque, è tra clausola generale e fattispecie (di validità o procedimentale). L'obiezione possibile che mi sono posto, però, non è di pregio, giacché confonde i piani. Anzitutto, è solo casuale il fatto che la condotta sia, nell'ambito degli interessi legittimi, demandata a una clausola generale (o, meglio, ciò avviene per esigenze di duttilità; ma potrebbe ben sussistere un caso in cui la condotta è predefinita dal legislatore). D'altro canto, come scrivevo a suo tempo, anche nella clausola generale va vista una fattispecie: per cui le differenze tra clausola generale e fattispecie analitica sono semmai di tecnica normativa, e legate al fatto che in un caso si deve rispondere a un'esigenza di giustizia, nell'altro di certezza (secondo l'intuizione di Pietrobon, su cui tornerò oltre, sulle norme di validità e di comportamento). Dunque, l'interesse legittimo si abbevera anzitutto del rispetto della buona fede; gli altri rimedi, solo eventuali, ben possono essere permessi solo entro ristrette maglie, giacché essi rispondono anche a esigenze di certezza, e non solo di giustizia sostanziale. In altri termini, essi possono assicurare la giustizia sostanziale, ma solo indirettamente; l'invalidità di un atto è prevista dall'ordinamento anzitutto in sé, e, aggiungerei, come rimedio specifico per un pregiudizio (non una lesione) di un interesse legittimo (mi riferisco all'invalidità che corrisponde a questo pregiudizio: di certo non è tale quella di un provvedimento amministrativo favorevole ma illegittimo, o quella di un contratto nullo per difetto di forma; in tali casi, però, non si fa di certo questione della violazione o del pregiudizio di un interesse legittimo, e non è questa la *ratio* della legge). Di conseguenza, non è la diversità di tecnica normativa a impedire di ravvisare nel risarcimento per violazione della buona fede e nell'invalidità di certi atti (che il soggetto attivo può denunciare giudizialmente) rimedi per il pregiudizio di una stessa posizione giuridica. La tecnica normativa risponde a esigenze di certezza (nonché, per il diritto amministrativo, al fatto che l'invalidità dell'atto non è rilevabile solo dal titolare dell'interesse legittimo: che, semmai, come rimedio si vede attribuire la 'legittimazione a farla valere'; non come 'mera legittimazione', ma come 'potere di chiedere l'annullamento, in tanto in quanto vi sia un vizio già di per sé invalidante'). L'esempio del diritto pubblico è emblematico: il procedimento va rispettato per assicurare la conformità del provvedimento alla finalità pubblica, mentre il rimedio per violazione dell'interesse legittimo vi è quando la p.a. non rispetta la buona fede, che – tra l'altro – le impone, quale dovere di correttezza verso il privato, di rispettare le norme che disciplinano la sua azione, nonché quando il provvedimento risulta pregiudizievole per il privato e di per sé illegittimo. Lo sfalsamento di piani è evidente: l'annullabilità non sempre risponde a ragioni di giustizia (potrebbe essere mancata la scorrettezza), e a sua volta l'ingiustizia non sempre corrisponde all'annullabilità (ragioni di certezza potrebbero impedirlo). I piani coincidono solo allorché vi siano ulteriori ragioni a permetterlo: precisamente, la contemporanea scorrettezza e l'illegittimità in sé del provvedimento (per motivi attinenti alla fattispecie procedimentale o di invalidità). La confusione deriva, probabilmente, dal fatto che nel diritto amministrativo la lesione della buona fede vi è – come dirò nella Seconda Parte – allorché la p.a. non rispetta le norme sul procedimento: ma non tanto perché così le viola direttamente, quanto perché il loro rispetto è, per l'appunto, richiesto dalla buona fede. A sua volta, l'illegittimità del provvedimento deriva dall'aver violato le norme del procedimento; ma il potere privato di impugnazione è previsto solo allorché si somma, a tale violazione, il pregiudizio dell'interesse legittimo (è questo, come dirò, un fenomeno di *Reflexwirkung*, tipico del diritto amministrativo: lo stesso non accade, invece, per quanto riguarda i vizi del consenso contrattuali, ove vi è una più diretta connessione – ma non sovrapposizione – tra condotta e validità). Si tratta di modi di intendere, attraverso tecniche normative diverse, che tra loro si rimandano e si accavallano, uno stesso fenomeno: con risultati, però, ben diversi (in un caso responsabilità; nell'altro invalidità). A tal riguardo vanno di sicuro menzionati alcuni recenti studi di A. PLAIA (*La tutela civilistica degli interessi legittimi pretensivi nel codice del processo amministrativo*, in www.civilecontemporaneo.it; *L'invalidità satisfattiva dell'atto*, cit., p. 1015 ss.; *L'invalidità satisfattiva*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1105 ss.), secondo cui le forme di invalidità previste dal legislatore privatistico e pubblicistico, da restitutorie che erano, divengono sempre più rimedi satisfattori. Il che è pienamente concorde rispetto all'ottica dell'interesse legittimo; tanto più che, come dirò, le nullità conformative del diritto del consumo altro non sono che mezzi per far ottenere al privato esattamente la soddisfazione del suo interesse, e l'effetto conformativo del giudicato non è altro che una modalità giuridica per avvicinare il privato alla (eventuale) soddisfazione, sempre del suo

Viceversa, per quelli che reagiscono, di fatto, anche a una slealtà, ma su un piano diverso da quello risarcitorio, una loro implementazione⁵⁰³ deve fare i conti con un limite: il fatto che il legislatore abbia già provveduto a disegnare con completezza il sistema rimediale-caducatorio (nel qual caso mancherebbe la lacuna da riempire analogicamente). Allo stesso modo, l'utilizzo dell'art. 2058, comma 2, c.c. per pervenire ad analoghi risultati (pur tentato sia in diritto civile, per i contratti conclusi da un soggetto a causa di una scorrettezza precontrattuale, sia in diritto amministrativo) si scontra con questa barriera, e pure con quella della pregiudizialità dell'annullamento, su cui mi soffermerò oltre.

Ben è possibile, in definitiva, che l'ordinamento assicuri tutela contro atti in cui si cristallizza l'attività di controparte e che di per sé precludono, o comunque ostacolano, quella soddisfazione finale cui il soggetto protetto aspira⁵⁰⁴, senza che vi sia

interesse. Tanto più che gli esempi di Plaia riguardano interessi legittimi pretensivi (come vedremo, in un caso 'positivi', nell'altro 'negativi', ma tutelati – eccezionalmente – in forma positiva), cui si addice maggiormente una tutela vicina a quella del credito (più che una restitutoria). Sui punti sinora toccati va compiuto un rinvio anche a A. DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 797 ss., ove – fin già dal titolo – si contrappongono 'fattispecie' e 'procedura'. Nel lessico dell'autore, questi due insiemi corrispondono a quelli delle regole «che descrivono requisiti o elementi da rispettare o percorsi e/o procedure da seguire per ottenerne gli effetti desiderati» (p. 800; v. anche p. 823), e a essi non sarebbe facilmente ascrivibile la buona fede (p. 810). In questo senso, la procedura è più ampia del procedimento, e in sé contiene anche le disposizioni che prevedono l'invalidità del contratto per vizi del consenso; mentre la fattispecie è ristretta di modo da escludere le clausole generali (nonché la stessa procedura). La terminologia dell'autore è funzionale allo scopo che si propone nel contributo (indagare la 'materializzazione' del diritto dei contratti, sulla scia di un recente saggio di Canaris). Ma, anche qui, va riproposta l'idea secondo cui le distinzioni rilevate non impediscono di considerare regole diverse quali rimedi, in concorrenza, per la violazione di un interesse legittimo.

⁵⁰³ Ad esempio, supponendo che siano negozi efficaci quelli di afflizione di sanzioni nel diritto del lavoro, si riterrà che essi siano annullabili: v. *infra*, il Capitolo primo della Parte Seconda. Un esempio è citato da G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 29 (si tratta di un caso deciso da Corte app. Torino, 10 febbraio 1983, in cui si sindacava sull'esclusione di un associato da un'associazione non riconosciuta).

⁵⁰⁴ Quanto all'interesse protettivo – ovvero alla 'facoltà di confidare in un'attività che potrebbe non ledere gli interessi altrui' – sembrerebbe che, talvolta, la tutela di annullamento non sia volta davvero a reagire a un pregiudizio subito. Potrebbe suporsi, ad esempio, un provvedimento o un contratto che non arrecano alcun danno (conseguenza). Ciò, tuttavia, sarebbe errato, perché errata è la prospettiva da cui trarrebbe spunto (d'altro canto, la tutela restitutoria di invalidità protegge da un pregiudizio 'tipico', non valutato a seconda della svantaggiosità dell'atto nel caso concreto). L'interesse legittimo protettivo non tutela da danni-conseguenza intesi in senso economico (*Differenztheorie*), tanto quanto l'interesse legittimo pretensivo non tutela da danni-conseguenza (ben potendo, la prestazione, anche essere economicamente svantaggiosa: si pensi alla distruzione di una statua greca, cui per una qualche ragione Tizio, proprietario, aspira). L'interesse protettivo tutela dalle lesioni di interessi, tra cui vi è anche quello a non essere vincolati da un contratto o comunque a non subire un vincolo (salvi, forse, i casi in cui il vincolo è totalmente positivo e non è previsto dalla legge un potere di rifiuto: nel qual caso potrebbe non sorgere un interesse legittimo – v. art. 785 c.c. –; v. sul punto già Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 181 e soprattutto p. 182; in Germania, ad esempio, si sostiene che «das Vermögen wird nicht nur als ökonomischer Wert geschützt, sondern zugleich auch die auf das Vermögen bezogene Dispositionsfreiheit des jeweiligen Rechtssubjekts»: così G. WAGNER, sub § 826 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2013, Rn. 37). La diminuzione patrimoniale è solo una

stata alcuna scorrettezza. Ciò non toglie che il nucleo dell'interesse legittimo, su cui possono innestarsi poteri di reazione contro atti o provvedimenti (che ledano, ossia pregiudichino, la soddisfazione pur eventuale, per profili individuati dal legislatore nell'assegnare il potere), sia costituito da una tutela contro un'attività scorretta: in altri termini, che l'interesse legittimo sia la posizione corrispettiva del dovere della controparte di agire rispettando l'affidamento, e che questo anzitutto significhi comportarsi secondo buona fede nello svolgere una certa attività.

Eventuali tutele ulteriori (tra cui, forse, le facoltà di partecipazione al procedimento amministrativo⁵⁰⁵, e di certo i poteri di impugnazione del

conseguenza di questi fatti, ed eventualmente della lesione della buona fede, cui si commisurerà il risarcimento (anche nei casi in cui la lesione della buona fede coincide con la violazione della regola che impone di non ledere un interesse tipicamente protetto, avente di certo un valore positivo); e, d'altro canto è anche possibile che la regola di buona fede sia volta ad anticipare una tutela (ad esempio, l'obbligo di informare circa un pericolo futuro; non mi pare però che la tutela contro l'atto pregiudizievole sia mai volta ad anticipare una tutela, giacché di norma l'atto o soddisfa l'interesse, o non lo soddisfa e magari ne lede altri). Quanto scritto, però, ci porta su un crinale scosceso, ove si situa una incerta linea di confine: quella tra interessi pretensivi e positivi, specie quando si tratta di provvedimenti pubblicitari. A mio avviso, è da ritenere che la differenza affondi nella percezione sociale dell'effetto del provvedimento (ossia, se esso è comunemente visto come lesivo di interessi, oppure satisfattivo di un interesse).

⁵⁰⁵ Non si parlerebbe, in questi casi, di semplici concretizzazioni della clausola di buona fede tra p.a. e privato, ove si valorizzasse, come prima anticipavo, il fatto che le facoltà in parola hanno un ruolo già dentro il procedimento amministrativo, e non solo nel rapporto cui sovrintende l'interesse legittimo. Le varie facoltà di partecipazione, dal punto di vista dell'interesse legittimo, potrebbe infatti sembrare semplici riflessi del dovere di rispettare la buona fede (e, per l'effetto, anche le norme procedurali). Tuttavia, può pure ritenersi che si tratti di singole facoltà autonome, le quali corrispondono a una possibilità, per il privato, di vedere presa in considerazione la propria posizione. La loro tutela, però, avviene solo a valle, nell'ambito dell'interesse legittimo; esse, insomma, sarebbero facoltà pure, prive di ogni rimedio per la loro lesione (tanto più che un'azione *ex art. 2043 c.c.* non sarebbe di certo esperibile, giacché queste facoltà – nonostante i tentativi in dottrina di ravvisarvi dei beni, anche non patrimoniali – non hanno alcun valore in sé e per sé). Dall'autonomia di queste facoltà – che potranno, volendo, arricchire il contenuto dell'interesse legittimo; oppure ne rimarranno esterne, e semplicemente si imputeranno al titolare della posizione – non si deve però dedurre che l'interesse legittimo si scinda, o si ponga accanto a una schiera di interessi procedurali (magari autonomamente risarcibili). L'interesse legittimo, che sono andato costruendo, offre di per sé piena tutela contro ogni scorrettezza della p.a. (si pensi – l'esempio è di M. ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 144 – alla p.a. che non comunica al privato di aver iniziato un procedimento di esproprio, e al risarcimento che ne conseguirà commisurato alle spese compiute sul fondo dal privato, non informato dell'avvio dell'*iter* amministrativo). Tali facoltà non godono dunque, di per sé, di alcuna tutela. Esse sono prive di valore economico (e pure non patrimoniale, nonostante una contraria idea), e tra l'altro la loro lesione sarebbe sempre scrinata dall'esercizio del potere o del dovere. Solo l'abuso di questo può farle rilevare, ma l'abuso si sostanzia invero nella lesione dell'interesse legittimo: ove non rilevante tanto tali facoltà di per sé, ma piuttosto la violazione della buona fede che si concreta nel provvedimento finale illegittimo, oppure l'autonoma lesione di interessi 'altri', in casi eccezionali (si pensi se dalla mancata partecipazione una società ottiene un danno [patrimoniale] d'immagine, e sempre che sia conseguenza immediata e diretta; essa sarebbe risarcibile anche a prescindere dalle possibilità di ottenere un provvedimento favorevole, giacché il danno residuerebbe comunque). Tali facoltà – *rectius*, l'azione per il risarcimento derivante da violazione della buona fede per contegni illeciti commessi, e aventi rilievo solo, nell'ambito del procedimento – non sarebbero però attivabili durante il procedimento, non essendovi ancora un danno conseguenza emerso (per lo meno di norma), mentre ovviamente al termine del procedimento potrebbe compiersi una tale valutazione. Le facoltà in parola

provvedimento viziato o del negozio invalido) si aggiungono al rapporto che lega i

sarebbero, dunque, liberamente comprimibili dalla p.a., la quale dovrebbe però fare i conti con eventuali illegittimità, nonché con la tutela tramite l'interesse legittimo di interessi 'altri': il che le renderebbe – seppur solo in quest'ottica – pienamente tutelabili (anche se solo a far data da un certo istante, in ossequio pure alla disposizione del cod. proc. amm. che preclude al g.a. di pronunciarsi su poteri non esercitati). Quanto ai soggetti che sono titolari di facoltà di partecipazione, ma non di interessi legittimi, essi sono sprovveduti di tutela (potranno solo fare affidamento sulle sanzioni che colpiscono personalmente i titolari degli uffici, oppure, se ammesso, intervenire in procedimenti giurisdizionali), nonostante il retorico dettato dell'art. 10, l. 241/1990 (non meno retorico di quello di molte 'Carte dei diritti'). Su questi punti cfr. soprattutto M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 415 ss., e spec. p. 452 s. D'altro canto, una tutela di queste posizioni nelle forme del diritto soggettivo (di credito) risulterebbe contraddire l'idea stessa di interesse legittimo: e sarebbe ammissibile solo se i titolari potessero far valere soltanto la lesione in sé, e non anche il danno derivato dall'illegittimità del provvedimento (dimostrando, ad esempio, che se avessero partecipato la decisione della p.a. sarebbe stata differente). Più congruo, a voler tutelare questi soggetti, sarebbe supporre (come aveva fatto T.A.R. Veneto-Venezia, I, 16 dicembre 1998, n. 2509) che «la legittimazione al procedimento genera la legittimazione processuale». Unica eccezione, in questo panorama, è il diritto di accesso: la cui natura è dibattuta tra quella di interesse legittimo e diritto soggettivo, ma che di certo non è una mera facoltà (F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007, p. 32 ss.). Il legislatore ha qui mostrato di considerare bene autonomo l'interesse ai documenti, con tutto quanto ne consegue (su questo tema v. pure A. ROMANO TASSONE, *I problemi*, cit., p. 78). Il tema, si sarà inteso, interseca la questione dell'esistenza di 'interessi procedimentali' (su cui v. già M.S. GIANNINI, *Discorso*, cit., p. 277) e della loro autonoma azionabilità: questioni cui, nella mia è ottica, è da dare risposta negativa. Quanto all'azionabilità, in particolare, essa è da negarsi, sia se assume le forme di un'azione volta al loro rispetto prima dell'emanazione del provvedimento (che potrebbe essere semmai un'inibitoria volta a far cessare un comportamento scorretto: ma questa è impedita dall'impossibilità, per il g.a., di pronunciarsi su poteri non esercitati – *contra*, però, v. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, p. 171 –), sia se viene svolta una domanda risarcitoria (il risarcimento dovrà accordarsi guardando all'interesse legittimo in sé considerato, e alle lesioni della buona fede da parte della p.a. che non ha rispettato la normativa pubblicistica che le imponeva una certa azione). La pretesa autonomia degli interessi procedimentali, probabilmente, deriva dall'idea per cui, a seguire certe tesi, il risarcimento dell'interesse legittimo in realtà sottenderebbe il risarcimento dei vari interessi lesi dall'azione scorretta della p.a. (là dove essi rileverebbero singolarmente, e la scorrettezza quale criterio di bilanciamento tra potere della p.a. e interessi privati); e questo punto di vista, come vedremo, emerge particolarmente nelle decisioni amministrative che conferiscono autonomia al 'bene tempo', nel caso di ritardo nell'azione amministrativa. Dunque, anche per gli interessi procedimentali mi sembra corretta l'idea per cui essi, più che autonome posizioni, costituiscono il riflesso della possibilità di onerare la p.a. della presa in considerazione di certe istanze; riflesso, cioè, di quanto avviene nell'ambito del procedimento pubblicistico (là dove potrà pure, volendo, parlarsi di 'facoltà' del privato, che a questi competono in virtù della titolarità dell'interesse legittimo). Il legislatore pubblicistico, non lo si dimentichi, mira alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico; e in questo senso non può nemmeno dirsi che le 'facoltà' in parola rendano attivo l'interesse legittimo. A parte l'accessorietà di queste posizioni, è da dire che, sul versante dell'interesse legittimo ciò che rileva è pur sempre la violazione della buona fede (e la titolarità di queste posizioni ulteriori ha semmai funzione propulsiva nel senso della soddisfazione dell'interesse finale). Oltre parlerò dell'art. 7 della l. 241/1990, e della particolare norma versata nell'ultimo comma dell'art. 8 (in base alla quale l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento può essere fatta valere soltanto da colui, nei cui confronti tale comunicazione era prevista – in altri termini, è scorretta verso il titolare dell'interesse legittimo solo una certa difformità dalla disciplina pubblicistica –). Su questi temi cfr., comunque, anche M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedimentali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 728 ss. (oltre alla monografia prima menzionata); M. RENNA, *Obblighi procedimentali*, cit., p. 557 ss.; G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, p. 206 ss.; E. CASETTA, *Manuale*⁹, cit., p. 305; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*², a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 228 ss.

soggetti e su di esso nascono, arricchendone il contenuto. In altri termini, se il confidare attiene immancabilmente all'obbligo di controparte di comportarsi secondo buona fede, e consente di reagire in via risarcitoria alle sue lesioni, ciò non toglie che l'ordinamento possa, in determinate circostanze, ammettere ulteriori forme di tutela. Esse, in particolare, proteggeranno comunque l'affidamento nel risultato eventuale, ma in forme peculiari, ad esempio stimolando la partecipazione del soggetto tutelato al processo decisionale della controparte, oppure permettendo a questi di caducare atti ritenuti dal legislatore invalidi, traducendosi così in specifici diritti potestativi e in altrettante situazioni di soggezione.

In conclusione, il nucleo dell'interesse legittimo non assicura al soggetto titolare di poter agire per soddisfare il suo interesse, né di esser certo della soddisfazione del medesimo; egli deve rimettersi all'azione altrui, venendo solo abilitato a sindacarla *ex post*, ove questa si sia svolta in modo irregolare (oppure, nei limiti che vedremo, in via preventiva tramite un'azione inibitoria, forse però solo successiva al fatto fonte di un danno permanente).

L'interesse legittimo, così costruito, non può ridursi ulteriormente: esso, come posizione giuridica, è unitario e primitivo, risultando un componente primo (non complesso) della teoria generale. Se così è, è inutile chiedersi pure quali siano le posizioni giuridiche della controparte, ossia se essa sia obbligata od onerata a tenere un certo comportamento; essa, piuttosto, 'deve' tenerlo, per non andare incontro a certe sanzioni o comunque a certe conseguenze negative. Sicuramente v'è, in tale posizione, un profilo che la avvicina all'obbligazione, pur senza farla coincidere, e uno che è alla lontana imparentato con l'onere, se non addirittura con la soggezione (per quanto riguarda l'emissione di un provvedimento o la conclusione di un negozio non illegittimi). Ma ciò può valere solo da un punto di vista descrittivo: se l'interesse legittimo è un elemento non più divisibile, e dunque atomistico, dell'ordinamento italiano, anche la posizione corrispettiva⁵⁰⁶, che potremmo chiamare *dovere legittimo*⁵⁰⁷, lo

⁵⁰⁶ La dottrina non si è mai interessata a fondo della natura della posizione giuridica corrispettiva all'interesse legittimo, normalmente limitandosi a sottolineare la titolarità, in capo alla p.a., del potere amministrativo (o potestà, o funzione; fa eccezione il lavoro di L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., *passim*, e spec. p. 26, 29, 220, 229, 232 e 238; v. poi pure L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 107 ss.). Ma, come noto, a fronte del potere non vi è che una situazione di soggezione; l'interesse legittimo si contrappone a uno specifico dovere, che non è quello facente capo a ogni consociato di *neminem laedere*, ma è quello specifico obbligo di comportarsi secondo buona fede.

⁵⁰⁷ Vero che, come noto, il dovere che «si focalizza nella sua applicazione concreta in una correlazione con una determinata sfera giuridica altrui, si da far sorgere corrispondenti posizioni attive, si trasforma altresì in obbligo giuridico» (G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., p. 155, e già Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 97 e 104; non condivido l'idea del Greco, però, secondo cui la posizione attiva in esame passa per [sorge in virtù de] il corrispondente dovere [obbligo]). Tuttavia la questione finisce per essere nominalistica; ho preferito parlare di 'dovere', per evidenziare la differenza rispetto al vero e proprio obbligo. Diversa la motivazione di V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., p. 110 ss.

è. E, tra l'altro, non può confondersi con alcuna forma di obbligazione⁵⁰⁸ (parlo infatti di dovere solo per contrapporlo terminologicamente all'obbligazione; ma è certo che si tratta di un 'obbligo', ove si voglia identificare con questa espressione il *neccesse* che sta in un rapporto giuridico).

Esso si caratterizza per essere una posizione giuridica inattiva, vantaggiosa, che offre protezione nei confronti di comportamenti che lo ledono, o eventualmente anche contro atti (riferibili alla stessa controparte) che lo pregiudicano⁵⁰⁹; una

⁵⁰⁸ Come vedremo nel dettaglio, l'interesse pretensivo si avvicina al credito (pur costituendo una forma di protezione minore); quello protettivo alla mera responsabilità aquiliana (pur differendo, in quanto protezione maggiore). In nessun caso, però, le posizioni in esame si confrontano a un'obbligazione, pur essendo simile la forma di protezione (quella *ex art. 1218 c.c.*). A testimoniarlo non v'è solo il rifiuto, che ho già espresso, alla teorica degli obblighi di protezione: infatti, anche a volerla condividere, non si potrebbe parlare – come posizione corrispettiva dell'interesse legittimo – di una obbligazione, pur 'senza prestazione'. La ragione è, a mio avviso, più evidente nel caso degli interessi pretensivi: lì, a dire il vero, non può ritenersi che l'obbligazione protegga sempre solo un interesse negativo o comunque un valore già facente parte del patrimonio del soggetto tutelato (come avviene nell'obbligazione senza prestazione, secondo quanto scrive ID., *Eclissi*, cit., p. 155 s.). Gli esempi sono quelli degli interessi pretensivi che chiamerò, per l'appunto, 'positivi': in particolare vi figura quello verso la p.a. Non può infatti ritenersi che il provvedimento dell'amministrazione – *rectius*: la modifica che esso esprimerà – faccia già parte del patrimonio del privato. Se così fosse, infatti, bisognerebbe ritenere che lo stesso vale anche per il creditore: il che, sicuramente, non è, giacché la prestazione si inserisce inequivocamente non in una logica di 'protezione', ma di 'spettanza' (lo nota lo stesso C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 3; ma, in fin dei conti, l'idea espressa da ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 797 ss., secondo cui l'azione di adempimento costituirebbe una *species* del risarcimento in forma specifica, portata ai suoi limiti estremi – che però nemmeno C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 92 s. mostra di condividere – finirebbe per far ritenere che anche l'inadempimento costituisce lesione di un valore già assunto al patrimonio del creditore, cui si dovrebbe reagire con un rimedio sempre e comunque risarcitorio, e mai reale). Anche per quanto attiene agli interessi protettivi, però, dimorano a mio avviso ragioni a sostegno della mia tesi: vero che essi attengono a una protezione – e a null'altro –, e vero che tale natura è condivisa dagli interessi pretensivi che chiamerò 'negativi'; tuttavia vi sono vari distinguo da compiere. Per questi ultimi, anzitutto, va da sé che l'interesse finale è di prestazione. Per entrambi, poi, per quanto sia risarcito (in caso di lesione) un interesse negativo, non si può tralasciare la differenza che vi è tra il pregiudizio di interessi 'altri' rispetto a quello su cui sorge la situazione giuridica, e quello invece, e proprio, 'presupposto'. I primi, infatti, sono tutelati in modo molto più ampio, e comunque rappresentano una cornice esterna; il secondo, invece, è davvero protetto in modo solo eventuale, e su di esso si concentra la figura dell'interesse legittimo.

⁵⁰⁹ L'idea, cui ho già accennato e che riprenderò, non mi sembra contraddetta da una asserita necessità che il rimedio segua la responsabilità (per colpa), giacché un tale principio non sussiste (basta pensare a tutta la disciplina dell'arricchimento, che non segue logiche di responsabilità). Ma è proprio solo l'ottica del rimedio che consente di superare quella della fattispecie, la quale di per sé, restando legata ora alla responsabilità del soggetto, ora all'invalidità dell'atto, distinguerebbe nettamente il risarcimento del danno per violazione dell'interesse legittimo dalla caducazione dell'atto in sé pregiudievole, tanto quando questo pregiudizio si ricolleggi a un comportamento scorretto e fonte di responsabilità, quanto nei casi diversi (così, *ex multis* e di recente, G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento ex art. 2043*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 11; v. infatti C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, § 12: «è appena il caso di rilevare che – salvo a dilatare eccessivamente il concetto di *iniuria* sino a comprendere l'invalidità e quello di responsabilità sino a comprendere l'invalidazione – non v'è ragione alcuna di parlare di trasgressione di un comando e di invocare il concetto di sanzione per quanto riguarda l'invalidazione, dal momento che questa null'altro è, in definitiva, che l'accertamento della giuridica 'inesistenza' di un titolo. ... La colpa e il dolo, allorché intervengono quale presupposto della invalidazione, appaiono

situazione per forza di cose dinamica⁵¹⁰, il cui contenuto è individuato di norma per mezzo una clausola generale, e per la precisione tramite una valutazione di buona fede, la cui satisfattività è sempre incerta e mutevole.

Quanto alle altre 'facoltà' accessorie, esse rappresentano rimedi, ma non hanno autonomia all'interno dell'interesse legittimo. Vero è che le stesse possono imporre pregiudizi alla controparte (che, magari, pur senza aver leso la buona fede si troverà a dover subire un annullamento); tuttavia, non può ritenersi che quest'ultima versi in una posizione di soggezione, né che sia onerata di assumere provvedimenti o perfezionare negozi di un certo tenore, giacché mancherebbe, per lei, la possibilità stessa di conoscere quale tenore in tutti i casi in cui il pregiudizio è ricollegabile solo all'atto e in nessun modo alla condotta (v. ad esempio il caso di violenza del terzo, o quello di impossibilità per la p.a. di avere contezza della falsità di un documento prodotto dal partecipante a una gara).

Non mi pare che sia erroneo o comunque fallace ricostruire l'interesse legittimo quale posizione corrispettiva di un (semplice) obbligo di rispettare la buona fede, il cui contenuto può però talvolta arricchirsi: d'altro canto, se l'interesse legittimo è facoltà di confidare, ciò lo rende una posizione diretta anzitutto nei confronti della controparte, e solo in via accessoria rivolta verso l'atto in sé considerato. A far data dalla sua emanazione, nascendo un diritto potestativo di annullamento, nascerà pure una soggezione, e si stabiliranno i rapporti tra rimedi di tipo differente⁵¹¹ (così come, leso

quindi, se così può dirsi, allo stato puro, cioè del tutto spogliati da ogni possibile riferimento alla antigiuridicità»; vale la pena di osservare come queste osservazioni, di per sé assolutamente condivisibili, vadano poi anche adattate alla distinzione tra annullabilità e nullità o inesistenza in senso proprio: ciò su cui avrò modo di soffermarmi oltre, anche tra l'altro a proposito delle nuove nullità di protezione).

⁵¹⁰ La dinamicità è la nota che contraddistingue l'interesse legittimo secondo F. LA VALLE, *L'interesse legittimo*, cit., spec. p. 34, 40 s., 44 s., 48 e 50 s. (anche se, nella prospettiva dell'autore, questo dato discendeva dal contrapporsi dell'interesse legittimo a un potere giuridico). Lo segue E. FOLLIERI, *Risarcimento*, cit., p. 66 s. La dinamicità però è di grado diverso a seconda del tipo di interesse legittimo: in quello che nasce da un contatto essa riguarda finanche l'oggetto dell'interesse legittimo, che può mutarsi e restringersi; in quello sorto *ex lege*, invece, attiene solo al contenuto del precetto di buona fede (mentre lo scopo finale, di norma, non muta, o muta solo per elementi minimi, salvo che non cambia la situazione su cui sorge l'interesse legittimo stesso).

⁵¹¹ Si tratta, cioè, di un rimedio, la cui sussistenza è eventuale, e dipende dalla modulazione concreta dell'interesse legittimo (ossia, l'annullamento vi è se il legislatore assicura tutela anche contro l'atto in sé considerato). Ma, del resto, l'ottica rimediale è al centro della ricostruzione dell'interesse legittimo, se è vero, com'è vero, che il legislatore (a far data dalla l. 205/2000, su cui v. G. RUOPPOLO, *La tutela aquiliana dell'interesse*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 716 ss.) ha assegnato alla giurisdizione di legittimità (e non esclusiva) la domanda di risarcimento del danno per lesione dell'interesse pubblicistico: quando, a ben vedere, essa attiene in realtà a un diritto soggettivo. Non occorrerà, perché troppo noto, soffermarsi sullo scontro tra giurisdizioni che si è avuto a far data dalla sentenza n. 500/1999 e per tutti gli anni Duemila (in cui si intrecciavano il recondito desiderio di tornare, quanto meno per gli interessi oppositivi, al precedente regime del risarcimento dei diritti soggettivi riespansi anziché degli interessi legittimi, la necessità pratica di contenere i risarcimenti dei danni tramite la pregiudiziale amministrativa e i problemi posti dal criterio del *petitum* sostanziale allorché si tratti di far valere il diritto al risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo: da un lato diritto, dall'altro rimedio per la lesione dell'interesse legittimo). Risulta interessante, però, notare come il problema della giurisdizione che

l'interesse legittimo per una scorrettezza, sorge un diritto di credito – al risarcimento – e un obbligo – a corrisponderlo –).

Da tutto questo, poi, si trae la sicura intrasmissibilità dell'interesse legittimo: esso, nascendo in virtù di una peculiare situazione legittimante (di cui dirò) in cui si trova un soggetto, può cedere solo ove si immetta – nei limiti in cui ciò sia possibile – il cessionario anche in tale situazione⁵¹².

avrebbe dovuto conoscere del diritto al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi si era posto già ben prima della decisione citata: e, anzi, esso costituiva uno degli argomenti addotti per negare la risarcibilità delle posizioni in parola (G. MIELE, *Introduzione*, cit., p. 16 ss.; E. GUICCIARDI, *Risarcibilità*, cit., p. 217; A. GLEIJESES, *Preclusione giurisdizionale alla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 211 ss.). D'altro canto, la negazione del potere del giudice ordinario di accordare un risarcimento del danno semplicemente disapplicando il provvedimento amministrativo (cfr. A.M. SANDULLI, *Note problematiche*, cit., p. 290; v. pure il mio *La concorrenza*, cit., *passim*, sulla disapplicazione in via principale e non solo incidentale) lascia comprendere bene come il diritto al risarcimento del danno in realtà altro non è che un rimedio per la lesione dell'interesse legittimo (*contra*, però, e nel senso che il risarcimento non abbia nulla a che vedere con un problema di disapplicazione, si esprime C. VARRONE, *La sentenza*, cit., § 5).

⁵¹² Così del resto, per la dottrina amministrativistica, P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2², cit., p. 192 s. (in giurisprudenza v. di recente Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1403, su cui v. G. GRECO, *Il rapporto*, cit., p. 616 ss.). Altro tema interessante è quello della rinunciabilità dell'interesse legittimo: a mio avviso, essa non può ipotizzarsi (anche per il contenuto indeterminato che connota l'interesse legittimo), mentre può ritenersi che una dichiarazione di 'rinuncia' o una 'acquiescenza' valgano a rendere conforme a buona fede un comportamento altrui non ancora tenuto, per lo meno (e forse solo) nei casi in cui la posizione di tutela sorge 'da contatto', come vedremo meglio oltre (in ogni caso il comportamento del titolare dell'interesse legittimo potrà valere come rinuncia, anche preventiva se il comportamento lesivo è specificamente individuato, a un diritto al risarcimento già maturato o a un potere di provocare la caducazione di un atto). Sul tema, sempre tra gli amministrativisti e dal punto di vista della rinuncia all'impugnazione del provvedimento, v. R. MARRAMA, *Rinuncia*, cit., spec. p. 94 ss. e 149 ss.); di recente G. GRECO, *Il rapporto*, cit., p. 599 e 614. Da un punto di vista più generale, deve notarsi che la protezione offerta dall'interesse legittimo sorge *ex lege*, e non *ex voluntate*, per cui le parti sembrerebbero non poterla modificarla: possono, di certo, mutare la situazione in cui si trovano così da evitare che sorge un interesse legittimo, oppure rinunciare *ex ante* alla tutela risarcitoria (eventualmente, nei termini in cui lo si accetti, dar adito a una *Verwirkung*), nei limiti in cui ciò sia ammissibile. Ma questo, a mio avviso, deriva dal fatto per cui la protezione offerta dalla buona fede non è disponibile, giacché essa è criterio per rendere esplicito l'implicito, e dunque le parti potranno solo evitare che essa operi, esplicitando (in tanto in quanto possibile) fin da subito certi profili dei loro rapporti. In altri termini, eventuali clausole con cui le parti convenissero un impegno minore in termini di correttezza (anche dal punto di vista del criterio di imputazione della responsabilità) dovrebbero essere viste piuttosto come patti (o solo situazioni affidanti) che modificano le circostanze su cui sorge il dovere di correttezza, che, entro quest'ambito, godrebbe di tutta la sua pienezza. Anche la rinuncia *ex ante*, comunque, non è ammissibile ove riguardi la potenziale lesione di beni altrettanto indisponibili (non lo è, con riguardo a un 'obbligo di protezione' nel diritto di credito, nei casi di cui all'art. 1681, comma 2, c.c.; cfr. anche F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 154 s.; sinora il problema è stato per lo più affrontato dal punto di vista dall'applicabilità dell'art. 1229, specie comma 2, c.c. all'esonero da responsabilità aquiliana: v. L. CABELLA PISU, *Clausole di limitazione o esclusione del risarcimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 101 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 70 s.). Possono leggersi in quest'ottica talune delle osservazioni di R. SACCO, *La preparazione del contratto*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*³, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 249 (sul tema v. pure P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006 [il contributo è stato pubblicato in due puntate, con i titoli *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, e *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I], p.

562); d'altro canto, come nota A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 48, e più ampiamente poi p. 230 ss., a proposito però del contratto, «il rilievo che l'art. 1375 c.c. è esso stesso norma inderogabile [non] vale ad attribuire alla buona fede il ruolo di portatrice di valori cogenti, così da attrarre nell'ordine pubblico gli stessi contenuti attribuibili, di volta in volta ed in concreto, alla buona fede». Ma, a questo punto, si nota come precludere alle parti di regolare il contenuto dell'interesse legittimo si traduca in un formalismo: giacché, facendolo, esse non vogliono altro che mutare il loro affidamento, e quindi indirettamente anche la situazione su cui esso sorge, utilizzando uno strumentario giuridico che per esse è di più immediata percezione. Dunque, almeno nel caso di interessi legittimi che sorgono *ex facto* o indirettamente *ex voluntate* (da contatto – come nelle trattative – oppure nell'ambito di un contratto – come quelli che fronteggiano poteri contrattuali di recesso, o stabiliscono doveri di rinegoziazione –), le parti potrebbero influire direttamente sulle regole di buona fede (salvo che apposite norme sul contratto in generale o sullo specifico tipo non lo precludano, o non precludano un'eccessiva compressione della posizione di una delle parti). Sarebbe però da chiarire in che modo tecnicamente avvenga questo fenomeno: nel caso di interessi legittimi che sorgono in vigore di contratto, 'mutare la situazione' (attraverso la limitazione della protezione offerta dall'interesse legittimo) significa mutare la regola contrattuale; viceversa, nel caso di interessi legittimi da contatto, vorrebbe dire mutare una situazione di fatto (che non richiede negozi). Probabilmente, nel primo caso le parti davvero agiscono a livello di fattispecie (*rectius*: di regola contrattuale); nel secondo, invece, sempre sugli effetti (o già, nei limiti in cui sia possibile e/o sufficiente, sulla fattispecie, dove però la volontà negoziale varrebbe quale atto). Lo stesso, tra l'altro, deve valere anche nell'ambito dei cosiddetti 'obblighi di protezione': le parti potrebbero derogare *ex ante* alla specificazione *ex fide bona* delle loro posizioni, mentre non potrebbero derogare all'interpretazione secondo buona fede del contratto (essendo abilitate, semmai, a chiarirne il contenuto in modo più o meno sfavorevole all'una o all'altra). Sul fatto che gli obblighi di protezione si traducano in un «restringimento dell'autonomia privata» v. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 4 (torna, però, qui il dibattito sulla funzione della buona fede, ovvero se essa non sia piuttosto un veicolo per lasciar emergere il reale assetto di interessi divisato dalle parti – come a me sembra preferibile; v. Parte Terza, Capitolo Secondo, § 6 –) e p. 5 s. (secondo cui le clausole di deresponsabilizzazione nell'ambito degli obblighi di protezione sono nulle, per lo meno ove toccano diritti indisponibili – v. di nuovo l'art. 1681, comma 2, c.c., e sul punto cfr. pure L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 231 ss. –; esito sul quale concordo, potendosi anche qui parlare, più che di rinuncia *ex ante* a un diritto di credito, di clausole simili a quelle dell'art. 1229 c.c.).

PARTE SECONDA

LE DIVERSE SPECIE DI INTERESSE LEGITTIMO
NEL DIRITTO PRIVATO E NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

CAPITOLO PRIMO

INTERESSE LEGITTIMO PROTETTIVO

SOMMARIO: 1. L'interesse legittimo protettivo e l'abuso del diritto. – 2. Abuso del diritto ed eccesso. – 3. Abuso del diritto, buona fede ... – 4. ... e responsabilità extracontrattuale. – 5. L'interesse legittimo protettivo e la tutela verso il creditore. – 6. L'interesse legittimo protettivo nel diritto pubblico. – 7. L'interesse legittimo protettivo e la tutela nei confronti del titolare di un potere privato. – 8. Altri interessi legittimi protettivi: cenni.

1. L'interesse legittimo protettivo e l'abuso del diritto

L'interesse legittimo di diritto privato ha suscitato, sinora, talune – non numerosissime – ricerche⁵¹³.

Tuttavia, nonostante codesti sforzi della dottrina, l'interesse legittimo non occupa ancora in ambito privatistico un ruolo stabile: anzi, non vi è neppure consenso sulla stessa necessità o quanto meno opportunità di concedere uno spazio alla nostra figura giuridica. Tali ragioni mi spingono a non attardarmi, qui, nell'espone le teorie relative all'interesse legittimo di diritto privato.

Nemmeno, però, vorrei trattare in questa sede dettagliatamente tutte le varie ipotesi in cui, nel diritto civile, può probabilmente ravvisarsi un interesse legittimo: considerazioni di questo tipo non restituirebbero l'immagine generale che miro, invece, a trasmettere. Del resto, supporre l'esistenza di un interesse legittimo di diritto privato non implica semplicemente l'estensione di una figura tipicamente pubblicistica a un altro ramo dell'ordinamento: quest'operazione, piuttosto, tradisce una meta più ambiziosa, che è quella di confermare la validità dell'ipotesi che ci ha occupato nella Parte Prima: l'inquadramento dell'interesse legittimo come figura di teoria generale. Il diritto privato, in quanto diritto comune, non viene qui in rilievo solamente come un diverso comparto del sistema giuridico; esso è, invece, il sistema che regola tutte le relazioni tra individui, ove non venga derogato da una più specifica disciplina.

Quello che mi propongo di dimostrare è che la *facultas confidendi* può presentarsi in forme diverse da quella amministrativa: o, meglio ancora, in una pluralità di declinazioni, di cui quella amministrativa è, seppur la più studiata, solo una. La 'facoltà di confidare che un'attività della p.a., per il tramite dell'esercizio di un potere, soddisfi (eventualmente) un interesse' o 'non leda gli interessi di un altro soggetto' non è altro

⁵¹³ Nell'Introduzione fornivo un elenco di questi lavori.

che espressione, tipica e particolare, di una figura giuridica più ampia: la mera *facultas confidendi*. Quest'idea, solo abbozzata e presupposta nel configurare l'interesse legittimo come posizione di teoria generale, cercherà ora una più solida dimostrazione; per farlo, cercherò di individuare le fattispecie in cui nel diritto privato, nonostante la tradizione si serva di altre categorie per l'inquadramento dogmatico, a mio avviso opererebbe un interesse legittimo.

L'analisi comincerà, allora, dai casi in cui si presentano, nello stesso diritto privato, posizioni squilibrate tra soggetti: il che avviene precipuamente ove vi sia un soggetto, titolare di un potere, e un altro, in situazione di soggezione.

Nel campo del diritto pubblico, come noto, la p.a. è dotata normalmente di poteri-doveri, di potestà, volte a soddisfare una finalità pubblica; nel diritto civile questa figura, pur non inesistente, riveste un'importanza molto minore, ed è collegata sempre ad un 'ufficio' di diritto privato⁵¹⁴. Un'esposizione che intenda dimostrare la piena cittadinanza dell'interesse legittimo nel diritto privato, e non solo con riguardo a fattispecie del tutto peculiari, non dovrà prendere spunto da situazioni di potestà privatistiche, che assomigliano a quelle pubblicistiche, replicandone alcuni dei tratti essenziali, e che quindi, in fin dei conti, non porterebbero molto lontano.

È ben più opportuno, invece, ammettere che nella potestà pubblica l'elemento di dovere sia tale non nei confronti del privato, ma della collettività; quello che rileva verso il privato è proprio, e solo⁵¹⁵, il potere, fronteggiato dall'interesse legittimo. V'è allora da domandarsi se, di fronte a poteri privati, si possa postulare l'esistenza di una *facultas confidendi*.

E non solo: l'indagine, lungi dal fermarsi alle sole situazioni in cui, eccezionalmente, alla normale uguaglianza tra soggetti è sostituita una giuridica disuguaglianza, si dovrà interessare di tutte le ipotesi in cui v'è una situazione, latamente intesa, di squilibrio giuridico tra più soggetti⁵¹⁶.

Ciò che avviene, a ben vedere, in tutti i casi in cui un privato sia titolare di un diritto relativo, qualsiasi sia la specie di quest'ultimo: giacché la facoltà di agire, conferita dal diritto, è – come sopra ricordato – 'esclusiva', e non tollera dunque invasioni da parte di altri privati, che debbono anzi necessariamente rispettarla.

⁵¹⁴ Nel diritto privato, solitamente, non ricorre però il modulo della potestà (con vistose eccezioni: si pensi ai genitori, o all'esecutore testamentario; ne parlerò nel § 8). Ivi si presenta piuttosto il diritto potestativo (o il potere, quando non è questione di compiere un atto di volontà o quando non s'ha da toccare la sfera giuridica altrui).

⁵¹⁵ Vedremo nel § 6 di questo Capitolo e nel § 12 del Capitolo secondo che anche la doverosità dell'azione, però, può avere un riflesso nell'individuazione di interessi legittimi.

⁵¹⁶ Parlo di squilibrio giuridico, giacché, a mio avviso, l'interesse legittimo protettivo nasce – sulla base dell'art. 1175 c.c. e dell'analogia con i poteri pubblici (ove direttamente incidenti sulla sfera del destinatario del provvedimento) – automaticamente là dove sussistono situazioni di debito o soggezione; mentre lo stesso automatismo non vale nel caso di superiorità di fatto o economica. In questo senso, come chiarirò nel § 7, in nota, non mi occupo dei problemi delle 'autorità private'.

La mia esposizione, come si sarà inteso, intercetta qui il tema dell'abuso del diritto, ossia dell'uso 'distorto' del diritto, che incide in modo altrettanto 'anomalo' incide sulla sfera di soggetti, comunque tenuti a rispettare proprio tale diritto.

Si tratta – anticipo già il risultato cui mi propongo di giungere – di ipotesi che la categoria dell'interesse legittimo protettivo nel diritto privato (in cui la buona fede mira a proteggere un certo soggetto dalle invasioni nella sua sfera giuridica che un diverso soggetto, in virtù di una posizione giuridica, è abilitato a produrre) potrebbe efficacemente descrivere.

2. Abuso del diritto ed eccesso

«Ha senso, per il giurista italiano, parlare di 'abuso del diritto'»? Così esordisce uno dei più noti saggi⁵¹⁷ dedicati a questa problematica. E la domanda non è per nulla banale e scontata. Gli autori, in quel contesto, se la ponevano con particolare riferimento alla «mancanza di una definizione normativa e di una disciplina generale di tale categoria concettuale». Ma il problema è ancor più vasto: in effetti, non sempre facile – o, forse, non sempre legittimo – appare distinguere tra abuso del diritto, eccesso del diritto, emulazione, violazione della buona fede.

È questo il punto da cui dovrà iniziare un'indagine che, come quella che mi accingo a svolgere, pur non proponendosi di fornire un inquadramento dogmatico di

⁵¹⁷ Mi riferisco all'arcinoto F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, p. 171 ss. Ma l'inutilità della categoria dell'abuso, come vedremo, è affermata spesso nella civilistica; e quando non si parla di inutilità, se ne sottolinea la complessità, o comunque la frammentazione. L'abuso, d'altro canto, costituendo un uso difforme dal lecito di un diritto, non può che essere visto 'in negativo', rispetto al contenuto di ciascun diritto: se così è, allora, la sua frammentazione non riproduce altro che quella tra le varie situazioni giuridiche. L'abuso del diritto, come tale, non compare nel diritto romano classico (ma v. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013; più risalente G. GROSSO, voce *Abuso del diritto [dir. rom.]*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 161 ss.), ma la sua idea – nei termini dell'emulazione: cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1995, p. 473 ss. – data già dal Medioevo. Una più compiuta riflessione sull'abuso, e una ripresa del tema dopo il rifiuto che aveva accompagnato l'ideologia illuministica alla base del Code Napoléon – si deve ai giuristi francesi di inizio Novecento (Josserand, Saleilles, Planiol, Ripert). Una ricostruzione storica del problema dell'abuso si può leggere in F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto nel contratto*, in *Dir. e proc.*, 2012, p. 237 ss. (mentre annotazioni di diritto comparato in R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, p. 313 ss. e 335 ss.; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto - II) diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, p. 1 ss.; S. PATTI, *Abuso*, cit., p. 18 ss.; A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 423 ss.; G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, p. 1 ss. e 25 ss., e alcuni cenni anche in R.T. BONAZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazioneidiritto.civile.it). Per tutte le altre fonti, v. le note di questo e del prossimo paragrafo.

ogni ipotesi di abuso, voglia quantomeno esplorare i collegamenti tra questa figura e quella dell'interesse legittimo⁵¹⁸.

In effetti, l'abuso del diritto appare stretto tra le due altre figure citate, che paiono ridurre l'ambito di incidenza sino – nelle visioni più drastiche – a farlo scomparire.

In via di prima approssimazione, le disposizioni cui più spesso si rimanda nell'ambito del discorso sull'abuso del diritto – pur con indubbi oscillamenti⁵¹⁹ – sono quelle di cui agli artt. 833 e 1175 c.c.: atti emulativi nei diritti reali, violazione della buona fede nei diritti di credito. Converrà tenere queste, allora, a base dell'argomentare.

Sulla base di questa premessa, la prima questione che emerge, collegata alla stessa possibilità di concedere autonomia dogmatica all'abuso del diritto, attiene alla tracciabilità di una linea discrezionale tra l'abuso stesso e l'eccesso del diritto. Senza pretese di esaustività, anticipo che i due termini vengono solitamente riferiti, da un lato, al fenomeno di esercizio anomalo di un diritto e, dall'altro, a quello di un'attività che, pur pretesamente svolta in esercizio di un diritto, resta esterna al medesimo⁵²⁰. Le opinioni sostenute in dottrina sul rapporto tra abuso ed eccesso sono varie: vi è chi nega radicalmente la distinzione tra abuso ed eccesso⁵²¹, chi riconduce l'abuso al *genus* eccesso, pur distinguendolo al suo interno dalle altre fattispecie ivi ricomprese⁵²², chi

⁵¹⁸ Collegamento in dottrina già proposto in tema di recesso *ad nutum* dalle trattative, nonché di tutela di fronte a potestà (come quella dei genitori).

⁵¹⁹ Si tratta dell'impostazione di U. NATOLI, *Note*, cit., p. 18 ss., seguita in generale dagli altri studiosi della Scuola pisana (anche se non interamente, come vedremo, da L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 187), e in particolare da F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 188 ss.). Cfr. S. PATTI, *Abuso*, cit., p. 22.

⁵²⁰ Cfr. ad esempio R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 322, secondo cui «non è possibile parlare di abuso del diritto se non là dove il comportamento in questione, se scompagnato dalle circostanze che dequalificano quest'ultimo rendendolo abusivo, costituirebbe esercizio del diritto». V. inoltre, su presupposti e con conclusioni molto differenti, U. NATOLI, *Note*, cit., p. 37: «una particolarità del fenomeno ... è l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto» (ripreso anche da P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 242). U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, p. 83, cita emblematicamente la contrapposizione tra l'art. 1394 e l'art. 1398 c.c. simili in A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 419 s. («diciamo 'abuso' perché impliciamo che formalmente, secondo lo stretto diritto, sarebbe legittimo, ma sostanzialmente, secondo il vero diritto, sia invece illegittimo»), ove l'autore denuncia anche la rozzezza di quest'approccio, ove non spiegato e fondato su basi ben più solide di quelle su cui apparentemente pare svilupparsi. Cfr. anche C. SALVI, *Abuso del diritto - I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1. D'altro canto, non serve molto per rendersi conto della veridicità del detto 'fatta la legge, trovato l'inganno': fa parte della malizia umana la ricerca di quegli spazi di legalità che più riescono a soddisfare gli interessi propri, seppur per il tramite di modalità concretamente scorrette. Ecco la rincorsa del diritto positivo, che si muove per fattispecie tipiche, alla giustizia del caso particolare.

⁵²¹ Sulla contraddittorietà dell'abuso, v. per tutti C. SALVI, *Abuso*, cit., p. 1 (e altre citazioni nelle successive note). V. soprattutto F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*⁹, cit., p. 76 s.

⁵²² Questo è l'ambito, in particolare, ove trovano spazio le teorie che riducono l'abuso a un problema di 'discorso giuridico', spesso facendo riferimento al concetto di «lacuna assiologica» (v. G.

invece oppone abuso ed eccesso⁵²³ (magari, però, ritenendo ‘inutile’ lo stesso discorso sull’abuso⁵²⁴).

La domanda che ci si è posti, dunque, ha ottenuto nel corso dei decenni risposte ben differenti. L’equiparazione abuso ed eccesso, in particolare, ha tratto spunto ora da una revisione del concetto di interesse, al cui soddisfacimento è volto il diritto soggettivo, ora da una più generale considerazione della fattispecie attributiva del diritto (affermandosi che la posizione giuridica soggettiva, indipendentemente dall’interesse al cui soddisfacimento mira, nasce di per sé limitata). Su entrambi questi punti è bene soffermarsi.

Quanto al primo, per l’appunto, esso richiama l’analisi che ho già a suo tempo svolto a proposito del diritto soggettivo. È ovvio, del resto, che l’incertezza generale sulla nozione di abuso stia – anche – nel fatto che gli studiosi, nell’affrontarla, partono da concezioni diverse del diritto soggettivo stesso: dunque, l’approccio a questa tematica non può che trarre giovamento da una riconsiderazione di questi temi.

Il diritto soggettivo – scrivevo – è facoltà di agire per la soddisfazione di un interesse. Proprio l’elemento dell’interesse potrebbe venire in luce, allora, per fornire una base alla teoria dell’abuso: sarebbe, secondo una certa idea, possibile immaginare che, ogni qual volta il titolare del diritto non agisce per soddisfare il suo interesse, ma per altri scopi, l’ordinamento non voglia dare sanzione giuridica a questa attività, che si porrebbe dunque, in quanto abusiva, al di fuori del diritto⁵²⁵. La conseguenza sarebbe,

PINO, *L’esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell’abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, estratto, p. 17 s.; v. poi a p. 20, ove l’autore accenna al fatto che l’abuso, se letto come criterio di auto-integrazione, non ha nulla di diverso rispetto a uno strumento di interpretazione sistematica e adeguatrice; mentre, se fondato su criteri etici, economici o teleologici, e dunque di etero-integrazione, può avere una sua autonomia come concetto). In questo quadro può inserirsi anche la tesi sostenuta da A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 449 ss., il quale distingue eccesso ed abuso sulla base della tecnica argomentativa utilizzata dall’interprete per valutare l’illegittimità di un comportamento (ora la sussunzione, ora la valutazione secondo la *ratio legis*). L’abuso, in questa prospettiva, altro non sarebbe che un ‘argomento giuridico’. Per C. RESTIVO, *Contributo*, cit., *passim*, l’abuso non è altro che una particolare forma di eccesso, rilevabile *ex post*; uno sviamento dall’interesse tipicamente protetto (che nulla avrebbe a che vedere con la buona fede) che può essere rilevato soltanto a posteriori. L’unica differenza tra abuso ed eccesso sarebbe proprio nella tecnica di rilevazione (spec. p. 87)

⁵²³ Così principalmente gli autori della Scuola pisana, sulla scia di Natoli (pur con inevitabili differenze; come vedremo, la Bigliazzi Geri non ravvisava alcun abuso nelle ipotesi cui si riferisce l’art. 833 c.c.).

⁵²⁴ Come noto, è la conclusione cui giunge R. SACCO, *L’esercizio*, cit., p. 373, secondo cui «la dottrina dell’abuso è superflua»; «essa è in qualche caso un medio logico inutile, negli altri casi un doppione inutile» (e v. già p. 309 ss., ove si affermano i dubbi sulla figura dell’abuso, stretta tra esercizio e non esercizio del diritto).

⁵²⁵ Così in parte recuperando quell’art. 7 del progetto per il codice civile italiano, poi non riprodotto nella versione approvata e divenuta vigente, che così suonava: «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto» (lo ricorda, tra gli altri, M. D’AMELIO, voce *Abuso del diritto*, in *Nov.mo Dig.*, I, Torino, 1957, p. 96). Di tenore simile il § 226 BGB (*Schikaneverbot*), che tuttavia, come dirò, non ha ricevuto particolare attenzione in Germania, risultando assorbito dall’applicazione, in quasi tutte le ipotesi di abuso del diritto, del notissimo § 242.

allora, la scoperta di una nozione per così dire ‘unilaterale’ di abuso⁵²⁶ (attinente alla sola condotta del titolare del diritto) e, allo stesso tempo, la perdita dell’autonomia di tale concetto rispetto a quello di eccesso, di cui tutt’al più costituirebbe una *species*.

La teoria in questione, che ravvisa nell’abuso uno ‘sviamento dell’interesse’, condivide, con molte altre tesi, l’urgenza di risolvere quella contraddizione, per così dire ontologica, tra esercizio del diritto e illiceità della condotta, che sembrerebbe collidere tanto con la giustificazione offerta dal *neminem laedit qui suo iure utitur*, quanto con esigenze di ordine generalissimo, quale quella recata nel principio di non contraddizione, cui l’ordinamento dovrebbe informarsi. Nel farlo, essa ricerca un criterio in base al quale poter definire estraneo al contenuto del diritto un comportamento che *prima facie* vi apparirebbe compreso: e lo ritrova nell’interesse ‘tipico’, ‘normale’, ‘adeguato’, e così via dicendo.

D’altro canto, tutto il discorso sull’equiparazione o sull’opposizione dell’abuso all’eccesso si basa, in fin dei conti, sulla questione così aperta, ovvero sul se sia utile ricorrere a una ricostruzione dell’esercizio del diritto in due tempi, contrapponendo le condotte eccessive (immediatamente esterne al diritto) da quelle abusive (parzialmente incluse nel diritto). Da questo punto di vista le due tesi che si fronteggiano appaiono entrambe condivisibili, senza che alcuna risulti preferibile per ragioni logiche: l’una, infatti, gode di una certa persuasività ove riduce l’abuso a un eccesso, rispettando il principio per cui *entia non sunt multiplicanda*; l’altra, invece, dà bene conto, per il tramite di una ricostruzione a due livelli, di quello scarto tra (non solo apparente, ma anche) effettivo esercizio del diritto e illiceità della condotta (o comunque sanzione della medesima).

Per il momento, comunque, sarà sufficiente analizzare se l’operazione di sovrapposizione tra abuso ed eccesso possa essere compiuta per il tramite dell’interesse, ossia dello scopo del diritto soggettivo: ed è ovvio che questa valutazione impone, anzitutto, d’intendersi sulla nozione di interesse che si voglia accogliere.

Nella Prima Parte di questo lavoro avevo chiarito come l’interesse, per la cui soddisfazione l’ordinamento provvede a creare il diritto, resti esterno⁵²⁷ a quest’ultimo

⁵²⁶ V. ad esempio U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e ‘interesse’ nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 41 ss.

⁵²⁷ Cfr. il § 2 del Capitolo secondo della Parte Prima. Già *supra* lo sostenevo, adducendo tra l’altro a giustificazione la disciplina della *mora credendi*. Se l’interesse rientrasse nel contenuto del credito, come predicava L. MENGONI, *L’oggetto*, cit., *passim*, non si spiegherebbe pianamente, a mio avviso, proprio le regole sulla mora del creditore (da cui proprio il grande maestro traeva spunto per alcune delle sue considerazioni). L’estinzione dell’obbligazione tramite *mora credendi*, infatti, sarebbe sempre esclusa, se il debitore dovesse sempre agire al fine di realizzare il risultato (il che non può sicuramente avvenire, là dove serve la collaborazione del creditore); né vale, a mio avviso, replicare (p. 172 e 176) che la realizzazione del risultato avviene o con il raggiungimento dello scopo o in forme equipollenti, giacché, se esse sono equipollenti *ex lege*, ciò non vuol dire altro, se non che la mera condotta del debitore non è sufficiente, e serve l’intervento della legge, che imperativamente stabilisce, più che l’equipollenza tra le forme di soddisfazione dell’interesse, il venir meno dell’obbligo per esser stata compiuta un’attività equivalente all’adempimento (tant’è vero che in questi casi non si parlerà di

(non potendosi confondere la base del diritto con il diritto stesso); esso ne configura la situazione-presupposto, condizionandone il sorgere e l'esistenza⁵²⁸, senza però confondersi con il diritto e soprattutto senza influire in alcun modo sulla caratterizzazione delle attività svolte in esercizio del diritto. In altri termini: l'ordinamento attribuisce, per la soddisfazione di un interesse, un diritto soggettivo, attribuendo la facoltà esclusiva di agire in un certo modo.

A seconda della latitudine che si immagini per l'elemento finale, ossia per l'interesse o lo scopo, ne discenderà una visione differente del diritto soggettivo. Si ipotizzi, per esempio, di identificare l'interesse del proprietario in quello a godere in qualsiasi modo possibile della cosa (anche, allora, alienandola, oppure distruggendola); qui non residuerà spazio alcuno per un concetto di abuso di tipo teleologico. Qualsiasi atto, finanche emulativo, compiuto in esercizio del diritto non sarà rispetto allo stesso eccessivo, con riferimento all'elemento dell'interesse, poiché sarà comunque volto a perseguire quest'ultimo. Diversa – opposta – sarebbe la conclusione se, invece, si riducesse l'interesse del proprietario a quello a servirsi in modo ragionevole, oppure normale, oppure economicamente utile, o per lo meno non emulativo della cosa: si potrà allora variamente argomentare l'irriducibilità della condotta proprietaria capricciosa, o financo inutile, al contenuto dell'interesse e, dunque, del diritto che su di esso sorge.

A prima vista sembrerebbe ovvio che l'interesse protetto dal sistema giuridico sia, nel caso della proprietà, quello a godere pienamente di un bene, nei diritti di credito, quello a vedere effettuata una prestazione, nei diritti potestativi, quello ad una modifica giuridica⁵²⁹: aderendo a questa tesi, si finirebbe per far uso di una nozione lata

‘adempimento’: cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 65). La disciplina della mora del creditore consente il venir meno dell'obbligo e, suo tramite, del diritto; l'oggetto di entrambi è il comportamento dovuto, giacché il diritto altro non è che la possibilità di pretendere per soddisfare l'interesse, e tramite le regole in parola il debitore può estinguere il rapporto obbligatorio, probabilmente per mezzo di un diritto potestativo (secondo l'opinione Natoli), che in ogni caso è previsto come rimedio specifico di un interesse legittimo (v. *infra*, § 5). A tutto voler concedere, poi, si potrà ammettere la neutralità della disciplina della mora rispetto al problema in esame, ma non se ne potrà dedurre l'ingresso dell'interesse del creditore nell'oggetto del diritto.

⁵²⁸ Se viene meno l'interesse, viene meno il diritto. L'interesse polarizza il diritto e su di esso il diritto si costruisce (v. anche U. NATOLI, *Note*, cit., p. 34, nt. 35). Vedremo dopo, però, in che senso ciò avviene (mi soffermerò in particolare sui diritti di credito, ove risulta più ostico e più importante comprendere in che senso il venir meno dell'interesse fa venir meno il diritto – a mio avviso, anticipo già, quando questo avviene diviene impossibile pure la stessa prestazione –).

⁵²⁹ Lo stesso dice G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, cit., p. 17, ma con riferimento al solo recesso *ad nutum*, ove non si prevede «la necessità di addurre alcuna particolare motivazione». L'autore, difatti, aderisce poi alla tesi dell'abuso in termini teleologici. Ma, impostata così la questione, parrebbe aver torto F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 316 s., che ravvisa nel recesso *ad nutum* profili di ‘controllo causale’ (quando essi vi sono, di certo, ma solo con riguardo al motivo illecito). In realtà, la causa di un recesso, anche se sottoposto a limiti, non è a mio avviso mai rilevante: o, meglio, coincide sempre con la funzione del negozio, che è quella di creare la modifica ammessa dal potere. Un eventuale motivo secondario si oggettizzerà nei casi di cui all'art. 1345 c.c. (qui da adattare, stante l'unilateralità del negozio); se fosse

di interesse, che ben poco spazio lascerebbe all'abuso del diritto per sviamento dall'interesse protetto⁵³⁰.

Vale la pena di indugiare su questo punto. Se l'ordinamento fornisse un diritto a un soggetto affinché, tramite questa tutela, costui realizzasse un suo generico interesse, a nulla rileverebbe che la tutela offerta in astratto dal sistema giuridico venisse in concreto utilizzata per fini diversi, magari anche disonesti: o, meglio, quest'esito potrebbe pure essere sanzionato, ma non adducendo il fatto che la condotta posta in essere è volta a perseguire un interesse diverso rispetto a quello protetto dal diritto. La tutela, predisposta dall'ordinamento in astratto, rimanderebbe a una valutazione in concreto necessariamente affidata a uno scrutinio successivo, che si porrebbe naturalmente su un ordine di idee diverso da quello dell'eccesso dal diritto, guidato da una valutazione teleologica (salvo non ritenere, come oltre prospetterò, che sia la stessa fattispecie da cui sorge il diritto a dettarne le limitazioni).

Poco importa, quindi, che questa stessa azione venga intrapresa per scopi che, in concreto, sono differenti da quello astratto, che il sistema giuridico si proponeva di assicurare tramite il riconoscimento di un diritto. Vero che resterebbe impregiudicata l'illiceità del comportamento che, senza essere 'eccessivo', potrebbe risultare 'abusivo', e vero anche che rimarrebbe aperta perfino la questione circa l'estraneità del comportamento rispetto al contenuto del diritto: ma non sarebbe possibile argomentare in quest'ultimo senso solo traendo spunto dall'interesse protetto per mezzo dell'attribuzione di un diritto.

Risulta dirimente allora comprendere quale nozione di interesse sia preferibile, evidenziando come una delle due opzioni porti inevitabilmente a confondere eccesso e abuso (assegnando a quest'ultimo istituto tutt'al più una funzione persuasiva, argomentativa, e così via dicendo), mentre l'altra si mantenga neutrale rispetto al problema della sovrapposizione di eccesso e abuso (in altri termini, nulla impedirà comunque di sostenere che il diritto nasca limitato, indipendentemente dall'interesse su cui sorge, e che dunque le condotte abusive si pongano all'esterno del suo contenuto).

Senza dubbio – e questa è una prima acquisizione – l'interesse di cui discutiamo non può non essere oggettivo: mai potrebbe ammettersi che esso sia l'interesse concreto, rilevante nel caso di specie, interamente e solamente soggettivo. Qualunque visione si accetti, infatti, si deve trarre spunto da un primo ed essenziale dato: ossia che

illecito, provocherebbe nullità del negozio; altrimenti, anche se stravagante, non può essere sindacato (attraverso la categoria della causa). V., comunque, anche la replica di G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contr.*, 2011, p. 653 ss. (soprattutto il § 3).

⁵³⁰ Né, ovviamente, sarebbe immaginabile un abuso 'per sviamento' nel caso delle libertà. Più complicato il caso delle potestà (v. G. PINO, *L'esercizio*, cit., p. 8), ove effettivamente l'interesse altrui (o quello pubblico) si pone come limite, incidente però in vario modo sull'atto di esercizio (ove, per l'appunto, sia un atto e non un mero fatto; esso potrà essere del tutto inefficace, o nullo, o annullabile). Sul punto v. però le considerazioni che svolgerò oltre. Come noto, in Francia si è sviluppata una distinzione tra tipi di diritti proprio in funzione dell'abuso: *droits à fin altruiste* o *droits-fonction*, *droits à fin égoïste*, *droits non définis* e *droits discrétionnaires* (v. M. COMPORTE, *Diritti reali*², cit., p. 190 s.).

l'interesse è sempre oggettivo, nella sua consistenza, seppur soggettivo, nella sua riferibilità a un soggetto (il titolare del diritto).

L'antitesi che si prospetta è tra un interesse inteso in senso lato, capace di abbracciare tutta l'attività, anche capricciosa o poco utile, o volutamente emulativa, del titolare del diritto, e uno più ristretto, identificabile nella tensione verso un condotta atta a provocare un risultato economicamente davvero favorevole, o per lo meno non intenzionalmente sfavorevole verso un'altra parte, pur nella sua obiettiva inutilità. Esemplificando, da un lato vi è un'idea di interesse che comprende anche l'attività futile e addirittura quella emulativa (il proprietario, apparentemente senza motivo o per un motivo illecito, costruisce un'altissima palizzata per soddisfare il suo interesse a godere del bene); dall'altro vi è un'immagine più ridotta (per cui costruire una palizzata inutile non soddisfa alcun interesse o comunque soddisfa un interesse non tutelato dal diritto). Lo stesso, poi, potrebbe ripetersi con riferimento a tutti i tipi di diritti: Tizio, ad esempio, recede da un contratto con Caio, per poi stipularne uno identico con un altro soggetto; Tizio, ancora, pretende da Caio l'esecuzione di una prestazione in condizioni tali per cui essa, seppur formalmente dovuta, non lo è da un punto di vista sostanziale, come notoriamente accade nel caso di contratto autonomo di garanzia e di abusiva pretesa creditoria (caso cui la giurisprudenza ritiene oggi applicabile un'*exceptio doli generalis*: a dire il vero, però, questo caso non esclude la sussistenza di un interesse patrimoniale del creditore, che è anzi evidente), o pretende una diversa prestazione che di fatto gli è inutile, o con modalità tali da risultare notevolmente gravose per il debitore e non vantaggiose per il creditore, o ritarda l'accettazione dell'adempimento solo per recare danno al debitore.

Il nodo, forse, è più facile da sciogliere con riferimento ai casi in cui direttamente si applicano le norme sulla correttezza, ossia quelle di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (considerate dal lato esclusivo della condotta del creditore).

Esse, richiedendo un'analisi relazionale del rapporto tra debitore e creditore, o comunque tra contraenti, non si limitano a sanzionare l'intenzione del creditore che fa uso della sua *facultas agendi* (e dunque l'interesse concretamente perseguito). Viceversa, le stesse presuppongono un rapporto funzionante, senza poi che l'esercizio della pretesa secondo modalità scorrette concreti – per lo meno sempre – uno sviamento dall'interesse protetto (anche se inteso nel senso più ristretto). In altri termini, è evidente come la scorrettezza nell'esercizio del credito e lo sviamento dell'interesse riposino su piani diversi, tanto da non potersi ridurre l'una all'altra e, per l'effetto, l'abuso – inteso qui come scorrettezza – allo sviamento dell'interesse⁵³¹.

⁵³¹ D'altro canto, chi pretende, pur scorrettamente, un adempimento, agisce di certo per soddisfare un suo interesse. E la soddisfazione non potrebbe non discendere dall'esecuzione della prestazione, giacché la prestazione è soddisfazione dell'interesse. Più problematico sarebbe, tutt'al più, comprendere se vi sia sviamento di interesse nei casi in cui lo stesso diritto di credito è esercitato per scopi emulativi (i quali non possono non ricadere nella sanzione della scorrettezza). Su questo problema v. subito nel testo. Cfr., tra l'altro, C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 191 ss., secondo cui la violazione della

Questa considerazione non è però del tutto dirimente, ponendosi in un certo senso a valle: essa, infatti, da un lato non coglie il profilo più importante, che attiene al contenuto dell'interesse protetto; dall'altro non chiarisce cosa accade quanto, proprio, il diritto di credito sia esercitato per finalità o con modalità emulative.

L'analisi, dunque, deve rivolgersi esattamente al contenuto dell'interesse del creditore: il cui unico referente normativo poggia nell'art. 1174 c.c.⁵³².

A me sembra che l'ipotesi che assegna una dimensione più ristretta all'interesse, tale per cui il creditore potrebbe esercitare la sua pretesa solo ove essa si presenti come obiettivamente utile e non esclusivamente dannosa (o, per lo meno, con modalità tali da non farla risultare emulativa, o comunque sproporzionata), non sia corretta. L'interesse, difatti, sul piano del diritto formale – ossia nell'ambito delle posizioni giuridiche soggettive forti, e dunque sul piano dei diritti – non tollera restrizioni: esso corrisponde semplicemente allo stato in cui si troverà la persona del creditore una volta ottenuta la prestazione; anzi, e meglio ancora, alla situazione di fatto a prestazione svolta, ove il comportamento del debitore sia stato pienamente, esattamente, e correttamente tenuto.

Se la prestazione, infatti, altro non è che il comportamento del debitore, come avviene secondo le teorie personalistiche, non può non concludersi che l'interesse, ossia ciò che viene protetto, altro non è che l'aspirazione a una tale condotta. L'utilità è *in re ipsa*: non potrebbe mai mancare, da un punto di vista formalistico e generale. L'interesse, in altri termini, non può che proteggere un'aspirazione astratta. Diversamente, bisognerebbe infatti supporre che il credito protegga un interesse che si declina concretamente, alla luce delle specifiche situazioni di fatto in cui viene calato: ma sarebbe davvero difficile immaginarlo, giacché significherebbe far dipendere l'estensione del credito dallo stato soggettivo della persona del creditore. Quel che intendo dire, cioè, è che tutt'al più potrebbe sindacarsi l'esercizio secondo certe modalità del credito, le quali, rispetto ad altre, si rivelano inutilmente dannose, ma mai l'esistenza di un interesse, che sta puramente e semplicemente nell'esecuzione della prestazione.

Ad attestarlo, d'altro canto, stanno altre osservazioni.

Anzitutto, ove il giudizio in parola si spingesse sino all'esistenza di un 'interesse in sé alla prestazione', si finirebbe per poter controllare l'inutilità, finanche in casi in cui ciò contrasterebbe con le linee direttive del diritto delle obbligazioni: ad esempio,

buona fede non è mai un abuso(-eccesso): il che risulta pienamente coerente con la premessa, che riconduce l'abuso allo sviamento dell'interesse.

⁵³² Su cui v. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., §§ 47 e 59 ss.; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 202 ss.; A. FONDRIESCHI, voce *Prestazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento***, Torino, 2007, § 6; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 63 ss.; F. PROCCHI, *I caratteri della prestazione nell'enunciato dell'art. 1174 cod. civ.*, in *Tratt. Garofalo*, I-2, Padova, 2014, p. 569 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 41 ss.; A. CHECCHINI, voce *Prestazione - I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 3; M. DELLACASA, *Adempimento*, cit., p. 26 s.; A. DI MAJO, sub *art. 1174 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 261 ss.

sarebbe poco utile per un soggetto molto ricco godere del pagamento di una scarsissima somma di denaro.

In secondo luogo, una diversa interpretazione imporrebbe di assegnare un ruolo attivo a quell'interesse, cui si riferisce l'art. 1174 c.c., differente rispetto a quello che vi sembra sotteso. In effetti, la disposizione in esame non vuole determinare l'estensione del credito, ma tutt'al più richiedere un requisito per la sua stessa esistenza: requisito che non potrebbe in ogni caso scomparire e riapparire a seconda della circostanza concreta in cui il credito vive.

A questo punto, mi sembra necessario aprire una breve parentesi proprio su quella che, a mio parere, è la migliore ricostruzione di questa disposizione. Questa, in effetti, pone un certo imbarazzo all'interprete, apparendo stretta tra una certa superfluità (l'interesse, come dicevo, non può non mancare nella prestazione, che è attività di per sé favorevole, o per lo meno è stata intesa come tale dalle parti⁵³³), e una sovrapposizione con la disciplina del contratto (e con l'interesse cui si riferisce l'art. 1322 c.c.)⁵³⁴.

Proprio da questa idea, anzi, v'è da partire, osservando anzitutto che la disciplina dell'obbligazione è fondata, per molti profili, su un solo tipo di obbligazione, quella derivante da contratto⁵³⁵, che pur rappresentando statisticamente la fonte più ampia, non ne è quella esclusiva.

Nel contratto, a mio avviso, avviene sempre che le parti concludano un accordo avente ad oggetto un'operazione economica (la realizzazione di un'operazione economica), e non già certe conseguenze giuridiche (riprenderò il punto anche oltre, trattando della responsabilità precontrattuale). Così, esse si vogliono di norma scambiare o comunque attribuire vantaggi (visti nella loro realizzazione, come vantaggi assegnati, o nel loro sviluppo, come vantaggi che stanno venendo conseguiti). E a questi vantaggi, intesi come beni della vita, corrispondono interessi, e cioè aspirazioni, tensioni verso i medesimi. Tuttavia, ciò che è interesse sul piano contrattuale non lo è per forza anche su quello obbligatorio: quel che intendo è che la trasposizione di quanto previsto sul piano contrattuale (*rectius*: causale) abbisogna di una traduzione che non sempre trova piena sovrapposibilità nell'ambito del diritto di credito. Può avvenire che vi sia la necessità di creare più crediti, o di porre a fianco di un credito un interesse legittimo pretensivo (lo vedremo a proposito della rinegoziazione)⁵³⁶; può

⁵³³ Nell'ambito di quel concetto di relatività del bene della vita cui ho già fatto riferimento, e che fa sì che ciò che per due soggetti sia attività favorevoli, per altri non lo sia (basti pensare una demolizione), e che ciò che ha un rilievo economico per alcuni, per altri non lo abbia (operazioni di *marketing* e doni), e, infine, che talune attività richiedano in certe circostanze solo una certa diligenza, e in altre impongano di realizzare un risultato.

⁵³⁴ Cfr. anche F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, p. 9.

⁵³⁵ Emblematica l'espressione sineddotta 'responsabilità contrattuale'.

⁵³⁶ Il punto è che (come riconosciuto da studiosi quali Stoll e Cannata, che citerò oltre) le origini della nostra idea di contratto e di obbligazione stanno soprattutto nei contratti romani di buona fede,

avvenire pure, tra l'altro, che certi vantaggi divengano o siano di per sé irrealizzabili, e ciò nonostante i crediti non vengano automaticamente a mancare.

Basti pensare ai classici esempi della presupposizione⁵³⁷ (tra tutti, il *coronation case*): se è vero, come credo, che in queste ipotesi ciò di cui si fa parola è una specificazione dei vantaggi attribuiti sul piano contrattuale, che vengono cioè declinati da vantaggi secondari (non si tratta più di un mero 'vantaggio di godere del bene X', ma di quello di 'godere del bene X al fine di ammirare la parata re'), è vero pure che tale specificazione non è sempre apprezzabile nell'ottica meramente obbligatoria (e non contrattuale). Così, nel caso in cui vi fosse un difetto di presupposizione (la parata è stata o viene rinviata), non cadrebbe direttamente l'obbligazione, per difetto dell'interesse: a cadere è, semmai, il vincolo contrattuale, per nullità genetica o per risolubilità dettata dalla sopravvenienza⁵³⁸.

L'interesse cui si riferisce l'art. 1174 c.c. ha, dunque, anzitutto ad oggetto quel bene finale attribuibile con l'adempimento⁵³⁹, indipendente da ogni sua specificazione, ricevuta per il tramite della volontà pattizia; esso, tra l'altro, tendenzialmente (ma non sempre), coinciderà col bene finale cui le parti di un contratto aspirano⁵⁴⁰. Si tratta,

ove il vincolo obbligatorio richiedeva di compiere tutto quanto previsto dalla buona fede per soddisfare l'interesse di una parte (*oportere ex fide bona*). E, così, si realizzava quella intercomunicabilità tra piani, che oggi non è però totale. Basti pensare alla fideiussione: la nascita di un'obbligazione, ricalcata su un'altra già esistente, è un mezzo per consentire al creditore di essere garantito, ma non è interamente sovrapponibile al vantaggio 'garanzia'. Tornerò oltre su questo punto.

⁵³⁷ Che è l'ipotesi più evidente; ma in generale nella causa entrano anche le modalità, poi tradotte dal diritto in 'struttura', di attribuzione del vantaggio. In altri termini, a mio avviso la struttura e la funzione si presentano vicendevolmente integrate in ottica pregiudiziale.

⁵³⁸ Non dimora in senso contrario il classico caso del giardiniere chiamato a tagliare un ramo che il vento recide: qui, a ben vedere, l'obbligazione si estingue anzitutto perché diventa impossibile la prestazione, per come individuata. E, tutt'al più, nell'altro noto esempio della barca che si disincaglia grazie a un'onda prima che arrivi il rimorchiatore, o della macchina che riparte prima che giunga il meccanico, potrà ritenersi che vi sia stata un'esecuzione parziale della prestazione (quella che in gergo viene detta 'chiamata'), e una successiva impossibilità della medesima (se si ritiene che l'attività, già compiutasi per cause naturali, non possa essere nuovamente svolta) o una caduta della causa per sopravvenienze (ove si argomenti in senso diverso).

⁵³⁹ Con un adempimento corretto: si tratta dell'interesse creditorio in senso ampio, comprensivo degli eventuali aspetti di protezione.

⁵⁴⁰ Dunque, il problema dell'interesse che assiste il titolare di un diritto di proprietà va letto alla luce di quanto, seppur solo in nota, scrivevo nella Parte Prima, Capitolo secondo; e a tal fine può risultare utile una nomenclatura che in altra sede elaboravo in ambiente contrattuale (e pur con i dovuti accorgimenti, che prima ho espresso, a proposito della non necessaria coincidenza tra questi piani). Orbene, ogni diritto (patrimoniale) consente la soddisfabilità di un interesse, e in questo senso rappresenta un vantaggio (economico): o, per meglio dire, assicura un vantaggio economico (il diritto di per sé è pure un vantaggio, ma ove venga inteso come bene scambiabile sul mercato). Tale interesse, in via di prima approssimazione, altro non è che quello a godere del bene, o a vedere attuata la prestazione; più nello specifico, però l'interesse assume una coloritura differente, con cui si specifica anche il vantaggio economico in cui il diritto (di credito) consiste. Questa specificazione, a ben vedere, è più che altro un motivo, che a taluni fini esce dalla sfera della giuridica irrilevanza e si aggancia a quell'interesse primario (l'interesse alla prestazione).

dunque, né più né meno dell'obiettivo riflesso (imputato in capo a un soggetto, ma – ripeto – visto nella sua oggettività) della prestazione⁵⁴¹, definita nelle sue linee dal contratto o dalla legge; e si tratterà, dunque, di un interesse (primario) sempre patrimoniale, come sempre patrimoniale è la prestazione (cfr. ancora l'art. 1174 c.c.). Ma l'art. 1174 c.c. nota come l'interesse possa pure essere non patrimoniale: è, questo, a mio avviso un addentellato per ritenere che le specificazioni dei vantaggi attribuiti con il contratto, le quali saranno d'ordine patrimoniale o non patrimoniale, possano divenire rilevanti pure in ottica obbligatoria⁵⁴² (e non solo contrattuale). Ammesso, dunque, che queste specificazioni in realtà corrispondano ai 'motivi' soggettivi divenuti rilevanti alle condizioni stabilite dall'art. 1345 c.c., come a me pare corretto⁵⁴³, ne deriverebbe che essi possono anche cristallizzarsi nell'interesse del creditore di una prestazione⁵⁴⁴. Nel solito esempio della locazione di un balcone per la sfilata del re, il vantaggio (primario e secondario) del conduttore si traduce in uno specifico interesse creditorio, ossia quello di avere a disposizione il godimento del bene per finalità d'ordine ludico. Ove, come detto, l'interesse primario (che è davvero a disposizione del debitore) è al godimento del bene, e l'interesse secondario acquisisce solo una certa limitata rilevanza.

Il che non chiarisce però quale sia questa rilevanza. Essa, probabilmente, attiene soltanto all'applicazione (di una parte) della disciplina delle obbligazioni. In questo senso il 'requisito' dell'interesse, più che un elemento necessario, sarebbe il mezzo utilizzato dall'ordinamento per rendere rilevanti vantaggi primari e secondari e consentire il funzionamento di un certo numero di previsioni (artt. 1218, 1256, comma 2, 1384, 1455 c.c., e così via dicendo⁵⁴⁵).

Così, il venir meno dell'interesse secondario non influenza (direttamente) l'obbligazione, toccando invece, nei limiti in cui ciò risulta ammissibile, il contratto, come dicevo poc'anzi (l'obbligazione potrebbe cadere solo ove venisse a meno a

⁵⁴¹ Lo scrivo solo per comodità espositiva: è logico, però, che dal punto di vista della teoria delle posizioni giuridiche soggettive è la condotta doverosa un riflesso dell'interesse protetto.

⁵⁴² In questo senso l'interesse rilevante *ex* art. 1174 c.c. è desumibile, se non dall'oggetto in sé (che, sulla base di una valutazione sociale, può corrispondere a una declinazione specifica dell'interesse 'primario'), dal titolo. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, p. 41s.

⁵⁴³ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 472 (ma su questi temi v. anche lo studio di M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, *passim*). Di recente sull'art. 1345 c.c. è intervenuta Cass. civ., Sez. III, 9 luglio 2009, n. 16130, commentata da F. SANGERMANO, *Motivi in fraudem legis e motivi contra legem*, in *Contr.*, 2010, p. 240 ss. (spec., ai nostri fini, p. 243).

⁵⁴⁴ Così facendo si potrebbe pure sciogliere il dubbio di G. CIAN, *Interesse del creditore*, cit., p. 224 s., che, ritenuto elemento superfluo quello dell'interesse, finiva per supporre, onde non contrastare con le dottrine relative al diritto soggettivo, che «l'ordinamento giuridico debba ... presumere in via assoluta ... l'esistenza dell'interesse». Il collegamento tra 1345 c.c. (e in genere causa del contratto) e art. 1174 c.c. è spesso colto in dottrina; v. A. FONDRIESCHI, voce *Prestazione*, cit., § 6.

⁵⁴⁵ L'art. 1379 c.c., invece, qualifica l'interesse come 'apprezzabile': dunque, facendo riferimento sempre a questo vantaggio secondario, richiede che sia particolarmente qualificato.

monte lo stesso contratto). In altri termini, l'interesse non è – ripeto – requisito strutturale, ma identifica meramente il riflesso dell'esecuzione dell'obbligo sul patrimonio e sulla persona del creditore, per come divisato dalle parti (o, quando la fonte dell'obbligazione è diversa, dalla legge).

In questo senso, il riferimento all'interesse riemerge quando la prestazione – la condotta del debitore, cioè, vista nella sua realizzazione – è divenuta impossibile (o inesigibile). In tal caso viene anche immancabilmente a mancare l'interesse per così dire primario⁵⁴⁶. Ma quando l'impossibilità è solo temporanea, l'obbligazione si estingue ove cada 'l'interesse': che non potrà che essere quello complessivamente e unitariamente inteso, e dunque comprensivo anche di quello secondario (d'altro canto, lo dimostra pure il riferimento «al titolo dell'obbligazione»⁵⁴⁷)⁵⁴⁸.

Non solo: allorché vi sia un inadempimento, l'unico rimedio ipotizzabile è, secondo la dottrina migliore, la domanda di adempimento; e ciò finché esso non sia sostituito dalla domanda di risarcimento del danno. Questo passaggio avverrà non solo ove l'adempimento non sia più possibile, ma anche quando sia, per il ritardo colpevole, venuto meno l'interesse: si tratta del requisito della 'definitività dell'inadempimento', che traccia il confine tra rimedio reale e risarcitorio⁵⁴⁹.

In tutte queste occasioni il riferimento all'interesse avviene solo nella fase patologica del rapporto, e soltanto al fine di comprendere se vi sia estinzione o meno dell'obbligazione (da cui, eventualmente, potrà derivare la responsabilità risarcitoria)⁵⁵⁰. Lo stesso deve predicarsi per il problema del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale: quel che qui va evidenziato, in particolare, non inerisce ai problemi posti dalla violazione di 'obblighi di protezione' (ove la tutela della persona del creditore è immaginabile, in tanto in quanto si dia una violazione della buona fede e in sede di danno conseguenza si possa ritenere rispettato il precetto fornito dall'art. 2059 c.c., come oggi interpretato dalle nostre Corti), ma alle ipotesi in cui è inadempita la prestazione intesa in senso stretto. Così avviene nell'ambito del

⁵⁴⁶ Anche quando lo sia divenuta per «produzione dell'evento nel quale si dovrebbe concretare la prestazione»: cfr G. CIAN, *Interesse del creditore*, cit., p. 227.

⁵⁴⁷ Ma la previsione ha riguardo anche alla «natura dell'oggetto», lasciando intendere che, a prescindere dalle specificazioni pattizie, certi beni divengono obiettivamente inutili se prestati in ritardo.

⁵⁴⁸ Parzialmente diversa è la disciplina recata nell'art. 1464 c.c., che fa perno sull'interesse 'apprezzabile': in altri termini, il recesso contemplato dalla norma è possibile non solo quando il vantaggio secondario si sia estinto a causa dell'impossibilità parziale della prestazione, ma anche quando esso, o il vantaggio primario, risultino ormai dimidiati, e così privi di una 'apprezzabilità'.

⁵⁴⁹ G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006, p. 85 ss.; L. NIVARRA, *Alcune precisazioni*, cit., p. 94 s.

⁵⁵⁰ A dire il vero, il creditore ha un certo ambito di libertà nella dimostrazione del venir meno del suo interesse, potendo quindi richiedere l'adempimento in forma specifica o il risarcimento a suo piacimento in questa 'zona grigia'. Tuttavia, non è escluso che si tratti qui di un mero problema di prova (dell'esser venuto meno l'interesse), rispetto a cui il creditore è in posizione favorita nei confronti del debitore.

contratto di vendita di un pacchetto turistico, già per disciplina legislativa; ma così può accadere in un numero amplissimo di fattispecie. In questi casi il danno non patrimoniale sarà risarcibile purché un interesse non patrimoniale sia stato reso rilevante e sia entrato nell'ambito disegnato dall'art. 1174 c.c., o come interesse primario o come interesse secondario⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Di nuovo, dunque, il riferimento va all'oggetto e al titolo (quest'ultimo, eventualmente, declinato *ex lege* nella sua non patrimonialità, come avviene per i pacchetti turistici). Quanto, infatti, alla ulteriore rilevanza dell'interesse secondario non patrimoniale (alla sua oggettivizzazione, che lo rende interesse rilevante contrattualmente), talvolta essa dipende per così dire dalla natura della prestazione (si pensi a quella del medico, in cui la finalità di cura ha rilevanza patrimoniale e non patrimoniale; v. A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni*⁸, cit., p. 391); talvolta, invece, dalla causa (concreta, come si suol dire) del contratto o dalla disciplina legislativa del contratto o comunque dal titolo da cui l'obbligazione sorge (contratto con un fotografo per le nozze; contratto turistico; cfr. A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni*⁸, cit., p. 391 s., e già F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 140 s.). La possibilità, poi, che la prestazione scorrettamente eseguita leda interessi non patrimoniali 'altri' del creditore (obbligando il debitore al risarcimento) non dipende dalla loro rilevanza *ex se*, ma semmai dal fatto che la buona fede, seppur non creando obblighi integrativi della prestazione (di protezione: lo si è detto ampiamente), e fungendo da mero criterio di valutazione dell'adempimento di un'obbligazione (che, del resto, impone di soddisfare l'interesse 'a una prestazione corretta'), attrae alla responsabilità contrattuale la lesione di beni (patrimoniali e non patrimoniali) che vengono messi a rischio dall'esecuzione della prestazione stessa. V., seppur nell'ottica delle *Schutzpflichten* e non della buona fede 'costruttiva', per usare l'espressione brecciana, e di una accentuazione del ruolo della causa, S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, spec. § 3, anche in critica alla diversa opinione di Nivarra – nt. 31 – su cui v. subito *infra*, che invece dà il massimo rilievo ai soli obblighi di protezione, e dunque alla lesione di un interesse non patrimoniale di cui il creditore già dispone, più che alla violazione di quello l'obbligazione deve soddisfare (violazione che per Nivarra andrebbe attratto all'inadempimento *tout court*). Il rilievo di questi beni non patrimoniali sarà subordinato ai requisiti di cui all'art. 2059 c.c., esattamente come avviene in ambiente extracontrattuale, giacché – per definizione – le parti non ne hanno inserito menzione nell'interesse inteso in senso stretto di prestazione; di talché l'arricchimenti di quest'interesse attraverso la buona fede renderà rilevanti gli interessi 'altri', e soprattutto li renderà risarcibili (in sede di valutazione del danno conseguenza), alla luce dei criteri elaborati sin dalle sentenze di San Martino (che, del resto, proprio a un danno non patrimoniale contrattuale facevano riferimento). Sul tema, comunque, già M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.; oggi la produzione è molto vasta, e ad esempio si possono ricordare: A. DI MAJO, *Giustizia*, cit., p. 817; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Persona e mercato*, 2010, spec. p. 188 (la quale pone l'accento, più che sulla causa, sulla distribuzione di rischi che le parti hanno approvato e che la buona fede può aiutare a rendere manifesta); S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *Contr.*, 2010, p. 720 ss.; F. MACARIO-C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Introduzione al dibattito*, *ivi*, p. 701 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contr.*, 2010, p. 736 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 63 ss. (secondo cui «il danno non patrimoniale prodotto dall'inadempimento è risarcibile ... ogni qual volta gli interessi non patrimoniali assumano rilievo all'interno del piano delle obbligazioni contrattuali o perché la singola obbligazione è specificamente preordinata al loro soddisfacimento o perché tali interessi rientrano, comunque, nell'area di protezione offerta dal contratto», alla luce della causa del contratto o dell'art. 1175 c.c.); L. NIVARRA, *La contrattualizzazione*, cit., p. 475 ss. (che fonda la sua ricostruzione sul concetto di obbligo di protezione, collegando altri tipi di risarcimento di interessi non patrimoniali allo stesso *Leistungsinteresse*, specificato in virtù di una norma positiva); C. AMATO, voce *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2011, §§ 1 ss. Bisogna dar conto, poi, anche dell'opinione di C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno resp.*, 2009, p. 9, secondo il quale il danno non patrimoniale è risarcibile in ambiente obbligatorio solo ove si tratti di obblighi di protezione, e nei limiti di cui all'art. 2059 c.c. per come oggi reinterpretato dopo le sentenze di San Martino, oppure ove (trattandosi dunque di obbligo di

Ove si adotti una tale ricostruzione dell'interesse creditorio⁵⁵², risulta evidente che nella sua fase fisiologica il rapporto obbligatorio vive indipendentemente dal

prestazione) lo voglia la legge. In conclusione, va ripetuto che la rilevanza di vantaggi secondari non è certo limitata a quelli non patrimoniali; anzi, per quanto riguarda quelli patrimoniali sarebbe interessante chiedersi se la ricostruzione in parola non possa anche dar conto della norma versata nell'art. 1225 c.c. (su cui v. *supra*).

⁵⁵² La (diversa) ricostruzione di M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 63 ss., a dire il vero, si basa anche sul riferimento a due diverse disposizioni, e precisamente l'art. 793 c.c. e l'art. 1411 c.c., per farne derivare una irriducibilità del concetto di interesse creditorio a quello di vantaggio economico connesso alla prestazione. La prima previsione, come noto, ammette all'azione per l'adempimento dell'onere ogni 'interessato' (cfr. pure l'art. 648 c.c.); la seconda consente di stipulare un contratto a favore del terzo a chi ne abbia 'interesse'. Orbene, a tal fine debbo osservare, anzitutto, che il 'vantaggio' cui ho riferimento non è l'aumento in sé del proprio patrimonio (così invece C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 45), ma è proprio quel che le parti considerano bene della vita: in altri termini, il vantaggio è quello stato in cui si troverà una parte una volta eseguita una certa prestazione (tenuta una certa condotta) che l'altra parte è obbligata a compiere. Giacché, poi, questa condotta ha sempre valore patrimoniale, il vantaggio ha in sé valore patrimoniale, e a sua volta una tale natura (economica) è propria anche dell'interesse creditorio. Se così è, quindi, può ben dirsi che un soggetto, il quale non riceverà immediato beneficio dalla condotta del debitore, possa essere considerato creditore e godere di un interesse patrimoniale: se Tizio chiede a Caio di tagliare l'erba di un giardino, senza confessargli che esso in realtà esso appartiene a Mevio, Tizio non godrà di alcun vantaggio economico, ma risulterà comunque il beneficiario del diritto. Da queste considerazioni, a mio avviso, può trarsi soluzione per i casi tratteggiati dalle disposizioni poc'anzi menzionate. Così, in particolare, il fatto che Tizio (stipulante) si sia procurato un bene sul mercato, e precisamente da Caio (promittente), e lo destini a favore di Mevio (beneficiario), non vuol dire che per Tizio alla condotta di Caio corrisponde solo un interesse non patrimoniale. Vero è che tale comportamento non si tradurrà in un aumento del suo patrimonio, ma vero è anche che l'interesse primario, ossia l'interesse alla condotta in sé, visto quale riflesso proprio di tale condotta, non può mancare di patrimonialità. Se così è, potrà supporre che nei contratti a favore di terzo lo stipulante Tizio, oltre a manifestare di necessità l'interesse che lo lega al terzo (ma questo sta sul piano della giustificazione causale nei rapporti tra stipulante e beneficiario), divenga creditore di una prestazione cui corrisponde il suo interesse 'all'attività in favore di Mevio che soddisferà un suo certo interesse (secondario)'. D'altro canto, vi è chi ha sostenuto che lo stipulante non divenga mai creditore (U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 173 ss.), e forse l'idea non è peregrina (nonostante di recente si sia pronunciato in senso opposto L.V. MOSCARINI, sub *art. 1411 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012, p. 92 ss.): ne deriverebbe che il creditore vero e proprio è solo il beneficiario, e che l'assegnazione del vantaggio economico al terzo priva lo stipulante della protezione tipica del diritto soggettivo. Quanto, invece, ai casi di onere (su cui v. oggi U. CARNEVALI, sub *art. 648 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010, p. 614; M. PROTO, sub *artt. 793 e 794 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2014, p. 384 ss.), a me pare che – di nuovo – possa ritenersi che il vero e proprio creditore sia, nella donazione, il donante, e nella successione, l'eredità stessa (in mancanza del *de cuius*). Anche qui non può opporsi il fatto che donante ed eredità non ricevano alcun beneficio dall'attività del terzo, giacché lo stesso svolgimento da parte del terzo di un'attività, che pur arricchisce altri, costituisce un valore economico che il donante si è procurato (il che non traduce, tra l'altro, la donazione modale in contratto di scambio, a mio avviso, nemmeno nel caso di onere a vantaggio del donante, come pure in dottrina – Carnevali – si è sostenuto). In altri termini: essendo l'interesse primario il riflesso della prestazione, risulta giocoforza ritenere che il creditore possa contare anzitutto sulla soddisfazione di un interesse patrimoniale (l'esecuzione della prestazione in sé), eventualmente declinato in ottica non patrimoniale (o pure patrimoniale). In questi casi, poi, la legge prevede una più ampia legittimazione per l'azione in giudizio: ma, a ben vedere, a ciò non si collega la titolarità di diritti (diversamente da quanto avviene nella stipulazione a favore del terzo; *contra* M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, II, p. 912, ma la questione non è di ostacolo ai miei fini, prestandosi ad ambedue le soluzioni). D'altro canto, in caso di contratto a favore di terzo nullo e di ripetizione dell'indebito l'azione potrà

riferimento all'interesse finale⁵⁵³, il quale è per definizione attuato allorché il creditore esercita il suo diritto e il debitore ottempera alla prestazione.

In altri termini, le eventuali vicende degli interessi secondari non potranno automaticamente caducare il diritto di credito (se ciò avverrà, dovrà essere la disciplina del contratto a stabilirlo)⁵⁵⁴; e allo stesso modo l'esercizio del credito sarà sempre volto a soddisfare per lo meno gli interessi primari, e cioè a far avere al creditore la prestazione (a far tenere una certa condotta al debitore), non potendosi nemmeno porre una questione di 'sviamento di interesse'. L'esercizio del credito, e l'esecuzione del debito, avvengono sempre per realizzare la condotta dovuta, ossia la prestazione: e, per l'effetto, per soddisfare questo interesse, su cui nasce la protezione offerta dal diritto di credito.

In definitiva, volendo ritenere che l'interesse del creditore, su cui sorge e si modella il contenuto del diritto, non comprenda l'esecuzione della prestazione in certe (per quanto patologiche) circostanze, si confonderebbero l'interesse oggettivo e il motivo soggettivo. Il fatto che, talvolta, il creditore possa esercitare la sua pretesa emulativamente (di per sé o per le modalità in cui ciò avviene) attiene al piano dei motivi; la pretesa, in effetti, è pur sempre indirizzata a ottenere il bene della vita finale. L'interesse, dunque, non può che calibrarsi sulla prestazione; ogni esercizio del diritto è volto al suo soddisfacimento, pur potendosi accompagnare a finalità ulteriori.

Con altre parole, nemmeno allorché il creditore sia mosso da un intento emulativo può ritenersi che difetti il suo interesse o che comunque egli agisca per fini diversi da quelli tutelati: il suo fine, comunque considerato, è sempre quello di ottenere la prestazione.

Lo stesso deve, a mio avviso, ripetersi con riguardo ai diritti potestativi, ove l'esercizio dei medesimi è immancabilmente volto alla produzione di un dato effetto giuridico che, di per sé, soddisfa l'interesse del titolare del diritto. Un'eventuale finalità emulativa non cancella, dunque, questa soddisfazione: semmai, la declina nel concreto, imponendo di ritenere che in certe circostanze al perseguimento di un interesse, che è

esercitarsi verso lo stipulante, e non verso il beneficiario (tenuto solo nei limiti dell'arricchimento *ex* art. 2038 c.c.), come nota condivisibilmente – e nonostante opinioni autorevoli in senso contrario – P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-II, Milano, 2009, p. 499; la soluzione è valida, a mio avviso, anche per il caso dell'onere adempiuto di cui si scopre poi la nullità. In ogni caso, a me sembra che le complicazioni cui si va incontro in questi casi risiedano sempre nella difficoltà di conciliare il piano contrattuale e quello obbligatorio; dobbiamo, però, tener conto che, nel diritto attuale, l'obbligazione è il mezzo per dare forma a un vincolo forte di un soggetto, e che dunque non coincide in pieno con il concetto di vantaggio patrimoniale che il creditore si procura col contratto e che rileva sul piano causale.

⁵⁵³ Tanto primario (che è quello cui mi riferisco nel testo), quanto secondario. Secondo A. DI MAJO, sub *art. 1174 c.c.*, cit., p. 269: «è difficile ... ritenere che nell'art. 1174 c.c. sia enunciato un principio di generale rilevanza dell'interesse creditorio, quale interesse connesso alla condizione soggettiva e personale di esso».

⁵⁵⁴ Questa è la conclusione cui giunge parte della dottrina, anche se non tutta. Riassume il dibattito di recente M. DELLACASA, *Adempimento*, cit., p. 26 s.

e non può non essere oggettivo, non corrisponde una vera e propria utilità individuale, ma invece soltanto un intento di danneggiare⁵⁵⁵.

Questa conclusione riceve ulteriori e importanti conferme, ove si estenda la ricerca ai diritti reali, per i quali, come noto, il divieto di atti emulativi è espressamente sancito dall'art. 833 c.c. (ma, come accennato, il divieto in parola si applica per tutti i diritti, tutt'al più per il tramite canone di buona fede: si immagini, ad esempio, un recesso *ad nutum* esercitato unicamente per danneggiare la controparte contrattuale).

Qui, a voler intendere in senso stretto il nostro elemento teleologico, si potrebbe dimostrare che una determinata attività concreta, apparentemente compiuta in esercizio di un diritto, non essendo volta, secondo una valutazione di rilevanza sociale, a soddisfare l'interesse per cui il diritto è sorto, si pone al di fuori del diritto stesso. Un tale interesse⁵⁵⁶, appunto, sarebbe quello a fare – si pensi alla proprietà – un uso (a seconda dell'opinione che si predilige e che più o meno si allontana dal tenore testuale dell'art. 833 c.c.) in concreto congruo della cosa, non capriccioso, non futile, economicamente vantaggioso nel suo risultato, non inutilmente gravoso o

⁵⁵⁵ L'interesse su cui il diritto sorge, dunque, è davvero quello oggettivo e tipico: un interesse, dunque, che nulla ha a che vedere con i motivi (l'interesse è, ad esempio, a 'recedere', non a 'recedere perché davvero si vuole mettere fine a un dato rapporto e non per altri motivi meno nobili o accettabili') o, da un altro punto di vista, con una oggettiva desiderabilità sociale (l'interesse non è quello a 'recedere solo ove si dia l'esigenza di farlo'). In altri termini: l'interesse alla base di un diritto potestativo di recesso è quello a sciogliere il rapporto, sempre in sé e per sé perseguito tramite l'atto di recesso. Se così non fosse, davvero si potrebbe dire che abuso ed eccesso non si riconoscono; ne deriverebbe anche che la mia riflessione confonde l'interesse oggettivo (recedere per recedere o comunque in condizioni di necessità di recesso) e soggettivo (recedere per un qualsiasi motivo o comunque recedere in una qualsiasi situazione), mentre l'indagine dovrebbe valutare la conformità al primo del secondo (fermo restando che il primo verrebbe inteso come «interesse tipico», «oggettivamente apprezzabile»: cfr. C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 106). Tuttavia, come nella proprietà l'interesse alla base del diritto non è quello all'utilizzo economicamente vantaggioso, così in tutti i diritti l'interesse alla base è semplicemente quello oggettivo, che costituisce presupposto e fine del diritto, e che tra l'altro prescinde pure dalle specifiche circostanze (le quali semmai rileveranno nell'ambito della fattispecie attributiva del diritto): nel diritto potestativo di cui si è detto, l'interesse è a sciogliere il rapporto, e tanto basta. Si capirà, allora, che ogni atto di esercizio di tale potere rientra nel potere stesso; ciò che può per avventura mancare, è un valido motivo all'esercizio del recesso: si porrà allora il problema di decidere se la correttezza, che controlla l'esercizio dei poteri privati, impone (ricependo il canone di cui all'art. 1175 c.c. anche in assenza di una espressa determinazione normativa, e tramite quest'ultimo anche la regola recata nell'art. 833 c.c.) non, semplicemente, un periodo di preavviso, ma anche l'esistenza di una giusta causa, o per lo meno di un motivo non capriccioso, a fronte dell'obiettivo detrimento della controparte. L'errore in cui cade la contraria opinione, a mio avviso, sta nel ritenere che traendo spunto dall'interesse oggettivo «cad[a] la possibilità di affermare che l'esercizio del diritto realizzi sempre un interesse del soggetto» (C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 108): secondo me è vero proprio il contrario, giacché l'interesse oggettivo, se inteso come realizzazione della situazione di fatto o di diritto cui mira l'esercizio del diritto, non può non essere sempre soddisfatto dall'esercizio (efficace) del diritto medesimo (d'altro canto, lo stesso Restivo arriva poi ad affermare che l'accertamento dell'abuso, a differenza di quello dell'eccesso, avviene a posteriori; mentre per l'appunto istantanea può essere solo la verifica della conformità della condotta a quanto astrattamente definito da un diritto – dell'apparente conformità, secondo le parole di Natoli; della soddisfabilità di un interesse primario, direi io –).

⁵⁵⁶ Cfr. sul punto U. RUFFOLO, *Atti emulativi*, cit., p. 44 s., anche per la definizione di proprietà quale diritto 'immotivato'.

volontariamente nocivo per un altro soggetto. Risulta doveroso, allora, interrogarsi sull'ammissibilità di questa opzione ermeneutica.

Anzitutto, bisognerebbe chiarire il criterio in base al quale compiere questa restrizione dell'interesse: difatti, se esso fosse quello dell'utilità intimamente soggettiva, coincidente pure con la frivolezza e la stramberia, non si realizzerebbe di fatto alcuna limitazione nel concetto di interesse, e tutta la teoria dell'abuso come sviamento finirebbe per non avere alcuna incidenza.

Ci si dovrà piuttosto rivolgere, allora, ad indicazioni quali quelle di esercizio 'normale', 'ragionevole', 'utile' del diritto, tramite le quali è possibile compiere un controllo sociale di quest'ultimo. L'interesse sarà allora quello 'tipico', quello davvero 'sotteso alla norma attributiva del diritto'. Nel caso della proprietà, sarà quello a godere secondo normalità sociale di un bene, in modo dunque non stravagante, o per lo meno quello di 'goderne non al solo fine di nuocere'.

È palese che il criterio adottato, di volta in volta più stretto o più lato, concederà un maggior ambito di influenza all'abuso del diritto (massimamente se si presti ascolto a quello dell'utilità economica): con il rischio, però, di concedere un eccessivo peso ad una funzionalizzazione dei diritti che è estranea al nostro sistema⁵⁵⁷: o, meglio, che si realizza tramite puntuali disposizioni di legge, e non per il tramite del rinvio a una vasta clausola generale, come verrebbe a essere l'abuso.

L'ordinamento prevede in vario modo limiti ai diritti, ma non sembra volerne funzionalizzare l'esercizio in modo generale. Se lo scotto da pagare per evitare una teoria dell'abuso che rimanga lettera morta è quello di prevedere un sistema di controllo sociale dell'esercizio del diritto, indipendentemente dalle ragioni dei terzi eventualmente toccati da questo, è forse da chiedersi se lo stesso abuso del diritto sia consonante con il nostro ordinamento giuridico.

L'abuso come sviamento, in altri termini, nasconde sotto la rilevanza dell'interesse del titolare del diritto qualcosa che interesse non è: piuttosto è scopo, inteso come funzione, come indirizzo⁵⁵⁸. E una funzionalizzazione di tutti i diritti sottende notevoli pericoli: anzitutto, quello di giungere a un penetrante controllo delle attività private non tanto volto a bilanciare esigenze tra soggetti (alla luce, soprattutto,

⁵⁵⁷ Le teorie dell'abuso finiscono per fluttuare tra un troppo e un troppo poco. Fondandosi su un criterio unilaterale, non possono estendere eccessivamente l'abuso, perché il pericolo di funzionalizzazione verrebbe concretato; tuttavia, limitandolo, finiscono per rendere l'abuso praticamente lettera morta. Quando, invece, l'abuso ha davvero un margine molto limitato di rilievo nei diritti reali (lo vedremo oltre), ma così non è in molte altre circostanze: dove il suo governo, però, dev'essere preso dalla buona fede (da una regola, cioè, relazionale). Inoltre, facendo coincidere abuso ed eccesso, non possono mitigare la sanzione per l'abuso (che non può non essere che l'inefficacia: e, più che una sanzione, è il semplice effetto di essere usciti dal limite del diritto).

⁵⁵⁸ R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 325 e 351, nota come in talune occasioni la dottrina dello sviamento di interesse si sia effettivamente tramutata in 'dottrina dello scopo sociale, o della funzione'. Parla di «funzione», oltre che di «ratio» della norma, anche A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 426, 449 e 466, nell'ambito della sua teoria 'argomentativa' circa l'abuso.

del noto principio di solidarietà), ma piuttosto a limitare esponenzialmente quella libertà che è l'*agere licere* in modo fine a se stesso.

Vi è una certa ipocrisia – è stato notato in dottrina⁵⁵⁹ – nel parlare di interesse del titolare del diritto quale limite del diritto stesso, sulla cui base costruire una teoria dell'abuso: dovrebbe piuttosto parlarsi di esigenze della società, degli altri suoi partecipanti, e così via⁵⁶⁰. Il diverso procedimento ermeneutico, che ambisce a salvaguardare il principio del rasoio di Occam, evitando di moltiplicare gli istituti e dunque non distinguendo tra abuso ed eccesso, rischia al contempo di nascondere ciò che davvero è a fondamento dell'abuso del diritto. Ovvero, non tanto l'interesse del titolare del diritto, quanto la sua assenza: il che può diventare intollerabile, qualora si trascorra dal piano relazionale, volto a bilanciare interesse del titolare e di altri soggetti, o comunque a sindacare le condotte dell'agente in relazione agli interessi di un diverso soggetto, ad uno intimamente unilaterale, con il rischio infatti che si aprano le porte ad un sindacato generalizzato sul modo di esercizio dei diritti. E questo perché, mentre sul piano relazionale le limitazioni di un diritto debbono essere intese per quello che sono – appunto, limitazioni –, su quello unilaterale si mascherano da definizioni: ossia, parrebbero voler indicare quale sia l'esatta estensione di un diritto non tanto perché limitato in determinate circostanze, quanto perché non idoneo di per sé a offrire una certa tutela. E questa inidoneità, basata sul concetto di 'scopo' unilateralmente perseguito, potrebbe tradire il rischio che si finisca per sindacare in modo sempre più esteso se il titolare del diritto agisce per ragioni socialmente utili o meno.

Non voglio dire che questo è l'esito diretto e ineluttabile di una teoria dell'abuso come sviamento. Tuttavia, mi sembra più consonante con un sistema liberale, incline allo stesso tempo a favorire la solidarietà tra cittadini, una diversa ricostruzione del fenomeno, che induca alla massima cautela nell'aprire le porte ad una funzionalizzazione generalizzata delle situazioni giuridiche; e che, di conseguenza, non ritenga che l'estensione delle situazioni giuridiche soggettive possa dipendere dagli 'scopi' individuali.

⁵⁵⁹ Il riferimento va qui a P.G. MONATERI, voce *Diritto*, cit., p. 420, che lo nota (ma l'affermazione dell'autore ha valenza ben più generale) a proposito della nozione di interesse figurante nella definizione sincretica di diritto soggettivo elaborata da Pugliatti (su cui v. *supra*), a mente della quale il diritto soggettivo è «un ambito entro cui al privato è lecito agire a sua discrezione, ovvero entro cui si riconosce un potere alle sue decisioni, alla sua volontà, per il perseguimento di un interesse, di attuare un dato rapporto». Così si esprime Monateri: «occorre comprendere che: 1) o è rimesso alla discrezione del privato giudicare quale è il suo interesse, ed, allora, è un doppione della volontà; 2) oppure si concepisce tale nozione in qualche modo obiettivo come strumento di controllo e di limite alla valutazione privata, e allora, è nozione ipocrita perché non di interesse del titolare si tratta, ma, semmai, di interesse degli altri soggetti ... a che sia limitato l'uso che il titolare può fare del proprio diritto». A tal proposito, Monateri proponeva di escludere il riferimento all'interesse, e di «limitare l'ampiezza del diritto soggettivo» in altri modi, per esempio per il tramite di una teoria dell'abuso del diritto basata non tanto su «una valutazione sociale dell'interesse per cui il diritto soggettivo viene concesso», ma su «una definizione sociale di cosa corrisponde ad abuso del diritto».

⁵⁶⁰ V. G. PINO, *L'esercizio*, cit., p. 8.

I diritti, in questo senso, andranno considerati pieni entro i confini e i limiti che l'ordinamento assegna loro; questi limiti, a loro volta, ne definiranno i contorni dal di fuori, senza che sia rimessa all'interprete l'opera di funzionalizzazione di tali diritti, sulla base di argomentazioni fondate sugli interessi da perseguire con il loro esercizio. Per rendersi conto della preferibilità di quest'impostazione rispetto ai dati del sistema, basti por mente ad alcuni casi emblematici.

L'art. 1322 c.c., nato all'epoca della redazione del codice quale norma volta a punire l'esercizio dell'autonomia privata inutile o dannosa, ha subito, con l'approvazione della Costituzione, un cambiamento netto di interpretazione. La norma, lungi dal rappresentare l'indice di un controllo diffuso sull'autonomia privata, che può esplicarsi anche in direzioni anormali, finanche stravaganti, è stata intesa ora come abrogata, ora come mera replica della norma recata nell'art. 1343 c.c., ora come indice della sopravvivenza del sistema dei *vestimenta* nel nostro ordinamento.

Non diversamente si può argomentare in tema di diritti reali, e specificamente di diritto di proprietà. Orbene, le tesi che qui si fronteggiano sono due: per la prima, il diritto di proprietà è assegnato per la protezione dell'interesse di un soggetto a godere in modo economicamente vantaggioso di un bene; per la seconda, esso è attribuito per tutelare il desiderio di un privato a fare qualsiasi uso dello stesso bene.

Chi sostiene la prima teoria trae spunto, tra l'altro, dall'art. 1174 c.c., e dall'eventuale non patrimonialità dell'interesse creditorio⁵⁶¹: giacché la norma non è

⁵⁶¹ Secondo M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, p. 164 (seguito sul punto tra l'altro da F. LIOTTA, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Padova, 1992, p. 30 e 46; v. poi pure lo stesso M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Rescigno*, 7-I², Torino, 2005, p. 265, nonché le p. successive proprio in tema di art. 833 c.c.), un interesse non patrimoniale non potrebbe fare ingresso nel diritto di proprietà. Ma il ragionamento è, a mio avviso, fallace: come spiego nel testo, è ben vero che il vantaggio che la proprietà assicura è sempre patrimoniale, come patrimoniali sono le facoltà di godimento, ma non è detto che il loro esercizio non avvenga per finalità non patrimoniali (il solito 'interesse secondario'). Così pure il motivo che sta sotto all'esercizio di una facoltà è semplicemente irrilevante per il diritto (salvo non concreti un abuso; ma se Tizio comprasse un fondo, abbattesse l'edificio centrale, e vi piantasse un albero, per diletto, non sarebbe andato al di fuori dei suoi poteri proprietari, avendone rispettato i limiti). Il pericolo che sta sotto la nozione di necessaria patrimonialità dell'uso del diritto (salvo non si dica, come propongo, che l'uso – qualsiasi uso – è in sé patrimoniale, per il semplice fatto che il 'bene', oggetto dell'utilizzo, è in sé patrimoniale) coincide con il ritenere che l'interesse giuridicamente rilevante sia sempre solo quello all'uso economico (all'uso che non sia 'inutile, anche se non dannoso'). Più avanti, e a partire dall'art. 833 c.c. (nonché dall'art. 840 c.c., su cui v. però *infra*), Costantino argomenta nel senso che «lo *ius opponendi* può essere esercitato soltanto per la soddisfazione dell'interesse del proprietario, determinato non in astratto ... ma in concreto, dalla natura giuridica del bene» (p. 175 ss.), poiché «l'interesse del proprietario si determina in concreto, in riferimento cioè alle destinazioni del bene possibili alla stregua della sua natura giuridica». La discrezionalità «nell'attuazione del diritto» non lascerebbe piena libertà al proprietario di compiere le scelte che ritiene soggettivamente «più vantaggiose». Tale esito, che pur è contenuto dall'autore entro ristretti confini (anche grazie alla parallela tutela, che egli propone, dell'interesse all'integrità patrimoniale – cfr. p. 180 –: che tuttavia, in una interpretazione rigorosa dell'art. 2043 c.c., è ammissibile solo, e proprio, entro l'area tracciata dal diritto di proprietà), a mio avviso differisce solo quantitativamente, e non qualitativamente, da conclusioni che si rivelerebbero ancor più limitanti per la facoltà del proprietario (essendo sufficiente, a tal fine, restringere l'ambito delle destinazioni ritenute 'giuridicamente possibili'; così, si potrebbe finire per ritenere 'inutile' l'utilizzo 'poco utile', come una

ripetuta nell'ambito dei diritti reali, ne deriverebbe la necessaria economicità dell'interesse proprietario.

Ma, a dire il vero, questa considerazione non appare dirimente: il legislatore, nel non riprodurre la stessa disposizione, avrebbe potuto anche intendere la totale irrilevanza di un qualche interesse, pur non patrimoniale, atto a sostenere l'esercizio del diritto di proprietà⁵⁶².

Piuttosto, vi è da evidenziare una certa promiscuità, in dottrina ma pure nel lessico legislativo, nell'uso del termine interesse: del resto, proprio sull'esatta individuazione e perimetrazione di tale nozione si basa tutto il discorso – e la problematicità – della categoria dell'abuso⁵⁶³.

Ora, quando l'art. 1174 c.c. chiarisce che l'interesse del creditore può pure essere non patrimoniale, esso adotta, come abbiamo visto, il termine in questione attribuendogli una latitudine differente da quella che viene in rilievo ai nostri fini, specificando quali declinazioni può assumere l'interesse (secondario) nel diritto di credito. D'altro canto, come ho già chiarito, la stessa disposizione ha cura di ribadire la necessaria patrimonialità della prestazione (ossia, come si è scritto, l'eventualità socialmente accettata di sopportare «un sacrificio economico per godere i vantaggi di quella prestazione»⁵⁶⁴): va da sé, allora⁵⁶⁵, che in capo al creditore è presente anzitutto

coltivazione non intensiva di un fondo). A risultati simili, tra l'altro, giunge anche M. COMPORTI, *Diritti reali*², cit., p. 206 s., ma motivando sulla base dell'art. 42 Cost., e anzi ammettendo che l'art. 833 c.c. non disciplina che un caso specifico di abuso.

⁵⁶² Indice dell'idea del legislatore sarebbe, si dice, anche l'art. 840 c.c., su cui v. *infra*, e l'art. 833 c.c., su cui anche v. oltre. Fin d'ora si può sottolineare come, effettivamente, la Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, al § 408, ritenesse – con riguardo all'art. 833 c.c. – che «il divieto degli atti emulativi ... afferma un principio solidarietà tra privati e nel tempo stesso pone una regola conforme all'interesse della collettività nella utilizzazione dei beni». L'affermazione dà l'impressione che il divieto di abuso specifichi un principio ancor più generale, e cioè quello per cui l'utilizzo ammesso dei beni è quello conforme a un interesse pubblico: e che, dunque, l'interesse protetto dal diritto di proprietà, che ne determina anche l'estensione, è quello e solo quello a un utilizzo del bene oggettivamente vantaggioso (in astratto o secondo le concrete circostanze, alla luce dell'idea che si predilige). Tuttavia, il mutato scenario costituzionale non può non richiedere un'interpretazione più cauta della disposizione, affidando tra l'altro alla legge (e non al vago riferimento all'«interesse astratto o concreto») il compito di specificare la 'funzione sociale' della proprietà (salvo ove non sia la legge stessa a rimandare all'interesse, ma per esigenze ben definite che osserveremo oltre: art. 840, art. 1065 c.c., etc.).

⁵⁶³ Tutto sta, in effetti, nella nozione di interesse (oggettivo-soggettivo, tipico-normale-coincidente con il contenuto apparente del diritto) che si voglia adattare (lo riconosce anche C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 107).

⁵⁶⁴ M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 38. V. però oltre, § 8, Capitolo secondo, per una mia tesi in merito, che differisce da quella di Giorgianni.

⁵⁶⁵ Anche a voler restare nell'ambito dell'ottica di Giorgianni, tanto per la patrimonialità, quanto per l'interesse creditorio (i due poli dell'art. 1174 c.c.), non si contraddirebbe l'esposizione che svolgo nel testo. Se con patrimonialità della prestazione si richiama la normalità di un sacrificio economico per ottenere l'esecuzione, va da sé che l'essersi assicurati tale comportamento debitorio costituisca, sempre e comunque, un vantaggio per il creditore: e ciò a prescindere dal fatto che l'interesse dello stesso

un interesse, alla cui soddisfazione è rivolto il diritto di credito, che è quello ad acquisire un certo bene, che è la prestazione; ossia, a trovarsi in un certo stato di fatto, che è esattamente quello che conseguirà all'esecuzione (diligente e corretta) della condotta doverosa per il debitore.

Che poi la stessa prestazione possa essere indirizzata, in seconda battuta, a soddisfare un interesse – che assomiglia più ad un motivo rilevante – d'ordine patrimoniale o non patrimoniale, rileva semmai ad altri fini. Confondere però questo motivo con il vero e proprio interesse significherebbe intendere quest'ultimo non più in modo oggettivo, ma soggettivo, attribuendo al motivo una rilevanza generalizzata che nel nostro ordinamento esso non ha.

È dunque preferibile ammettere che la norma recata nella seconda parte dell'art. 1174 c.c. ribadisca semplicemente la correlazione tra interesse e prestazione, specificando la possibilità che assumano rilievo anche interessi secondari, di natura ora patrimoniale, ora non patrimoniale, alla luce delle varie norme che lo prevedono.

Ma, allora, anche nella proprietà deve ammettersi che l'interesse del titolare del diritto altro non sia che quello a godere del bene, indipendentemente dal motivo – patrimoniale o non patrimoniale – che lo assiste nel momento in cui assume la qualità di proprietario del bene o in quello in cui esercita il diritto: motivo che anzi qui non assume mai diretta importanza⁵⁶⁶.

In definitiva, come l'interesse del creditore è quello a vedere effettuata la prestazione, così quello del proprietario è quello a godere del bene, indipendentemente

creditore sia di ordine meramente morale, religioso, o così via, o che addirittura il risultato economico della prestazione ricada immediatamente su un terzo.

⁵⁶⁶ Come detto, il motivo secondario (d'ordine patrimoniale o non patrimoniale) non sempre assume rilevanza: quando avviene, ciò rileva, ad esempio, ai fini della disciplina della presupposizione (e allora si tratterà di motivo del contratto) o del danno contrattuale non patrimoniale (e in tal caso sarà entrato nel rapporto obbligatorio). L'interesse patrimoniale, primario, ha sempre rilievo, tanto che su di esso – per lo meno come danno emergente, ma anche come proiezione e quindi lucro cessante – si commisurerà il risarcimento. Ma se il diritto di proprietà – come gli altri diritti reali – assicura un vantaggio di tipo economico (basti ricordare la definizione di bene, art. 810 c.c.), allora l'interesse a godere e disporre del bene, in altri termini, ha sicura natura economica, giacché il bene stesso è un'entità patrimoniale. Ciò non toglie che il motivo (l'interesse secondario) per cui si acquista la proprietà, o per cui si esercitano le singole facoltà racchiuse, possa essere d'indole non economica. Semplicemente, mancando una disposizione come quella dell'art. 1174, seconda parte, c.c., va da sé che non si possa essere autorizzati a ritenere rilevante il motivo per cui si esercita la proprietà: essa può essere esercitata anche per nessun apparente motivo o per nessun motivo in astratto degno di protezione giuridica (salvi, ovviamente, i limiti del diritto stesso e la disciplina, su cui ci si sta interrogando, dell'abuso del diritto, letta però in ottica relazionale). Il problema poi si potrebbe porre per i diritti d'indole non patrimoniale (in particolare per i diritti della personalità); tuttavia, le peculiarità di questi diritti, in cui il 'vantaggio' si atteggia a 'non economico', inducono a soprassedere (in ogni caso, come si vedrà, anche per essi si pone il problema dell'abuso, inteso in senso proprio; talvolta ciò avverrà solo per operare un bilanciamento nell'esercizio dei diritti, talaltra, e più ampiamente, il legislatore avrà sancito una vera e propria regola di condotta per risolvere un conflitto di interessi aquilano, come pare avvenire nell'ambito della disciplina a tutela della *privacy*).

dai motivi individuali⁵⁶⁷ sottostanti a ciascun atto (il che conferma, nuovamente, l'idea secondo cui l'interesse è sempre oggettivo, e mai soggettivo); ciò che resta ancora dubbio, però, è se nell'espressione 'godimento' (oggettivamente valutato) rientrano solo atti utili o anche atti manifestamente dannosi o comunque inutili.

È qui che ritornano attuali i discorsi sulla funzionalizzazione del diritto; e qui bisogna allora ripetere che il diritto – massimamente il diritto di proprietà – non può essere inteso come indirizzato alla soddisfazione di un interesse 'pregevole' del titolare.

Se così fosse, infatti, si ammetterebbe un pericoloso controllo *ex lege* dell'esercizio, in sé considerato, del diritto, a prescindere da ogni conflitto: ciò che potrebbe portare a un esteso interventismo, magari anche giurisprudenziale, atto a precludere al proprietario la scelta delle modalità di godimento, fino, all'estremo, all'imposizione di doveri di conservazione e utilizzo produttivo generalizzati per tutti i beni.

Vero che il discorso sulla funzione sociale del diritto di proprietà – espressione che ricorre anche nell'art. 42 Cost. – è stato spesso affrontato in dottrina, e qui porterebbe troppo lontano riaprirlo⁵⁶⁸; cionondimeno, deve condividersi a tal proposito la tesi di chi, pur sottolineando l'incidenza dei limiti posti dalla legge al diritto dominicale, ha ribadito che, entro tali confini, esso rimane denotato da 'pienezza' ed 'esclusività', come vuole l'art. 832 c.c.⁵⁶⁹

In altri termini: la previsione di un limite trasversale, volto a rendere sindacabile sempre e comunque l'esercizio della facoltà di godimento di un bene, così da renderlo sempre vantaggioso per la società, si pone in contrasto con il sistema: quest'ultimo, infatti, pur non essendo sordo alla necessità di garantire una funzione sociale alla proprietà, tutela però anche le ragioni del proprietario, continuando a definire nel

⁵⁶⁷ In dottrina si è anche proposto, al fine di non scomodare i motivi, di supporre che il limite dell'interesse non sia «quello generico a godere, ma quello tipico e corrispondente a quel tipo di attività di godimento» (alla singola facoltà; sono parole di U. RUFFOLO, *Atti emulativi*, cit., p. 46). Ma quest'operazione altro non è che un espediente: di fatto, più si frammentano le facoltà, più è facile ritenere che il proprietario stia facendo (cattivo) uso di una di esse. Mentre, probabilmente, sta facendo uso di un'altra differente facoltà (se proprio ci si vuole attenere a questa definizione). Il che altro non vuol dire se non che il proprietario sta facendo un *cattivo* uso del diritto, giacché contrastante con quello tipico (e per questo razionale). E su questo punto v. *infra*.

⁵⁶⁸ Si vedano, senza pretese di completezza, P. PERLINGIERI, *Introduzione*, cit., p. 149 ss.; U. NATOLI, *La proprietà*², cit., p. 137 ss.; F. MACARIO, sub *art. 832 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, p. 319 ss.; e inoltre i notissimi studi di S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, e S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013.

⁵⁶⁹ Cfr. A. GAMBARO, *Il diritto*, cit., p. 214, secondo cui «l'autonomia del proprietario ... si concretizza ... in una insindacabilità nell'esercizio dei poteri e delle facoltà che gli competono all'interno dello statuto dei singoli beni». Per le stesse ragioni la regola dell'abuso del diritto di proprietà, anche se scissa dal ragionamento sulla meritevolezza dell'interesse perseguito, dovrà ricondursi non a una mera sproporzione, ma piuttosto a una ben più grave condotta prava.

modo che si è detto il suo diritto e dunque ribadendone, all'interno dei limiti (posti dalla legge⁵⁷⁰), la pienezza⁵⁷¹.

Tutto ciò non contraddice una teoria dell'abuso atta a renderla sindacabile l'esercizio del diritto di proprietà: eppure, l'elaborazione di una siffatta teoria dovrà, piuttosto, avvenire in termini relazionali, considerando un conflitto di interessi e non semplicemente l'immeritevolezza di tutela dell'interesse del titolare del diritto, e mantenendosi in tal modo più aderente rispetto al sistema e soprattutto più controllabile dall'interprete, evitando al contempo il rischio di un diffuso controllo sul modo di esercizio dei poteri proprietari. Il che, volendo, corrisponde all'osservazione per cui «non è sanzionato l'abuso del diritto bensì il cagionare ad altri un danno 'abusando del proprio diritto'»⁵⁷².

Se, dunque, è la Costituzione stessa che impone di assicurare la funzione sociale della proprietà, tale compito così delicato dev'essere assunto dal legislatore e non può essere demandato all'interprete, che opererebbe ampliando o riducendo il contenuto di tale diritto in base all'interesse, necessariamente apprezzabile, che esso sarebbe volto a realizzare⁵⁷³. Muovendo dall'interesse, infatti, si correrebbe il forte rischio di legittimare

⁵⁷⁰ Con questo non voglio contraddire quanto scrivevo *supra*, ovvero che dal punto di vista dell'ordinamento anche la decisione giurisprudenziale riconosce qualcosa che esiste *ex ante*, e non forma una regola *ex post*. Qui ci stiamo, infatti, interrogando su ciò che risulta più conforme al sistema, ponendoci dunque da un punto di vista parzialmente diverso rispetto a quello del sistema legale. In altri termini, la questione qui è effettivamente quella di un 'discorso giuridico' che ricostruisca il sistema, nell'ottica dell'interprete, e non quella di afferrare le categorie del sistema, che si pongono nella prospettiva del sistema (ossia in quella, per usare la terminologia di Gentili, dell'ordine già ordinato, e non dell'ordine che si dà ordine). Dal punto di vista dell'interprete tutte le regole si formano solo nel processo, con maggiore o minore libertà per il giudice (e minore o maggiore «informazione» per il privato: A. GAMBARO, *Il diritto*, cit., p. 215), da quello dell'ordinamento tutte le regole preesistono.

⁵⁷¹ In parte, e pur nell'ambito di una diversa concezione dell'abuso e soprattutto della funzione sociale della proprietà, lo sostiene pure C. SALVI, *Abuso*, cit., p. 3 (ma v. anche p. 5), secondo il quale, anche considerando l'art. 42, comma 2, Cost. come genericamente applicabile, esso avrebbe vigenza quale strumento interpretativo-integrativo del dato normativo, e non quale mezzo per scardinare la *ratio* dell'attribuzione di un diritto, che è pur sempre la tutela di un'individualità (e, si potrebbe aggiungere, di un egoismo). Ovvio che, poi, il discorso si sposta su tale *ratio*: ove si ritenga che lo scopo sia la tutela di un interesse personale, a prescindere dalla capricciosità dei motivi che lo muovono, varrà ciò che si dice nel testo; ove si preferisca rinvenire lo scopo nella protezione di un interesse tipizzato (a un uso obiettivamente utile), oppure in quella di un interesse che concretamente non appaia emulativo o illecito, si dovrà concludere diversamente.

⁵⁷² L'affermazione è di M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 197, che si rifà sul punto a S. Patti. Altrimenti si potrebbe cadere nel rischio additato da R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 344, secondo cui proibire le «esigenze idiosincratiche» conduce all'«anticamera della persecuzione dei gusti e delle preferenze troppo personali».

⁵⁷³ Anche F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 186 s., rilevano la vicinanza tra la teoria dello sviamento e la funzionalizzazione (del resto, essa ricorda quanto mai da vicino la dottrina del *détournement de pouvoir*). Mettono in guardia, però, soprattutto da uno sviamento che rimandi a scopi estrinseci, più che da uno sviamento che richiami finalità intrinseche (che, invece, confonderebbe semplicemente abuso ed eccesso). A me sembra che il pericolo sia lo stesso, in tanto in quanto i limiti del diritto non siano sanciti rigorosamente, ma siano lasciati all'opera di apprezzamento dell'interprete. Sul punto v. anche L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1030 ss.

finanche provvedimenti amministrativi lesivi del diritto di proprietà, sul presupposto della scarsa meritevolezza dell'interesse perseguito dal titolare del diritto (magari semplicemente perché d'ordine non patrimoniale) e indipendentemente da qualsiasi confronto tra quest'ultimo e la situazione di quegli «altri» soggetti cui fa riferimento l'art. 833 c.c. I limiti interni al diritto di proprietà, piuttosto, debbono discendere da un'analisi relazionale che preservi, ove non compressi da altre e diverse norme di legge, i pieni poteri proprietari, contemperandoli con gli interessi altrui solamente ove vi sia un'inaccettabile sproporzione tra danno subito da questi ultimi e utilità (di qualsiasi ordine) perseguita dall'avente diritto⁵⁷⁴, o addirittura la dimostrazione di una volontà prava di recare unicamente molestia (secondo la tesi in tema di abuso che si vorrà preferire).

Questa conclusione, infatti, non impone di ritenere che l'art. 833 c.c. contenga per forza di cose una norma volta a commisurare gli interessi di due soggetti (come invece fa, in taluni casi, la buona fede)⁵⁷⁵. L'abuso non diviene unilaterale e teleologico, e comunque non ripristina la rilevanza *tout court* dell'interesse perseguito nel (preteso) esercizio del diritto di proprietà, solo perché si faccia leva, più che su un giudizio di sproporzione tra attività del proprietario e interessi del terzo, sulla sola volontà prava del proprietario stesso⁵⁷⁶ (come – lo anticipo – a me sembra preferibile, secondo un'interpretazione restrittiva del disposto di legge, su cui mi intrattengo *infra*).

Vero che quest'elemento, di per sé, assomiglia da vicino allo sviamento da un interesse, giacché l'*animus nocendi* altro non è che la volontà di realizzare un interesse immeritevole di tutela (ledere un soggetto: dolo specifico), e anzi apparentemente contraddittorio rispetto a quello che starebbe alla base del diritto di proprietà. Ma che anche qui si verta in termini relazionali, lo dimostra il fatto che in assenza di danno (o per lo meno di un pericolo di danno o semplice molestia) non vi potrebbe mai essere

⁵⁷⁴ In questo modo consentendo proprio una reinterpretazione dell'art. 833 c.c. alla luce della normativa costituzionale permetta di superarne l'ottica intimamente soggettivistica e di allargarne l'ambito di rilevanza, in consonanza con il solidarismo della Carta fondamentale (così anche S. PATTI, *Abuso*, cit., p. 24 s.). Tuttavia, come vedremo, a me pare preferibile un'interpretazione dell'art. 833 c.c. che lo limiti alla vera e propria emulazione, anche per non ricadere nella prospettiva funzionalista da cui mi sono voluto distanziare (prospettiva che, comunque, dovrebbe restare lontana, ove ci si situi in un'ottica relazionale).

⁵⁷⁵ M. ALLARA, voce *Atti emulativi (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, § 6, viceversa, ritiene che o si interpreta la norma nel senso di sanzionare «l'atto col quale il proprietario intende nuocere o recare molestia ad altri, indipendentemente dal risultato dell'atto» («ma questa interpretazione ... appare non solo in contrasto con lo spirito e la finalità della norma, ma anche con la stessa lettera dell'articolo»), o si suppone che lo scopo cui la previsione di riferisce sia quello «degli atti»: «l'atto emulativo è pertanto un atto, come insegna la dottrina, che nuoce o reca molestia ad altri».

⁵⁷⁶ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili*, cit., p. 176, sostiene invece che l'abuso come sviamento porterebbe a confondere l'art. 833 c.c. con un'altra norma che valorizza la mancanza di interesse, ossia l'art. 840, comma 2, c.c. Si finirebbe, così, per ritenere già contemplato il divieto di abuso nell'art. 840, comma 2, c.c., che proprio sulla base dell'interesse costruirebbe il diritto di proprietà. Tuttavia, come vedremo, l'esegesi migliore dell'art. 840, comma 2, c.c. ne limita il contenuto in un senso diverso.

abuso⁵⁷⁷. Supporre che un abuso prescindendo da questo elemento sarebbe insensato: e non tanto per la difficoltà nel dare la prova del dolo, quanto perché nessun altro privato sarebbe abilitato a reagire, e la disposizione finirebbe per essere o ineffettiva, o moralizzante. Caratteri che non andrebbero, però, riconosciuti al testo del codice⁵⁷⁸, e che di nuovo celano il pericolo di un'interpretazione funzionalizzatrice⁵⁷⁹.

In altri termini, l'abuso del diritto inteso come sviamento dell'interesse non potrebbe venire provato semplicemente deducendo che l'azione del titolare del diritto avviene per un fine capriccioso, o economicamente poco utile, o perfino malvagio: risulterà invece necessaria anche la dimostrazione dell'esclusivo intento di nuocere o della sproporzione tra interessi e comunque del danno arrecato o minacciato. In effetti, e sempre per restare nell'ottica della teoria dello sviamento, mi sembra evidente che la prima dimostrazione difficilmente potrebbe coincidere con quella dell'abuso, giacché ciò significherebbe escludere dal concetto di esercizio del diritto tutta una serie di condotte neutrali; mentre una tale prova – che pur è richiesta perché si possa parlare di

⁵⁷⁷ Non mi riferisco al fatto che anche in caso di emulazione il diritto è esercitato per uno scopo (danneggiare), ma al fatto che l'atto volto a danneggiare, rappresentando (almeno apparentemente) atto di esercizio del diritto, è volto a soddisfare l'interesse a far uso del bene (per esempio, costruendo un'altra palizzata). Ciò che rende emulativo l'atto non è (solo) l'uso stravagante del diritto, ma la relazione con l'interesse altrui.

⁵⁷⁸ Ma la spiegazione sta anche nel fatto che l'art. 833 c.c., come vedremo poi, è una norma di protezione a livello aquiliano. Essa, però, è una norma di protezione particolare perché non indica testualmente un pericolo o un danno per i beni di un certo soggetto: e, così, più che tutelare la sfera di questi, sembrerebbe interdire semplicemente un comportamento del proprietario. Se così fosse, però, bisognerebbe ammettere due esiti assurdi: o che chiunque potrebbe far valere l'art. 833 c.c. (anche colui che non ne subirà alcun danno, o non è a rischio di subirlo), o che, nell'ambito di questa disposizione, l'ingiustizia non sta, come normalmente avviene per gli *Schutzgesetze*, nella difformità dal comportamento richiesto dal paradigma, ma dal sommarsi di questo e della lesione di un bene di un certo soggetto. Effettivamente, le altre norme di protezione del nostro ordinamento (v. ad esempio l'art. 2598 c.c.) tendenzialmente descrivono un'attività che di per sé danneggia o mette a rischio i beni di un certo soggetto (e così avviene pure in Germania, dove razionalmente se ne deduce che non vi è questione di *Haftungsbegründende Kausalität* nell'ambito del § 823 II BGB: cfr. G. WAGNER, sub § 823 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2013, Rn. 440). Là dove questo non accade, come nel caso del nostro art. 833 c.c., vi sono due vie: o ritenere che la disposizione, come l'omologo tedesco (§ 826 BGB) richieda un danno quale *Haftungsvoraussetzung*, oppure che essa sanziona una condotta di per sé minacciosa o comunque potenzialmente dannosa verso un certo determinato soggetto. La prima ipotesi mi sembra poco in linea con il disposto della previsione (che non sembra richiedere altro, oltre al comportamento del proprietario, perché scatti il divieto; e che per di più ha una diversa struttura, riferendosi genericamente ad «altri» soggetti, e non a «*einem anderen*»); la seconda invece potrebbe adattarsi a esso (e allora proibito sarebbe il comportamento compiuto con volontà prava e idoneo a danneggiare o mettere in pericolo i beni di un certo altro soggetto). Ma, se così è, risulta che il divieto richiede la valutazione dell'idoneità della condotta a ledere; una valutazione, cioè, tipicamente relazionale (non nel senso di bilanciamento o commisurazione tra beni, ma comunque in quello per cui il solo interesse di nuocere non risulta sufficiente: v. effettivamente M. DOSSETTI, voce *Atti emulativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 3).

⁵⁷⁹ Si potrebbe fine per supporre che il comportamento del proprietario, che distrugge un bene piuttosto che lasciarlo in eredità, sia di per sé anti-giuridico, con conseguente possibilità di reagirvi, nonostante manchi un danno-evento (l'aspirazione a ereditare non è una posizione protetta prima dell'apertura della successione).

abuso ai sensi dell'art. 833 c.c. – non è sufficiente per ravvisare un abuso, e in particolare una responsabilità (extracontrattuale), dal momento che la mera esistenza di un atto capriccioso non permette agli altri soggetti di dolersene, finché non vi sia un ulteriore elemento qualificante e finché gli stessi non ne vengano danneggiati (o avvertano un tale pericolo). D'altro canto, il tenore della disposizione è chiaro in questo senso, ed è anche intuitivo che un atto, per quanto futile, non possa essere espulso dal contenuto del diritto solo perché, per l'appunto, stravagante, finché nessuno ne è pregiudicato.

Né si potrebbe dire che la stessa ottica relazionale è, dal punto di vista dell'agente, ridicibile all'unilateralità, affermando che è comunque a lui riferibile il motivo emulativo, o comunque la carenza di un interesse lecito, approvato, e così via: l'atto abusivo, per essere tale, abbisogna di qualcuno che ne dolga, e dunque di un'efficacia causale nei confronti di questi⁵⁸⁰. Se si alzasse una palizzata per finalità emulative, ma essa non recasse in concreto alcun danno, non vi sarebbe abuso (salvo non voler punire – e però con che sanzione? – le intenzioni): e, dunque, l'abuso richiede comunque qualcosa in più rispetto allo sviamento dell'interesse. Come del resto riconoscono anche i fautori della tesi dell'unilateralità, l'abuso vive in una relazione⁵⁸¹.

Ma l'idea dello sviamento, nella sua unilateralità, si adatta ancor meno ai casi di violazione della buona fede *in executivis*: i quali, come dicevo, non solo non rilevano mai quali deviazioni nell'interesse perseguito, ma soprattutto richiedono per definizione un giudizio di tipo relazionale⁵⁸² e non unilaterale.

⁵⁸⁰ Qualcuno che se ne dorrà in termini extracontrattuali, giacché al di fuori di un previo rapporto giuridico. *Contra*, ma deducendo le congrue conseguenze dalla tesi (già *supra* confutata) per cui in ogni diritto reale vi è un rapporto giuridico, M. ALLARA, voce *Atti emulativi*, cit., § 4.

⁵⁸¹ Gli stessi fautori della concezione unilaterale, comunque, trovano necessario (C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 238 ss.; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, p. 168) ammettere che al di fuori di una relazione non si dia un problema abuso, giacché non vi sarebbe nemmeno la possibilità di farlo emergere. Questa considerazione lascia, comunque, trasparire come la questione sia già in radice mal posta: o, meglio, come, così affrontata, rischi di cadere in una sorta di dogmatismo che nasconde il vero pensiero sottostante (ovvero, la logica relazionale), oppure – come scrivevo nel testo – si traduca nel pericolo di una funzionalizzazione dei diritti. Anche F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno' e antigiuridicità*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 778, che risolve l'abuso nello sviamento, sostiene che «il conflitto presupposto dalla regola sugli atti emulativi ... impone una considerazione delle influenze reciproche tra le sfere giuridiche venute a contatto, tanto più che il parametro dello sviamento dall'interesse, lungi dall'instaurare una valutazione comparativa, fonda comunque un giudizio in concreto sulle effettive modalità di esercizio del diritto che difficilmente può prescindere dall'impatto con l'altrui interesse e dal tipo di interferenza ed esaurirsi in se stesso». Tutte queste teorie, insomma, abbisognano di un elemento di relazionalità. E se così è, si deve concludere che l'unica teoria davvero monistica sia quella che sanziona l'utilizzo idiosincratico, bizzarro del bene; solo qui vi è uno 'sviamento dell'interesse' nel suo senso più puro. Di conseguenza, le tesi in parola finiscono per risolversi o in quelle monistiche più estreme, o in quelle relazionali.

⁵⁸² Lo ammettono anche i propugnatori della tesi dello sviamento dell'interesse (v. C. RESTIVO, *Contributo*, p. 178, testo e nt. 61 e 62), che coerentemente escludono la violazione della buona fede dall'ambito dell'abuso del diritto.

Insomma, non sarà inutile lo sforzo di rinvenire un'alternativa alla teoria che attribuisce all'elemento teleologico (l'interesse) un ruolo che, a ben vedere, a esso non compete *in toto*. L'interesse, dunque, è e rimane fine alla cui soddisfazione il diritto è volto, e non diventa mai vincolo per il titolare di tale posizione giuridica.

Ricollegandomi a quanto affermavo all'inizio del paragrafo, debbo però ribadire che l'equiparazione tra abuso ed eccesso di diritto non è esclusa dal ripudio delle teorie basate sull'interesse, potendo infatti riemergere su altre basi. Nulla vieta infatti di pensare che il diritto nasca limitato: ovvero che, anche senza trarre spunto dall'interesse, si possa ritenere che determinate attività, a prima vista abusive, altro non concretino che un eccesso del diritto.

La riflessione che precede impone, quindi, di continuare l'indagine per comprendere se l'abuso debba considerarsi diverso dall'eccesso o meno, e in base a che criterio. In base al criterio dell'interesse, infatti, s'è visto che ciò non può accadere, ma potrebbero sovvenire altre ricostruzioni per riportare l'abuso all'eccesso.

V'è da domandarsi, tra l'altro, se l'abuso, che per definizione richiede anzitutto un esercizio del diritto⁵⁸³, si distingua dal superamento dei limiti di un diritto, identificandosi piuttosto nella violazione delle condizioni di esercizio dello stesso; e, una volta appurato se sia o meno così, se questa rimanga una (ben poco utile) classificazione dell'interprete, o se ridondi in una diversa reazione ordinamentale.

Da un punto di vista assolutamente generale, ritenere che l'abuso sia un'ipotesi di eccesso oppure sostenere una diversa tesi potrebbe a prima vista sembrare indifferente. Si pensi, in particolare, all'ipotesi di cui all'art. 833 c.c.: Tizio costruisce una palizzata per penalizzare il vicino. Si potrà dire, da un lato, che così facendo non ha esercitato il suo diritto perché si è posto oltre ai limiti che la legge prevede per lo stesso; oppure che quest'attività è esercizio del diritto, ma che, *ex post*, l'ordinamento cancella tutti gli (o parte degli) effetti di cui dovrebbe godere, in quanto attività svolta nell'esercizio di un diritto.

La seconda ricostruzione crea, cioè, una divaricazione⁵⁸⁴ tra esercizio ed eccesso del diritto, così da costruire uno spazio atto ad ospitare l'abuso. È ovvio che potrà ritenersi inutile la costruzione di questa intercapedine, se non addirittura dannosa; e, allora, si tornerà a confondere l'abuso nell'eccesso. Tutt'al più, si cercherà una via per cercarne una distinzione all'interno, però, della macro-categoria dell'eccesso stesso. E così si dirà che l'abuso – come visto prima – concreta un'ipotesi di sviamento dell'interesse, oppure, ancora, che all'eccesso in senso stretto e all'abuso sono collegati due modi diversi di interpretare le disposizioni legali⁵⁸⁵.

⁵⁸³ R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 322.

⁵⁸⁴ Cfr. A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 447.

⁵⁸⁵ Sono, rispettivamente, le idee di Restivo e di Gentili, di cui ho già detto.

Da un punto di vista logico, però, entrambe le impostazioni sono attendibili⁵⁸⁶ (lo scrivevo già *supra*). La seconda, però, può apparire priva di significato, e solo in questo senso contraddittoria, giacché sembrerebbe giungere per una strada più lunga a quello che la prima impostazione comunque dimostra. La sua dignità, e allo stesso tempo la sua accoglibilità, possono essere dimostrate soltanto allorché si provi la necessità – o comunque l'utilità – di dissociare la fase dell'esercizio del diritto da quella, a valle, del controllo ordinamentale sul superamento di certe condizioni di esercizio.

Qualora lo si dimostri, infatti, non si potrà più dubitare del fatto che l'abuso concreta un vero e proprio istituto, con cui l'ordinamento vuole che un vero e proprio esercizio del diritto non produca tutti gli effetti cui normalmente dà vita (effetti che non sorgono non tanto per eccesso, ma, appunto, per una loro caducazione – per quanto automatica – a valle). Non, semplicemente, un argomento nell'interpretazione dell'eccesso, ma un vero e proprio istituto: così, per esempio, l'esenzione da responsabilità di chi esercita un proprio diritto verrebbe meno, ma solo a valle, a causa dell'abuso, mentre non sorgerebbe nemmeno per il caso di eccesso. D'altro canto, anche nel caso di negozio indiretto non vi sono dubbi nel ritenere che l'effetto sia analogo a quello di un negozio diretto: eppure, la differente e più lunga via per cui si giunge a quel risultato, che non può non tradursi in – seppur minime o anche solo teoriche – differenze di disciplina e di trattamento giuridico, non si sovrappone a quella più breve.

Sul punto si può così ragionare.

⁵⁸⁶ Secondo R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 364, la regola dell'abuso è in se logica, ma ciò non toglie che non è necessaria. L'abuso, secondo l'illustre autore, non avrebbe nessuna utilità, perché duplica (oltre ad altre disposizioni) le norme sull'eccesso e quelle sulla buona fede. Il punto, che crea una distanza tra la mia tesi e questa esposizione, sta proprio in un dato cui ho già accennato, e che poi riprenderò: la buona fede, da noi, e in generale l'abuso hanno ripristinato la dialettica tra corpi diversi dell'ordinamento; per Sacco, viceversa, «da noi non esiste una duplicità del tipo *common law-equity*», capace di riverberarsi sulla natura dei *remedies* e poi, di rimbalzo, sulla qualificazione delle situazioni sostanziali». Su questi punti v. A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 390 ss. Proprio a quest'autore possiamo passare, per vedere come egli, poco oltre (p. 451), sostenga la contraddittorietà della teoria dell'abuso, comunque la si cerchi di giustificare o costruire (già posso però anticipare questa riflessione: se è vero che l'ordinamento è un tutto unitario, e soprattutto è un *ordo ordinans* piuttosto che *ordinatus*, in linea teorica non sarebbero ammesse confutazioni e sorpassi al suo interno: ciò che sembra diritto, ma non è diritto, semplicemente non è diritto, seppur la strada per arrivare a tale conclusione appaia tortuosa e non immediata. Ma è anche vero che, se è l'ordinamento stesso a riconoscere la necessità di una definizione in due livelli, non ci si può esimere dalla stessa. Vedremo a breve perché). L'utilità del ricorso all'abuso è per la maggior parte delle ipotesi esclusa, sulla scorta di P. Rescigno, da C. SALVI, *Abuso*, cit., p. 1 e 5; la categoria avrebbe un fondamento storico, ma non operativo, essendo sostituita – per i diritti reali e quelli di credito – dalla diretta applicabilità delle norme sull'emulazione e sulla buona fede. Viceversa, l'utilità dell'istituto riemergerebbe per quei diritti «in senso stretto», come quelli potestativi. Tale impostazione esclude che il legislatore stesso possa aver specificato in determinate ipotesi cos'è l'abuso, dettando norme generali che davvero richiamano un principio di correttezza superiore (coerentemente, C. SALVI, *Abuso*, cit., p. 2, per cui proprio le norme sulla buona fede e sull'emulazione conducono a negare «la vigenza – o comunque l'utilità – del principio dell'abuso»).

V'è da dire che la teorizzazione dell'abuso, quale controllo ordinamentale in due tempi (esercizio, esercizio illecito o comunque abusivo)⁵⁸⁷, ha una sua *ratio* soprattutto nell'ambito del giudizio sulla buona fede nello svolgimento dei rapporti obbligatori e dei diritti potestativi, cui a mio avviso va estesa la norma recata nell'art. 1175 c.c. Ivi l'ordinamento rimette all'interprete la valutazione della correttezza del comportamento delle parti e, per quello che ora interessa, del creditore, rinviando dunque a un criterio – la correttezza – di sicura natura relazionale. D'altro canto, è vero anche che talune scorrettezze del creditore non sono affatto operate 'nell'esercizio' del diritto di credito, ma semmai solo 'nella veste di creditore' (si pensi alla divulgazione di segreti del debitore); quello che a noi importa, per ora, sono le ipotesi in cui davvero vi è un esercizio del diritto di credito (costringere il debitore ad adempiere senza avergli dato i necessari avvertimenti, rifiutare senza ragione un adempimento, e così via).

Qui, a differenza di quanto non accada per l'emulazione nell'ambito dei diritti reali, il sistema richiede un'indagine che certamente attiene al *quomodo* di esercizio di determinate facoltà, più che sul *quantum* (che lo stesso accada nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 833 c.c., è discusso, anche se quest'opinione non è del tutto peregrina).

Questi dati rendono particolarmente arduo ritenere che l'abuso del diritto, per lo meno nei casi in cui si riduce a una violazione della buona fede *in executivis* (si pensi al caso del recesso esercitato senza alcun preavviso), costituisca una sub-specie di un eccesso del diritto.

Per sostenerlo, bisognerebbe anche costruire un diritto a conformazione variabile, che modifica la sua ampiezza a seconda della sfera giuridica dei soggetti che entrano in contatto con il suo esercizio. Un diritto, si è detto, «geometricamente variabile»⁵⁸⁸: ciò che, però, non convince⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Anche A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 446, che pur riduce l'abuso a un eccesso dal diritto, salvandone le peculiarità solo in un'ottica argomentativa, accenna a questa duplice qualificazione (*prima facie* e *re melius perpensa*).

⁵⁸⁸ L'immagine del diritto come struttura a geometria variabile è in C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 247. L'autore, dopo aver sostenuto che il vero abuso è un eccesso, riducendosi a uno sviamento interesse, afferma che la stessa scorrettezza, che pure non è abuso, può tradursi in un eccesso dal diritto; questo non dipende però dall'estensione del diritto quale si presenta fin dal suo sorgere a causa del legame con l'interesse su cui nasce e che lo polarizza, bensì per mezzo della sua intima geometria variabile, per cui a seconda delle circostanze il diritto cambierebbe estensione.

⁵⁸⁹ E non convince anche perché, a voler pensare il contrario, bisognerebbe affermare che l'ordinamento, nell'assegnare un diritto, crea una situazione i cui limiti sono ondivaghi; vero che, come vedremo, la buona fede può anche modulare il contenuto di un diritto, ma ciò avviene nel caso di inesigibilità di una prestazione, nel caso la responsabilità debitoria per violazione della regola di correttezza, nel caso di creazione di obblighi di prestazione accessori, ma non intervenendo sempre sul vero e proprio contenuto di un diritto, così da renderlo permanentemente fluttuante e, ciò che è più indicativo, subordinato alle esigenze della controparte. Se questo avviene, infatti, non può che rilevare a valle, in sede di controllo dell'esercizio efficace di un diritto. Ma queste considerazioni, d'ordine per lo più sistematico, hanno bisogno di essere confermate da argomenti più forti: come si cercherà di fare subito nel testo.

Se le limitazioni, da cui discenderebbe l'eccesso, non possono riferirsi all'interesse, ma debbono discendere dalla fattispecie costitutiva del diritto (letta alla luce delle circostanze in cui questo è esercitato), è difficile immaginare che esse, come delle mareggiate, si allarghino e si restringano di continuo, a seconda delle circostanze in cui il credito o il potere vive. Ciò vorrebbe, di fatto, dire che in certe situazioni un diritto o non esiste, o viene sospeso: uno 'stato di eccezione' che, tuttavia, non può che essere inclusivo, e dunque indurre a ribadire che, per essere sospeso, un diritto deve sussistere. Dunque, non si farebbe altro che avallare la teoria dell'abuso.

L'idea non persuade, inoltre, perché, se fosse vera questa considerazione, bisognerebbe ritenere che il rispetto delle norme di buona fede costituisce sempre condizione di esistenza del diritto, o per lo meno parametro della sua estensione: e, dunque, che in caso di loro violazione la sanzione (che poi nemmeno sanzione è, a ben vedere) prevista dall'ordinamento fosse sempre l'inefficacia dell'atto, in quanto eccessivo.

Ma, sul piano della fattispecie, l'ordinamento è costellato di fattispecie che possono farsi risalire alla violazione della buona fede *in executivis* cui è ricollegata una responsabilità, ma non l'inefficacia dell'atto di esercizio del diritto (anzi, la responsabilità si basa sull'esistenza di un atto efficace, più che sull'apparenza di un atto per quanto inefficace).

Gli esempi sono molteplici. Bastino, per ora, due riferimenti.

Il primo è quello alle fattispecie regolate dall'art. 1723 c.c.⁵⁹⁰ Una veloce lettura della disposizione rende avvertiti che essa, nel disciplinare la revoca del mandato (che

⁵⁹⁰ Come noto, l'art. 1723 c.c. recita: «il mandante può revocare il mandato; ma, se era stata pattuita l'irrevocabilità, risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa. Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi non si estingue per revoca da parte del mandante, salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca; non si estingue per la morte o per la sopravvenuta incapacità del mandante». Esso andrebbe poi messo il collegamento con il successivo art. 1725 c.c., sulla revoca nel mandato oneroso (secondo cui: «la revoca del mandato oneroso, conferito per un tempo determinato o per un determinato affare, obbliga il mandante a risarcire i danni, se è fatta prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare, salvo che ricorra una giusta causa. Se il mandato è a tempo indeterminato, la revoca obbliga il mandante al risarcimento, qualora non sia dato un congruo preavviso, salvo che ricorra una giusta causa»). In dottrina è discusso se la revoca costituisca specie del recesso o genere autonomo (ma posso disinteressarmi del problema). V. comunque G. BAVETTA, voce *Mandato (negozio giuridico) (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, 1975, §§ 33 ss.; M. DELLACASA, *Adempimento*, cit., p. 28 ss. e 90 ss. Sul recesso, in generale, v. per tutti G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, *passim*; G. GABRIELLI-F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, §§ 1 ss.; M. AMBROSOLI, voce *Recesso (I agg.)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2014, Torino, 2014, §§ 1 ss.; G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, §§ 1 ss.; L. FERRI, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, §§ 1 ss.; G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, 766 ss.; M.C. CHERUBINI, sub *art. 1373 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 668 ss.; P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. Roppo*, III, Milano, 2006, p. 113 ss.; A. LAS CASAS, *Osservazioni in tema di recesso dal contratto e tutele*, in *www.comparazionediritto.civile.it*. Sui recessi 'discrezionali' (ove tale espressione non è da intendere nel senso di una necessità, per il recedente, di prendere in considerazione l'interesse altrui, al fine di soddisfarlo o bilanciarlo, e via dicendo) v. M. DELLACASA, *Il recesso unilaterale*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 675 ss., e già ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008. Molto vi sarebbe da dire a tal riguardo.

io intenderò come recesso), prevede due conseguenze diverse per la stessa, nel caso in cui il mandato stesso fosse stato pattuito come irrevocabile, oppure fosse nell'interesse del mandatario o di terzi. Nella prima ipotesi, il recesso è efficace, ma obbliga al risarcimento dei danni, se non ricorre una giusta causa; nel secondo, sempre qualora non ricorra giusta causa (o sia diversamente stabilito), la revoca del mandato è inefficace.

Come si vedrà, la norma costituisce specificazione della buona fede *in executivis*. In altri termini: l'art. 1175 e l'art. 1375 c.c. richiedono indubbiamente, anche per i diritti potestativi, e in particolare per quelli nati nell'ambito di un rapporto contrattuale,

In particolare, bisognerebbe giustificare, nell'ambito del complesso problema del vincolo negoziale, la mia idea sulla responsabilità per esercizio abusivo del recesso, come responsabilità (lo vedremo tra poco) per lesione di un interesse legittimo. La dottrina, come noto, conosce varie tesi al riguardo (tutte proposte al fine di evitare la contraddizione tra art. 1372 c.c. – il contratto ha forza di legge – e previsione del recesso): recesso come inadempimento di un'obbligazione di non recedere; recesso come inadempimento delle altre obbligazioni contrattuali; recesso come fonte di un'indennità da atto lecito dannoso. Di recente, proprio Dellacasa ha proposto una diversa ricostruzione, ravvisando nel recesso un inadempimento definito di un'obbligazione (cui non conseguirebbe un adempimento soddisfacente, ma un risarcimento del danno). A mio avviso il recesso può concretare un illecito (così nel caso dell'art. 1723, comma 1, c.c.), e come tale dare diritto al risarcimento del danno commisurato su tutto quanto la controparte avrebbe ottenuto con l'esatta esecuzione (compresi i 'vantaggi indiretti', per usare l'espressione di M. DELLACASA, *Adempimento*, cit., p. 95), salva la diminuzione dei costi che non dovrà pagare (con applicazione dell'art. 1225 c.c. riferita al momento del recesso, e non a quello dell'insorgere del vincolo contrattuale). Si potrebbe obiettare – ne riparlerò anche al § 7 – che non sempre, in questi casi, il recesso darebbe luogo a una responsabilità, potendo anche difettare per una qualche ragione l'imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta (che qui consiste nell'aver violato la regola di buona fede). L'esempio più semplice è quello di un recesso privo di giusta causa, e pur efficace, compiuto per una ragione che appare reale a una approfondita indagine, e che solo a distanza di molto tempo si rivela falsa. Probabilmente, v'è da dire che in tali casi la legge stessa prevede una responsabilità oggettiva, se non addirittura una garanzia, come rimedio per la lesione dell'interesse legittimo: e ne danno conto le previsioni, che parlando di 'risarcimento' senza far cenno a esclusioni, e dando l'impressione di una tutela piena (si badi: la garanzia può ben essere rimedio per l'interesse legittimo leso, giacché nulla lo vieta). Ciò non toglie che il legislatore possa prevedere, come tutela dell'interesse legittimo, un'indennizzo (v. ad esempio l'art. 2237, comma 1, c.c.). Non mi addentro nelle altre, numerose, ipotesi di recessi discrezionali, la cui afferenza a risarcimenti o indennità è discussa (tanto più che, ove è previsto il criterio per il calcolo del *quantum*, la differenza si sdrammatizza alquanto: mentre un'eventuale clausola di esclusione del recesso, a efficacia solo obbligatoria, agirebbe solo a livello di contenuto dell'interesse legittimo). In ogni caso, il fatto che sia previsto sempre un rimedio (indennitario o risarcitorio che sia) per la violazione di un interesse legittimo non toglie che si tratti, in questi casi, di esercizio 'scorretto', ossia contrario alla buona fede (declinata attraverso le norme di legge) o comunque pregiudizievole. Quanto all'esistenza del vincolo *ex art. 1372 c.c.* (v. oggi M. DELLACASA, *Adempimento*, cit., p. 64 ss.), non mi pare che ciò sia sconfessato dall'esistenza di una revoca, intesa come recesso. Il vincolo contrattuale, come 'legge', costituisce la vigenza nell'ordinamento giuridico della legge che le parti si sono date; e in questa può ben darsi una clausola di auto-sospensione, che anzi ne realizza la più piena manifestazione, per quanto sia attribuita al 'governo' – alla 'sovranità' – di una parte (questo discorso, ad esempio, potrebbe valere per i recessi di protezione, se non vi fossero anche altre ragioni che mettono in dubbio l'insorgenza del vincolo fin dal momento dell'[apparente] conclusione del contratto: v. oltre, Capitolo secondo, § 5). Ma, in ogni caso, il punto è che la forza del vincolo va vista nella sua completezza, e dunque nella sintesi tra posizioni formali e buona fede: dal che si trae che l'uscita dal contratto non è ammessa, giacché è considerata (per lo meno in talune circostanze) contraria a buona fede. Nei soli limiti in cui ciò sia possibile, la spiegazione sta nel fatto nell'inalturalità del vincolo stesso: la *lex contractus* ammette che uno dei due contraenti possa autonomamente giudicare non più conforme alle sue esigenze il contratto, e così farlo cadere.

che il loro esercizio avvenga nel rispetto del canone della correttezza. Qualora ciò non avvenga, si può davvero parlare di abuso del diritto: quanto meno perché l'esercizio sleale obbliga al risarcimento dei danni, e tale risarcimento non è impedito dalla scriminante, per l'appunto, dell'uso del proprio diritto.

Ora – come avviene anche per l'interesse legittimo di diritto pubblico, ad esempio quanto al termine del procedimento – il legislatore può specificare cosa richieda in certe situazioni la buona fede: nel caso del mandato irrevocabile, stabilisce che essa impone il recesso solo in presenza di una giusta causa. Tuttavia, lo stesso legislatore può – anche – limitare il diritto, e stabilire che esso sorga in presenza soltanto di taluni presupposti (come accade per il mandato *in rem propriam*).

Se la seconda conseguenza è tipica delle ipotesi di eccesso⁵⁹¹, la più interessante, ai nostri fini, è la prima: essa dimostra infatti l'esistenza di vere e proprie fattispecie di abuso (ché, seppur il legislatore ha regolato e specificato la clausola di buona fede, esso non perde la sua caratterizzazione), ossia di responsabilità da esercizio – efficace – del diritto⁵⁹².

Lo stesso poi deve dirsi per i casi in cui il legislatore prevede che l'esercizio di un diritto, pur scorretto, sia efficace, e dia luogo – oltre che a responsabilità *ex art.* 2043 c.c. – a rimedi in forma specifica di tipo costitutivo, o anche dichiarativo, diversi però dall'inefficacia (del resto, anche la nullità, diversamente dall'inesistenza, è una predicazione dell'essere giuridico^{593,594}).

Esempio illuminante è – ancora una volta – proprio l'interesse legittimo di diritto pubblico⁵⁹⁵. Visto sotto la lente dell'abuso, infatti, si palesa la presenza di un potere il cui esercizio, efficace, è causa di responsabilità, e non è scriminato. A nulla varrebbe obiettare che il potere è inserito in una potestà, giacché l'elemento di dovere, in questo caso, rileva nei confronti della collettività, e non del privato *uti singulus*. Viceversa, costui sa di poter contare sul rispetto della correttezza: e la p.a. che lede la correttezza nell'esercitare il potere dà vita a un atto efficace, seppur soggetto a una disciplina di vizi (tutela in forma specifica) e fonte, eventualmente, di responsabilità.

⁵⁹¹ Si badi che, in questo caso, non si può parlare comunque di diritto a geometria variabile, ma di diritto che o sorge, non sorge.

⁵⁹² Il problema sarà quello, semmai, di comprendere quale sia la regolazione della singola fattispecie: se abuso od eccesso. Lo si vedrà *infra*; già si può anticipare che, per comprenderlo, utili sono i riferimenti – nel caso di fattispecie legislativa formulata non espressamente, che potrebbe costituire sia specificazione della buona fede sia definizione dei limiti del diritto – alla formulazione della disposizione, agli effetti previsti, al giusto *quantum* di tutela con riferimento ad ipotesi analoghe e agli interessi protetti, e così via.

⁵⁹³ Cfr. oltre, il § 9 del Capitolo secondo.

⁵⁹⁴ V. anche, sulle due funzioni tradizionalmente ascritte alla teoria dell'abuso, utilizzata ora per predicare l'inefficacia di un atto, ora per fondare un diritto al risarcimento del danno, A. GAMBARO, voce *Abuso*, cit., p. 2 ss.

⁵⁹⁵ Sulle analogie tra abuso del diritto ed eccesso di potere in diritto amministrativo, che per nulla differirebbero se non per l'«apparato dei rimedi», cfr. già A. GAMBARO, voce *Abuso*, cit., p. 6.

Lo stesso, poi, vale anche per i crediti: l'esercizio di una pretesa, pur in circostanze tali da farlo apparire scorretto, conduce a una responsabilità del debitore, ove egli non adempia, e salvo che, però, non faccia valere altre e diverse ragioni per giustificare la sua inerzia (ad esempio, e proprio, il rifiuto del creditore di accettare la prestazione; il pericolo cui avrebbe esposto i suoi beni adempiendo; ...).

Appare dunque corretta la teoria dell'abuso, proprio perché non semplicemente utile, ma addirittura necessaria, al fine di spiegare talune fattispecie, talvolta anche regolate legislativamente: in altri termini, la costruzione a due livelli, e lo sfasamento tra esercizio e abuso, è non solo appropriata, ma addirittura richiesta dall'ordinamento.

Questo fenomeno, del resto, ha un suo fondamento nella prospettiva rimediale: la violazione della buona fede spesso attiene a profili per i quali la sanzione migliore è quella risarcitoria, e non quella restitutoria che assisterebbe l'inefficacia. Si pensi, ancora, al caso di un recesso, previsto in contratto senza ulteriore determinazione, esercitato *ex abrupto*. Ora, la buona fede, come si vedrà, risulta in tale ipotesi violata. La correttezza avrebbe richiesto – si può così ritenere – per lo meno un certo preavviso (salvi i casi di vero e proprio atto emulativo). Supporre in tal caso l'inefficacia dell'atto pare davvero troppo, giacché si concederebbe al soggetto, pur leso, non solo un risarcimento parametrato all'interruzione improvvisa dal rapporto, ma addirittura la permanenza dello stesso: ciò che non accade nemmeno in ipotesi in cui il legislatore ha particolarmente a cuore gli interessi di colui che versa in stato di soggezione (si pensi al licenziamento del lavoratore)⁵⁹⁶.

In definitiva, deve ammettersi che l'esercizio di un diritto tramite modalità tali che lo facciano risultare scorretto *ex art.* 1175 (magari nell'ambito di una fattispecie di *Verwirkung*, oppure nel caso del solito recesso, pure *ad nutum*, comunicato senza preavviso alcuno) è volto comunque alla soddisfazione dell'interesse (del titolare del diritto) protetto, e in ogni caso costituisce efficace esercizio del diritto stesso; solamente esso, per le sue caratteristiche, rileverà anche quale illecito (salva poi l'esperibilità di un'azione, o eccezione, di dolo)⁵⁹⁷. Ecco che, quindi, eccesso e abuso convivono: vi potranno ben essere ipotesi in cui certi diritti – e si tratterà per lo più di diritti potestativi – non esistono, pur essendone incerta la sussistenza; e altre ipotesi in cui in verità sono presenti, ma l'esercizio deve tener conto delle circostanze in cui è calato.

Restano comunque numerosi dubbi per la fattispecie di cui all'art. 833 c.c. Ammetto che la ricostruzione di una teoria dell'abuso del diritto richiederebbe un certo grado di unitarietà, e quindi una conformità di *ratio*, ove possibile, tra le varie ipotesi ivi annoverabili, e che l'emulatività in materia di diritti di credito e potestativi,

⁵⁹⁶ Il collegamento tra abuso e diritto del lavoro (specificamente, *ius variandi*) è già in R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 331.

⁵⁹⁷ In questo senso, l'abuso non rileva né a priori, né a posteriori; rileva semplicemente in due modi differenti, di cui uno (l'abuso) presuppone l'altro (l'esercizio) che è dunque logicamente prioritario.

ove rilevante, non provoca inefficacia dell'atto per eccesso del diritto ma, ancora una volta, responsabilità o comunque una determinata specie di invalidità dell'atto (basti por mente alla nullità del licenziamento per motivo illecito, ad esempio discriminatorio, e ricordare che la nullità di un atto ne presuppone comunque l'esistenza). Tuttavia, non mi sembra che queste osservazioni siano tali da fondare un parallelo totale tra le fattispecie: del resto, come vedremo, la tutela contro l'abuso nei crediti e nei diritti potestativi è affidata agli interessi legittimi, trattandosi qui pur sempre di rapporti, mentre lo stesso di certo non può avvenire nell'ambito dell'emulazione tratteggiata dall'art. 833 c.c.

Le difficoltà che pone l'art. 833 c.c. attengono in primo luogo al fatto che esso, riguardando i diritti reali, ossia diritti che contemplano di norma un fascio di facoltà intese in senso atomistico, non chiarisce immediatamente se la disciplina attenga al *quantum* del diritto, ossia al numero di facoltà presenti nello stesso, o al *quomodo* del suo esercizio. È ovvio che, condividendo la prima tesi, si parlerà di eccesso del diritto, e non di abuso, e viceversa. Oppure, sempre condividendo la prima tesi, si dirà – da parte di chi ascrive l'abuso all'eccesso del diritto – che solo questo è un vero abuso, e che non lo è quello che si appiattisce sulla violazione della buona fede nei diritti obbligatori⁵⁹⁸.

Il caso dell'art. 833 c.c. è in bilico tra eccesso ed abuso, proprio perché è in bilico tra un problema di *quantum* e di *quomodo* di esercizio delle facoltà. In altri termini: sarebbe possibile ritenere che l'ordinamento (e non l'interprete sindacando sullo sviamento nel fine), nell'attribuire un diritto reale, ne delimiti il contenuto facendo riferimento al criterio dell'utilità. Per cui, sarebbero incluse nel diritto tutte quelle facoltà corrispondenti a utilità definite *ex ante* (e poi valutate *ex post*) come possibili. Così facendo, il problema si ridurrebbe a un *quantum*, e sarebbe stata già la norma di fattispecie del diritto a indicarne il contenuto di facoltà, seppur facendo riferimento a un criterio duttile.

Questo problema appare più chiaro se visto alla luce dell'art. 840, comma 2, c.c. secondo cui «il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle». La disposizione impedisce di vietare attività che non arrecano alcuna perdita di utilità, né attuale né futura, al proprietario del fondo. D'altro canto, la proprietà di un fondo attiene solo al fondo stesso, e la sua estensione verticale è semmai funzionale ad assicurare il pieno godimento del fondo medesimo: per tale ragione, ove un'attività nel sottosuolo o nel sovrasuolo non ostacola il pieno godimento, alla luce delle sue caratteristiche giuridiche, allora non vi è interesse a proibirla⁵⁹⁹. Ma, qui, il discorso è pur sempre sull'estensione del diritto, sul suo

⁵⁹⁸ All'opposto si situano, rispettivamente, la ricostruzione di L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 187, e quella di C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 184 ss.

⁵⁹⁹ Cfr. C. SALVI, *Disposizioni generali*, in *Tratt. Rescigno*, 7-I, Torino, 1982, p. 370.

quantum, sul contenuto di facoltà, e non sull'oggetto⁶⁰⁰: in altri termini, la proprietà è pur sempre la facoltà di agire in vario modo su di un bene per soddisfare l'interesse a godere; tuttavia, ciò che non appare (attualmente o in un tempo futuro prevedibile) funzionale all'interesse a godere, fuoriesce dal contenuto del diritto. Che ciò possa accadere, senza porre l'interprete nell'imbarazzo delle costruzioni variabili, per cui un diritto ora esiste, ora viene meno, è giustificato proprio dal fatto che la proprietà sia un insieme di facoltà, e non, come il credito, la facoltà di compiere (principalmente) un'azione che talvolta si eclisserebbe per le sue modalità. Né, d'altro canto, si riaprirebbero qui i problemi dello 'sviamento dell'interesse'⁶⁰¹, giacché sarebbe pur

⁶⁰⁰ Il rinvio è allo studio di C. TENELLA SILLANI, *I 'limiti verticali' della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, spec. p. 93 ss., 397 ss. (e lì 424), 559 ss., 614 ss. (per applicazioni di notevole interesse e per le conclusioni), seguito pure da L. FRANCIOSI, *Disposizioni generali*, in *Tratt. Rescigno*, 7-I², Torino, 2005, p. 441. Abbandonato il dogma della proprietà *usque ad sidera e usque ad infera*, secondo l'autrice si deve ammettere che l'art. 840 non vada inteso in senso statico (in altri termini, «non determina l'estensione verticale dell'oggetto della proprietà fondiaria»), ma come disciplina per «l'esercizio del diritto di proprietà immobiliare: in questa prospettiva, il primo comma dispone che il proprietario del suolo può 'estendere' i suoi poteri, ovvero esercitare le facoltà dominicali anche nel sottosuolo (quindi fare 'qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino'), ed appropriarsi di tutto ciò che vi si contiene, salve le disposizioni delle leggi speciali; il secondo comma, con una specificazione negativa, che egli non può impedire attività di terzi che non abbia interesse ad escludere».

⁶⁰¹ Non è un caso che, invece, chi riferisce il tema dell'abuso a quello dello sviamento dall'interesse, finisce anche per ritenere che non solo l'art. 833 c.c. attenga all'abuso, ma anche e perfino l'art. 840, comma 2, c.c. (che, anzi, fornirebbe una 'formulazione più moderna' al nostro istituto): così C. SALVI, voce *Abuso*, cit., p. 2 (il quale, tra l'altro, in tale sede interpreta l'art. 833 c.c. in senso diverso da quello di una 'sproporzione'), C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 96 ss., e già un cenno in A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 496. Ci si potrebbe allora chiedere se l'art. 840 c.c. non sconfessi quanto *supra*, e cioè che per l'ordinamento è indifferente la natura patrimoniale o non patrimoniale dell'interesse del proprietario, e che comunque non è sull'interesse concreto (o astrattamente perseguibile secondo ragioni di economicità) che si misura l'estensione del diritto di proprietà. Del resto, proprio la disposizione in parola tradisce l'idea che l'interesse tutelato è solo quello allo sfruttamento economico del bene (tanto che non possono essere vietate le attività che si svolgono a tale profondità o a tale altezza da non far diminuire le utilità che il proprietario medesimo potrebbe trarre dal fondo). V. sul punto P. PERLINGIERI, *Introduzione*, cit., p. 202 (secondo il quale l'art. 840, comma 2, c.c. dimostra proprio «che la proprietà è difesa per un interesse specifico, ma che quando questo interesse, anche da un punto di vista sostanziale, materiale, non può trovare realizzazione, non c'è motivo d'impedire ad altri la possibilità di sfruttare quel bene o parte del bene che il proprietario non sfrutta»; e v. pure M. COSTANTINO, *Contributo*, cit., p. 166 ss., che anche alla luce dell'art. 840, comma 2, c.c. (applicato per la proprietà di tutti i beni) afferma che «la piena tutela è assicurata ... non all'inviolabilità dell'oggetto, considerato nella sua estensione, ma all'attività di utilizzazione del bene»; in ultimo cfr. C. SALVI, *Disposizioni generali*, cit., p. 368, secondo cui la regola di cui all'art. 840, comma 2, c.c. è espressione di un principio generale «in materia di potere di escludere». In realtà, va osservato che l'interesse primario del proprietario è sempre e comunque economico, tanto qui come nel diritto di credito o in quello potestativo, e coincide con l'interesse 'al godimento' (ma non perché il godimento 'sia' economico: semmai, perché 'ha' un valore economico, esattamente come accade per i diritti di credito – Tizio partecipa a una rappresentazione teatrale: il suo interesse è anzitutto a poter godere dello spettacolo, e questo 'è' economico perché si riferisce a una prestazione, che 'ha' indiscutibile valore patrimoniale; ma l'interesse è specificato in senso non patrimoniale, giacché Tizio non spera di trarre profitto materiale, ma solo arricchimento spirituale –). Per l'ordinamento, viceversa, è indifferente chiedersi perché questo godimento avvenga, e cioè se sia economicamente motivato o meno: diversamente, invece, accade nei crediti, ma solo perché l'art. 1174 c.c. collega alla rilevanza degli interessi secondari certi effetti. Viceversa, la limitazione che dall'art. 840,

comma 2, c.c. discende non riguarda l'interesse a sfruttare economicamente il fondo, ma genericamente l'interesse a goderne (in modo pieno), e sta a significare soltanto che il diritto di proprietà (la tutela dell'interesse a godere, come si vuole, di un bene – che qui è il suolo –) si estende anche in verticale, ma solo nei limiti in cui vi sia una connessione effettiva (e non meramente ipotizzata, o soggettiva, o stravagante) tra un'attività che si svolge sotto o sopra il suolo, e il godimento del suolo stesso. La limitazione di tutela, dunque, non riguarda l'interesse protetto, ma interessi ulteriori, che ampliano il contenuto del diritto di proprietà per consentire il godimento; e, nell'ampliarlo, richiedono di risolvere un conflitto di interessi. Ciò avviene, dunque, soltanto per definire i limiti esterni del (contenuto del) diritto, con riguardo a facoltà accessorie rispetto a quelle direttamente inerenti al fondo. Dunque, la norma dell'art. 840, se correttamente ricostruita, non dice nulla sulla funzionalizzazione, sulla normalità, sulla tipicità dell'interesse del proprietario; essa si limita a prevedere e disciplinare «conflitti di interessi nello spazio», presupponendo anzi la pienezza delle facoltà proprietarie su quello che è il suolo; come ho già rilevato (avvalendomi del più importante contributo sul tema, quello di C. Tenella Sillani) si tratta non di delimitare l'oggetto del diritto sulla base dell'interesse, ma quel contenuto di facoltà, che consentono la piena esplicazione del diritto sul suolo. Si tratta, dunque, di una disposizione che delimita il contenuto del diritto, perimetrandolo in base a un possibile conflitto di interessi, ma da cui non deriva alcuna funzionalizzazione per il diritto di proprietà, né alcuna limitazione del suo oggetto all'interesse tipico, razionale, economicamente rilevante. Anche in questo senso andrà dunque ribadito che l'interesse, sul quale sorge il diritto di proprietà, è semplicemente quello a godere del bene; che poi tale interesse, per esplicarsi, abbia bisogno di invadere un'area diversa, è un discorso diverso. E il fatto che poi in quest'area vi sarà bisogno di procedere a un bilanciamento non esclude assolutamente che, nel suo nucleo, l'interesse del proprietario sia 'al godimento', giacché i 'limiti verticali' attuano proprio il riconoscimento di quest'interesse al godimento, seppur nell'ambito di un conflitto di interessi. Così, come l'art. 1174 c.c. può rendere rilevante l'interesse secondario del creditore a certi fini, l'art. 840, comma 2, c.c. ammette un'indagine sull'interesse concretamente perseguibile, ma solo a certi fini di delimitazione esterna del diritto; una volta recepiti gli stessi, ossia nella fisiologia del diritto, non v'è questione di 'sviamento' (semmai, vi potrà essere un problema di abuso, *ex art. 833 c.c.*, delle facoltà così aggregate al contenuto del diritto). Problemi simili a quelli posti dall'art. 840 c.c. sono sollevati dalle disposizioni, in merito a diritti reali limitati, che ne fanno derivare l'estensione basandosi sull'interesse del titolare. Lì vi è un conflitto (tra proprietario e titolare del diritto reale limitato) da risolvere; e lì, di nuovo, il criterio è quello dell'interesse, come specificazione dell'estensione del diritto. In altri termini, e di nuovo, l'interesse non si pone quale 'limite sociale', ma quale perimetrazione esterna, dettata *ex lege*, del contenuto del diritto. La disciplina di legge, che pur parla di 'abusi' dell'usufruttuario (art. 1015 c.c., richiamato anche dall'art. 1026 c.c.), e che riprende quest'idea nel regolare la servitù (artt. 1065 e 1067 ss.) e l'enfiteusi (art. 972 c.c.), vuole ora prevedere la sanzione per chi fuoriesce dai limiti di un diritto (di 'terminologia impropria', con riferimento all'art. 1015 c.c., parla S. VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, p. 18), ora delimitare il diritto stesso, facendo però riferimento a criteri concreti come gli interessi di due soggetti che stanno in una relazione stretta (seppur non in un rapporto giuridico: ne deriva che non nascono interessi legittimi questi due soggetti; cfr. il dibattito riassunto da M. COMPARTI, *Diritti reali*², cit., spec. p. 144, e *contra* M. COSTANTINO, *Contributo*, cit., p. 145 ss.), e non a parametri di 'utilizzo socialmente utile', e via dicendo, che recano in sé, come secondo termine, l'interesse generale. D'altro canto, anche qui, una volta deciso questo conflitto di interessi e stabilito il perimetro del diritto sulla base dell'interesse del titolare (ove appunto la norma prescriva questo), tutto risulterà permesso, e non vi sarà questione di 'sviamento'. *A fortiori*, va ritenuto che le norme, che ammettono eccezionalmente un accesso altrui sul fondo, non siano applicazione del principio per cui solo un'attività economicamente utile è esercizio del diritto di proprietà; tanto più che esse si disinteressano dall'attuale destinazione (pur richiedendo, variamente, di compensare il proprietario per le perdite subite). La limitazione che il diritto di proprietà subisce deriva, di nuovo, da un concreto conflitto di interessi, risolto *ex lege* definendo i confini del diritto di proprietà. E così varrà pure per l'art. 844 c.c. (accostato all'abuso da M. COMPARTI, *Diritti reali*², cit., p. 197 ss.), che, lungi dal definire un'ipotesi di 'sviamento', si limita a risolvere un conflitto, riducendo i perimetri del diritto di proprietà (e, per l'effetto, anche dell'interesse tutelato, ma pur sempre sulla base di una rigorosa disposizione e per risolvere un contrasto tra parti predefinite). Un parallelo tra l'art. 844 c.c. e l'abuso, tuttavia, potrà risultare, ove si supponga che anche questa norma, come l'art. 833 (v. *infra*, § 4), sia 'di protezione' (con

sempre la norma legislativa ad avere rigidamente stabilito i limiti del diritto; e, d'altro canto, non mi pare nemmeno vi sia un'esigenza sistematica di ritenere efficace l'esercizio del diritto, ma *a posteriori* sanzionato e ridotto all'illiceità.

Ecco che per l'833 c.c. potrebbe replicarsi un ragionamento quanto meno analogo: talune facoltà fuoriuscirebbero dal contenuto del diritto, ove il loro esercizio si prestasse concretamente a finalità emulative. Non si tratterebbe di ricorrere alla logica dello sviamento dell'interesse: sarebbe il legislatore, infatti, a sancire questa definizione, e non l'interprete a verificare qual è l'interesse concretamente protetto.

Ma, viceversa, l'833 c.c. per alcuni versi sembra distanziarsi da questa immagine: il problema che si pone parrebbe essere, per esso, quello dei limiti interni di un diritto, e in particolare (seppur non esclusivamente) di quello su un suolo; un diritto già attribuito e con pienezza di facoltà, le quali verrebbero però utilizzate in modo scorretto (in quanto emulativo). In altri termini: certe facoltà, che corrisponderebbero di per sé all'interesse protetto dall'ordinamento (e che, per quanto bizzarre, vi corrispondono, ove non vi sia danno in capo a un altro soggetto), e in questo senso dovrebbero farsi rientrare nel contenuto del diritto, vi verrebbero escluse in un secondo momento, e solo per la carenza di un interesse soggettivo apprezzabile o addirittura per la motivazione elusiva del loro esercizio.

Il problema, in definitiva, è quello di comprendere se il fatto che certe facoltà, atomisticamente intese, vengano esercitate con modalità emulative (per sproporzione o per volontà prava) – e qui la questione è di *quomodo* – fa sì che esse escano dal contenuto del diritto – e qui la questione è invece di *quantum* –.

Forse un aiuto nella soluzione di questo dilemma può sovvenire dalla stessa definizione di emulazione, su cui però mi soffermerò oltre: ove si ritenga che essa si presenti secondo condizioni oggettive, e ad esempio in base a una mera sproporzione tra utilità, sarà forse più facile rinvenire nell'art. 833 c.c. un eccesso, giacché si potrà supporre che per l'ordinamento certe attività, alla luce delle circostanze in cui si svolgono e della posizione dei soggetti che ne sono toccati, risultino eccessive⁶⁰² (oltre il *quantum* protetto)⁶⁰³; viceversa, supponendo che l'emulazione richieda una volontà

possibilità di inibitoria e risarcimento, sullo schema degli artt. 2598 ss. – e cfr. ovviamente § 823 II BGB –).

⁶⁰² Così come accade per l'art. 840 c.c. e, ancor più palesemente, per l'art. 844 c.c. (che secondo la giurisprudenza è applicabile anche da parte, e nei confronti, del conduttore). Pure quest'ultima norma, effettivamente, impone un giudizio relazionale per stabilire che certe facoltà (qui viste in negativo) fuoriescono dal contenuto del diritto di proprietà. Così, anche l'art. 833 c.c., interpretato come volto a sanzionare una oggettiva sproporzione, farebbe fuoriuscire dal contenuto del diritto di proprietà certe facoltà, alla luce delle circostanze oggettive. Dalla dottrina, però, proviene anche l'invito a non confondere i limiti all'esercizio del diritto e l'abuso del diritto (in particolare dai già menzionati scritti di Natoli): ma questa osservazione presuppone già dimostrato che l'abuso di cui all'art. 833 c.c. non sia in realtà un eccesso.

⁶⁰³ Si tratta, come già accennato, dell'idea di L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 187. Diversamente da quanto non avvenga per l'art. 1175 c.c., nel caso dell'art. 833 c.c. il problema sembrerebbe, secondo l'autrice, essere relativo al *quantum*, piuttosto che al *quomodo*. Non dipenderebbe,

prava, si salverebbe l'immagine dell'abuso, giacché non sarebbero (solo) condizioni oggettive a far fuoriuscire una facoltà dal contenuto del diritto, ma, proprio, il *quomodo* del suo esercizio.

Tralasciando, per ora, i problemi posti dalla fattispecie di cui all'art. 833 c.c., e tornando a quelli più generali dell'abuso, il discorso che si è intrecciato, e che ha portato alla necessità di costruire un istituto – l'abuso – indipendente dall'eccesso, richiede ora un completamento: la ricognizione di un criterio alla luce del quale individuare i casi di abuso.

Il problema si sposta: ed attiene all'individuazione dello spazio in cui talune attività, astrattamente consentite dalla titolarità del diritto, si rivelano in concreto illecite o comunque sanzionabili.

Ciò, come visto, non esclude che possano sussistere ipotesi di 'eccesso': il che avverrà in ogni caso in cui davvero il titolare di un diritto agisca al di fuori del contenuto di esso. In questo senso, si intenderanno – quanto meno stipulativamente – le espressioni 'abuso' e 'eccesso'.

Ne sono un esempio emblematico⁶⁰⁴ le disposizioni dell'art. 1015 c.c., il quale, dedicato agli 'abusi' dell'usufruttuario, non fa che ripetere limiti già previsti per il contenuto del diritto: è ovvio che costui non possa alienare il bene, giacché proprio il suo diritto, come descritto nel codice, non gli concede tale facoltà. Si tratta, dunque, di un vero e proprio eccesso dal diritto, che può portare alla sua cessazione.

L'art. 2793 c.c. prevede un rimedio (il sequestro) nel caso di abuso della cosa data in pegno: anche qui, più che un abuso si ha di fronte un vero e proprio eccesso, giacché la norma fa riferimento ai limiti del diritto del creditore pignoratizio (cfr. art. 2792 c.c.) e agli obblighi a questo collegati (cfr. art. 2790 c.c.).

cioè, dalle concrete modalità di esercizio del diritto, ma dalle facoltà una volta per tutte attribuite al proprietario.

⁶⁰⁴ Come nota anche U. BRECCIA, *L'abuso*, cit., p. 83, il quale aggiunge che la differenza tra abuso ed eccesso è invece accolta pure dal legislatore negli artt. 1394 e 1398 c.c. (su cui v. *infra*, il § 5 del prossimo Capitolo). V. pure R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 312. Diversa è, invece, l'opinione di M. COSTANTINO, *Contributo*, cit., p. 149, e differente è anche quella – emblematica – di C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 109 s., testo e n. 128 (a proposito degli artt. 1021 s., si nota come «là dove l'interesse sotteso all'ascrizione del diritto presta una minore estensione», ecco allora che «si annidano con facilità potenziali vicende di abuso»), e 131 ss., spec. nt. 178 s. (ove si sostiene che «la costruzione di una fattispecie normativa maggiormente dettagliata sottrae spazio alla configurabilità di un abuso, e questo è costretto a ritrarre il proprio raggio di azione»; il che è ben vero, con riguardo alle discipline che delimitano il contenuto di un diritto, ma non lo è sempre: ben più il legislatore specificare quale sia, in una determinata circostanza, il comportamento abusivo – ne parlo nel prossimo paragrafo –). Quanto all'art. 1180 (*ivi*, p. 119), a mio avviso è preferibile una diversa ricostruzione, stando alla quale il pagamento del terzo è di per sé contratto tutte le volte in cui la prestazione è tale, per cui il creditore ha interesse a che la svolga il debitore. Ascrive l'art. 1015 c.c. e l'art. 2793 c.c. ai «precetti particolari» in tema di abuso A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 424 (ma la differente catalogazione si può spiegare, anche alla luce del fatto che per gli ultimi due autori citati l'abuso è una forma di eccesso).

Più difficile è comprendere se le disposizioni in tema di decadenza dalla potestà genitoriale⁶⁰⁵ (artt. 330 c.c.), condotta pregiudizievole dei genitori verso i figli (art. 333 c.c.) e cattiva amministrazione del patrimonio (art. 334 c.c.) concretino ipotesi di abuso o eccesso. Vero che, in questi casi, non si pone quella dialettica tra posizione di potere e situazione di interesse legittimo tipica dei casi di abuso: infatti, come spiegherò nel § 8, è probabile che i minori godano di un ‘diritto’ assolutamente particolare, e non di un interesse legittimo; dal canto suo, la potestà ha in sé l’elemento del dovere, che dovrebbe provvedere, già all’interno della posizione giuridica dei genitori, a tracciare i confini del potere. Tuttavia, è pure ammissibile affermare che si tratti di un vero e proprio abuso, giacché i poteri dei genitori comunque esisterebbero, anche se essi venissero male utilizzati, con possibilità di agire per la tutela del minore. Il punto, comunque, non è essenziale: qualsiasi sia la soluzione che si ritiene opportuna, non mi pare che operativamente cambi nulla.

Tornando alle ipotesi di vero e proprio abuso, che spetta all’interprete scovare, emerge la necessità di indagare i temi dell’illiceità dell’esercizio del diritto, e soprattutto – lo si è anticipato – l’opportunità di investigare il ruolo della buona fede in quest’ambito⁶⁰⁶.

3. Abuso del diritto, buona fede ...

Dinnanzi alla necessità di aprire uno spazio, una divaricazione⁶⁰⁷ tra eccesso ed esercizio del diritto, il primo riferimento che emerge è quello alla clausola di buona fede⁶⁰⁸, soprattutto alla luce di quanto scritto a proposito dell’art. 1175 c.c. e dell’art. 1375 c.c.

⁶⁰⁵ Su cui v. A.C. PELOSI, voce *Potestà dei genitori (I agg.)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2012, § 11.

⁶⁰⁶ Anche alla luce del fatto che non è sopito il dibattito tra quanti ritengono inutile lo stesso discorso sull’abuso del diritto, negando ogni autonomia rispetto alla problematica limitrofa della buona fede, e quanti invece salvano entrambi codesti istituti, attribuendo a ciascuno un proprio ruolo diverso e insopprimibile.

⁶⁰⁷ Cfr. A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 447 s., che parla di un «divario», di uno «spazio logico», di uno «spread», sempre tra lo «stretto diritto» e il «vero’ diritto» (ancor più notevole stante la differenza dell’impostazione dell’autore – secondo cui l’abuso è un argomento, e non un istituto giuridico, e secondo cui la «valutazione a due livelli non scioglie la contraddizione» insita nella teoria dell’abuso – rispetto a quella qui sostenuta).

⁶⁰⁸ Il collegamento è noto alla dottrina. V. ad esempio A. D’ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 65, il quale tuttavia ne deduce l’inutilità della formula dell’abuso, che occuperebbe per l’appunto gli spazi cui già presidia la buona fede (così, implicitamente, lasciando avvertire una certa preferenza per le tesi sull’eccesso del diritto).

La congiunzione tra le due tematiche è, senza dubbio, favorita dalla necessaria relazionalità che connota entrambe. Tanto la regola di buona fede, quanto quella dell'abuso – ove non ridotta allo sviamento dall'interesse –, richiedono un approccio relazionale⁶⁰⁹, che bilanci esigenze del titolare del diritto e del soggetto che vi si pone di fronte.

Ora, se il problema di costruire una teoria dell'abuso, che non ridondi in una mera specificazione di ipotesi dell'eccesso del diritto, passa – anche – attraverso la revisione del ruolo della buona fede in quest'ambito, è anche vero che in dottrina vi è profondo dissenso proprio sui rapporti tra abuso del diritto e violazione della correttezza⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ Sulla relazionalità dell'abuso insistono F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 194 e 203: mentre «l'aspetto debole» delle altre teorie è «la ricostruzione della fattispecie in termini assoluti, che porta a giudicare l'esercizio del diritto nella sua valenza 'isolata' anziché in una prospettiva relativa e comparativa rispetto agli interessi contrapposti». Ma ancora (riporto le parole per la loro rilevanza, giacché creano un collegamento tra l'abuso e la teoria del diritto soggettivo di Natoli, la cui Scuola è proseguita proprio dagli autori del saggio citato): «mentre l'enfasi, di matrice pandettistica, riposta sul potere della volontà ... sembra aver condizionato le teorie soggettive dell'abuso come *voluntas nocendi*, e mentre la teoria dello sviamento dallo scopo sembra evocare la centralità dell'interesse perseguito nella concezione del diritto soggettivo di Jhering, la moderna teoria del contenuto del diritto come *facultas agendi* impone, viceversa, di considerare un suo possibile sviamento, giudicando a posteriori le modalità e il risultato dell'estrinsecarsi della stessa potenzialità insita nella *facultas*, non in una prospettiva assoluta volta a determinare il grado moralmente accettabile di idiosincrasia del titolare, poiché» – e questo è il passaggio centrale – «ciò confliggerebbe con la nozione di *facultas agendi* che gli è stata attribuita, bensì in una prospettiva relativa, 'relazionale' e soprattutto giuridica» (p. 188). Ancora: «non a caso, passando a considerare le fattispecie di sviamento sostanziale dal diritto, esse, nelle più recenti ricostruzioni ermeneutiche, si riferiscono o all'interesse perseguito o alle modalità della sua realizzazione, non giudicati di per sé, ma in una dimensione di relazione e di conflittualità con altre sfere di interessi» (p. 189). Il che non può non richiamare la relazionalità della buona fede (cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede*, cit., p. 55). Al riguardo, v. anche P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., p. 232, U. BRECCIA, *L'abuso*, cit., *passim* (ma già p. 15), e cfr. pure R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 326.

⁶¹⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 190; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 187; P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., p. 232; ID., *Posfazione*, in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 277; U. NATOLI, *Note*, cit., p. 26 ss.; A.M. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1411 (con riferimenti all'art. 2043 c.c. che risulteranno molto utili per comprendere alcune tesi di recente prospettate, cui è dedicata una parte del paragrafo successivo; v. poi pure p. 1416, a proposito della «possibile configurazione elastica della rilevanza della buona fede per i limiti di *legittimità* di un comportamento, tale che la generale responsabilità *ex fide bona* per il danno cagionato da un esercizio illegale ... del diritto potrebbe, in concreto, specificarsi in un autonomo titolo di responsabilità da abuso del diritto» [corsivo mio]); F. SCAGLIONE, *L'abuso*, cit., p. 246; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 285.; G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Padova, 2010, p. 23 ss.; v. poi già Salv. ROMANO, voce *Abuso del diritto [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 s. Collega, seppur all'interno di un discorso pregno di elementi di originalità, buona fede ed abuso del diritto anche D. MESSINETTI, voce *Abuso*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Milano, 1998, p. 8 ss. Contrappone abuso del diritto e buona fede G. D'AMICO, *Recesso*, cit., p. 18 ss., ritenendo che con l'abuso si controlli lo scopo dell'atto, mentre tramite la buona fede la modalità di esercizio del diritto. Quest'idea richiede, però, di aderire al controllo teleologico e funzionale, che io ho già escluso, e di supporre che i due ambiti davvero non si sovrappongano, mentre a me pare che la buona fede possa sempre contenere il sindacato 'sull'abuso', letto come sindacato sulla volontà prava (è sempre scorretto un recesso compiuto solo per nuocere). La buona fede, semplicemente, si applica nei rapporti tra parti

L'ipotesi che guiderà il lavoro è quella secondo cui nell'esercizio del diritto si deve rispettare la correttezza. Ciò accadrebbe, a ben vedere, in particolare nell'ambito dei diritti obbligatori, *ex art.* 1175 c.c. e 1375 c.c., o comunque relativi (tra cui, dunque, anche quelli potestativi, alla luce delle stesse disposizioni⁶¹¹); forse pure in quelli reali, ai sensi dell'art. 833 c.c., in riferimento ai quali però il discorso si fa in parte diverso (tanto per l'impossibilità di parlare di una vera e propria 'buona fede' ove manca un previo rapporto⁶¹², quanto per la difficoltà di comprendere se di abuso, o di eccesso, si tratti).

Dunque, dovendosi distinguere eccesso e abuso (esercizio del diritto formalmente consentito ma sostanzialmente illecito o comunque sanzionato), e non potendo fare a tal fine ricorso all'elemento teleologico dell'interesse, né alla previa determinazione di limiti giuridici per l'esercizio del diritto, la proposta è di rifarsi alla correttezza, e di ravvisare nella medesima il canone dell'esercizio dei diritti di credito e potestativi (e forse pure di quelli reali, come dirò). Senza, tra l'altro, evitare di sottolineare come la correttezza rilevante a tal fine è quella cui ha riguardo l'art. 1175 c.c., ossia quella buona fede nei rapporti già costituiti, e che essa potrà però anche essere stata specificata dal legislatore per il tramite di norma che costituiscono il precipitato, l'enucleazione della correttezza in certe situazioni. Il che vale a dire: l'abuso non cessa di essere tale solo perché vi è una norma che lo prevede.

Poiché tramite l'abuso del diritto si attenua, attraverso un canone di giustizia sostanziale⁶¹³, l'ottica formalistica dello *strictum ius*, in base al quale ciò che è esercizio

vicine, ove vi è bisogno di una maggiore collaborazione (anche attiva); ma ciò non toglie che l'esercizio del diritto contrario a buona fede possa essere abusivo (intendendo quest'espressione in senso molto ampio; v. anche F. GALGANO, *Qui suo iure*, cit., p. 319). *Contra* pure C. RESTIVO, *Contributo*, cit., *passim*. È noto l'itinerario compiuto dalla dottrina germanica (lo riassume tra gli altri G. CATTANEO, *Buona fede*, cit., p. 613 ss.; ma v. pure R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 315, e C. RESTIVO, *Contributo*, p. 70, nt. 19) che, pur in presenza di una norma del BGB direttamente volta a reprimere la *Schikane* (il riferimento va al § 226), ha preferito sanzionare l'abuso del diritto per mezzo del generale principio di buona fede di cui al § 242, venendo seguita, in questo, dalla giurisprudenza autoctona. Peculiare la prospettiva di F. PIRAINO, *Il divieto*, cit., *passim*, che collega l'abuso alla buona fede-correttezza, ma non in una dimensione relazionale: anzi, secondo l'autore, non è vera la premessa circa l'«incompatibilità tra lo sviamento dall'interesse e la violazione della buona fede-correttezza».

⁶¹¹ Incidentalmente: anche per A. GAMBARO, voce *Abuso*, cit., p. 6, la tematica dell'abuso (vicina e come si vedrà parzialmente sovrapponibile a quella oggetto dell'attuale esame nel testo) riguarda sia i diritti che i poteri.

⁶¹² È ovvio che la nozione di correttezza, che qui potrebbe venire in rilievo, non sarebbe semplicemente quella connessa alla preesistenza di un rapporto tra soggetti; piuttosto, sarebbe più ampia e atterrebbe alla mera esistenza di una relazione tra soggetti che pone in pericolo l'interesse di uno degli stessi (cfr. art. 2598 c.c.). Il punto verrà comunque chiarito.

⁶¹³ Collega abuso del diritto e morale già lo studio di M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, Padova, 1979 (ma già *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 105 ss., 208 ss. e 416 ss.), spec. p. 213 ss., che, anzi, ne deduce l'impossibilità di applicare (in mancanza di interventi specifici del legislatore) il divieto di abuso del diritto. V. pure la nota conclusione del saggio di P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., p. 290. Critico verso la tendenza a risolvere il problema dell'abuso in quello dell'interpretazione, trasformando «la teoria dell'abuso in un discorso quanto mai vago e generico intorno all'equità», V. GIORGIANNI, *L'abuso del*

del diritto è anche consentito e non può causare danno ingiusto o comunque risarcibile (emerge qui l'omonima scriminante), è ovvio il collegamento con la buona fede e la correttezza, che giocano nel discorso giuridico proprio questa stessa funzione.

Tralasciando per ora la norma di cui all'art. 833 c.c. (la cui annoverabilità stessa tra gli abusi è discussa, come si era visto), e concentrando l'attenzione sulle altre disposizioni che sanciscono, nel nostro ordinamento, il divieto di abuso, si avverte subito che esse sono, secondo la maggior parte della dottrina⁶¹⁴, le solite in tema di buona fede recate dagli artt. 1175 e 1375 c.c.⁶¹⁵ In questo senso, abuso si avrebbe, ogniqualvolta un diritto, pur esercitato formalmente nel rispetto dei suoi limiti, violi la buona fede e la correttezza.

Queste disposizioni, nel regolare il rapporto obbligatorio e quello contrattuale, hanno una portata espansiva che non può non ricomprendere anche i diritti potestativi, ove inerenti a un rapporto patrimoniale: da un lato, infatti, le norme sulla buona fede sono diretta emanazione del canone costituzionale di solidarietà; dall'altro, si tratta qui pur sempre di un vero e proprio rapporto giuridico, d'ordine patrimoniale, che nulla ha di diverso da quello obbligatorio (senza dire che quasi sempre il diritto potestativo, a contenuto patrimoniale, nasce in capo ad un soggetto parte di una relazione obbligatoria o contrattuale).

Il significato assunto dal dovere di buona fede, nell'esercizio del credito e del diritto potestativo, non è, però, facile da esplicitare, allorché dalle affermazioni di principio si passi alla logica dogmatica⁶¹⁶.

Tra l'altro, non aiuta la considerazione per cui, se anche l'abuso può riportarsi alla buona fede, non è però vero che ogni violazione della buona fede costituisce un abuso, giacché possono avvenire scorrettezze da parte del creditore anche al di fuori di un vero e proprio esercizio del credito (il creditore, per ripetere un esempio già proposto, che viola segreti del debitore).

diritto nella teoria della norma giuridica, Milano, 1963, p. 174 ss. Più complesso, però, è comprendere cosa sia la 'giustizia sostanziale': ossia, se si tratti davvero di un principio etico, di una maggiore rispondenza alle coordinate dell'ordinamento, ovvero semplicemente degli ideali accolti dal gruppo dominante (cfr. A. GAMBARO, voce *Abuso*, cit., p. 2). A mio avviso, allorché la valutazione in termini di abuso si attui tramite il rinvio alla buona fede, di altro non si tratterà che delle regole etiche filtrate attraverso l'ordinamento (i suoi valori e la sua sistematica); viceversa, potrebbe però ben essere che il legislatore sancisca 'cos'è abuso' in una certa circostanza (arrivo subito nel testo a questo punto), così rompendo il collegamento con l'etica (e pur potendo il legislatore, nelle sue mire, attuare proprio un principio di più alta giustizia).

⁶¹⁴ Cfr. U. NATOLI, *Note*, cit., p. 28 s.

⁶¹⁵ Che del resto si prestano bene a contenere 'l'arbitrio' in cui consiste, in via di prima approssimazione, l'abuso del diritto secondo C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 64 s.

⁶¹⁶ Va evidenziato, nuovamente, che la buona fede come principio richiede una struttura dogmatica entro cui operare. Per quanto riguarda l'abuso lo hanno ricordato G. VETTORI, *L'abuso del diritto* distingue frequenter, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 156, e C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 366 s.

D'altro canto, la necessità di attenersi alle regole di buona fede evoca gli obblighi di protezione e la tutela risarcitoria degli stessi; dall'altro, invece, sembrerebbe richiamare addirittura una responsabilità di tipo extracontrattuale: entrambe le prospettive, però, mi sembrano inappaganti.

Per fornire una soluzione a quest'intricato scenario, bisogna probabilmente tornare ancora al concetto di abuso, e a quel suo dimorare in un'intercapedine che lo stretto diritto lascia aperta.

Ora, il fatto che il diritto si apra a valori ulteriori rispetto a quelli dell'ordinamento, o comunque a regole specifiche che contraddicono le sue disposizioni, non per forza impone di ritenere violato il principio di non contraddizione, né riducibile questo fenomeno a una rideterminazione delle norme giuridiche⁶¹⁷. Mi sono già soffermato su questo profilo: può essere interesse dell'ordinamento lasciare che vi sia uno spazio tra *ius scriptum* e buona fede o abuso. E, anzi, se l'ordinamento ammette questo spazio, bisogna pur ritenere che non siano istanze sociali o di giustizia ad aprirlo, ma che sia l'ordinamento stesso a consentirvi. In altri termini: l'auto-sospensione giuridica, come ogni stato di eccezione, non appartiene a un potere estraneo al diritto, ma è pienamente giuridica⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Sul punto debbo riferire l'opinione di recente esposta da M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss., e spec. p. 157 ss. L'autore sottolinea come l'abuso possa equivalere da un lato all'irrilevanza, e quindi a un eccesso, e dall'altro, invece, a una illiceità, rimanendo dunque «stritolato nella tenaglia di due contigui spazi logici». Inoltre, Orlandi cerca di spiegare come possa esservi illiceità e rilevanza, ossia, per dirla con G. PINO, *L'esercizio*, cit., p. 1, «esiste un diritto soggettivo a fare qualcosa di (giuridicamente) sbagliato? La ragione, secondo l'autore, è che in questo caso «si danno due fonti valide ed efficienti», che «mettono capo a due pretese contrapposte», «che sarà il giudice a combinare»; mentre «la prevalenza dell'uno o dell'altro effetto non dipende dalla efficienza della fonte, poiché essa è una volta per tutte guadagnata in origine, con il giudizio di validità». A mio avviso il concorso tra pretese, così tratteggiato, non può però chiarirsi fino in fondo se non ammettendo che l'ordinamento adotta un profilo hegeliano di tesi-antitesi, e che sia l'ordinamento stesso, dopo aver contrapposte le norme, a formularne una sintesi, e non invece il giudice. Sintesi che di norma sarà quella della validità-illiceità, ma che potrà pur essere quella della rilevanza-invalidità-illiceità (nel caso, ad esempio, di annullabilità di un atto abusivo). Qui si coglie un ulteriore dato: e cioè che l'atto può essere considerato pregiudizievole fin da subito, e per ciò stesso invalido (seppur esistente ed efficace); mentre l'illiceità, di norma, è qualifica successiva, che emerge una volta che l'atto sia portato a esecuzione (salvo che la sua esecuzione non sia automatica e contestuale: ad esempio, un licenziamento). In conclusione, non esiste un diritto a fare qualcosa di sbagliato, giacché l'esercizio è comunque sanzionato. Esistono però diritti, il cui esercizio l'ordinamento vuole efficace, anche se abusivo; in questo senso 'esiste il diritto', tanto quanto 'esiste la sanzione'. In ogni caso, non mi pare del tutto perspicua la critica che rivolge F. GALGANO, *Qui suo iure*, cit., p. 317 s. rivolge a Orlandi, ritenendo che l'abuso conduca sempre all'invalidità dell'atto, e al risarcimento solo nel caso in cui (per ragioni d'opportunità) si eserciti azione di inadempimento contrattuale (per violazione dell'obbligazione di adempiere il contratto secondo buona fede). A parte l'inesistenza di un'obbligazione di adempiere secondo buona fede (alla luce della tesi che ho *supra* esposto), resta il fatto che l'annullabilità (che Galgano cita, seppur in materia di diritto societario, ove occupa un ruolo particolare) non coincide con l'irrilevanza cui Orlandi si riferisce, né l'illiceità può essere esclusa, ove l'atto sia rilevante e valido.

⁶¹⁸ Il rinvio va ovviamente all'*Ausnahmestandard* e agli scritti di K. Schmitt. Se la buona fede è clausola che rinvia all'etica e alla morale, seppur filtrandola attraverso i dati del giuridico (v. § 4, Capitolo secondo, Parte Prima), ciò comporta che il diritto stesso sospenda in parte un giudizio per far operare

Resta da chiedersi perché mai l'ordinamento conservi questi piani sfalsati⁶¹⁹, questa duplicità di diritto stretto e diritto d'equità, senza ridurli a unità. Ciò può avvenire per varie ragioni: *a)* storiche⁶²⁰, anzitutto, come avveniva in Roma per il diritto pretorio, o nel *common law* per l'*equity*, e come ancora oggi accade, là dove il legislatore, ammettendo di non riuscire a stare al passo coi tempi, demanda a una clausola generale come la buona fede il controllo circa l'esercizio di certi diritti; *b)* formali, in secondo luogo, ogni qual volta l'ordinamento non potrebbe sospendere la titolarità di un diritto solo per il *quomodo* in cui è esercitato (così, ad esempio, se il creditore non accetta la prestazione del debitore senza legittimo motivo); *c)* di opportunità, soprattutto quando il sistema giuridico non vuole ritenere inefficace l'esercizio del diritto, limitandosi a sanzionare a valle alcuni profili (basti pensare all'esempio fornito dall'art. 1723 c.c.). Il che, tra l'altro, è un po' quello che avviene là dove i privati, anziché compiere un negozio diretto, si rivolgono a un procedimento indiretto: le conseguenze sono solo analoghe, e non giuridicamente del tutto sovrapponibili⁶²¹.

Se così è, ben si comprende come mai lo spazio, occupato dall'abuso, possa anche non essere demandato al regolamento tramite buona fede (intesa, qui, come clausola generale che rimanda alla correttezza), essendo anche ammissibile che

un'altra fonte. E anche a voler supporre, nella prospettiva dell'ordinamento, che la fonte resta comunque giuridica (come è di certo, allorché la condotta di buona fede sia specificata dal legislatore stesso), il risultato è sempre lo stesso: si tratta della sospensione parziale di una norma. Un'operazione, cioè, che denota la sovranità dell'ordinamento, comunque la si legga, e che non risulta contraddittoria: non si tratta di avere a che fare con due regole opposte che staticamente si contrappongono, ma di una dinamica interna all'ordinamento (cfr. pure R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 360, che ne deduce che l'abuso del diritto può piangere «disarmonie minime dell'ordinamento», ma certo non lo metterà *in toto* in discussione). Solo dal risultato del combinarsi di tesi e antitesi potrà rivelarsi la sintesi, ossia la disciplina finale del caso. Nell'abuso non si tratta, dunque, di una mera interpretazione sistematica che risolve un'antinomia, ma di una – voluta – doppia qualificazione.

⁶¹⁹ Un'indicazione, anche se nell'ambito di un discorso impostato in modo diverso dal mio, potrebbe già venire da F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 24 s., secondo cui «la necessaria mediazione tra l'affermazione di pretese in conflitto può giovare dell'idea (controintuitiva) dell'abuso».

⁶²⁰ In realtà, è affermazione comunemente ripetuta che l'ordinamento romano, come quello inglese, non avrebbero bisogno di teoria dell'abuso del diritto (A. GAMBARO, voce *Abuso*, cit., p. 2; A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 449, nt. 47), e questo perché «le correzioni degli errori di programmazione normativa avvengono all'interno della stessa fonte». Non è meno vero, però, che tali errori hanno avuto bisogno della creazione di un secondo sistema normativo, come dico nel testo, almeno in una fase dell'evoluzione di questi ordinamenti.

⁶²¹ Il secondo piano è, di norma, occupato dalla buona fede; ma così potrebbe anche non essere. Il più delle volte l'abuso rileva per mezzo di un interesse legittimo (lo vedremo nel prossimo paragrafo). La stessa condotta, scriminata grazie all'esercizio del diritto, si rivela lesiva della buona fede nell'ambito dell'interesse legittimo, e ivi illecita. Si dirà, se si vuole sottolineare che l'illiceità non è quella derivante da un bilanciamento tra interessi (cui l'abuso solo talvolta, e tra l'altro forse nemmeno mai, sovrintende: cfr. sempre il § 5), che l'esercizio del diritto è 'illegittimo', giacché contrario all'interesse 'legittimo'. Il che recupera in pieno uno spunto offerto di recente da F. PIRAINO, *Il divieto*, cit., § 7, secondo cui vi sono «due livelli della valutazione giuridica e due requisiti concorrenti per l'accesso alla tutela giuridica degli interessi rilevanti, la liceità e la legittimità».

l'ordinamento stesso⁶²² indichi cos'è abuso in un certo caso concreto⁶²³. Ciò che determina il carattere 'abusivo', e non 'eccessivo', di una condotta, non è dunque sempre – anche se di norma lo è – la necessità di ricorrere alla clausola generale, ma semmai il fatto che un soggetto, pur esercitando efficacemente un diritto, viola la buona fede, per come essa è o per come l'ha specificata il legislatore. Si tratta, dunque, non della buona fede intesa necessariamente come clausola generale, ma della buona fede come canone di correttezza, cui deve conformarsi chi, ad esempio, esegue un debito, o deve rispettare un interesse legittimo.

Proprio questa mi sembra la migliore ricostruzione dogmatica delle nostre ipotesi⁶²⁴, suggerita tra l'altro dallo stesso diritto amministrativo. L'esercizio del potere

⁶²² Secondo A. GAMBARO, *Abuso*, cit., p. 1, «il problema dell'abuso riguarda», almeno in una sua accezione, «il fallimento della programmazione normativa»: di conseguenza, «una volta corretto l'errore di attribuzione» (ossia l'attribuzione di un diritto troppo vasto a un soggetto, che potrebbe farne uso con modalità tali da rivelarsi 'antisociali'), «il problema dell'abuso scompare». Difatti, «nel linguaggio giuridico la violazione di un obbligo non è mai denominata abuso». Questa visione (comune già a M. D'AMELIO, *Abuso*, cit., p. 96, per cui «il problema ... consistente nel ricercare il limite del diritto quando non è fissato dalla legge») coglie senza dubbio un aspetto fondamentale comune a tutte le teorie dell'abuso del diritto. A parere di chi scrive, però, essa andrebbe inserita in un sistema più ampio, identificando uno tra i vari criteri per distinguere, di volta in volta, abuso ed eccesso del diritto, come si va spiegando nel testo. Anche secondo A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 453 s., allorché il legislatore codifica uno specifico caso di abuso del diritto, esso ... smette di appartenere a tale categoria, necessariamente connotata da elasticità ed indeterminatezza. Tuttavia, è vero che l'abuso solitamente si caratterizza per tali peculiarità, ma esse, lungi dall'essere indispensabili o sufficienti, sono un mero indice del ricorrere, per l'appunto, di un abuso, piuttosto che di un eccesso dal diritto. Fermo restando che, talvolta, la ricognizione della questione può apparire poco più che un gioco logico, alla luce dell'indifferenza sul piano effettuale della qualificazione. Riconduce invece il recesso, e in particolare il licenziamento, pure con i suoi limiti legislativamente imposti, al problema dell'abuso G. LEVI, *L'abuso*, cit., p. 70 ss.

⁶²³ Al riguardo v. invece G. PINO, *L'esercizio*, cit., p. 8, secondo cui «se ... è stata prevista una disciplina specifica sulle modalità di esercizio del diritto e il titolare la viola, non si ha abuso del diritto, ma una condotta illecita *tout court*». E, però, M. ORLANDI, *Contro l'abuso*, cit., p. 159, sostiene che l'abuso non esiste, perché o vi è irrilevanza, o illiceità. Bisogna allora intendersi: una cosa è l'abuso, come spazio e interapedine legislativa, di cui io parlo nel testo; un'altra l'abuso, come correttivo volto a rimediare alla tecnica legislativa della fattispecie (e che dunque non può non richiedere il rinvio a una clausola generale); infine, un'altra cosa ancora è l'abuso, come reazione *ex post* all'esistenza di un atto, volta a renderlo inesistente (concetto che non esiste nel diritto, giacché, proprio come dice Orlandi, sarebbe risucchiato dall'irrilevanza). L'abuso di cui parlo, dunque, diviene inevitabilmente diverso dall'abuso cui si riferisce solitamente la dottrina: ma solo perché, a mio avviso, l'abuso è un concetto più vasto, che non perde la sua essenza sol perché è stato regolato dal legislatore (risultando invece essenziale comprendere se si svolge un giudizio a due tempi). Cfr. V. GIORGIANNI, *L'abuso*, cit., p. 154, che emblematicamente ritiene che 'abuso' sia solo che «non si trova» in sede normativa «specificamente proibito». Ma l'autore lo afferma per farne discendere, come conseguenza, la differenza tra abuso e illecito, e per sottrarsi alla critica di 'contraddittorietà' solitamente elevata nei confronti delle teorie dell'abuso (*ivi*, p. 156).

⁶²⁴ Poco oltre parlerò dell'idea di M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., *passim*, che distingue, nell'ambito della responsabilità aquiliana, conflitti modali e occasionali, cui sovrintendono criteri diversi di soluzione del contrasto. Essa, secondo quanto dirò, non è poi così dissimile negli esiti da quella di Busnelli e della Navarretta, che fanno operare per la soluzione di taluni conflitti l'art. 833 c.c. (visto, però, non come norma caratterizzata da un *animus nocendi*) e per altri l'art. 1175 c.c. V. del

amministrativo lesivo della buona fede, infatti, si situa per l'esattezza in quella intercapedine tra diritto stretto e inefficacia: come, tra l'altro, accade per tutti quei poteri che, pur esercitati illegittimamente, producono i loro effetti. Il fenomeno è qui – si pensi al licenziamento annullabile – più che mai visibile, e rende conto di quella violazione della buona fede nell'esercizio del diritto che è abuso, e non eccesso. L'interesse legittimo, tipicamente protettivo, avrà ad oggetto un'attività che nell'esercizio del diritto o del potere non leda la sfera giuridica del soggetto protetto (giacché, come scrivevo poc'anzi, si danno casi di lesioni della buona fede compiute dalla controparte, che pure non sono annoverabili nel vero e proprio 'esercizio del diritto')⁶²⁵.

Infatti, l'interesse del soggetto che subisce l'esercizio del diritto, prima ancora che quello alla correttezza (che, come già ampiamente detto, costituirebbe una superfetazione normativa), è proprio a quello a che il diritto non sia esercitato (o che, venendo esercitato, non causi danni, o, ancora, che l'attività stessa della controparte, nella sua specifica veste⁶²⁶, non causi danni). Interesse che, a ben vedere, non è protetto *tout court* dal diritto, ma, per l'appunto, nei limiti della correttezza⁶²⁷. Qualora,

resto M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 187 s., sulla 'frammentazione positiva dell'abuso del diritto in singoli istituti', e p. 190, sulla sua 'ricomposizione in ottica aquiliana', giacché, come scrive l'autore «il campo aquiliano non è ... previamente circoscrivibile entro conflitti esaustivamente enumerabili»: per entrambe le due ricostruzioni, dunque, a risultare centrale in ottica aquiliana è l'idea dell'abuso. La differenza è (così M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 198 s.), piuttosto, nel fatto che l'abuso 'pisano' si distingue dall'eccesso del diritto, mentre quello di Barcellona risulta essere nient'altro che «una virtuale antinomia tra principi (e/o tra regole) che viene sistematicamente composta attraverso un criterio di prevalenza relativa ... del tutto interno allo stesso sistema giuridico positivo e alle sue logiche». Ma, se ben vedo, anche qui il contrasto tra opinioni è più apparente che reale: e ciò sta nel fatto che, da un lato, si sottolinea quel processo che potrei chiamare di tesi-antitesi, tutto interno all'ordinamento, e se ne deduce la vera e propria sussistenza di un abuso; dall'altro, invece, si evidenzia il fatto che la sintesi è operata pur sempre all'interno dell'ordinamento e su basi ordinamentali, e dunque non può che risolversi in un eccesso. Ma l'abuso, se altro non è che uno sfalsamento di regole che producono solo in un moto hegeliano la regola finale, è tale anche e resta tale, senza confondersi con l'eccesso, proprio in un'ottica di revisione sistematica, che imponga di comprendere le strutture su cui si basa l'ordinamento.

⁶²⁵ A mio avviso, al centro dell'interesse legittimo protettivo vi è l'interesse a un esercizio favorevole delle posizioni in parola: che, di regola, è il *non esercizio* (non esercitare il potere, non esercitare il credito: non toccare la sfera altrui, tollerare l'inadempimento o non richiedere l'adempimento). Ciò non toglie che in svariate circostanze l'interesse a non subire danni (protetto solo eventualmente) si accompagni all'interesse a un certo *esercizio* (ad esempio, la p.a. esercita pur sempre il potere quando emette un provvedimento favorevole al privato nell'ambito di un procedimento ablatorio; così, il creditore in certe occasioni deve lasciar adempiere il debitore, che ha un interesse proprio ad adempiere, il quale si sovrappone e copre all'interesse a non subire la perdita patrimoniale connessa alla prestazione).

⁶²⁶ Il riferimento non va ai danni legati da un nesso di causalità, né a quelli connessi per occasionalità, ma – come già anticipato – ai danni prodotti dalla controparte nella sua specifica veste, anche indipendentemente dall'esercizio del diritto.

⁶²⁷ Il debitore, o colui che versa in situazione di soggezione, ha interesse al non esercizio del diritto: ciò che però non gli è assicurato dalla legge. Viceversa, l'ordinamento gli assicura che la controparte agisca secondo buona fede. La soddisfazione dell'interesse al non esercizio del diritto, in

però, ci si chieda un che modo rilevi questo interesse, ci si avvede che il modulo è, ancora una volta, quello dell'interesse legittimo: questa, infatti, la qualificazione normativa della (per ciò stesso giuridicamente rilevante) situazione che fa capo al soggetto nei cui confronti può essere compiuto l'abuso.

Si dovrà dunque supporre che, ai sensi dell'art. 1175 c.c., chi si trova dinnanzi a un diritto potestativo⁶²⁸ o a un credito – il debitore o chi versa in soggezione⁶²⁹ – goda della protezione di un interesse legittimo: in questo senso è preservato quello sfalsamento tra piani, per cui l'esercizio della posizione giuridica è in sé effettivo ed efficace, anche quanto a scriminante (a livello extracontrattuale), ma deve confrontarsi su un altro versante con il dovere di rispettare un interesse legittimo: dinnanzi al quale la violazione della buona fede rileverà nelle forme solite, e nessuna scriminante potrà essere opposta (essendo contraddittorio, a questo livello, il suo stesso impiego).

Da un lato, vi è quindi la necessità di considerare illecito l'atto che, pur esercizio del diritto, si ponga in contrasto con tale regola. Al fine di evitare la scriminante (ammettere che il danno avvenga *non iure*) di cui godrebbe il soggetto titolare del diritto: ma, se così fosse, nessun senso avrebbe più la regola sul dovere di buona fede.

Dall'altro lato, poi, vi è qualcosa di più penetrante, che consente di ritenere sempre il danno *contra ius*, pur nell'efficacia dell'esercizio del diritto. E non è poco, giacché ciò consente di ritenere risarcibili anche danni che al di fuori di questa protezione non lo sarebbero: così, l'esercizio scorretto del diritto può ledere interessi preesistenti, ma può anche accadere che il danno sia meramente patrimoniale (il creditore Tizio chiede Caio di adempiere a un certo orario, ma si presenta in ritardo, facendo sì che il debitore perda del tempo).

Ciò, del resto, consente anche di mantenere distinto l'abuso dall'eccesso (anche se, come vedremo, probabilmente anche in caso di eccesso potrebbe allargarsi la protezione dell'interesse legittimo). Infatti, l'esistenza di un interesse legittimo non fa sì che il diritto dell'agente sia limitato: piuttosto, rende ingiusto un danno causato nell'esercizio di un diritto. L'esistenza dell'interesse legittimo, insomma, non interviene ponendo un obbligo a carico del titolare del diritto e così restringendo il diritto stesso, ma rileva solo a favore della controparte.

altri termini, è qui eventuale; ma pur sempre questo è l'interesse protetto, seppur nei soli limiti della buona fede. È quanto avviene, insomma, in ogni caso di interesse legittimo protettivo.

⁶²⁸ Il problema dell'abuso di 'potere' non credo si possa porre: esso diviene di norma abuso di un credito (si pensi al caso del potere direttivo del datore di lavoro), oppure resterà irrilevante.

⁶²⁹ La figura dell'interesse legittimo, facente capo al soggetto nei cui confronti l'esercizio del diritto può produrre un detrimento e, quindi, in via di primo e sommario inquadramento, al debitore e a colui che è soggetto al potere privato, può contribuire poi a spiegare la natura relazionale dell'abuso del diritto.

4. ... e responsabilità extracontrattuale

Queste considerazioni vanno confrontate subito con il pensiero di certi studiosi che, viceversa, nel considerare l'abuso quale violazione della correttezza (eventualmente *sub specie* di emulazione), finiscono per costruire su di esso l'intero sistema della responsabilità extracontrattuale⁶³⁰.

Fin troppo noto è il dibattito tra quanti ritengono che l'art. 2043 c.c. sia una norma secondaria e quanti, invece, vi vedono una norma primaria⁶³¹. Tra questi ultimi,

⁶³⁰ Il riferimento va ancora a F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 169 ss.

⁶³¹ Sin troppo note le vicende interpretative di questa disposizione. L'iniziale attaccamento, della dottrina e della giurisprudenza, per l'(inesistente) divieto del *neminem laedere* è cominciato a scemare con gli studi di R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420 ss., secondo il quale, se è vero che «il fatto illecito» non è «fenomeno atipico (corrispondente ad ogni fatto dannoso, che non rientri nell'ipotesi tipica di una causa di giustificazione)», è anche vero che «ogni illecito civile può ben dirsi caratterizzato da una specifica 'ingiustizia', giacché «l'ingiustizia di un fatto non significa 'antigiuridicità enuncziata espressamente in una norma diversa dall'art. 2043 c.c.'», pur rimanendo «un concetto giuridico-positivo», valutabile dall'interprete sulla base di «testi di legge chiari e precisi» che «prevalgono o reprimono determinati comportamenti umani». Nello stesso anno si colloca un altro breve, ma importante, scritto, ossia quello di P. SCHLESINGER, *La 'ingiustizia' del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 ss., spec. p. 342 s., il quale appuntava l'ingiustizia, più che sul carattere *contra ius* del danno, sulla natura *non iure* del condotta: ossia, danno risarcibile era quello arrecato in assenza di cause di giustificazione. Entrambi gli autori, dunque, finivano per ravvisare nell'art. 2043 c.c. una norma primaria (seppur non rinviando a criteri sociali per riempirla di contenuto, ma a riferimenti giuridici positivi). L'altrettanto nota ricerca di S. RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, spec. p. 112 s., apparsa poco successivamente, esaltava il requisito della contrarietà a diritto intesa come 'danno arrecato *contra ius*'; e, ravvisando nell'art. 2043 c.c. una clausola generale, rimandava l'interprete alla ricerca di situazioni giuridicamente rilevanti per valutare la sussistenza di un danno ingiusto (negli esiti, dunque, non si distanziava troppo dalle tesi attuali più restrittive: cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 26; sull'irrelevanza di certe questioni solo terminologiche v. pure C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 89). Più di recente, la dottrina si è collocata in due versanti (per altri riferimenti sull'evoluzione storica v. P.G. MONATERI, voce *Responsabilità civile*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 1 s.): il primo, che rinviene nell'art. 2043 c.c. una norma primaria (se non come clausola generale; ma qui i problemi stanno a monte, nella definizione di clausola generale, e soprattutto nel comprendere se tale sia una norma che rinvia comunque all'interno e non all'esterno dell'ordinamento – e, ancora più a monte, se sia una norma primaria quella che non rinvia a generici interessi, ma a situazioni già giuridicamente rilevanti –); il secondo, per cui il 2043 c.c. è una norma secondaria. Cominciando da quest'ultimo orientamento, essa ha tra i suoi più illustri esponenti C. CASTRONOVO, di cui v. in particolare *La nuova responsabilità civile*³, cit., *passim*, e spec. p. 3 ss. e 45 ss. (secondo il quale l'art. 2043 c.c. è connotato da una 'tipicità evolutiva', mentre il danno è sempre *contra ius*, e l'esercizio del diritto rileva quale causa di giustificazione). Gli aderenti a questa tesi, comunque, oggi non suppongono di certo più che l'art. 2043 c.c. limiti il risarcimento alla lesione di diritti soggettivi assoluti, ponendo invece l'accento sulla 'tipicità evolutiva' della norma. Sul punto, comunque, v. già G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, p. 151 s.; oggi cfr. F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 703 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia*, cit., p. 3 ss.; S. MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., p. 349 ss. M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e 'ingiustizia' del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 423 ss., sostiene la natura secondaria della norma, ma nell'ambito di una originale revisione del modello di responsabilità aquiliana su cui avrà modo di soffermarmi *infra* (in nota, sempre in questo paragrafo); l'autore intende l'espressione 'ingiustizia' come metafora, formula brevioloquente per rinviare a concetti noti tra giuristi (soviene, al riguardo, il confronto tra ordinamento francese e tedesco operato, anche su questo versante, da P.G. MONATERI, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, *passim*), o talvolta anche poco noti (con il risultato di disorientare l'interprete, il quale non

sa in quali «luoghi normativi ... cercare[e] le risposte»). V. però poi pure p. 443, ove si specifica il pensiero aggiungendo che l'art. 2043 c.c. ha anche «natura primaria' nel senso che l'arsenale degli obblighi attributivi preesistenti non è immediatamente utilizzabile ai fini conservativi e ... perciò ... la tutela aquiliana postula criteri suoi propri di selezione e di soluzione dei conflitti». La tesi, dunque, sta un po' nel mezzo tra le opinioni delle due correnti. Anche V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, oggi in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 737 ss., spec. p. 754 ss., afferma la natura secondaria dell'art. 2043 c.c. (v. spec. p. 802 del saggio *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, *ivi*), ma che il giudizio di ingiustizia rilevi sul piano del «contenuto dell'obbligazione risarcitoria» (cfr. anche p. 798, e la critica in E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-III, Milano, 2009, p. 149 s.), e che esso costituisca l'«esito di un giudizio valutativo» delle posizioni di danneggiante e danneggiato, il quale tenga conto dell'inesistenza o dell'abuso di posizioni giuridiche in capo al danneggiante (di potere o dovere: p. 810), mentre dal lato del danneggiato «solo la istituzione di un ordine assiologico di prevalenza tra le contrapposte situazioni soggettive può fornire un idoneo parametro di commisurazione». Sarebbe il giudice il «protagonista del processo di evidenziazione ma anche di concretizzazione e specificazione dei dispositivi di ingiustizia». Non è un caso, infine, che Scalisi si rifaccia poi, nel risolvere il problema finale, agli *standards* valutativi (le clausole generali nell'espressione falzeiana): tanto in Barcellona, quanto in Scalisi, è proprio la personale interpretazione del concetto di clausola generale a dominare. Non, però, nell'ambito dell'ingiustizia, ma nell'individuazione dello specifico criterio di commisurazione per svolgere il giudizio di ingiustizia: ora (in Barcellona, come vedremo) con applicazione diretta di clausole generali come la buona fede (in taluni casi; ma è una buona fede che si rivolge all'interno, verso il sistema); ora (in Scalisi) con la ricerca dei criteri risolutori del conflitto nel sistema «interrogato ed esplorato nella totalità e globalità dei suoi valori e dei suoi principi, dei suoi *standards* valutativi, delle sue regole e norme generali, come pure delle sue disposizioni particolari e casuali». Viceversa, l'altro orientamento, aprendo all'interprete la strada della ricerca degli interessi da proteggere, è tenuto a fornirgli un criterio. In questo senso, ci cercheranno di limitare e individuare tali interessi, e normalmente si indicherà un luogo in cui e un parametro attraverso cui, al fine di evitare un'eccessiva responsabilità del danneggiante, effettuare un bilanciamento con gli interessi di quest'ultimo. Al riguardo va menzionata la tesi di C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 85 s., secondo cui «nella determinazione in concreto dei criteri per il giudizio assumono ... un forte peso gli elementi valutativi, attinenti sia alla posizione reciproca delle parti e al punto di rottura del 'giusto' equilibrio intersoggettivo, sia all'interesse 'generale' che giustifica l'attivazione della tutela predisposta». La «discrezionalità dell'interprete», comunque, non è illimitata, esercitandosi entro i «dati normativi»: in questo senso la «comparazione degli interessi» avviene tramite l'«analisi delle modalità di rilevanza e tutela che *aliunde* l'ordinamento assicura all'interesse di entrambi; nonché dell'intensità comparata delle medesime» (da cui discenderebbe l'impossibilità di far affarire l'art. 2043 c.c. alle norme secondarie, ma pure a quelle primarie in senso proprio, non riproducendosi il meccanismo delle clausole generali). L'ingiustizia, dunque, è non somma, ma «sintesi dei due profili», per cui il danno dev'essere arrecato *non iure e contra ius* (*ivi*, p. 87). Anche P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 97 ss., sottolinea che «tanto i divieti quanto le cause di esclusione dell'illiceità» posono «non risultare da altre norme di legge»; ma ne deduce che le due formule, ossia quella che si basa sulla violazione di un divieto, e quella che si fonda invece sull'inesistenza di una causa di esclusione dell'illiceità, dicono lo stesso. L'operazione sarebbe unica, e consisterebbe nel «tracciare, in base a varie considerazioni di utilità individuale e sociale, la linea di confine fra attività dannose lecite e illecite». La valutazione comparativa che ne discende richiede di far uso del criterio «di pubblica utilità» (tenendo conto anche dell'«esigenza di non inceppare lo svolgimento di attività utili», della «capacità del danneggiato di evitare il danno», del «grado di intensità dell'interesse alla stabilità della situazione minacciata», e così via). Molto ampia l'interpretazione di F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 27 s., secondo cui «il principio della risarcibilità di ogni danno qualificabile come ingiusto è una 'clausola generale': «quando non è la legge a lutare, essa stessa, che un dato danno è ingiusto ... la valutazione è rimessa all'apprezzamento del giudice, il quale decide, fattispecie per fattispecie, se l'interesse è degno di protezione secondo l'ordinamento giuridico e se la lesione, di conseguenza, costituisce un danno 'ingiusto', che deve essere risarcito». Delle teorie di F.D. BUSNELLI, che in una prima fase della sua riflessione (*La lesione*, cit., p. 73 ss.) aveva appuntato la fattispecie di responsabilità sul comportamento *non iure* e sulla lesione di una situazione giuridica soggettiva del danneggiato, già ho detto nel testo e in nota (v. però pure ID., *Itinerari*, cit., p. 561 ss., nonché F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI,

una posizione brillantemente sostenuta in dottrina⁶³² ha finito per rivendicare un autonomo spazio all'abuso del diritto proprio nel momento in cui si valuta l'«ingiustizia» del danno, intesa come carattere assieme *non iure e contra ius* dello stesso.

In particolare, ammesso che la lesione di qualsiasi interesse di controparte possa costituire danno ingiusto, secondo questa tesi l'interprete dovrebbe verificare – di nuovo, con un giudizio tipicamente relazionale – da un lato la consistenza dell'interesse leso e dall'altro quella della posizione del danneggiante. E questa valutazione non si potrebbe che condurre alla luce dei criteri forniti dall'abuso del diritto: per le situazioni in cui non v'era un previo rapporto, l'emulazione (letta come sproporzione); per le altre, la lesione della correttezza vera e propria.

Non è possibile in questa sede soffermarsi a fondo sui problemi della responsabilità extracontrattuale, che richiederebbero ben altra attenzione. Tuttavia, a essi vanno dedicati per lo meno alcuni cenni: tanto più che, se si ricorda, la sentenza n. 500/1999 faceva propria un'idea della responsabilità aquiliana molto vicina a quella sostenuta dagli autori che hanno elaborato lo studio citato.

Contro l'idea testé riassunta è stato di recente ribadito⁶³³ che la responsabilità extracontrattuale resta tipica, nel senso che solo la lesione di posizioni giuridiche soggettive o comunque di interessi protetti dall'ordinamento⁶³⁴ è tale da concretare un danno ingiusto, salvo che non ricorra il caso di norme che, a prescindere da una tale lesione, impongano il risarcimento a chi tiene una certa condotta (mentre per l'altra tesi l'illecito extracontrattuale finirebbe per risultare sempre, di fatto, di condotta, spostandosi l'attenzione dal 'danno ingiusto' alla 'condotta illecita').

*Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, p. 147 ss.). Cfr. anche G. ALPA-M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, I², *I profili dottrinali*, Milano, 1980, *passim* (e oggi G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 358 ss.); F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 137 ss. (secondo cui il problema del danno meramente patrimoniale è un 'non problema', giacché a evitarlo basta «una 'rilettura' del requisito dell'ingiustizia del danno che consenta all'illecito aquiliano di esprimere la sua naturale, ma non illimitata, estensione», «affidata all'attitudine selettiva di criteri normativi adottati nei diversi settori dell'attività dei privati ... che si dirige verso la scelta degli interessi meritevoli di tutela, senza alcuna costrizione dettata da rigide qualificazioni»); E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2419 ss.; EAD., *Il danno ingiusto*, cit., p. 135 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*; P.G. MONATERI-D. GIANTI-L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, p. 77 s.

⁶³² F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 171 ss., spec. p. 203 ss. V. pure E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 157 e 255 ss., e già EAD., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 625 ss., nonché EAD., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, *passim*, e spec. p. 165 ss. Critico C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 26 ss., oltre che F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 729 ss.

⁶³³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 3 ss.

⁶³⁴ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 500, parla di tipicità nel senso di una «elasticità evolutiva», che «significa adeguamento automatico della regola di responsabilità al ricnoscimento di nuove situazioni soggettive, ... prive ormai delle connotazioni proprie del diritto soggettivo».

Visibile è l'influenza, sulle due opinioni⁶³⁵, rispettivamente della dottrina francese⁶³⁶ (e dell'ampia clausola generale presente nel *Code*) e di quella tedesca⁶³⁷ (e tramite essa dell'*Enumerationsprinzip*). Quanto al BGB, infatti, è noto che è ivi prevista una tipicità dell'illecito (§ 823 I), che si apre (si è parlato di un triduo di piccole clausole generali) verso l'atipicità (o verso una differente tipicità) solo ove vi sia un *Schutzgesetz* (una legge di protezione: § 823 II) o un illecito contrario ai buoni costumi (§ 826)⁶³⁸. Tutto al contrario, l'*article* 1382 del *Code civil* afferma che: «tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer»⁶³⁹.

E, del resto, visibile è anche l'afferenza delle due tesi⁶⁴⁰ a un diverso modo di intendere il sistema di tutta la responsabilità, sia contrattuale che extracontrattuale;

⁶³⁵ Entrambe, comunque, accolgono l'idea per cui l'art. 2043 c.c. si troverebbe a metà tra l'art. 1382 francese e il § 823 BGB. V. F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 136 ss., e anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 11.

⁶³⁶ Cfr. emblematicamente F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., p. 554.

⁶³⁷ Cfr. ancora C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., *passim*.

⁶³⁸ V. per tutti H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*¹², München, 2013, p. 45 ss. Essenziale l'opera di E. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktrechts*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, II, Karlsruhe, 1960, p. 49 ss. Dal punto di vista comparatistico si possono comunque leggere i contributi, molti dei quali in lingua italiana, pubblicati in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Congresso Internazionale ARISTEC. Madrid, 7-10 ottobre 1993*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995. V. pure F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, e G. ALPA-M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, I², cit., p. 247 ss.

⁶³⁹ Opera essenziale sulla responsabilità civile in Francia è il trattato di R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*², I-II, Paris, 1951. Vi è però da prestare attenzione allo scarto tra formule declamatorie e regole operative, come magistralmente testimoniato da P.G. MONATERI, *La sineddوحة*, cit. Del resto, anche P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., p. 92, nota come non sia assolutamente vera l'affermazione per cui «nei sistemi fondati su una regola generale la responsabilità venga affermata in categorie di casi più numerose e più ampie che non nei sistemi fondati sul principio della tipicità». V. pure M. BARCELLONA, *Strutture*, cit., p. 421 ss., nonché G. ALPA, *Le frontiere attuali della responsabilità da illecito nel diritto comparato*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Congresso Internazionale ARISTEC. Madrid, 7-10 ottobre 1993*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995, p. 316 s.

⁶⁴⁰ La giurisprudenza, viceversa, si assesta su una posizione davvero ambigua. Se negli anni Ottanta, pur di rimanere fedele all'impostazione tradizionale del problema, aveva iniziato a parlare di un 'diritto al patrimonio' (si ricordi il noto caso De Chirico, ovvero Cass. civ., Sez. III, 4 maggio 1982 n. 2765, su cui v. l'importante nota A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745 ss.; in dottrina avalla la posizione della Cassazione A. LUMINOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 189 ss., che parla di interesse alla «libertà negoziale», aspetto della più generale «libertà di iniziativa economica» tutelata dall'art. 41 Cost.; per un'ampia casistica di riferimenti giurisprudenziali al 'diritto all'integrità patrimoniale' v. F. TORTORANO, *Il danno meramente patrimoniale (Percorsi giurisprudenziali e comparazione giuridica)*, Torino, 2001, p. 114 ss.), con la sentenza n. 500/1999, di cui ho già parlato a fondo, sembrava essersi avvicinata alle posizioni di chi ravvisa nell'art. 2043 c.c. una clausola generale (e, però, senza il rigore dogmatico che l'assunzione di quest'opzione avrebbe presupposto; sul danno meramente patrimoniale cfr. il Capitolo secondo di

tanto più che i dibattiti sul concetto di affidamento, sulla violazione degli interessi legittimi, sul danno meramente patrimoniale, sulla responsabilità contrattuale, non rappresentano altro che i vari fronti su cui si gioca questo scontro tra opposte visioni. Da un lato, dunque, vi è chi vede nel danno ingiusto la sintesi delle formule *contra ius* e *non iure*, implementando questa valutazione per il tramite del riferimento a buona fede e correttezza e finendo per ridurre la fattispecie aquiliana alla reazione a una condotta illecita⁶⁴¹; dall'altro, invece, vi è chi mantiene nettamente separati i concetti di danno *contra ius* e *non iure*, richiedendo tutt'ora una tipicità dell'ingiustizia del danno⁶⁴².

questa Parte, al § 1). Oggi si assiste a uno strano fenomeno, per cui la giurisprudenza, pur ammettendo che l'art. 2043 c.c. clausola generale sia, finisce sempre per ricercare un 'diritto' (e non solo un qualsiasi 'interesse') leso: il che testimonia l'imbarazzo dei giudici nel gestire uno strumento tanto duttile, quanto pericoloso (finendo per aprire la via al risarcimento di qualsiasi tipo di danno, e per confrontare genericamente due sfere giuridiche, o semplicemente due sfere di interessi, contrapposte). Lo dimostra l'approccio dei giudici al problema del danno da ritardo; più specificamente, ne è un esempio davvero emblematico il caso Cir-Fininvest, nell'ambito del quale la Cassazione ha censurato la Corte d'appello meneghina, che aveva supposto l'esistenza di un diritto 'ad un giudizio reso da un giudice imparziale', preferendo parlare di un – altrettanto immaginario – diritto 'a stipulare una transazione priva del condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta' (v. la decisione n. 21255/2013, più avanti ampiamente commentata; su questo punto v. G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento della posizione negoziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, § 4, nonché A. DI MAJO, *La 'via di fuga' nel torto aquiliano*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1101, e pure p. 1106 ss.; più in generale ID., *Discorso generale sulla responsabilità civile*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-3, Milano, 2009, p. 24, nonché F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 135, e A. THIENE, *Uso giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio*, in *NGCC*, 2000, II, p. 35 ss.)

⁶⁴¹ Che così sia lo dimostra anche il fatto che un propugnatore della tecnica della 'comparazione' (e che pur la limita attraverso il riferimento ai dati normativi), ossia C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 86, finisca per ritenere un *Schutzgesetz*, ossia l'art. 2598 (e l'art. 2600 c.c.), non una eccezione all'art. 2043 c.c., ma una «emblematica esplicitazione legislativa del tipo di procedimento logico che l'interprete è chiamato a riprodurre». L'esito, d'altro canto, è lo stesso cui perviene la considerazione in termini di interesse legittimo, come in generale tutta la responsabilità contrattuale; ma là l'ambito è ovviamente diverso (come lo è nel caso di violazione di *Verkehrspflichten*, secondo quanto dirò oltre). Premetto sin d'ora che la ricostruzione del giudizio di responsabilità aquiliana nei termini di una condotta illecita, la quale risulta necessariamente ove si instauri una relazione comparativa tra due interessi (che, tra l'altro, facilmente si traduce da un lato nella comparazione tra due diritti, per lo meno di libertà, e dall'altro in quella tra due sfere giuridiche contrapposte), non mi convince. Anzitutto, non esiste alcun divieto di *alterum non laedere*, per cui la condotta del danneggiante responsabile non è in tal senso illecita (ciò che è facilmente sostenibile di fronte all'inesistenza di una regola generale che imponga il dovere di non ledere, essendo questa semmai una formula riassuntiva o un *iuris praeceptum* – v. S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere [dir. pos. e dottrine moderne]*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, § 10, F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., p. 70, e però *contra* C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 545; mentre è più complesso il dibattito tra sostenitori dell'antigiuridicità basata sull'*Erfolgsumwert* e propugnatori invece del *Verstoß gegen ein Verhaltensgebot oder -verbot* – su cui v. già K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderes Teil*, 21³, München, 1994, p. 364, e da noi ampiamente G. CIAN, *Antigiuridicità*, cit., 37 ss. –, e che andrebbe a mio avviso risolto nel primo senso, salvi i casi di norme di protezione; ma tornerò sul tema ampiamente, allorché parlerò delle *Verkehrspflichten*; v. comunque, su questi profili, anche R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito [diritto vigente]*, in *Nov.mo Dig.*, VIII, 1968, e oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, spec. p. 27 ss.); in secondo luogo, non è ipotizzabile demandare al giudice il potere di bilanciare situazioni di interesse reciproco, al di fuori dei casi in cui l'ordinamento stesso l'ammette esplicitamente, giacché ciò si tradurrebbe in un potere difficilmente controllabile del giudicante (secondo quanto si fa sempre più palese nella nostra giurisprudenza); in terzo luogo, fondare, per quanto di fatto, la responsabilità aquiliana sull'illecito (sulla condotta) finisce per dare l'impressione che la responsabilità

Stando alla proposta ricostruttiva che legge nell'art. 2043 c.c. una norma generale secondaria, l'abuso del diritto avrebbe un ruolo molto minore.

Da un punto di vista generale, debbo ammettere che quest'ultima opinione mi sembra più attendibile, giacché dogmaticamente rigorosa, mentre la prima tende a consegnare al giudice un potere troppo elevato⁶⁴³. Tuttavia, vi sono anche altre ragioni a convincermi di quest'esito, che più da vicino toccano i temi della mia indagine.

Ove si ritenesse accettabile la diversa idea, infatti, si finirebbe per doverla applicare anche agli interessi legittimi: e in ispecie a quelli protettivi. Ora, dunque, si riterrebbe che il danno arrecato all'interesse legittimo non rilevi in ottica aquiliana, ma solo contrattuale, costruendovi attorno un'obbligazione senza prestazione; ora, al contrario, si supporrebbe che gli interessi sottostanti a quello legittimo vadano considerati vincenti, ove vi sia una violazione del medesimo contraria alla correttezza.

Il punto è che entrambe queste opinioni non si focalizzano sul concetto di interesse legittimo: mentre, a mio avviso, è proprio là che va trovata la migliore soluzione a questi problemi, esaltando l'autonomia di questa posizione giuridica. Ma,

oggettiva ne sia una forma speciale (quando, invece, sembra sempre più vero il contrario: non è un caso, allora, che su questo punto si riproponga il contrasto tra la scuola di Castronovo e quella pisana). Elemento della fattispecie del 2043 c.c. è, dunque, la sola ingiustizia del danno, intesa come lesione di una posizione giuridica soggettiva o comunque di un interesse protetto (che derivi ovviamente da una condotta umana); il comportamento viene in luce (oltre che come azione causalmente connessa all'evento) in sede di esame di cause di giustificazione. L'assenza di quest'ultime, a differenza di quanto avviene in Germania (cfr. § 823 BGB, nonché H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*⁶⁴², cit., p. 50 ss. e 89 ss., e K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 2¹³, cit., p. 368 s.), rappresenta interamente il giudizio di anti-giuridicità (volendo si potrà dire pure che quest'ultimo abbraccia anche quello di ingiustizia del danno, seppur tenendo separati i due momenti, come subito evidenzio; cfr. comunque C. CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 146 s.). Soprattutto, però, va sottolineato come l'anti-giuridicità non è semplicemente 'indiziata' dalla presenza di un danno ingiusto, così come avviene in Germania, ma è semmai fatto impeditivo della responsabilità (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 14 s.). Tuttavia non mi sembra, come pur è stato autorevolmente sostenuto da studiosi che si sono posti sullo stesso ordine di idee che ho poc'anzi riferito (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 3 ss.; F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., spec. p. 735), che queste considerazioni sul ruolo delle cause di giustificazione portino automaticamente a confutare la visione della responsabilità aquiliana di Busnelli e della Navarretta, giacché semmai è l'inverso (la confutazione di quest'opinione comprova un certo ruolo delle cause di giustificazione; l'argomentazione contraria alla ricostruzione di questi autori, però, non passa per dati logici, ma semmai per la valutazione della scelta positiva insita nell'art. 2043 c.c.). Inoltre, a mio avviso nella fattispecie dell'art. 2043 c.c. rientra, a livello di danno evento (e dunque non ancora come fonte di obbligazione risarcitoria), la lesione di un interesse protetto (in questo senso va inteso tale 'danno'), e non un vero e proprio danno come detrimento (restando fermo, però, che la fattispecie potrà dirsi irrilevante ove non si sia prodotto un danno; così F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 722 s.; spesso la dottrina ne fa discendere, però, l'impossibilità di condannare in forma generica ove non si dia un'apparenza di danno-conseguenza: a me pare, invece, che sia giusta la diversa soluzione giurisprudenziale).

⁶⁴² La tipicità può essere più larga, ora più ristretta, a seconda che si ammettano solo posizioni giuridiche alla tutela, oppure anche interessi altrimenti rilevanti per il diritto. La prima scelta, addirittura nella sola forma del diritto assoluto, affonda ormai nel passato.

⁶⁴³ Su questo v. in particolare L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 41.

lasciando da parte per ora la discussione sull'obbligazione senza prestazione (che riemergerà oltre), mi soffermo per ora sulla diversa ipotesi⁶⁴⁴.

Se si ritenesse che nell'ambito della responsabilità aquiliana i vari interessi rilevano sempre come tali⁶⁴⁵, non vi sarebbe alcuna necessità di far agire, su questo scenario, l'interesse legittimo in sé considerato, come posizione giuridica: infatti, a cercare tutela sarebbero sempre i singoli interessi sottostanti al medesimo⁶⁴⁶. Tuttavia, il dato legislativo è sicuro nel ritenere risarcibile (la violazione del) 'l'interesse legittimo', e non i singoli interessi sottostanti. Tanto più che, se così fosse, il giudizio di ingiustizia del danno sarebbe affidato, più che alla mera difformità tra condotta dovuta e condotta lesiva della buona fede, alla valutazione della lesione, da parte della p.a., di interessi della controparte, compiuta discostandosi dalle regole della correttezza: un interesse al bene⁶⁴⁷ da proteggere nei confronti dei provvedimenti ablatori (o comunque negativi), con un inevitabile esito di iper-protezione; un interesse al bene nell'ambito di quelli concessori (o comunque positivi)⁶⁴⁸; uno, al tempo in sé considerato⁶⁴⁹; uno, alla partecipazione; e così via.

⁶⁴⁴ Torno a prendere in considerazione, allora, F.D. BUSNELLI, *Lesione*, cit., p. 269 ss.; ID., *Dopo la sentenza*, cit., p. 335 ss.; E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 949 ss.; EAD., *Il danno ingiusto*, cit., p. 199 ss.

⁶⁴⁵ Seppur nella loro giuridica rilevanza (E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 149), tratta da un'interpretazione dei dati offerti dal sistema (*ivi*, p. 147 s.: ma la tesi non è accolta da taluni autori, che si spingono ancora oltre).

⁶⁴⁶ L'interesse legittimo, cioè, si ridurrebbe a forma di rilevanza giuridica di un generico interesse: ma questa forma di rilevanza verrebbe accantonata nell'ambito del giudizio di responsabilità, risultando foriera di conseguenze solo nel definire il criterio per valutare l'ingiustizia del danno (*contra ius e non iure*), basata dunque sull'abusività della condotta della p.a.

⁶⁴⁷ Lo stesso che fornirebbe qualificazione e differenziazione all'interesse legittimo.

⁶⁴⁸ Anzi, come a suo tempo scrivevo, nell'originaria formulazione la tesi di Busnelli consentiva protezione al solo bene della vita, e purché ulteriormente qualificato alla luce dell'affidamento («come soglia necessaria e sufficiente per un giudizio sull'ingiustizia del danno»: v. F.D. BUSNELLI, *Lesione*, cit., p. 272). A questo interesse E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 961 metteva a fianco, sempre negli interessi pretensivi, «il puro interesse alla correttezza della p.a., in assenza di tale affidamento»: il che, però, richiede di fondare sull'ingiustizia del danno, e addirittura sull'affidamento del privato, elementi che invece, e meglio, delimitano il danno-conseguenza. D'altro canto, l'affidamento, per essere tale, non può che avere a oggetto un risultato finale, e comunque non può mai dipendere dall'effettiva presumibile possibilità di vederselo soddisfatto (soprattutto allorché si tratta di un interesse legittimo che definirò 'pretensivo positivo', nascente *ex lege*): in altri termini, esso sorge in base all'aspirazione del privato di godere di un bene, e solo in virtù di una notevole *factio* si può ritenere che il privato confidi soltanto allorché ne ha ben donde (v., sul punto, pure E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 221). In altri termini si dovrebbe, allora, concludere nel senso che l'affidamento in questione non è quello soggettivo, ma quello che 'sarebbe legittimo in casi del genere avere in cuore'. Se così è, però, quest'affidamento non ha nulla a che vedere con quello di cui al danno da inesatte informazioni (da cui dovrebbe però derivare), e soprattutto, oltre alla denunciata *factio*, non spiega perché a essere risarcibile è un interesse positivo.

⁶⁴⁹ Ferma restando la difficoltà di ritenere ammissibile la protezione di un tale interesse (ovvero, di ritenerlo di per sé giuridicamente rilevante). Dopotutto, però, è il procedimento che il più delle volte

A parte la difficoltà di tutelare questi interessi di per sé, in quanto spesso privi di valore, risulta ancor più incomprensibile che rapporti abbiano essi con l'interesse legittimo: e la domanda, in particolare, sarebbe proprio quella riguardante il destino dell'interesse legittimo. Esso, privato (quasi) di ogni ruolo nella responsabilità extracontrattuale, finirebbe⁶⁵⁰ per non avere più alcun significato sostanziale, venendo confinato forse solo alla legittimazione a impugnare un provvedimento⁶⁵¹: e, a questo punto, sarebbe ben complesso comprendere quando nasce un interesse legittimo e che rapporti ha con il risarcimento del danno da lesione degli interessi sottostanti. Si finirebbe, cioè, per perdere di vista il fatto che la lesione dell'interesse legittimo è danno in sé ingiusto, come l'inadempimento del debitore nel credito, e che solo ammettendo questo si può comprendere con facilità come i rimedi specifici possano convivere con il risarcimento del danno⁶⁵².

Ma i veri problemi sorgono per l'interesse legittimo pretensivo: la tesi in questione necessita di ipostatizzare l'affidamento del privato, ritenendolo bene, interesse, autonomamente risarcibile. Ma l'affidamento del privato, se letto soggettivamente, può anche mancare; se letto oggettivamente non è di certo un interesse tra i tanti (che semmai è quello al bene finale), ma è l'interesse legittimo stesso. E, per di più, anche ove vi fosse una sostanziale certezza del privato di vedersi riconosciuto il bene della vita finale (il provvedimento favorevole o ciò che è con esso acquisibile), resterebbe risarcibile il bene stesso, ovverosia un'aspirazione a un risultato futuro. Ma quest'aspirazione non fa parte del patrimonio del soggetto protetto: o, meglio, ove si ritenesse che vi faccia parte⁶⁵³, si dovrebbe concludere nel senso che anche l'aspirazione del creditore alla prestazione vi è già inclusa, che dunque

segue la giurisprudenza amministrativa, che, nel risarcire il danno da ritardo, va alla ricerca di un autonomo interesse.

⁶⁵⁰ Al riguardo va ricordata l'opinione di E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 956 s., la quale, postasi un dubbio simile a quello di cui al testo (sulla scia di L. BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 37), risponde: «l'interesse legittimo ... si limita ad identificare fattispecie dotate di seri riferimenti normativi ed eventualmente sperimentate dalla giurisprudenza, fornendo un argomento formale rispetto ad ogni dibattito e ad eventuali eccezioni che non rinuncino all'approccio di tipo formale e dando inoltre, attraverso un modello teorico, un sostegno aggiuntivo alla ricerca sostanziale di concreti interessi emergenti». Il che, però, non esclude una sorta di sgretolamento dell'interesse legittimo (come, nell'ottica dell'art. 2043 c.c. proposta, di ogni posizione giuridica), il quale non avrebbe in sé una logica risarcitoria, ma si limiterebbe a fornire all'art. 2043 c.c. i criteri per il suo risarcimento. Il che non è accettabile, ove si ammetta che l'interesse legittimo vive in un rapporto giuridico e richiede di esprimere (in sé e per sé) la regola di questo rapporto, compendiando i rimedi offerti al privato (anche al fine di permetterne l'armoniosa interazione).

⁶⁵¹ Esito che, tra l'altro, si avvicina a quello cui perviene la tesi del 'contatto amministrativo'.

⁶⁵² Risulterebbe tra l'altro impossibile ridurre il *quantum* del risarcimento nel caso di interessi legittimi pubblicistici protettivi e provvedimento, pur viziato, ma reiterabile con un contenuto simile e sempre negativo. Tornerò su questo punto nel paragrafo dedicato a questi interessi legittimi.

⁶⁵³ Del resto E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 961, parla di risarcimento di un «interesse negativo».

risulterebbe risarcibile (anche) in via extracontrattuale⁶⁵⁴. All'opposto, la responsabilità contrattuale non è surrogabile da quella extracontrattuale, che preserva il patrimonio per com'è in un certo istante (a prescindere da eventuali poteri o diritti altrui di ridurlo), e non per come sarà (non potendosi annoverare la prestazione già nel patrimonio del soggetto leso)⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ Come si ricorderà, l'interesse è protettivo quando è volto a mantenere utilità che sono già nel patrimonio, pretensivo quando è volto ad averne di nuove. Se si pensa a un rapporto (obbligatorio o di potere-soggezione), l'interesse è quello a non subire detrimenti economici; vero che lo stato di debitore e di soggetto al potere ha già in sé un detrimento (e, dunque, il patrimonio dovrebbe già risultare compresso), ma a fini di ricostruzione vanno senza dubbio considerati il patrimonio e la persona del soggetto passivo 'integri', ossia a prescindere dalla posizione giuridica altrui (e dalla quella corrispettiva svantaggiosa). D'altro canto, il titolare di queste posizioni può rinunciare, non esercitarle, lasciar prescrivere o decadere, tollerare, etc. Del tutto diverso è ciò che avviene nel caso di interesse pretensivo, come ho già, a suo tempo, chiarito, nella Parte Prima.

⁶⁵⁵ Come noto, un certo orientamento si muove (non incontrastato: C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 449) nel senso di avvicinare fortemente le due forme di responsabilità (per tutti F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., *passim*). Ora, a me sembra che quest'idea non sia del tutto fondata, in quanto le due forme si distinguono per regime giuridico per non pochi profili. Ma, oltre a ciò, v'è da dire che l'autonomia dei due schemi discende (come pure l'autonomia del terzo genere, ossia della responsabilità per lesione dell'interesse legittimo), più ancora che dalle modalità della tutela, dal suo inserirsi in un più complesso sistema rimediabile, che è ovviamente opposto nella responsabilità contrattuale e in quella extracontrattuale (basti pensare all'esistenza solo in un caso di una domanda di adempimento). Guardare alla prima (intesa solo come 'fonte di obblighi risarcitori'), senza tenere conto del secondo, può comportare distorsioni (tanto più che – v. § 3 Capitolo secondo Parte Prima, e § 2 Capitolo terzo Parte Seconda – il danno da inadempimento tiene sempre conto del 'valore della prestazione', con inevitabili deformazioni – adattamenti – della *Differenztheorie*, oltre che agli interessi resi rilevanti *ex art.* 1174 c.c. – v. § 2 Capitolo secondo Parte Seconda –; e del resto v. proprio F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 180 e 233 s.). In ogni caso, il discorso che svolgo nel testo non è toccato da queste considerazioni: lì voglio solo notare come la responsabilità contrattuale afferisca a una logica di spettanza (secondo la terminologia di Castronovo; per altri spunti v. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 175 s., nt. 102), ove il valore perso fa parte nel patrimonio del soggetto leso (e anche in caso di inadempimento non si guarda al venir meno del bene 'credito', come avviene invece in caso di lesione aquiliana del credito stesso). Il diverso modo di intendere queste responsabilità, che non può essere superato senza cadere in una faticosa indistinzione, è rispecchiato dall'interesse legittimo: esso, ove pretensivo, si inserisce in una logica di spettanza (se 'pretensivo negativo', da essa discenderà il margine massimo di risarcimento nel caso di lesione – salvo quella arrecata agli interessi 'altri' –; se 'positivo', riguarderà il vero e proprio oggetto di tutela). La confusione tra tipi di responsabilità va dunque evitata, anzitutto perché diversa è la logica in cui debbono operare; e così pure, all'interno della responsabilità per lesione da interesse legittimo, vanno distinte le responsabilità per violazione di interessi protettivi e pretensivi (positivi e negativi; rileggendo in definitiva l'art. 1173 c.c. in questo senso: fonti di obbligazioni sono il contratto e gli altri atti o fatti idonei secondo legge a produrle, e fonti di obbligazioni risarcitorie sono l'inadempimento e il ritardo nell'adempimento di obbligazioni – cfr. C.A. CANNATA, *L'inadempimento*, cit., p. 8 s. –, il fatto illecito, la violazione di interessi legittimi nelle loro varie forme; il che impone però pure di considerare vario il criterio di imputazione nelle forme di responsabilità risarcitoria: ora la colpa, ora una responsabilità oggettiva: così C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 505, ma *contra* F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 239 e 242). V. allora S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 51, secondo cui «da tendenza ad unificare concettualmente le due responsabilità costituisce il frutto di una parzialità prospettiva che considera soltanto l'epilogo dell'illecito ma non la sua scaturigine, che rimane inevitabilmente legata a due distinte ed incommunicabili manifestazioni di doverosità: il dovere generico e l'obbligo» (cfr. già, comunque, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 96 s.). V. pure, in parte, A. DI MAJO, sub *art.* 1173 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 245 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 199;

E, ancora, risulterebbe anche da un altro punto di vista davvero complesso comprendere quale sia l'interesse sostanziale leso in caso di violazione di un interesse legittimo pretensivo: il livello di approssimazione di ciascun interesse, infatti, è lasciato alla sensibilità dell'interprete. Si tocca, qui, un punto di valenza generale. Ove si lascia all'interprete la possibilità di indicare l'interesse leso e quello che ha portato il danneggiante ad agire, si finisce per abbandonare un criterio legale, e per restare senza alcun parametro. Nulla vieterebbe, infatti, di ritenere che qualsiasi danno sia arrecato nel godimento di un qualche interesse (e nell'esercizio di un qualsiasi diritto), giacché basterebbe far riferimento alle più vaste libertà⁶⁵⁶; e nulla vieterebbe di ritenere leso un

ID., *Profili della responsabilità civile*, cit., p. 10 s.; E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., p. 505 ss. (che però svaluta la distinzione tra forme di responsabilità). Tra l'altro, queste osservazioni non inficiano l'annotazione per cui l'interesse legittimo protettivo scimmiotta, invece, la responsabilità aquiliana, aggravandola in tanto in quanto pone uno specifico obbligo di condotta (sancendo l'illiceità del comportamento che non si adegua e lede il patrimonio o la persona altrui; pur con i dovuti adattamenti, si può ripetere quanto C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 458, scrive per la responsabilità per violazione di *Verkehrspflichten*). Tornerò su questi punti parlando del concorso o cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Prima, però, debbo menzionare un'immagine di recente tratteggiata da L. NIVARRA, *Alcune precisazioni*, cit., p. 75, secondo cui nel caso di 'danno da inadempimento' il risarcimento assolve una funzione reale, anziché risarcitoria (ma Nivarra ne fa discendere, tra l'altro, l'esclusione di tale danno dalla previsione dell'art. 1223 c.c.: e, cioè, tanto dal danno emergente, quanto dal lucro cessante; *contra*, e per l'opinione tradizionale, v. G. GRISI, sub *art. 1223 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2013, p. 174 s., e pure A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria*, cit., p. 254). Di certo (lo ammette pure di Majo, sempre a p. 254) il risarcimento per prestazione mancata è danno contrattuale in senso stretto ed è danno emergente. Ed effettivamente la tutela, anche quando risarcitoria, assume notevoli tratti caratteristici, rendendo difficile applicarvi *in toto* il concetto di danno differenziale, quanto meno con riguardo al danno contrattuale vero e proprio (in senso stretto): la tutela risarcitoria contro l'inadempimento esiste sempre, perché un danno sembrerebbe esservi sempre dinnanzi all'inadempimento definitivo – non al ritardo –, ed essere pari al valore della prestazione (si pensi al caso in cui Tizio si accordi con Caio perché questi gli demolisca una bellissima e costosissima statua, solo perché gli ricorda un amico con cui è in cattivi rapporti, e si osservi come, anche qui, un danno vi è, anche se l'inadempimento ha consentito di salvare la statua, tanto più che in taluni casi la mancanza di un risarcimento farebbe divenire il vincolo obbligatorio di fatto privo di effettività – ma negli Stati Uniti si è deciso diversamente: ne dà conto M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente*, cit., p. 66 s. –; diversi i casi in cui si deve calcolare il cd. *aliunde perceptum vel percipiendum*, in cui dall'inadempimento, e direttamente da esso, è provenuta una situazione *pari* – almeno in parte – a quella in cui il creditore si sarebbe trovato a contratto eseguito). Tuttavia, secondo A. DI MAJO, *L'obbligazione 'protettiva'*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 1 ss., non solo per questo la tutela del creditore diverrebbe reale (così pure S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 743 ss.). Ai nostri fini non serve, però, scendere in questo dibattito (giova solo osservare come lo scritto di di Majo, ai §§ 3 e 4, riproponga l'avversione dell'autore nei confronti dell'obbligazione senza prestazione, da lui vista piuttosto come 'prestazione'; il punto è, a mio avviso, che l'incertezza che viene notata a proposito dell'obbligazione senza prestazione è proprio quella di ridurre a una sola protezione certe posizioni che sono 'pretensive' – come gli interessi legittimi pretensivi verso il medico –). Sul danno da inadempimento, infine, rinvio allo studio monografico di G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005.

⁶⁵⁶ Gli stessi F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 205, parlando di «incontro conflittuale tra due situazioni soggettive previamente qualificate dall'ordinamento, vale a dire tra un diritto o una libertà, da un lato, e un interesse giuridico meritevole di protezione risarcitoria, dall'altro lato». Ma interesse giuridico meritevole di protezione è, per l'appunto, anche una libertà: e la precisazione di E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 955 s., per cui non è mai solo l'abuso a rendere ingiusto il danno, richiedendosi oltre al requisito del *non iure* anche quello del *contra ius*, e per cui vi è

qualsiasi interesse della controparte. L'esito sarebbe, insomma, quello di considerare fronteggiarsi sempre, e semplicemente, due sfere giuridiche, due vastissimi interessi (alla piena esplicazione e alla preservazione della sfera patrimoniale e personale), riducendo l'attenzione dell'interprete solo e soltanto sulla condotta. E, così, l'osteggiato riferimento alla buona fede nell'obbligazione senza prestazione finirebbe per divenire criterio di tutte le relazioni sociali (eventualmente declinato come emulazione là dove manca un previo rapporto), creando di fatto un numero esorbitante di pseudo-rapporti obbligatori.

Quest'indistinzione, che pure potrebbe essere astrattamente accettabile, a me sembra finisca per confermare quell'eccessiva libertà che questa tesi assegna all'interprete: quando, invece, sarebbe necessario far riferimento a un parametro legale per confinare questa discrezionalità altrimenti poco controllabile.

Condividendo, allora, la ricostruzione del sistema di responsabilità nel senso della natura secondaria della norma recata nell'art. 2043 c.c., v'è da chiedersi che ruolo abbia l'abuso del diritto, per tornare al discorso che andavo prima conducendo.

Può accadere, come la dottrina ha notato⁶⁵⁷, che la lesione aquiliana non intervenga nell'esercizio di un diritto, e si produca a carico di un interesse giuridicamente rilevante. Nel concetto di diritto andranno, ovviamente, escluse le libertà: e questo sia perché le libertà non possono mai offrire una scriminante (altrimenti, la offrirebbero sempre), sia perché esse non costituiscono 'facoltà d'agire', come i diritti veri e propri, ma solo 'facoltà di agire', nel senso di 'autodeterminarsi', entro gli spazi non occupati da divieti. Insomma, le libertà hanno carattere residuale, e sono sicuramente cedevoli rispetto alle altre posizioni giuridiche.

necessità comunque di «procedere ... con estrema cautela», così che sarebbe «necessario che dall'interazione fra dato positivo, nuove istanze e bilanciamento di valori emergano fattispecie meritevoli di instaurare nuovi conflitti idonei a giungere alla risarcibilità», non mi pare eviti la critica. Come la stessa autrice nota, nell'art. 2043 c.c. inteso come clausola generale non vi l'idea di una «clausola aperta, ossia di un contenitore incontrollato di interessi», giacché la «stessa clausola contiene ad un tempo l'elemento propulsivo dei nuovi interessi ... e quello inibitore degli interessi contrapposti». Ma, se così è, allora il giudizio di ingiustizia resta comparativo, e che nulla vieta di rinvenire interessi di qualsiasi tipo in capo ad ambo le parti, essendovi comunque un parametro (l'abuso) idoneo a contenere le spinte risarcitorie (si direbbe: una 'rete di contenimento'). In altri termini, non vedo cosa preclude di inserire nel giudizio di ingiustizia anche due mere libertà, generalissime, al solo fine di darvi adito (né ciò è impedito dal fatto che il giudice, nel rinvenire l'interesse leso, debba basarsi sul sistema, evincendone una protezione per certi interessi: cfr. E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 147; in ogni caso, l'esito divisato nel testo è ancor più manifesto nelle tesi che riconoscono al giudice un vero e proprio potere creativo nell'individuazione dell'interesse leso). Dal punto di vista esattamente opposto, poi, si è notato come non sempre sia facile rinvenire una libertà in capo al soggetto agente (danneggiante), al fine di dare fondamento al giudizio comparativo (così M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul 'concetto' di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 233, nt. 69, ripreso da F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 771).

⁶⁵⁷ Riprendo lo schema di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 29 s. (ma v. pure ID., *Abuso*, cit., p. 1052)

Viceversa, può accadere che nell'esercizio del diritto sia arrecato un danno, senza però che siano lesi interessi rilevanti altrui: e in questo caso è ovvio che non vi sarà alcun risarcimento (e alcuna responsabilità).

I problemi si pongono, invece, nelle altre due ipotesi. La prima è quella in cui due diritti o interessi protetti si fronteggiano; la seconda, invece, è quella in cui nessun interesse protetto vi sia in capo al danneggiante, né al danneggiato.

L'ipotesi di contrasto tra posizioni è risolta, dalla dottrina in parola, facendo riferimento all'abuso del diritto, e in particolare all'art. 833 c.c., interpretato come norma generale, estendibile ben al di là dei diritti reali; l'altra, invece, supponendo che un risarcimento si dia solo allorché intervenga una norma di protezione, volta a rendere illecita una certa condotta in sé intesa (come accade in particolare per la concorrenza sleale⁶⁵⁸).

⁶⁵⁸ Cfr. A. DI MAJO, *Il problema*, cit., p. 312. Non è un caso, a mio avviso, che la concorrenza sleale si valga della correttezza come criterio per effettuare il bilanciamento (qui, non tra diversi diritti, ma tra le libertà di ciascun imprenditore): cfr. gli artt. 2598, n. 3, e 2600 c.c. Non potranno, qui, nascere interessi legittimi, mancando infatti un previo rapporto che ne giustifichi la nascita; tuttavia, la situazione è molto simile proprio a quella degli interessi protettivi, giacché si tratta di tutelare certi soggetti da comportamenti potenzialmente lesivi di altri soggetti che, appartenendo a un gruppo ristretto, da un lato dispongono di un potere (di fatto) di incidere dannosamente sulla sfera altrui, dall'altro possono facilmente prevedere il prodursi di questa lesione. In questo senso, allora, è parzialmente da rivedere l'affermazione – per gli altri profili sicuramente condivisibile – di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 269, secondo cui ove una norma «assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio» (così pure C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci*, in *NLCC*, 2014, p. 852, nt. 57, a proposito degli artt. 2598 ss. c.c., e già E. NAVARRETTA, *Riflessioni*, cit., p. 2426; v. però C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 702, secondo cui «il legislatore può adoperare tale categoria anche al di fuori del rapporto obbligatorio»; A. D'ANGELO, *Buona fede-correttezza nell'esecuzione del contratto*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 101 s., ne fa discendere una distinzione tra buona fede, che sarebbe sempre 'contrattuale', e correttezza, che potrebbe anche – art. 1175 e 2598 – non appuntarsi su un vincolo contrattuale). In generale, sulla rilevanza della tecnica del *Schutzgesetz* nel nostro ordinamento, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir c. Fininvest: brevissime note sull'interpretazione del contratto di transazione e sulla delimitazione del suo oggetto*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 359 s. La vicinanza del *Schutzgesetz*, quale indicatore dell'ingiustizia, all'interesse legittimo è dimostrata da alcuni esempi emblematici: basti pensare all'art. 872 c.c., un tempo interpretato come norma attributiva di un interesse legittimo di diritto privato, e oggi meglio ascritta proprio alle norme di protezione rilevanti in chiave aquiliana (cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, in *NGCC*, 2014, II, p. 360, nt. 26). Si vedano in questa luce, allora, le parole di A. DI MAJO, *Il problema*, cit., p. 312: «sono noti gli sforzi di dottrina e giurisprudenza per dare una collocazione sistematica ad una normativa siffatta, che svincola il risarcimento del danno dal diritto soggettivo»; «si è perfino tirata in campo la tesi che la norma codifica un principio eccezionale di risarcibilità dell'interesse legittimo in diritto privato»: «da norma di edilizia, posta nel generale interesse della tutela, verrebbe a proteggere anche occasionalmente l'interesse del singolo danneggiato dalla violazione». Il fatto è che la somiglianza con l'interesse legittimo non sta nell'occasionalità (che non è carattere nemmeno dell'interesse legittimo!), ma nel fatto di reagire a un illecito di condotta e di proteggere in questo modo la sfera giuridica di un soggetto contro certe invasioni altrui. Così, mi sembra possibile avvicinare l'illecito che ho chiamato di condotta a quello 'di contegno' di cui a V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, p. 95 ss. (sul punto v. pure M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 242 ss.), e aderire all'idea dell'autore secondo cui esso è tipico; salvo, però, distinguere i casi in cui esso dà vita a una forma di responsabilità aquiliana (come sempre accade per l'autore), e quelli in cui il giudizio di violazione della

regola si situa nell'ambito di un interesse legittimo (come a mio avviso avviene in certe circostanze; quali esse siano, dovrà deciderlo l'interprete, sfruttando i dati ordinamentali che a tal fine sovengono: in particolare, verificando se la regola del giudizio è la buona fede in senso stretto – e qui si recupera lo spunto mengoniano –, se si tratta di danno preceduto da una specifica relazione, se invece esso è arrecato a una classe generale non meglio identificabile, e così via; al termine di questa valutazione si scoprirà se la legge ha voluto introdurre una fattispecie tipica di illecito di condotta, o se ha dato adito a una ricostruzione in termini di interesse legittimo). A rigore, come nota l'autore (*ivi*, p. 97; e pure M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 225 s., nt. 14), gli illeciti 'di contegno' non hanno l'esigenza di individuare nella loro fattispecie costitutiva una lesione, ma piuttosto una perdita, che costituirebbe l'elemento di danno (evento, che comunque non si confonderebbe con il danno-conseguenza); in questo dunque si distinguerebbero dagli interessi legittimi (ove la violazione della buona fede non richiede, per essere tale, alcuna perdita). Al riguardo, tuttavia, potrebbe sostenersi – e io mi atterro a quest'idea – che la stessa differenza tra danno-evento e danno-conseguenza, e soprattutto il parziale discostamento degli illeciti di condotta rispetto alla norma di cui all'art. 2043 c.c., porti a ritenere illecita la condotta in sé considerata, a prescindere dalla perdita che essa arreca (indipendentemente dalla questione circa l'afferenza del danno-conseguenza, anziché alla fattispecie, all'effetto, come lo stesso V. PIETROBON, *Illecito*, cit., p. 81, propone). Né questo finirebbe per far ritenere ingiusto in sé un danno, a prescindere dalla considerazione del soggetto nei cui confronti era orientata la condotta: giacché la stessa norma di protezione, che crea l'illecito di contegno, ha in sé gli elementi necessari per distinguere tra tutti i *cives* quelli che possono ritenersi soggetti passivi (a prescindere dall'esistenza di un danno-conseguenza; e a tal fine non serve rifarsi all'idea tedesca di 'scopo della norma violata', né si può sospettare che la norma possa rendere rilevanti anche interessi di soggetti terzi, alla luce proprio della sua tipicità: così V. PIETROBON, *Illecito*, cit., p. 100 s., e però v. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 259, che si basa tuttavia sul carattere di norma primaria dell'art. 2043 c.c.; *contra* C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 468, nt. 56). Per di più, la stessa norma, di regola, richiede la violazione di contegni che di per sé recano lesione di interessi (e ciò a differenza dagli interessi legittimi, ove ad esempio la violazione di obblighi di informazione non lede alcun interesse – potendo, semmai, essere prodromica a una perdita –). A questo punto, ci si potrebbe però chiedere se la figura dell'interesse legittimo altro non sia che una forma sintetica per riferirsi a una tutela aquiliana da un illecito di condotta. A me pare che così non sia, e che ciò dipenda, essenzialmente, da questi fattori: dalla vicinanza con la forma di responsabilità contrattuale; dalla necessità di postulare un rapporto precedente al danno tra futuro danneggiante e danneggiato; dalla ricchezza del contenuto della posizione (che può prevedere anche poteri caducatori e altre facoltà); dalla stessa necessità (costituzionale) di rinvenire nell'interesse legittimo una vera e propria posizione, e non solo una forma breviloquente per riferirsi a una norma aquiliana di protezione. Per tutti questi motivi – e, in particolare, alla luce del confine che ho tracciato tra l'art. 2043 c.c. come norma secondaria, da un lato, e, dall'altro, le eccezionali ipotesi di norme di protezione a rilevanza aquiliana, e quel loro 'ispessimento' che ne cambia del tutto la natura e prevede addirittura la formazione di un previo rapporto tra due parti, ovvero l'interesse legittimo – non posso condividere la brillante e nota ipotesi sostenuta di recente da M. BARCELONA, prima in *Strutture*, cit., p. 439 ss., e poi spec. p. 446 s., e poi nel suo *Trattato della responsabilità civile*, cit., *passim*, spec. p. 165 ss., su cui v. anche A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., p. 32 ss., secondo cui i conflitti aquiliani si distinguerebbero in occasionali e modali, a seconda del fatto che due sfere non interferiscano normalmente o all'inverso interferiscano fisiologicamente. «L'incompatibilità occasionale pone ... un problema di rischio», quella «modale ... di disfunzionalità sistemica»; così, nei primi casi l'ascrizione di responsabilità «dipenderà esclusivamente dall'imputabilità del danno alla colpa ... o a un fattore del cui rischio specifico si abbia a rispondere», nei secondi invece «dipenderà dall'imputabilità del danno al dolo ... o alla violazione degli altri criteri modali previsti dal sistema quali la mala fede, la scorrettezza, la slealtà professionale». Il punto è, a mio avviso, che i secondi conflitti sono spesso irrilevanti in prospettiva aquiliana, o perché non si danno posizioni protette (o norme di protezione), o perché figura un'eccezione *iure, sed iure feci*. D'altro canto, la tesi dell'autore, non adottando il punto di vista dell'interesse legittimo e della possibilità interferenza tra più rimedi per il pregiudizio di quest'ultimo, si trova più in difficoltà, allorché deve valutare – ad esempio – il rapporto tra risarcimento del danno precontrattuale e caducabilità del contratto (M. BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 196 e p. 471 ss.; quanto detto vale a prescindere dagli esiti cui giunge l'autore in punto di [in]compatibilità tra rimedi diversi). Anche per questo, la ricostruzione in termini di interesse legittimo mi sembra preferibile.

Mi discosto da questa ricostruzione solo per alcuni, limitati, profili.

Anzitutto, mi sembra che il contrasto tra posizioni non si manifesti solo ove si confrontano due diritti. Esso, viceversa, avviene a mio avviso dove vi siano due posizioni che sono fisiologicamente in conflitto, e dunque che non sono ritenute, dall'ordinamento, cedevoli l'una nei confronti dell'altra. Ad esempio, ritengo che l'interesse a passeggiare liberamente si ritragga di fronte alla tutela della proprietà altrui (non si parla, ovviamente, di un 'abuso', ma della stessa non equipollenza – e dunque non confrontabilità – dei due interessi protetti, che dimorano su piani diversi: e ciò vale tanto ove si supponga che l'interesse a passeggiare rientra in una libertà o comunque è tutelato, quanto ove si reputi che resta indifferente, e che dunque non vi è nemmeno una posizione giuridica, pur non confrontabile); o, in modo meno scontato, che l'interesse del debitore a preservare la pienezza della propria sfera giuridica nell'adempimento ceda (al di fuori dell'interesse legittimo) nei confronti del diritto del creditore (pure quando vi sia una scorrettezza), e dunque prevalga sempre e comunque l'eccezione di condotta *iure*.

Viceversa, l'interesse a esporre liberamente il proprio pensiero non cede di fronte all'onore altrui, anche se si tratta senza dubbio di una libertà di fronte a un diritto: il fatto è che queste posizioni fisiologicamente confliggono⁶⁵⁹, già per come sono protette dall'ordinamento, e dunque vi è la necessità di trovare un criterio per bilanciarle (e quindi per farle interagire). Criterio, qui, offerto secondo la giurisprudenza dai limiti di verità, continenza e pertinenza, che non coincidono di certo con quelli recati nell'art. 833 c.c.⁶⁶⁰, in qualsiasi modo lo si interpreti. E, così, credo sia necessario concludere che, come il conflitto tra posizioni giuridiche e l'eventuale scriminante dell'esercizio del diritto si manifesta ove l'ordinamento lo ammette, attribuendo tutele contrastanti e di fatto però sovrapposte, così il criterio per risolvere tale conflitto vada ricercato nell'ordinamento, alla luce di un'interpretazione sistematica, che potrà volta per volta mutare⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ In questo senso mi pare possa dogmaticamente fondarsi l'avvertimento di F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 765, secondo cui nella responsabilità aquiliana l'antinomia, più che tra norme, è 'di principio' (v. poi anche p. 772 s.).

⁶⁶⁰ La centralità dell'art. 833 c.c., viceversa, al fine del giudizio sull'abuso appare in C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 30; e pure in F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 762 ss., spec. p. 775 ss. Lo stesso avviene, ma non in modo esclusivo, né adottando una interpretazione soggettiva dell'art. 833 c.c., nella teoria di F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 186 ss. e 203 ss.

⁶⁶¹ Ad esempio, nell'ambito della tutela della *privacy* (salvo non volervi rinvenire rapporti e interessi legittimi protettivi: il che mi pare fuori luogo), saranno i criteri posti dal d.lgs. 196/2003. Su questo v. almeno E. NAVARRETTA, *Riflessioni*, cit., p. 2426; C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 702; E. PELLECCIA, *Informazioni personali*, cit., p. 144 ss. Rilevanti sono anche, ai nostri fini, le parole di E. BARGELLI, *Profili applicativi dell'interesse legittimo di diritto privato nella legge n. 675/1996*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusaglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001, spec. p. 17, per la connessione tra interesse legittimo, abuso del diritto e tutela della *privacy* (ma *ivi* v. pure A. BELLIZZI, *Considerazioni sull'oggettività giuridica dei 'dati personali'*, spec. p. 81, e C. LO SURDO, *La correttezza e*

In secondo luogo, là dove nessuna posizione si confronta, ed emerge la necessità di individuare un *Schutzgesetz*, qui emerge il vero campo di applicazione dell'art. 833 c.c. (fermo restando che altre leggi di protezione possono venire in luce, le quali applicheranno anche altri e diversi parametri). A questa disposizione è necessario ora dedicare attenzione⁶⁶².

La previsione è stata interpretata – in linea generale e salve le ovvie sfumature – in due modi opposti, valorizzando ora il contenuto degli atti, ora l'intenzione del proprietario (*animus nocendi*). La prima linea di pensiero ritiene emulativa la condotta che in sé appare tale, ossia, pur ledendo un altro soggetto, non palesa un'utilità per il proprietario⁶⁶³; la seconda, invece, richiede il dolo specifico del proprietario stesso, e dalla condotta semmai trae prova di questo (emulativi e vietati sarebbero solo gli atti intenzionalmente volti unicamente a creare danno)⁶⁶⁴.

La prima opinione, poi, tende in alcune ricostruzioni a tradursi nella sanzione della sproporzione tra interesse leso e interesse perseguito⁶⁶⁵; tra l'altro, si finisce talvolta per ammettere (logicamente, e correttamente, visti i presupposti) un atto emulativo colposo⁶⁶⁶. La seconda, invece, si mantiene salda nel dolo (specifico),

*gli strumenti di tutela apprestati dagli artt. 13 e 18 della legge n. 675/1996, p. 82 ss.). Non sempre nei casi in parola, a ben vedere, assume rilievo l'emulazione, o la buona fede: ciò avviene di norma ove la legge stessa non li richiama come criteri per effettuare il bilanciamento. Sulla molteplicità di criteri emersi in dottrina v. F. PIRAINO, 'Ingiustizia del danno', cit., p. 774 s., il quale, però, rinvia infine all'art. 833 c.c. Viceversa, a me pare ammissibile un bilanciamento condotto su criteri diversi, pur sempre ispirati dall'ordinamento; e, tuttavia, i miei più larghi margini consentono di delimitare comunque la ricerca di 'criteri di bilanciamento' tra interessi, che dal confronto tra situazioni del danneggiante e del danneggiato possano lasciar comprendere se il danno, sebbene *contra ius*, sia però *iure* (il che ne concreta causa di giustificazione, che dovrà essere provata dal danneggiante). Molto più ampia, invece, la ricostruzione di E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 642 ss. (e v. pure EAD., *Diritti inviolabili*, cit., p. 165 ss.). In ultimo, v. pure U. NATOLI, *Limiti e presupposti del conflitto dei diritti*, oggi in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, p. 471 ss. (anche se il tema è sviluppato in senso non del tutto coincidente con quanto di nostro interesse).*

⁶⁶² Su cui, oltre alla bibliografia di cui alle prossime note, v. anche C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 87 ss.; F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 775 ss.; A. GAMBARO, voce *Abuso*, cit., p. 5.

⁶⁶³ V. già M. ALLARA, voce *Atti emulativi*, cit., § 6, per l'idea secondo cui lo scopo rilevante è degli atti e non del loro autore. Sulla sua scia, G. LIOTTA, *Profili*, cit., p. 35, e M. COMPORTE, *Diritti reali*², cit., p. 196.

⁶⁶⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 30. Sul punto v. pure (con idee parzialmente diverse) C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 95; F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 778.

⁶⁶⁵ Soprattutto nella Scuola pisana (v. F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., p. 189 s.; già U. NATOLI, *La proprietà*², cit., p. 159 ss., spec. p. 165), ove l'abuso viene distinto dall'eccesso (e collegato a un problema di sproporzione o di scorrettezza valutabile *ex post*, anziché di sviamento). Non alla sproporzione, ma comunque a una penetrante funzionalizzazione arrivano alcune delle tesi, riportate *supra*, che limitano l'interesse tutelato del proprietario (sulla scia di Costantino). V. pure in C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, p. 605, il quale poi (p. 614) concentra il suo discorso sulla 'funzione' (accostata alla 'causa') della proprietà.

⁶⁶⁶ Cfr. M. COSTANTINO, *Contributo*, cit., p. 165; P. PERLINGIERI, *Introduzione*, cit., p. 200 s. U. NATOLI, *La proprietà*², cit., p. 166 s., invece, parla di *scientia* dell'agente (quindi dolo, magari anche solo eventuale).

risolvendo così ogni altra questione, e semmai interrogandosi sulla sufficienza di un'utilità minima o perfino illecita per escludere questo elemento soggettivo⁶⁶⁷. La mancanza di un'utilità dovrebbe, così, a rigore rientrare nella prova del dolo⁶⁶⁸: ciò che tipicamente ha uno scopo può essere ritenuto tale anche per chi commette l'atto emulativo, e viceversa.

A me pare che sia più conforme alla legge⁶⁶⁹ l'idea per cui è abusiva la condotta soggettivamente emulativa (che richiede certi atti – cioè l'esercizio, probabilmente non sempre solo attivo, di certe facoltà del proprietario⁶⁷⁰ – volti al puro di fine di recare

⁶⁶⁷ Cfr. M. DOSSETTI, voce *Atti emulativi*, cit., p. 3.

⁶⁶⁸ Anche se la dottrina tradizionalmente pone *animus nocendi* e assenza di utilità uno accanto all'altra (v. per tutti M. DOSSETTI, voce *Atti emulativi*, cit., p. 2 s.). V. sul punto G. PINO, *L'esercizio*, cit., p. 10.

⁶⁶⁹ Oltre a essere l'idea comunemente accettata dalla giurisprudenza di Cassazione (cfr. A. GAMBARO, *Il diritto*, cit., p. 486), anche se non sempre da quella di merito (G. LIOTTA, *Profili*, cit., p. 47 ss.; v. però la sentenza n. 402/1960 di Cassazione, che proprio Gambaro, a p. 491, nt. 64, menziona). La giurisprudenza ne deduce anche la sufficienza di un'utilità illecita, il che è parso a taluno contrario all'idea per cui, in questo caso, «l'inevitabile reazione dell'ordinamento deve entrare nel calcolo secondo il normale apprezzamento dell'uomo medio» (cfr. A. GAMBARO, *Il diritto*, cit., p. 490; non è un caso che l'autore accosti quest'idea alla giurisprudenza «che riconosce il carattere emulativo di condotte in cui sia vistosissima la sproporzione tra l'interesse promosso e quello, altrui, che viene leso», e che così avvenga anche in C.M. MAZZONI, *Atti emulativi*, cit., p. 610). L'esempio adottato (tratto da Cass. civ., Sez. III, 6 febbraio 1982, n. 688), a dire il vero, lascia pensare a un caso di emulazione (aver elevato un muro, di modo da coprire la vista del vicino, in base a un progetto interdetto dal Comune, e non aver poi demolito lo stesso), ma per omissione. Se si accetta, infatti, l'idea per cui elemento alla base dell'art. 833 c.c. è il dolo specifico, va da sé che esso non vi è più allorché si persegua una – qualsiasi – altra utilità, anche illecita (scadendo in dolo generico). L'attore avrebbe dovuto valorizzare, se non già e nelle forme più opportune l'abusività della costruzione (intesa come tutto unico) e dunque anche del muro, alla luce delle norme pubblicistiche, quanto meno l'impossibilità del convenuto di continuare la costruzione, nonché l'inutilità di mantenere una costruzione difettosa, per dedurre (se possibile) la prova del dolo specifico. Un altro esempio potrà chiarire la mia posizione: se Tizio, proprietario del fondo X, desse una festa privata, invitando alcuni amici e aprendola ad ulteriori loro conoscenze, e decidesse, all'ingresso, di non lasciare entrare Caio, solo perché 'di colore', senza dubbio il suo comportamento sarebbe moralmente riprovevole, nonché volto a perseguire un'utilità inesistente, se non illecita (non far entrare nel proprio fondo una persona nera). La discriminazione sarebbe senza dubbio sanzionabile in ottica contrattuale (lo vedremo oltre); ma ai fini dell'art. 833 c.c. credo resterebbe la pienezza dei poteri proprietari, non esclusi da un comportamento che, seppur riprovabile, non è animato dall'unico fine di ledere. In altri termini, il proprietario qui non si determina ad agire in virtù del danno che vuole arrecare, ma del profitto che vorrebbe ottenerne (preservare il suo fondo); seppur la difficoltà nell'apprezzare questo come profitto, fa sì che una diversa ricostruzione potrebbe indugiare sul danno (ossia, sulla lesione dell'onore derivante dalla condotta tenuta, unico scopo dell'estromissione).

⁶⁷⁰ Dell'abuso mediante omissione parla R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 355 (si accorge del potenziale distruttivo di una scelta diversa, in tema di omissione, *ivi*, a p. 361); a favore U. RUFFOLO, *Atti emulativi*, cit., p. 36; *contra* P. PERLINGIERI, *Introduzione*, cit., p. 196 s. Parlando di omissione, si badi, il riferimento non va a un 'non uso' del diritto, ma a un certo 'uso', che si traduce tuttavia in un *non facere* (dunque il rinvio alle parole di A. SCIALOJA, *Il 'non uso' è 'abuso' del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 256 ss., a commento di Cass. civ., Sez. II, 15 novembre 1960, n. 3040 – la stessa decisione da cui trae spunto P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., p. 205 ss. – non sarebbe corretto): non lasciar entrare nel fondo, non distruggere un bene che v'è sul proprio fondo, non potare le piante del proprio fondo. Il problema è che, ammettendolo, bisognerebbe ritenere che vi siano degli oneri positivi a carico del proprietario, anche al di fuori di specifiche posizioni di garanzia: così, ad esempio, che il proprietario di una casa

molestia o danno o anche, e semplicemente, pericolo di danno). Vero è che il codice riferisce lo scopo agli atti, ma è implicito il connotato soggettivo pure in questi. D'altro canto, mentre nel nostro codice manca una disposizione generale atta a sanzionare gli illeciti di dolo specifico – e la lacuna sarebbe grave –, mi sembra meno corretto richiedere, per ogni atto proprietario, un bilanciamento di interessi, alla luce delle ragioni che ho già esposto. Si finirebbe, infatti, pure per sanzionare atti poco utili, demandando di fatto al giudice il potere di concretare la 'funzione sociale' della proprietà.

La semplice sproporzione, infatti, oltre ad allontanarsi dal tenore testuale⁶⁷¹, finirebbe per far ritenere che chiunque compie un atto poco utile, ma molto dannoso, anche al di fuori dell'esercizio di un diritto, va considerato responsabile del danno semplicemente sulla base della sua colpa. Il che si tradurrebbe in una clausola di responsabilità troppo ampia, per esser stata inserita nelle pieghe di una disposizione il cui tenore letterale è ben più ristretto. Ciò non toglie, però, che la prova dell'intento

disabilitata debba aprirla ai poveri. Per quanto moralmente necessario, non mi pare che lo sia anche giuridicamente. Semmai, potrebbe sostenersi che vi è abuso nel caso in cui si omettano atti che altrimenti, se non per la finalità emulativa, si sarebbero di sicuro compiuti. Ad esempio, chi non taglia delle piante, che normalmente vengono potate, solo per recare fastidio al vicino, oppure chi non le taglia nonostante il vicino si offra di pagare le spese e, sempre solo per dare fastidio (o comunque recare danno) rifiuti. Allo stesso modo, potrebbe risultare emulativa la chiusura del fondo (su v. G. LIOTTA, *Profili*, cit., p. 13 ss., spec. p. 42, con opinione molto largheggiante), nel caso in cui si riesca a provare (ma sarà quasi impossibile) che il proprietario non avesse lo scopo di preservare il suo fondo, ma solo di nuocere a un certo altro soggetto; probabilmente sarà possibile dimostrarlo solo allorché sia provato che il proprietario non aveva alcuna ragione (nemmeno soggettiva o discriminatoria: v. *supra*) nell'impedire l'accesso, nel frattempo consentito a chiunque altro. In ogni caso, anche ad ammettersi queste figure, la cautela è d'obbligo: ad esempio, l'art. 833 c.c. si riferisce ad atti, e l'illecito omissivo che ne deriverebbe di fatto richiederebbe di postulare delle posizioni di garanzia, la cui base legale è difficile da vedere. D'altro canto, l'omettere ha sempre in sé un'utilità: e, quindi, vi sarebbe sempre quell'interesse personale, quella finalità soggettiva, che l'art. 833 c.c. richiede, perché non si abbia emulazione. D'altro canto, l'omissione non va nemmeno limitata troppo, giacché potrebbe sottendere un 'atteggiamento strategico', tramite il quale il proprietario vuole massimizzare i benefici derivanti dalla tutela, per l'appunto, proprietaria che l'assiste (v. A. GAMBARO, *Il diritto*, cit., p. 491 s., nt. 65, e anche G. PINO, *L'esercizio*, cit., p. 11 s., che distingue criteri intenzionali e criteri economici nella valutazione dell'abuso del diritto). Vero è anche, però, che in tal caso solitamente i problemi sono risolti dalle norme in tema di condominio o in virtù di specifici obblighi di buona fede che nascono dalla vicinanza che il condominio stesso comporta (ove la sopportazione di disagi, che potrebbe essere il motivo che importa il rifiuto di compiere l'atto e dunque esclude il dolo specifico, è invece messa a carico di un dato soggetto: v. A. GAMBARO, *Il diritto*, cit., p. 495, e C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 93, nt. 89; vedremo poi il dibattito, tra C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 697, e L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 388, proprio in merito all'obbligazione senza prestazione che potrebbe nascere tra vicini). Del resto, il problema di aprire l'art. 833 c.c. anche nel senso che si è detto sta, ancora una volta, nel rischio che ciò porta con sé: potrebbe risultare, infine, abusiva anche la condotta di chi non vende un bene, per il puro gusto di ledere un altro soggetto o per innalzare il più possibile il prezzo.

⁶⁷¹ Ove si parla di atti che non hanno altro 'scopo' che di ledere, e non altro 'effetto'. D'altro canto, ove non si riferisse lo scopo all'agente, potrebbero essere proibiti anche atti che oggettivamente non corrispondono a un apprezzabile interesse, causando però un danno notevole, e ciò indipendentemente da dolo o colpa dell'agente: e, tuttavia, resterebbe da comprendere come i soggetti lesi potrebbero valersi di questa protezione (che, prescindendo da dolo o colpa, non sarebbe veicolata semplicemente dalla responsabilità aquiliana).

emulativo possa provenire, come del resto avviene normalmente per il dolo (di cui l'emulazione rappresenta una sottospecie⁶⁷²), da un dato di fatto, e in particolare dalla vistosa sproporzione tra utilità e danno e dall'impossibilità di spiegarla altrimenti (di rinvenire motivi diversi atti a giustificare convincentemente quell'esercizio del diritto di proprietà)⁶⁷³.

Ciò detto, va anche chiarito in che modo funziona il nostro art. 833 c.c.

Adottata una lettura soggettivistica dell'art. 833 c.c., se ne deve trarre, a mio avviso, indicazione per l'abuso del diritto, anziché per l'eccesso, alla luce delle conclusioni cui ero giunto nel precedente paragrafo⁶⁷⁴. E, dunque, andrà ritenuto che l'esercizio della proprietà, cui è pur sempre riconducibile l'atto emulativo, non produca il tipico effetto scriminante nell'ambito della norma di protezione sottesa all'art. 833 c.c. (e forse nemmeno nell'ordinario giudizio di responsabilità aquiliana), in virtù dell'emersione di una disciplina che si sovrappone a quella di 'diritto stretto'.

Lo sfalsamento di piani si potrebbe realizzare, qui, ritenendo che l'atto resti di per sé esercizio del diritto, e che l'illiceità rilevi non sul piano della lesione, da parte del proprietario, di diritti o interessi protetti altrui, ma in una diversa dimensione⁶⁷⁵. A ben vedere, infatti, l'art. 833 c.c. contiene anche⁶⁷⁶ una norma di protezione, connettendo la responsabilità aquiliana alla semplice condotta emulativa. Dunque, di essa potranno

⁶⁷² Salva la diversità della prova dell'emulazione e di quella del dolo, essendo, la prima, connotata anche dall'*animus nocendi*. Certamente la prova potrà essere data dalle circostanze. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un soggetto chieda a un altro di omettere un comportamento per lui potenzialmente lesivo; e quest'ultimo, invece, senza averne un obiettivo interesse, non lo cessi.

⁶⁷³ In questo senso allora potrebbe applicarsi l'idea, fatta propria già da A. TORRENTE, voce *Emulazione (diritto civile)*, in *Nov.mo Dig.*, VI, Torino, 1960, p. 522, di non ritenere sufficiente l'allegazione, da parte del proprietario, del perseguimento di un interesse futile; ma non in virtù dell'art. 1322 c.c.: piuttosto, perché non si sarà dimostrata l'assenza del dolo specifico che le circostanze paiono rivelare.

⁶⁷⁴ Anche se, come nota R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 285, il vero problema di distinguere la previsione dell'art. 833 c.c. da quelle degli artt. 840 e 1065 c.c. sta nel fatto che tutti utilizzano il lessico dell'esercizio del diritto.

⁶⁷⁵ Quest'idea sarebbe accettabile se si ritenesse che, là dove è lesa una posizione giuridica equipollente (onore-libertà di pensiero) a quelle che si esercita, non viene di norma in questione un abuso, né un bilanciamento, ma semmai un eccesso tra diritti (mentre l'abuso rilevarebbe sempre solo ai sensi dell'art. 833 c.c.); oppure, come credo, che un vero e proprio conflitto aquiliano richieda non solo equipollenza, ma anche (e a parte) tendenziale sovrapposizione tra due posizioni (per essere la loro protezione 'troppo estesa'). La sovrapposizione mancherebbe nell'ambito dell'art. 833 c.c., ove la proprietà, di norma, è sempre vincente (fermo restando che, se non sbaglio, il danno è qui di norma meramente patrimoniale), perfino di fronte a un'altra proprietà.

⁶⁷⁶ La dottrina lo riconosce spesso, ammettendo tra l'altro che possa lamentarsi dell'emulazione anche chi non è titolare di un diritto o di un interesse protetto. V. per tutti C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 30. All'ordinamento, in questo caso, preme creare una situazione da tutelare in via prioritaria, scavalcando qualsiasi altra qualificazione, che anzi – a questo punto – diventa irrilevante e non può essere fatta valere. Che così sia, potrebbe apparire dalla formulazione stessa dell'art. 833 c.c., in base al quale il proprietario non può compiere atti emulativi e per ciò stesso sono protetti, conto i medesimi, tutti coloro che da essi possono averne un detrimento: non rilevando, invece, la loro condizione di proprietari, possessori o detentori.

lamentarsi, chiedendo un risarcimento (e forse pure un'inibitoria⁶⁷⁷), tutti coloro che sono toccati dall'attività emulativa subendo un danno⁶⁷⁸. Ma, forse, si potrà argomentare in senso parzialmente diverso: ossia, ove il danno non è meramente patrimoniale, ritenere direttamente applicabile l'abuso in sede aquiliana; nel caso contrario, supporre l'attivabilità solo della tutela offerta dalla norma di protezione.

Il meccanismo di quest'ultima è simile a quello degli interessi legittimi protettivi (o di quelli pretensivi, là dove il danno risulterebbe comunque meramente patrimoniale, giacché non protetto in via aquiliana): ossia, la valutazione della difformità di una condotta da una regola, e per ciò stesso la previsione di un obbligo di risarcimento a favore del soggetto, contemplato dalla regola, che ne ha subito danno. Tale meccanismo viene qui adattato alle particolarità di un ambito diverso da quello in cui si richiede un previo rapporto tra le parti; un'ambito, quindi, dove non potrebbero sussistere interessi legittimi⁶⁷⁹ (mancando per definizione un rapporto). Inaccettabile sarebbe infatti postulare la nascita di tali posizioni in queste circostanze, in cui si dovrebbe immaginare un fascio di interessi legittimi, facente capo a un'intera collettività, nei confronti di un soggetto (venendo a mancare, tra l'altro, il requisito della differenziazione⁶⁸⁰)⁶⁸¹. Se, ove vi sono rapporti preesistenti, l'ordinamento fa nascere un interesse legittimo e preclude, nei confronti di questo, la scriminante *qui iure*

⁶⁷⁷ Delle tutele che l'art. 833 c.c. porta con sé si occupa, ad esempio, M. COMPORI, *Diritti reali*², cit., p. 196 s., supponendo che l'azione contro l'emulazione non sia reale, ma personale; e che ciononostante non sia equiparabile alla domanda ex art. 2043 c.c., richiedendosi «un'azione a contenuto ampio, sia inibitorio, che restitutorio e risarcitorio, del tutto analogo a quello delle azioni reali». A me pare che la tutela non sia molto dissimile da quella degli interessi legittimi protettivi, tenendo conto che quel che viene sanzionato, qui, è la condotta; dunque, si dovranno applicare principi simili a quelli sottesi agli artt. 2598 ss. c.c.

⁶⁷⁸ A mio avviso, questa protezione riguarda colui nei cui confronti è intenzionalmente compiuta l'emulazione (e che è dunque contemplato dalla legge di protezione), e non un altro soggetto (chiunque subisca un qualche danno).

⁶⁷⁹ Lo notava già U. RUFFOLO, *Atti emulativi*, cit., p. 31, in critica alla tesi dello Zanobini.

⁶⁸⁰ Che nell'ambito dell'abuso – *rectius*, degli interessi legittimi protettivi – richiede qualificazione e differenziazione; mentre qui mancherebbero tanto l'una, quanto l'altra.

⁶⁸¹ E infatti, l'inesistenza di un previo rapporto tra danneggiante e danneggiato impedisce di ricostruire in capo al secondo la protezione dell'interesse legittimo: così, la legge sovviene con la creazione di una norma di protezione (in chiave aquiliana). D'altro canto, se si immaginasse un interesse legittimo, si finirebbe per cadere nell'errore imputato ad Allara, di ricostruire rapporti soggettivi tra tutti i *cives* nel caso di diritti reali (non per nulla è ciò che avviene anche in M. ALLARA, voce *Atti emulativi*, cit., § 4). Né si potrebbe dire che l'interesse legittimo nasce qui dal pericolo che un soggetto utilizzi un bene in modo emulativo: a parte l'evidente finzione, quest'idea porterebbe a immaginare interessi legittimi estesi a tutta la responsabilità extracontrattuale (a tutti i pericoli di danno), snaturando del tutto la natura di quest'ultima (giacché sempre, prima di un danno, vi è il pericolo di un danno; non si tratta, dunque, di un elemento qualificante). Né può ritenersi che, in questo caso, una qualche relazione sorga nel momento in cui sta per avvenire l'abuso del diritto: ma così non è. La mera minaccia di danno o il danno, e così pure l'abuso o la minaccia di abuso o di molestia, non fondano quella relazione specifica che, come vedremo, è la base per identificare un interesse legittimo, alla luce dei soliti criteri di qualificazione e differenziazione.

*suo utitur*⁶⁸² (tra diritto di credito e posizioni tutelate aquilianamente prevale in sede aquiliana il credito, ma tra il credito e l'interesse legittimo non vale alcuna scriminante), così, ove essi mancano, la tutela è demandata a una legge di protezione, che, se lesa, non consente di invocare la stessa scriminante⁶⁸³ (giacché la *Rechtswidrigkeit* è già tutta insita nella legge di protezione; quindi in questo caso vi sarebbe un conflitto tra posizione del proprietario e danno arrecato ad altri interessi, anche non tipicamente protetti: l'eccezione di esercizio del diritto non sarebbe ammissibile ove si attivasse la tutela offerta dalla norma di protezione – oppure, forse, anche quella di beni specificamente individuati –)⁶⁸⁴.

Anzi, la comunanza di *ratio* tra queste ipotesi consente di addivenire a un ulteriore risultato: colui che arreca emulativamente un danno, anche al di fuori dell'esercizio di un diritto di proprietà (o di un diritto reale⁶⁸⁵), è responsabile extracontrattualmente (imponendosi *a fortiori* quest'esito), sia che si trovi al di fuori dall'esercizio di un altro diritto, sia che lo possa far valere; tuttavia, ove la controparte sia già protetta da un interesse legittimo, non vi è necessità di applicare la responsabilità aquiliana, e dunque la norma di protezione non opererà, essendo già abbracciata dalla responsabilità per violazione dell'interesse legittimo⁶⁸⁶. In questo

⁶⁸² Il mio ragionamento potrebbe sembrare viziato dal fatto che esso fa assumere un atteggiamento apparentemente contraddittorio all'ordinamento (da un lato tutela di un diritto e scriminante, dall'altro impossibilità di avvalersene). Tuttavia, il mio modo di vedere si basa sulla persuasione, di cui ho già parlato, che l'ordinamento si avvalga di più piani di disciplina; e questo non mina le fondamenta, giacché la contraddittorietà è dell'insieme, della sintesi, e non delle sue parti che solo staticamente intese potrebbero essere ritenute per l'appunto tra loro contraddittorie. D'altro canto, non è qui questione di far luogo a due pretese uguali e opposte, ma di verificare se vi sia l'irrilevanza aquiliana di un fatto; dal che non discende alcuna preclusione circa una rilevanza che riemerge *aliunde*.

⁶⁸³ Ciò non toglie che, anche là dove non vi siano diritti di credito o diritti potestativi, si possa ammettere la tutela di un interesse legittimo. Vedremo oltre un'ampia casistica al riguardo. Molto interessante notare come G. ZANOBINI, *Interessi*, cit., p. 715 ss., ritenesse che le norme disciplinanti interessi legittimi di diritto privato vi fossero l'art. 872 c.c., l'art. 185 c.p., l'art. 833 c.c.: il saggio in parola, rivisto con gli occhi della modernità, appare davvero ricchissimo di spunti.

⁶⁸⁴ Nella prima ipotesi non si sarebbe potuta invocare una responsabilità aquiliana, giacché la situazione giuridica di credito, o di diritto potestativo, e così via, risulta sempre vincente (salva l'ipotesi dell'indegradabilità dei diritti: v. nel testo). Nella seconda, invece, si può attivare: o per il tramite di tipiche posizioni giuridiche equipollenti (e facendo agire l'abuso del diritto), se lo si concede, o grazie a una legge di protezione (nel cui ambito l'abuso del diritto non ha cittadinanza).

⁶⁸⁵ Ad esempio, l'usufruttuario che esercita un'attività emulativa. Perde così di importanza la domanda, che ha impegnato vari studiosi, sull'ambito di applicazione dell'art. 833 c.c. (v. ad esempio U. RUFFOLO, *Atti emulativi*, cit., p. 30 ss. (e v. poi p. 37); M. DOSSETTI, voce *Atti emulativi*, cit., p. 3 s.; M. ALLARA, voce *Atti emulativi*, cit., § 7; M. COMPORI, *Diritti real²*, cit., p. 193 s.). Andrebbe però limitata la vasta applicazione dell'art. 833 c.c. solo nel suo riferimento al danno, e non in quello alla molestia (che rimarrebbe tipica degli atti del proprietario).

⁶⁸⁶ In questo senso la regola posta dall'art. 833 c.c. è residuale, cioè opera in mancanza di altre previsioni più specifiche (salvo per l'inibitoria degli atti di molestia, probabilmente limitata, come ho già detto, al solo diritto di proprietà o tutt'al più ai diritti reali e personali di godimento). Previsioni più specifiche che possono essere altre norme di protezione, oppure le regole di buona fede sorte all'interno di un interesse legittimo protettivo. In tal senso si legga anche A. GAMBARO, *Il diritto*, cit., p. 485.

senso, la formulazione della disposizione di cui all'art. 833 c.c., che dispone l'illiceità – e anche l'obbligo del risarcimento – in caso di atti emulativi, si avvicina fortemente all'idea di interesse legittimo, seppur declinandola al di fuori di un previo rapporto: anche qui non è richiesta la lesione di un qualche interesse della controparte già anticipatamente valutato come meritevole di tutela, e non si richiede nemmeno una aspettativa di tale soggetto al comportamento leale (leggi: non emulativo) del proprietario.

Qualora poi ci si chieda se la disciplina dell'emulazione costituisca specificazione della regola della correttezza in determinate situazioni, credo si debba dare risposta affermativa. Di una correttezza, però, intesa in senso generalissimo, come canone primo dell'ordinamento, ancora indeclinata nelle varie dimensioni in cui acquista rilevanza; una correttezza, ancora, che si distingue palesemente da quella che detta le regole per il rispetto dei singoli interessi legittimi, e che si avvicina di più alle idee fondanti il sistema di responsabilità extracontrattuale⁶⁸⁷. La correttezza, nel senso più lato, emanazione della solidarietà⁶⁸⁸, non è metro di giudizio di un'attività, utilizzabile *ex post* per valutarne la conformità a un modello: è un semplice principio dell'ordinamento, o fors'anche semplicemente sociale, da cui traggono vita regole ben diverse, che fondano tanto il principio di rispetto dei patti, la responsabilità aquiliana, e il dovere di rispettare dell'affidamento.

Il punto appena toccato apre l'orizzonte a notevoli sviluppi. La vicinanza tra la tecnica di tutela offerta da norme di protezione, e quella che si esprime tramite interessi legittimi, ci impone di considerare quando si dia l'una e quando l'altra; e, per

⁶⁸⁷ Il collegamento tra art. 833 c.c. e correttezza, si ricorderà, era già presente in Natoli (che le raccoglieva nella categoria dell'abuso). V. però pure A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 499, nonché G. STOLFI, *Il principio*, cit., p. 171 s.

⁶⁸⁸ Contro una così ampia visione della correttezza si esprime C. SALVI, *Abuso*, cit., p. 3 s., chiedendo all'interprete una «maggiore articolazione analitica» piuttosto che «una più elevata generalizzazione». Ciò è sicuramente condivisibile, e comunque sottolinea un'esigenza che potrebbe soddisfarsi solo a patto di distinguere la generale correttezza da quella che esprime il dovere di non ledere una posizione di interesse legittimo protettivo. In questo senso potrebbe piuttosto riprendersi quello spunto di S. RODOTÀ, *Appunti*, cit., c. 1284, secondo il quale la solidarietà costituisce criterio a cui possono ridursi sia la correttezza e la buona fede sia l'ingiustizia del danno, seppur con diverse declinazioni: anche se a me sembra che più che di solidarietà, dovrebbe parlarsi, e con una generalità ancora maggiore, di un dovere di convivenza, di una correttezza che connota qualsiasi comportamento del *cives* (la si chiami poi solidarietà o meno). Certo che, però, un discorso su questi punti perde, di fatto, molto del suo interesse. La solidarietà o, convenzionalmente, la correttezza in senso lato recupererebbe un senso (un'autonomia di significato) là dove si declinasse nella correttezza (in senso stretto), tipico metro di giudizio dei comportamenti caratterizzati da una *Sonderverbindung* (cfr. G. CATTANEO, *Buona fede*, cit., p. 627), o là dove si coniugasse nel divieto di emulazione o comunque nel criterio volta a volta adottato per valutare il bilanciamento tra più situazioni giuridiche in conflitto (al di fuori delle strette relazioni tra privati; cfr. ancora G. CATTANEO, *Buona fede*, cit., p. 635, ove l'autore restringe il significato della buona fede rispetto al «canone generico di 'solidarietà'», escludendo che la correttezza possa svolgere un ruolo nell'ambito di istituti quali la responsabilità extracontrattuale o la trascrizione). In una scala, insomma, di specificazioni dell'idea di solidarietà che, pur partendo sempre da un metro indeterminato, si colora in modo differente, in senso anche qualitativo, a seconda del rapporto preesistente tra i soggetti; e sempre però richiede una struttura dogmatica al cui interno poter operare.

di più, richiede di chiarire che ruolo possano avere – per lo meno nel nostro ordinamento – le cosiddette *Verkehrspflichten*.

Quanto alla prima questione, essa si pone perché tanto gli interessi legittimi, quanto le norme di protezione fanno uscire dall'irrilevanza aquiliana certi danni, contemplando illeciti di condotta che possono essere fatti valere contro taluni soggetti da coloro che risultano beneficiari della protezione.

Per formulare la distinzione, è necessario fornire un criterio in base al quale possa considerarsi sorto un rapporto giuridico (un interesse legittimo).

A mio avviso, il parametro migliore è quello della differenziazione e della qualificazione, che costituiscono già nel diritto amministrativo gli elementi in base ai quali valutare il sorgere di un interesse legittimo⁶⁸⁹. Essi, in realtà, dovranno essere adattati alle varie situazioni; e nella qualificazione bisognerà far rientrare anche elementi che, nel diritto pubblico, sono dati per scontati: quelli, cioè, relativi alla particolare situazione in cui si trova il soggetto passivo (là, la p.a., che per sua natura è giuridicamente tenuta a svolgere una certa attività per un fine pubblico).

In altri termini, giacché l'interesse legittimo dà vita a un rapporto, i suoi titolari debbono essere individuati o individuabili, anche non *ex ante*, purché la protezione non finisca per essere rivolta nei confronti di una massa indistinta di soggetti. In secondo luogo, oltre a esservi differenziazione, non può mancare la qualificazione. Quest'ultima, solitamente letta o comunque guardata con esclusivo riferimento al soggetto attivo, riguarda invece pure quello passivo, giacché non tutte le situazioni in cui egli si trova debbono essere considerate affidanti⁶⁹⁰. Risulta essere sempre l'ordinamento, infatti, a collegare a certe relazioni strette la possibilità che sorga un interesse legittimo, individuando così sia la posizione del soggetto che sarà passivo, sia quella di colui che gli si contrappone e sarà dotato della tutela giuridica.

Ad esempio: nell'interesse legittimo pubblico, il primo requisito è che il soggetto contrapposto sia un'amministrazione; inoltre, è poi richiesto che la differenziazione della relazione sia denotata da un dato giuridico, e non meramente economico o fattuale.

Nell'ambito degli interessi legittimi protettivi, come a breve vedremo, qualificazione e differenziazione sono solitamente predisposte dalla preesistenza di un rapporto giuridico (obbligatorio o di diritto potestativo). La fonte può essere, talvolta, pure un semplice contatto; ma in tal caso mimerà pur sempre un rapporto giuridico, o riguarderà l'interferenza in un altro rapporto, già nato o in procinto di sorgere (cfr. il § 8). Quanto agli interessi pretensivi, oltre al contatto serio (§ 4 del Capitolo secondo),

⁶⁸⁹ Ne parlerò oltre, al § 6, con riguardo al diritto pubblico.

⁶⁹⁰ Utilizzo questo termine, nel senso di 'circostanza da cui può nascere uno specifico interesse legittimo, di regola da contatto'. L'espressione è già stata usata, ma in senso diverso, da M. LUPOI, *Fides, fiducia e trust nella cornice delle situazioni affidanti*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino, 2006, p. 1 ss.; e di recente anche F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2010, p. 33.

vengono in luce posizioni predefinite dall'ordinamento come 'affidanti', che non è il caso di elencare qui (§§ 7 ss.).

Ove la legge, viceversa, ponga un dovere di comportamento, ma a protezione di un gruppo intero di soggetti, senza dunque che siano chiaramente individuabili i destinatari della tutela, oppure non preveda esplicitamente un canone di condotta, non potrà supporre l'esistenza di interessi legittimi⁶⁹¹; tutt'al più, si tratterà di norme di protezione. Lo stesso deve dirsi, ogni qual volta la differenziazione o la qualificazione non attenga a circostanze diverse dal 'pericolo di danno' o addirittura dal 'danno'.

Ciò detto in linea generale, risulta però ovviamente possibile che taluni casi si pongano sulla linea di confine, risultando di dubbia soluzione. Allora sarà la vicinanza con le ipotesi tipiche dell'una o dell'altra forma di tutela, a mio avviso, ad agevolarne il corretto inquadramento.

Così, nell'ambito della responsabilità da prospetto⁶⁹², vi è qualcosa che assomiglia a un contatto serio che può creare un affidamento individuale; e, in ogni caso, vi è l'influenza su una trattativa altrui, che, pur essendo futura, sorge in via causalmente connessa o comunque in modo assolutamente prevedibile.

Viceversa, la concorrenza sleale prevede un obbligo risarcitorio discendente dalla violazione di una norma di protezione. In quel caso, infatti, si tratta di doveri che vincolano un soggetto a rispettare l'identica posizione di tutti gli altri soggetti; la qualificazione di questi ultimi, come appartenenti allo stesso gruppo, è troppo debole, e pure lo è la differenziazione, che emerge solo nel momento in cui si prospetta un possibile danno.

Si potrebbe sostenere, tuttavia, che anche per la responsabilità da prospetto (o in quella della Consob, che alternativamente dovrebbe ricostruirsi come responsabilità extracontrattuale per violazione di una norma di protezione tramite un'omissione – essendo sancita anche una posizione di garanzia –) la tutela si crea solo a partire dal momento della lesione, e solo da quell'istante vi sono qualificazione e differenziazione, giacché solo ove l'informazione è ricevuta si concretano questi requisiti. Eppure, in questo caso vi è una differenza notevole: differenziazione e qualificazione non dipendono dal 'maggior rischio' di danno, bensì, e proprio, da altre circostanze che si

⁶⁹¹ Basti pensare a quanto avveniva, un tempo, nell'ambito della responsabilità del produttore: esclusa di certo l'interferenza del produttore in una trattativa altrui (non tanto perché non ancora sorta, quanto perché manca proprio la partecipazione alla negoziazione stessa; *contra*, come noto, e proprio per una *c.i.c.*, è la tesi di G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1967, di cui vedi la critica oggi anche in C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 473), non si sarebbe nemmeno potuta fondare questa responsabilità su un contratto a protezione del terzo (così non è quello tra produttore e intermediario: lo dimostra proprio il fatto che il consumatore non ne è immediatamente toccato, ma solo in virtù di un nuovo rapporto contrattuale). *Contra* C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., *passim*, nonché ID., *Danno - VII) Danno da prodotti - dir. it. e stran.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, p. 6. L'intervento legislativo, di poi, ha confermato questa linea di pensiero, prevedendo una responsabilità oggettiva.

⁶⁹² § 10 del Capitolo secondo.

concretano nel momento in cui l'informazione è ricevuta. La sovrapposizione tra distinti momenti è qui, dunque, solo casuale.

Parallelamente, mi pare si debba riconoscere un interesse legittimo là dove un soggetto provvede a compiere una valutazione di un certo bene che servirà da base per una futura trattativa (e proprio per l'esistenza prevedibile di questa trattativa), ma non in capo agli amministratori di una società ai sensi dell'art. 2394 c.c. (caso in cui l'interesse legittimo nascerebbe da interferenza in un rapporto creditorio), giacché in tal caso la classe di riferimento, ossia quella dei creditori sociali, è ampia ed aperta, anche in tempo successivo rispetto all'atto dannoso⁶⁹³.

Allo stesso modo, l'illecito compiuto in violazione delle leggi *antitrust* (non dalla controparte contrattuale del consumatore, ma da un terzo, e comunque con influenza sul contratto dal privato concluso) non può inserirsi nella tutela offerta da un interesse legittimo: questo, infatti, dovrebbe essere sorto a protezione di tutti i consumatori, o per lo meno dei consumatori che potrebbero (stanno per) averne danno⁶⁹⁴.

Ma, va ripetuto, la differenziazione – come pure la qualificazione – non può ridursi al semplice 'aumento del rischio': deve cioè collegarsi a un dato, dal di fuori

⁶⁹³ Così pure per l'art. 2395 c.c. (v. A. DI MAJO, *Discorso generale*, cit., p. 29). In altri termini, la differenziazione vi sarebbe verso tutta la classe: così, di fatto, negando se stessa. Inoltre, potrebbe anche valorizzarsi la somiglianza di questa ipotesi con quella in cui il terzo rende temporaneamente impossibile la prestazione (così F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 36, nt. 10). A una diversa soluzione (per cui questa serie di rapporti, pur molteplice, non sarebbe inammissibile) potrebbe portare la valorizzazione della cd. 'responsabilità debole': figura conosciuta, e poi approfondita, da S. MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1485 ss.; ID., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 376 s. e 381 s., e ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 121 ss., con riguardo all'art. 2497 c.c. e alla responsabilità della capogruppo verso soci e creditori delle società controllate (tra l'altro, la qualificazione di 'danno meramente patrimoniale' delle ipotesi di danno arrecato ai creditori fornisce ulteriore riprova alla tesi, che oltre sosterrò, per cui la lesione del credito è danno risarcibile ex art. 2043 c.c. solo e soltanto là dove il danneggiante provochi l'impossibilità oggettiva di adempiere). L'idea di Mazzamuto è sostenuta anche con riferimenti alla figura dell'interesse legittimo (*ivi*, p. 128), visto però come 'interesse occasionalmente protetto' (*ivi*, p. 126). Sul tema v. pure V. CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità da affidamento nella capogruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 348, che (sempre a proposito della responsabilità della capogruppo, ma qui 'da affidamento', e in particolare per dichiarazioni *ad incertas personas*) distingueva responsabilità verso i creditori attuali (contrattuale) e verso creditori potenziali (extracontrattuale). Un duplice titolo di responsabilità, in base a una sola regola, è rinvenuto anche da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 516, con riferimento all'(allora vigente) art. 2409-*sexies*, comma 3, c.c.; lo stesso autore, d'altro canto, ritiene che l'art. 2497 c.c. costituisca base per una responsabilità contrattuale della controllante verso la controllata e i suoi soci, ed extracontrattuale verso i creditori «perché non si può dire che il debitore abbia un obbligo giuridico in senso tecnico di salvaguardare il proprio patrimonio in funzione dell'interesse del creditore» (*ivi*, p. 156 s.; tuttavia qui, aggiungo, non si tratta di obbligo del debitore, ma per l'appunto della controllante).

⁶⁹⁴ Né vi sono indici legislativi (o sistematici) per supporre che la situazione del consumatore che subisce o sta per subire danno rilevanti, sotto un altro e diverso aspetto, come situazione idonea a fornire differenziazione e qualificazione. In realtà, una diversa costruzione potrà essere accettabile nel caso in cui vi sia un interesse legittimo pretensivo negativo (ad esempio, da trattative). Tornerò oltre sul punto. Cfr. intanto A. DI MAJO, *La 'via di fuga'*, cit., p. 1108, nt. 26.

rilevabile, che distingua quella relazione in virtù di circostanze diverse rispetto al mero ‘timore di danno’, ‘pericolo di danno’, o addirittura ‘danno’⁶⁹⁵.

Passo, ora, a considerare il problema delle *Verkehrspflichten*⁶⁹⁶. S’intende, con questa espressione, una serie di ‘obblighi del traffico’, ovvero di regole indirizzate a certi soggetti e volte a diminuire o escludere il pericolo di un certo evento. La dottrina tedesca – sulla scia della giurisprudenza⁶⁹⁷ – tende ad ammettere, pur con notevoli discussioni, questa categoria dogmatica, ritenendo che in talune circostanze la fattispecie della responsabilità civile debba essere integrata dal presupposto della violazione di queste regole. Il problema si era posto, dapprima, per gli illeciti derivanti da un *Unterlassen* – ossia per quelli omissivi – e solo più di recente è apparsa la sua connessione con i delitti derivanti da una condotta commissiva.

La particolarità di queste *Verkehrspflichten* sta nel fatto che esse sembrerebbero, in talune circostanze, fondare la stessa responsabilità, tanto che l’interprete sarebbe tenuto a verificarne la violazione per poter ascrivere un’obbligazione risarcitoria in capo al danneggiante. Il problema, però, è che di questi ‘obblighi del traffico’ non vi è cenno nel BGB, né è chiaro a che elemento della fattispecie aquiliana⁶⁹⁸ essi debbano ricondursi⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Riprendendo così, seppur in nuovo ambito, il monito di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 269, secondo cui «l’assoggettamento dei beni di appartenenza altrui alla concreta possibilità di danneggiamento da parte nostra è solo condizione di fatto della violazione dei corrispondenti doveri (assoluti) di non ingeneranza che a noi incombono: non è né un presupposto costitutivo di essi, né un criterio di determinazione del loro contenuto». V. pure F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 125.

⁶⁹⁶ Cfr. K. LARENZ- C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderes Teil*, 21³, cit., p. 368 s. e p. 399 ss.; C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996, p. 114 ss., nonché ID., *Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)pflichten*, in *JZ*, 1979, p. 332 ss., ma soprattutto ID., *Verkehrspflichten*, cit., e ID., *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten*, in *JuS*, 1988, p. 169 ss.; E. VON CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 71 ss. – ove si evidenzia il collegamento con il *tort of negligence* e si ammette che la lesione delle *Verkehrspflichten* possa consistere sia in un *non facere*, sia in un *facere* (v. subito nel testo); Ha. STOLL, *Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte*, in *AcP*, 1963, p. 229 ss.; H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*^{A2}, cit., p. 58 s.; G. WAGNER, sub § 823 BGB, cit., *Rn.* 297 s.; N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen, 2003, p. 394 ss.; J. ESSER-H.L. WEJERS, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, 2⁸, Heidelberg, 2000, p. 172 ss. e 178 ss. Tra gli autori che in Italia se ne sono interessati, v. soprattutto A. DI MAJO, *Il problema*, cit., p. 326 ss.; ID., *Il secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del Convegno di Ferrara 26-28 settembre 1996*, Padova, 2002, p. 362 ss.; ID., *La ‘via di fuga’*, cit., p. 1107 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 308, ma già ID., voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 8, nonché ID., voce *Danno*, cit., p. 10 s.; A. THIENE, *Inadempimento*, cit., p. 323 ss., e già EAD., *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006, p. 193 ss.

⁶⁹⁷ Si tratta del noto caso del *morscher Baum*, deciso dal Reichsgerichts in Zivilsachen nel 1902.

⁶⁹⁸ La quale, in Germania, è di norma ricostruita secondo il classico modello tripartito del reato: ossia distinguendo fattispecie (fatto: condotta, causalità, evento), antigiuridicità (assenza di cause di giustificazione) e colpevolezza. Cfr. K. LARENZ- C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderes Teil*, 21³, cit., p. 370 s.; v. pure lo schema di H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*^{A2}, cit., p. 51.

⁶⁹⁹ Per la *Tatbestand* (come a me sembrerebbe preferibile) K. LARENZ- C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderes Teil*, 21³, cit., p. 368; con riguardo alla *Rechtswidrigkeit*: C. VON BAR,

Il riferimento alle *Verkehrspflichten* si giustificerebbe in virtù del fatto che taluni soggetti, a causa della loro competenza o delle circostanze in cui operano, debbono rispettare certe regole (per l'appunto 'del traffico'). Si pensi⁷⁰⁰ a chi apre certi locali (o, nell'esempio più comune, strade) al pubblico e all'eventualità che un *Verkehrsteilnehmer* possa venire leso nei suoi beni (tipicamente protetti; l'esempio più noto è proprio quello dell'albero caduto sulla strada pubblica che causa un incidente); si pensi anche a chi si assume in carico un certo compito (o lo deve svolgere per precetto legale) e non vi provveda, causando di nuovo un danno ai beni (tipicamente protetti) di un altro soggetto (casi tipici sono quelli della *baby sitter* verso i bambini che assiste, o del medico che si disinteressa di avvisare un malato del notevole rischio di un'infezione cui sta andando incontro, nonostante esso sia assolutamente palese).

Come ho detto, la tradizionale dottrina tedesca⁷⁰¹ ha posto l'attenzione su questi obblighi non per fondare la tutela di beni diversi da quelli tipicamente protetti dal § 823 I BGB; anzi, soltanto nell'ambito di questa disposizione ha ritenuto rilevante la logica delle *Verkehrspflichten*.

Potremmo chiederci, in quest'ottica, se si tratta di una categoria degna di importazione in Italia, o meno. A dire il vero, gli autori che si sono dedicati all'analisi di questi particolari obblighi hanno generalmente ritenuto inutile il loro richiamo nel nostro ordinamento⁷⁰², ritenendoli tutt'al più degni di autonomia dogmatica solo con riguardo agli illeciti omissivi (impropri)⁷⁰³.

A mio avviso, la proposta ricostruttiva delle *Verkehrspflichten* potrebbe essere accettata, solo se ridotta nei suoi minimi termini: e, anche così, sorge il dubbio che essa non sia già coperta da altri istituti che il nostro diritto della responsabilità civile

Verkehrspflichten, cit., p. 173, e J. ESSER-H.L. WEYERS, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, 2⁸, cit., p. 170 (ma collegandosi comunque al mancato rispetto della *Sorgfalt*). W. FIKENTSCHER-A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, Berlin, 2006, p. 780, nt. 12, dopo aver dato conto del cambiamento di opinione di Medicus (che un tempo faceva afferire le *Verkehrspflichten* alla *Haftungsbegründende Kausalität*), affermano che, «da die Verkehrspflichten die Lücke füllen, die durch teleologische Reduktion des § 823 I in Fällen fernwirkender schädigender Handlungen geöffnet worden ist, erfolgt die Prüfung der Verkehrspflichten zweckmäßig bei der Handlung und dort nach dem Eingriff in das Rechtsgut»; preferiscono la *Fabrlässigkeit*, che però viene inevitabilmente attratta (con tutto l'elemento soggettivo, ossia la colpevolezza – *Verschulden* –) al piano oggettivo, H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*¹², cit., p. 56 s. e spec. 59; G. WAGNER, sub § 823 BGB, cit., Rn. 309 s., (tornerò dopo su questo punto).

⁷⁰⁰ V. H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*¹², cit., p. 58 s.

⁷⁰¹ V. per tutti E. DEUTSCH, *Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft*, in *JuS*, 1967, p. 157. Il punto ci occuperà ancora nel prosieguo.

⁷⁰² Giudizio molto forte quello di C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 8, secondo cui si tratta di «creature di pessima dogmatica».

⁷⁰³ Cfr. A. DI MAJO, *Il secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del Convegno di Ferrara 26-28 settembre 1996*, Padova, 2002, p. 363, nt. 40, almeno secondo quanto ritiene A. THIENE, *Inadempimento*, cit., p. 325, nt. 30 (se non erro, l'autore si riferisce però all'ordinamento tedesco e, parlando di illeciti omissivi, si riferisce in generale alle istanze che hanno portato – poi anche per quelli commissivi indiretti – a far ricorso alla categorie della *Verkehrspflichten*).

conosce (oltre a quelle critiche che svolgerò oltre, e che mi portano a non condividere l'opzione per l'introduzione di questa categoria nella nostra dogmatica). In particolare, ciò avverrebbe, quanto agli illeciti omissivi impropri, per il tramite delle posizioni di garanzia⁷⁰⁴; quanto a quelli commissivi, per mezzo della colpa.

L'autonomia che le sarebbe riconoscibile, viceversa, passa per la distinzione tra le ipotesi di danno ingiusto fondate su una condotta legata all'evento in modo diretto, e quelle invece collegate alla condotta da una causalità omissiva o comunque indiretta⁷⁰⁵.

In queste ipotesi, infatti, il nesso causale, costruito secondo le ordinarie teorie, non sarebbe postulabile, e risulterebbe necessario un precetto legale volto a fondarlo (e v. infatti l'art. 40, comma 2, c.p.), oppure, e al contrario, tale nesso causale rischierebbe di ascrivere a certi soggetti taluni eventi che, pur effettivamente abbracciati dalla serie causale adeguata o normale, risultano così distanti dall'azione lesiva che sembra *bizzarr* escludere la responsabilità solo sul piano delle cause di giustificazione⁷⁰⁶ o dell'assenza di colpa, e non già su quello del fatto⁷⁰⁷.

Meglio è dunque, ove ricorrano queste esigenze, rimodulare e riformulare il nesso di causalità, potenziandolo (e, in fin dei conti, ampliandone l'ambito di rilievo) attraverso la diretta imputazione dell'evento a chi non solo ha posto in essere la condotta lesiva, ma, nel farlo, ha pure violato un 'obbligo del traffico'⁷⁰⁸.

La legittimità di questa soluzione, che aggira la teorica delle posizioni di garanzia negli illeciti omissivi (impropri), e in parte svuota in taluni illeciti commissivi l'analisi

⁷⁰⁴ Le quali sorgono dove tanto il dovere di agire, quanto la funzione di garanzia, trovano «riscontro in una previsione formale» (cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 193; il che accade, ad esempio, per la madre nei confronti del figlio, o per chi pone in essere uno scavo nei confronti di chi passa per il fondo, e così via).

⁷⁰⁵ K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 213, cit., p. 368 s. e p. 399 ss.

⁷⁰⁶ Qui il problema è non solo dogmatico, ma anche pratico, giacché di norma nell'ordinamento tedesco l'ingiustizia del danno (la *Verletzung* di un bene tipicamente protetto) 'indizia' anche l'antigiuridicità, intesa pure come mancanza di cause di giustificazione; nel nostro ordinamento, invece, la presenza di una scriminante è un fatto impeditivo, comunque rimesso alla prova del soggetto che ha posto in essere la condotta.

⁷⁰⁷ Ecco perché l'argomento è stato spesso trattato nell'ambito della discussione sull'esatto modo di intendere l'ingiustizia del danno, ovvero, se basarla sull'*Erfolgsunwert* o sul *Verstoß gegen ein Verhaltensgebot oder -verbot*. Proprio quest'ultima ricostruzione giunge a quelle conseguenze definite 'bizzarre': ad esempio, i produttori di auto, armi o coltelli, e via dicendo, vedrebbero ascritti loro i danni causati con questi oggetti, giacché altamente prevedibili e comunque propri di una sequenza causale adeguata. Questo è quanto osservano K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 213, cit., p. 364 s. (che pure risolvono il problema delle *Verkehrspflichten* sul piano della *Tatbestand*, e non su quello della *Rechtswidrigkeit* – p. 368 –, senza però indugiare sul problema della causalità nel senso in cui vado argomentando nel testo).

⁷⁰⁸ Così facendo, resto, si permette di recuperare la presunzione di assenza di cause di giustificazione in tutte le ipotesi di responsabilità aquiliana (v. sempre K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 213, cit., p. 368 s.).

della colpa, sembrerebbe giustificarsi alla luce della peculiare verifica causale che proprio la responsabilità aquiliana derivante da un *Unterlassen* o da una *mittelbar Beeinträchtigung* presuppone.

In effetti, in queste ipotesi l'accertamento del nesso di causalità parrebbe basarsi non tanto sulla mera teoria condizionalistica, ma su una sua integrazione per mezzo del confronto di quanto è avvenuto con quanto sarebbe dovuto avvenire, ove l'agente avesse rispettato la prescrizione imposta dagli 'obblighi del traffico'. Che questo avvenga, lo dimostrerebbero le fattispecie abbracciate dall'art. 40, comma 2, c.p. (ove però di norma si parla di posizioni di garanzia); e sarebbe però presumibile anche in quelle di illeciti commissivi indiretti, per le analogie che queste ultime manifestano con le prime.

In altri termini, mentre solitamente l'analisi della causalità richiede di mettere a paragone la fattispecie concreta, e ciò che sarebbe invece avvenuto senza l'azione lesiva, nell'ambito dei casi che sto considerando il confronto dovrebbe condursi tra quanto accaduto, e quanto sarebbe successo ove non fossero stati violati gli obblighi predetti. Questo proprio perché l'ordinamento non considera, a questi fini, come 'dovuto' il comportamento in ottemperanza dei medesimi, ma come 'reale': ossia, secondo il sistema giuridico questo modello di condotta (e i risultati che ne sarebbero derivati) era quello fisiologico, che può addirittura essere considerato equipollente a quella realtà naturalistica, presa come termine di paragone nei normali illeciti commissivi.

Ecco donde deriva la confusione con la colpa: in realtà l'ordinamento, per predisporre questa peculiare tecnica di accertamento del nesso causale, assorbe elementi che normalmente appartengono proprio alla colpa, se non alla mancanza di una causa di giustificazione (cioè: alla sua inopponibilità) oppure alla preesistenza di un obbligo giuridico, e così via; nel farlo, trasferisce un 'dovere', una 'deontologia', a un 'essere', e quindi a una 'ontologia'⁷⁰⁹, qual è il nesso di causalità (e in generale il fatto nell'ambito dell'illecito, come pure del reato).

Ma se il 'sarebbe stato dovuto' diventa il 'sarebbe stato', ciò vuol dire che una parte del giudizio di colpevolezza è ascritto alla verifica del fatto: e, così, si comprende perché queste fattispecie tendano ad assomigliare a illeciti di condotta, pur senza confondersi con essi⁷¹⁰; come mai si riesca a spostare dall'elemento soggettivo o dall'antigiuridicità la mancanza di responsabilità, imputandola al difetto del fatto; in che senso il ruolo della colpa risulta particolarmente limitato, pur comunque sopravvivendo⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Secondo criteri di volta in volta individuati dal legislatore (o dalla dottrina); cfr. K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 2¹³, cit., p. 407 ss.

⁷¹⁰ «Die Verkehrspflichtverletzung folgt – bezogen auf die Rechtsgüter des Abs. 1 dem Schema des Abs. 2»: così H.-J. MERTENS, *Verkehrspflichten und Deliktsrecht*, in *VerS*, 1980, p. 399.

⁷¹¹ Ma su questo v. approfonditamente a breve.

Entro questi termini, allora, le *Verkehrspflichten* potrebbero essere adottate anche nel nostro sistema; le discussioni sulle posizioni di garanzia potrebbero allora facilmente traslarsi su questo nuovo terreno, e qui si finirebbe per studiare soprattutto quando l'ordinamento pone questi peculiari obblighi.

In nessun caso, però, questa teorica potrebbe spostarsi sino ad abbracciare le norme che già di per sé fondano la responsabilità aquiliana sulla condotta, più che sull'evento: ovvero, nei casi di norme di protezione. Qui, infatti, lo stesso nesso di causalità sembra evaporare, e il ragionamento dinanzi esposto diviene ultroneo, poiché alle stesse esigenze viene incontro a monte già la tecnica di ascrizione del danno per il tramite della definizione di un illecito di condotta.

Ciò detto, debbo evidenziare che nell'ambito di questo scritto non ho prestatato adesione, nemmeno per i profili dei quali ho poc'anzi notato una certa condivisibilità, alla teoria delle *Verkehrspflichten*; in particolare, ho ricostruito gli illeciti omissivi, così come tradizionalmente avviene, sulla base di semplici posizioni di garanzia.

Una tale teorica, a mio avviso, costituisce uno strumento troppo pericoloso: essa, elaborata per rispettare l'ordine sistematico, finisce però per aprire la via a strappi ben più gravi del sistema⁷¹². Questi, dal canto loro, consistono nella possibilità che gli 'obblighi del traffico' celino forme di responsabilità oggettiva, insinuate al di fuori di un'interpretazione analogica (delle norme recate nel codice civile e adibite a regolare una tale forma di responsabilità) rispettosa dell'art. 12 prel.

Mi spiego. Chi apre il suo fondo a un soggetto che viene danneggiato dal passaggio sullo stesso, per esempio da una lesione del bene vita, solitamente risponde per 'non aver impedito l'evento', ovvero per non aver soppresso l'autonoma sequenza causale che minacciava la vita (o 'per aver causato indirettamente l'evento', lasciando il fondo aperto); là dove si adottassero gli 'obblighi del traffico', risponderebbe per violazione di uno di questi obblighi, connessa alla lesione del bene vita.

Nel primo caso (a prescindere da qualsiasi profilo di eventuale responsabilità oggettiva, che qui non interessa) l'indagine sulla colpa – in realtà comunque di fatto assorbita da quella del nesso di causalità, giacché quest'ultima impone di confrontare la condotta tenuta con quella (nel caso concreto) non colposa⁷¹³ – riguarda la prevedibilità

⁷¹² Dovendosi allora, nel nostro ordinamento, ripristinare il pieno giudizio sull'elemento soggettivo e sulle cause di giustificazione (oltre che sull'esistenza di una posizione di garanzia, nell'illecito omissivo). Tutt'al più, dovrà ritenersi che quest'ultimo elemento, da fatto impeditivo qual è (ove presente), divenga fatto costitutivo (*rectius*: l'assenza di cause di giustificazione o ancor meglio di una specifica causa di giustificazione) della disciplina di responsabilità, qualora la condotta che arreca il danno sia indiretta, e non potendo quindi operare il principio della vicinanza della prova (venendo altrimenti richiesta la prova dell'assenza di scriminanti in capo a chiunque, ad esempio, commercia merci pericolose).

⁷¹³ V. D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, p. 1008 ss.

e la prevenibilità in capo all'agente dell'evento di danno; nel secondo, invece, il singolo 'obbligo del traffico' richiederebbe – secondo la maggioranza degli interpreti d'oltralpe – il rispetto di una misura di diligenza massima, e solo a valle si porrebbe la valutazione della colpa (e quindi sui profili di perizia, prudenza, diligenza e rispetto di regole riguardanti l'attività)⁷¹⁴.

A grandi linee, si dirà, i due esiti si equivalgono; eppure quello che si basa sulle *Verkehrspflichten*, per come esso è stato interpretato nel suo ordinamento di nascita, regge dei corollari di non poco momento.

Anzitutto, la giurisprudenza tedesca⁷¹⁵ ha ritenuto che la violazione degli 'obblighi del traffico' contenga in sé una presunzione di colpa, così di fatto agevolando di molto la situazione del danneggiato, ove la sua controparte abbia leso un tale obbligo, ma anche aggirando i disposti sulla responsabilità extracontrattuale, che viene ad assomigliare sempre più a quella contrattuale⁷¹⁶.

⁷¹⁴ Si parla di *äußere Sorgfalt* e *innere Sorgfalt*, e si ravvisa nella prima la diligenza massima ipotizzabile (non quella di un agente medio, ma del più attento; a dire il vero, la distinzione in parola percorre tutta la responsabilità aquiliana, e viene descritta da H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*², cit., p. 56, come la contrapposizione tra «das äußerlich beobachtbare Verhalten» e «die Erkennbarkeit der Gefahrenlage und der rechtlichen Anforderung an die äußere sorgfaltspflicht»; v. pure E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*², Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 248 ss., W. LORENZ, *Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik. Gedanken zum Erscheinen der zweiten Auflage von Josef Essers 'Schuldrecht'*, in *JZ*, 1961, p. 436 s., e M. STATHOPOULOS, *Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fabrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, hrsg. von C.-W. Canaris und U. Diederichsen, München, 1983, p. 634 s.; la differenziazione, si badi, non ha a che vedere con il problema, discusso dalla giurisprudenza italiana, circa la necessità che anche in caso di colpa specifica ricorrano prevedibilità ed evitabilità del fatto, mentre potrebbe per alcuni profili sfiorare la questione circa la natura psicologica o normativa della colpa, oppure la sua soggettività o oggettività, che ridonda in quella dell'esatta individuazione del modello di agente da prendere a parametro – sulla prima, v. C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, §§ 3 e 29; sulla seconda, cfr. L. CASTELLI, sub *art. 2043 c.c. - Colpa generica e colpa specifica*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 453 ss., e H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*², cit., p. 54 ss. –). V. K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 21³, cit., p. 369 (e però a p. 407 gli autori affermando che «bei den mittelbaren Verletzungen geht es demgemäß weitgehend lediglich um eine Konkretisierung des Maßstabs der 'im Verkehr erforderlichen Sorgfalt' i.S. von § 276 BGB»); C. VON BAR, *Verkehrspflichten*, cit., p. 173 ss.; Ha. STOLL, *Unrechtstypen*, cit., p. 232 (e altra bibliografia in G. WAGNER, sub § 823 BGB, cit., *Rn.* 309, nt. 1371). Viceversa, U. HUBER, *Zivilrechtliche Fabrlässigkeit*, in *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*, hrsg. von E. Forsthoff, W. Weber und F. Wieacker, Göttingen, 1973, p. 278, pur distinguendo *äußere Sorgfalt* e *innere Sorgfalt*, collega la prima pur sempre a quella tipica di un agente medio.

⁷¹⁵ Cfr. BGH, 11.03.1986 - VI ZR 22/85, in *NJW*, 1986, p. 2757; C. VON BAR, *Entwicklungen*, cit., p. 174.

⁷¹⁶ Il che è però anche un tratto costitutivo di certuni illeciti aquiliani per così dire di condotta: basti pensare alla presunzione di colpa nell'ipotesi regolata dall'art. 2600 c.c. (interessante notare, al fine di quanto dirò subito nel testo, quanto segue: secondo la dottrina «la presunzione ... è certamente relativa»; «la prova contraria riguarda l'adozione di tutte le cautele esigibili, secondo la diligenza ordinaria» [non essendovi alcun «innalzamento dei doveri di diligenza»] «per evitare di ledere ingiustamente interessi altrui»; così M. LIBERTINI-A. GENOVESE, sub *art. 2600 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2014, p. 642).

In secondo luogo, sempre la giurisprudenza, sulla scia della dottrina, ha ricostruito – come testé visto – il meccanismo di valutazione della lesione delle *Verkehrspflichten* secondo uno schema che avvicina quest'ultima a una responsabilità oggettiva. In particolare, la distinzione tra una diligenza massima e una colpa concreta corrisponde a un meccanismo incrementatore e amplificatore delle responsabilità⁷¹⁷: crea cioè un vortice che amplia le maglie del danno risarcibile.

Difatti, mentre la valutazione della semplice colpa impone di valutare se l'evento era prevedibile ed evitabile, la duplicazione degli accertamenti fa sì che l'interprete debba prima verificare quale fosse la misura massima di diligenza, per poi chiedersi se con un normale sforzo l'agente avrebbe potuto prevederne la necessità (alla luce della riconoscibilità di una situazione di pericolo e della domanda giuridica di una tale misura massima), o addirittura se avrebbe potuto prevedere (semplicemente) la stessa violazione di questa regola di diligenza. Le due analisi coincidono solo apparentemente: l'ultima, a ben vedere, oltrepassa addirittura quanto richiesto nelle ipotesi in cui vi sia un vero e proprio obbligo in senso tecnico (ad esempio, là dove la buona fede imponga di non ledere un certo bene – e non soltanto di tenere una condotta diligente per non lederlo –, e l'agente possa andare esente da responsabilità fornendo la prova di aver adoperato tutta la diligenza necessaria per evitare l'evento), per accostarsi semmai a quelle di responsabilità oggettiva. Nella responsabilità extracontrattuale (per intenderci, *ex art. 2043 c.c.*) la colpa, intesa come prevedibilità della necessità di tenere una condotta massimamente diligente per evitare il danno, finisce per avvicinarsi proprio a quel grado massimo di diligenza, che va a costituire l'oggetto della prevedibilità da parte dell'agente comune, specie là dove si tratti (come fisiologicamente avviene per gli 'obblighi del traffico') di attività pericolose o che comunque portano con sé certi rischi. Della colpa, in sostanza, rimane ben poco, ogni qual volta il singolo obbligo del traffico sia ricostruito in modo rigoroso: non resta, infatti, né uno spazio all'interno del *Verkehrspflicht*, né (di fatto) nell'ambito del giudizio sul momento soggettivo dell'illecito.

Diverso sarebbe, però, se si costruisse l'obbligo del traffico' sulla diligenza richiesta nel caso concreto (e dunque all'agente medio), spostando semplicemente la colpa di sede, oppure se si mantesse un autonomo giudizio sulla colpa, collegando questa direttamente all'evento, e non al singolo obbligo (che pur potrebbe essere mantenuto su un elevatissimo standard). Ma questo non è quello che è avvenuto in Germania, a ulteriore riprova della pericolosità della dottrina delle *Verkehrspflichten*, che

⁷¹⁷ Cfr. H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*^{A2}, cit., p. 59; G. WAGNER, sub § 823 BGB, cit., *Rn.* 309 s. Gli autori, criticando l'approccio menzionato nel testo, giungono all'esito (su cui v. oltre) per cui «die Verkehrspflichtverletzung ist dann bloß ein anderer Name für Fahrlässigkeit» (secondo la misura del § 276 II BGB, e non secondo quella della *Sorgfalt im Höchstmaß*).

immettono nella responsabilità extracontrattuale per colpa moduli che sono invece propri di quella contrattuale, o di quella extracontrattuale ma oggettiva⁷¹⁸.

E la pericolosità non si ferma qui: proprio la vicinanza tra *Verkehrspflichten* e norme di protezione (che ha dato la stura a questa parentesi) ha mostrato di covare in sé un potenziale scardinamento di tutto il sistema aquiliano.

⁷¹⁸ Cfr. A. THIENE, *Inadempimento*, cit., p. 324, secondo cui «l'importazione degli obblighi di sicurezza del traffico ... contribuirebbe senz'altro a rendere più rigoroso il giudizio sulla colpa, poiché si verrebbe di fatto ad introdurre un criterio di valutazione analogo al principio espresso all'art. 2050». Anzi, potrebbe darsi – parlo da un punto di vista descrittivo e quasi psicologico – che l'avversione tedesca (v. C. CASTRONOVO, voce *Danno*, cit., p. 7) per la responsabilità oggettiva abbia fornito terreno fertile proprio per la teorica delle *Verkehrspflichten*. Non è un caso che la dottrina tedesca discorra di 'obblighi del traffico' proprio nell'ambito della responsabilità del produttore: prima del *Produkthaftungsgesetz*, nell'ambito del § 823 I BGB, addossando al produttore l'onere di provare la mancanza di colpa, in forza di un'apparenza di negligenza che il difetto avrebbe portato con sé (v. le sintesi di D. KOCH, *Produkthaftung. Zur Konkurrenz von Kaufrecht und Deliktsrecht*, Berlin, 1995, p. 163 ss., e di R. FREITAG, *Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht*, Tübingen, 2000, p. 12 ss.); dopo la legge di recepimento della direttiva comunitaria 85/374/CEE, ammettendo accanto alla pretesa fondata sul § 823 I BGB un'azione ai sensi del nuovo testo normativo, la quale viene spesso basata sulla violazione di determinate *Verkehrspflichten*, seppur indipendentemente dalla prova della colpa (o con una colpa presunta, o *in re ipsa* in quanto coincidente con il difetto, e scevra di connotazioni intimamente soggettivo, ovvero relative all'organizzazione del danneggiante); l'idea di base è quella per cui la responsabilità del produttore non sarebbe una vera e propria *Gefährdungshaftung*, che di norma equivale alla *Haftung ohne Verschuldung*, ma una foma a sé, giacché richiederebbe il difetto del prodotto (e non la mera messa nel traffico di un qualsiasi prodotto) e tuttavia non postulerebbe la colpa (salvo non voler ritenere che la colpa sopravviva, ma sia assorbita dal difetto stesso): v., con diversità di accenti, P. SCHLECHTRIEM, *Dogma und Sachfrage. Überlegungen zum Fehlerbegriff des Produkthaftungsgesetzes*, in *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittener zum 70. Geburtstag*, hrsg. von M. Löwisch, C. Schmidt-Leithoff und B. Schmiedel, München 1991, p. 554 ss. e spec. 559 (il quale però interpreta peculiarmente proprio la normale responsabilità oggettiva – 'per pericolo' – connotandola in forme in certo modo soggettive e sovrapponibili alla violazione delle *Verkehrspflichten*); C. VON BAR, *Neues Haftungsrecht durch Europäisches Gemeinschaftsrecht. Die Verschuldens- und die Gefährdungshaftung des deutschen Rechts und das haftungsrechtliche Richtlinienrecht der EG*, in *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, hrsg. von D. Medicus, H.-K. Mertens, K.W. Nörr, W. Zöllner, Stuttgart-Berlin-Köln, 1992, p. 384 ss. e in specie p. 389; G. BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Berlin-Heidelberg-New York, 2006, p. 435; H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*^{A2}, cit., p. 247 s.; *contra* (per la sussistenza di una vera e propria responsabilità oggettiva, non collegabile – diversamente dalla responsabilità del produttore ai sensi del § 823 I BGB – a *Verkehrspflichten*) K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*,²¹³ cit., p. 643 s.; sul punto v. pure C. CASTRONOVO, voce *Danno*, cit., p. 10 s., e sulla responsabilità del produttore in Germania E. DEUTSCH, *Der Schutzbereich der Produzenthaftung nach dem BGB und dem PHG*, in *JZ*, 1989, p. 465 ss.; G. HOHLOCH, *Produkthaftung in Europa. Rechtsangleichung und nationale Entwicklungen im zehnten Jahr nach der Produkthaftungsrichtlinie*, in *ZEuP*, 1994, p. 408 ss. (da un punto di vista comparatistico), nonché più di recente C. KATZENMEIER, *Entwicklungen des Produkthaftungsrechts*, in *JuS*, 2003, p. 943 ss., e già ID., *Produkthaftung und Gewährleistung des Herstellers teilmanigelter Sachen*, in *NJW*, 1997, p. 486 ss.; M. MOLITORIS-T. KLINDT, *Produkthaftung und Produktsicherheit. Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick*, in *NJW*, 2008, p. 1203 ss., nonché IID., *Die Entwicklungen im Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht*, in *NJW*, 2014, p. 1567 ss.; sul punto v. anche H.C. FICKER, *Produktenhaftung als Gefährdungshaftung?*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bieberstein und P. Schlechtriem, Tübingen, 1978, p. 343 ss., il quale, da un punto di vista più generale, si chiedeva se la responsabilità del produttore potesse essere considerata in taluni casi oggettiva.

Il punto verrà toccato meglio oltre, ma posso già anticiparlo: autorevolissima dottrina, accorgendosi della somiglianza tra gli ‘obblighi del traffico’ e le norme di protezione, ha ritenuto di dover ascrivere i primi non all’*Abschnitt* II del § 823 BGB, ma al I. L’idea, di per sé, è innocua, se non fosse che ha veicolato – come vedremo – il tentativo dottrinale (e pure l’opinione giurisprudenziale) di servirsi delle *Verkehrspflichten* per rendere risarcibile il danno meramente patrimoniale, rompendo dunque il sistema di tipicità dell’illecito aquiliano vigente in Germania e, seppur con note meno rigorose, anche in Italia.

Non mi soffermo ora sulla reazione tedesca a quest’esito. Mi preme, piuttosto, osservare come questa ricostruzione sia volta proprio ad aggirare la necessità che, affinché si dia tutela a un danno solo patrimoniale, sia ravvisabile una norma che ammetta la nascita di un interesse legittimo o una norma di protezione (eventualmente frutto di un’interpretazione analogica). Le *Verkehrspflichten*, secondo l’opinione in parola, verrebbero ascritte di fatto al rango anch’esse di ‘norme di protezione’: senonché norme non sono⁷¹⁹, giacché si tratta tutt’al più di precetti giudiziali⁷²⁰.

Ora, se l’art. 2043 c.c. viene interpretato come clausola generale, eventuali ‘obblighi del traffico’ a tutela del patrimonio diventano inutili⁷²¹, o comunque divengono solo un’espressione descrittiva per denotare certi illeciti extracontrattuali (giacché, come dicevo, un art. 2043 letto come clausola generale impone di considerare tutte le fattispecie aquiliane come illeciti di condotta). Viceversa, a voler essere rigorosi, e a interpretare la disposizione in parola come norma secondaria, non si può accogliere punto la ricostruzione delle *Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens*, giacché essa si tradurrebbe nell’esigenza di concedere al giudice ampi (e incontrollati) spazi per creare a suo piacimento norme che replicano la *ratio* di quelle da cui sorgono interessi legittimi o di quelle di protezione: la sussistenza di un semplice danno al patrimonio; la peculiare posizione di una parte (che esercita una particolare attività, o che comunque si assume determinati rischi nell’agire nel traffico); il ragionevole affidamento della o delle controparti (giustificato proprio alla luce della posizione in cui si trova la prima)⁷²². Tutto questo, ripeto, per mezzo della creazione di criteri di condotta da parte di una giurisprudenza creativa, che si muove però al di fuori di ogni sostegno

⁷¹⁹ Così N. JANSEN, *Die Struktur*, cit., p. 394.

⁷²⁰ V. il sottotitolo della monografia di Von Bar.

⁷²¹ V. però, di recente, A. DI MAJO, *La ‘via di fuga’*, cit., p. 1109, propone di applicare le *Verkehrspflichten* anche nel nostro ordinamento.

⁷²² D’altro canto, solo l’analogia con gli altri ‘obblighi del traffico’ garantirebbe questi requisiti; ma essi, definiti in modo vago, potrebbero essere facilmente annacquati, finendo per ritornarsi a un’interpretazione dell’art. 2043 c.c. come clausola generale (E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, cit., p. 71, collega quest’esito alla ricostruzione delle *Verkehrspflichten* basata sulla diligenza dell’agente medio; ma a mio avviso non vi è questo collegamento diretto: semmai è probabile che, abbandonata l’opinione che rinvia ‘obblighi del traffico’ solo là dove ricorrono le circostanze menzionate nel testo, verrebbe dismessa pure l’idea della *Sorgfalt im Höchstmaß*).

normativo: anzi, in aperta rottura nei confronti del sistema, giacché l'atteggiamento in esame si tradurrebbe, a ben vedere, nella formazione di 'obblighi' veri e propri a partire da quel 'dovere' di *neminem laedere* che, come da più parti osservato, in realtà non esiste⁷²³, essendo un mero riflesso della protezione accordata da altri beni. L'inversione logica è palese: non essendovi un bene, si crea un obbligo; si fonda l'obbligo proprio su quelle *Verkehrspflichten* che, di per sé, dovevano servire per rintuzzare la fattispecie di taluni illeciti di danno (se così si può dire), e non certo per fare a meno del danno stesso (inteso come 'danno ingiusto')⁷²⁴.

La questione delle norme di protezione – su cui, a conclusione di queste riflessioni, ora posso tornare – pone anche altri problemi rispetto a quelli sinora evidenziati, e molto più vasti: su di essi però non posso soffermarmi. Ad esempio, vi sarebbe da chiedersi se le norme penali⁷²⁵ siano *Schutzgesetze*⁷²⁶ o meno⁷²⁷: e, a sua volta,

⁷²³ Cfr. C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, cit., § 7.

⁷²⁴ E la confusione viene ancor più agevolata dallo stesso riferimento al *neminem laedere*, specie allorché si sostiene che le *Verkehrspflichten* siano la «Konkretisierung des allgemeinen Gebots *neminem laedere*» (così E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*², cit., p. 71).

⁷²⁵ Sul danno da reato cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, e A. THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006, p. 99 ss.

⁷²⁶ Così (anche se non espressamente) C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, cit., §§ 51 e 54, e soprattutto G. CIAN, *Antigiuridicità*, cit., p. 146 s., nt. 22. Più di recente C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia*, cit., p. 13 (nonché ID., *Ingiustizia del danno*, cit., p. 359). V. pure A. DI MAJO, *Discorso generale*, cit. p. 29 (e già ID., *Il problema*, cit., p. 308 ss. e 318 ss., in senso però dubitativo; d'altro canto, ancor oggi l'autore subisce il fascino della ricostruzione dell'art. 2043 c.c. come clausola generale, e ritiene che la disposizione, proprio in virtù di questo, possa abbracciare anche norme di protezione: mentre, a mio avviso, le norme di protezione si impongono per loro forza, senza bisogno alcuno di aggrapparsi alla clausola generale).

⁷²⁷ Ossia, se non siano semmai norme da cui dedurre la protezione di un interesse (la norma penale servirebbe allora per individuare l'esatto perimetro di taluni diritti o interessi che sono protetti dall'ordinamento, specificando il dato costituzionale e agevolando la ricerca dell'interprete specie per quelle libertà che, in quanto tali, sono solo vagamente individuate), oppure e addirittura norme che nulla dicono a proposito del giudizio di ingiustizia (e sarebbero quindi da integrare con l'art. 2043 c.c., come si riteneva in un tempo ormai remoto). Su questi punti v. A. THIENE, *Nuovi percorsi*, cit., p. 103 e 114; A. DI MAJO, *Il problema*, cit., p. 322; C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 197 ss.; e A. RIZZIERI, *Il danno non patrimoniale da reato*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale* diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Torino, 2010, p. 407 ss.; P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Torino, 2012, p. 345 ss.; G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*², Padova, 2006, p. 239 ss.; di recente, con riguardo alla sentenza Cir-Fininvest, gli autori citati di seguito al § 5 del Capitolo secondo. A mio avviso, accettata la ricostruzione per cui si sarebbe di fronte a illeciti di condotta (dal punto di vista civilistico, in quanto norme di condotta; nulla toglie che, penalmente, si sia di fronte a reati di evento), si dovrebbe ammettere che l'ingiustizia possa essere provata per due distinte vie dal privato: tramite il riferimento alla normativa penale, nonché ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ciascuna di queste ricostruzioni, a sua volta, finisce per attribuire un diverso ruolo al riferimento dal danno non patrimoniale contenuto nell'art. 185 c.p.: secondo l'ultima riferita, in particolare, esso sarebbe da intendere, ormai, come del tutto inutile, alla luce dell'interpretazione dell'art. 2059 c.c. data dalla Cassazione negli ultimi anni – ossia: ammissione del danno non patrimoniale ove siano lesi valori costituzionalmente protetti –, oppure foriero del risultato di rendere risarcibile il danno non patrimoniale, ove vi sia un reato, anche indipendentemente dal fatto che il bene leso abbia – o i beni lesi abbiano – consistenza non patrimoniale. Il fatto è, a mio avviso, che il danno non patrimoniale costituisce un danno conseguenza, per cui il fatto che si sia di fronte a un

se il danno da reato sia risarcibile, oltre che nel processo penale, anche dinnanzi al giudice civile (come danno da violazione della norma, e non come danno reso ingiusto altrimenti, e in particolare per la lesione di una posizione altrui).

Il tema interseca da vicino quello della lesione dei diritti di libertà: se è vero, infatti, che essi non fungono (se non in casi eccezionali) da cause di giustificazione, è anche vero che la loro violazione deve considerarsi risarcibile (non potrebbero lasciarsi impuniti la minaccia, il sequestro, la violenza sessuale, e così via dicendo). E, però, ciò non vuol dire ammettere un'estesa tutela degli stessi, che di nuovo annacquerebbe il sistema di responsabilità aquiliano in una totale indistizione (giacché qualsiasi interesse del danneggiato potrebbe in qualche modo riferirsi a un diritto di libertà: basti pensare a quanto avviene, oggi, in tema di responsabilità precontrattuale).

Vi sarebbe da chiedersi, cioè, se le libertà siano tutelate solo a livello penale (e, dinnanzi al giudice civile, tramite l'accertamento della violazione di una norma penale), o anche come posizioni a sé⁷²⁸: fermo restando che la tutela offerta dall'art. 833 c.c., pur interpretato e applicato al di fuori del diritto di proprietà, non offrirebbe sempre una garanzia sufficiente (giacché non sempre la lesione della libertà altrui è commessa con una volontà prava di nuocere, ossia con un dolo specifico⁷²⁹).

reato o meno non dovrebbe modificarne l'ammontare (piuttosto, agirebbe sul diverso piano del danno evento). Tuttavia, si potrebbe forse – ma non è il caso di soffermarsi su questo punto – recuperare un margine d'azione per questa previsione (come per tutte quelle che tipicamente ammettono il risarcimento del danno non patrimoniale) riconoscendo che, in siffatti casi, risulta risarcibile tale danno anche qualora corrisponda a perdite afferenti alla persona altrimenti definite bagatellari, o comunque non elevabili sino ai valori costituzionalmente protetti (cfr. anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 91). Il che, probabilmente, si vede meglio ancora nell'ambito del danno non patrimoniale da contratto, con riferimento all'obbligo di prestazione in senso stretto: ad esempio, nel contratto di vendita del pacchetto turistico l'interesse a fruire della vacanza, che di per sé non è costituzionalmente tutelato, diviene risarcibile nella prospettiva contrattuale. A sua volta, il reato potrebbe consentire il risarcimento dei danni non patrimoniali, anche bagatellari, discendenti dal reato stesso: dovendosi però chiedere, a questo punto, se ciò comprenda qualsiasi perdita attinente alla persona, oppure solo quelle che, oltre a essere conseguenza immediata e diretta della condotta penalmente illecita, siano anche immediatamente connesse con il bene della vita direttamente coinvolto dalla tutela penale (ciò che avverrebbe sempre per il dolore o anche il mero fastidio provocato dal subire un illecito – ovvio il riferimento al *pretium doloris* –, e talvolta anche per altre voci).

⁷²⁸ Per la lesione della libertà, causata da una minaccia, V. PIETROBON, *Illecito*, cit., p. 101 s. propone il modello dell'illecito di contegno, modellandolo sull'art. 1435 c.c. Sennonché, ammessa la rilevanza di un terzo tipo di responsabilità nelle trattative, questa prospettiva duplicherebbe la tutela contro la violenza precontrattuale in due illeciti di contegno (emergenti appunto nell'interesse legittimo e nella responsabilità aquiliana), il che non può essere (giacché il primo abbraccia tutto il secondo). Piuttosto, seguirei la tesi di una rilevanza della libertà come bene in sé, come subito dico nel testo.

⁷²⁹ «Si configura [il dolo specifico] quando, alla stregua di una determinata norma incriminatrice, è necessario agire in vista di uno scopo, fissato dalla legge, la cui realizzazione non trova riscontro sul piano della fattispecie obbiettiva» (così I.M. GALLO, *Dolo [dir. pen.]*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, § 13). Ora, nella truffa, per fare un esempio, il dolo specifico è quello di trarre profitto; mentre non è detto che compaia il fine di nuocere (anzi, questo è normalmente escluso: *rectius*, degrada a dolo generico). Nella violenza sessuale non vi è il fine unico di nuocere, seppur questo è un evento di sicuro accettato e voluto; ma non è lo scopo in virtù del quale si compie la condotta, che anzi, il più delle volte, è motivata da un appagamento individuale dell'agente. Né si potrebbe affermare, per dedurre

Il tema è troppo complesso per essere affrontato qui, e in poche righe. Posso solo fornire alcuni spunti: anzitutto, le norme penali, che rendono risarcibili anche danni meramente patrimoniali in sede aquiliana, potrebbero essere applicate anche dal giudice civile, in una prospettiva di concorso di tutele che bisognerebbe comunque mantenere distinte.

Così, l'art. 185 c.p., nel tratteggiare l'obbligo al risarcimento, si riferirebbe a una conseguenza della valutazione in termini di reato che spetta in via principale al solo giudice penale, e in via incidentale (arg. anche *ex art. 198 c.p.*) a quello civile (e sempre salvo il disposto degli artt. 651 e 652 c.p.p., nonché quello dell'art. 75 dello stesso codice). In altri termini, il risarcimento sarebbe ammesso a prescindere dal ricorrere di interessi tipicamente protetti: le norme penali, quali norme di condotta, renderebbero automaticamente risarcibile una lesione (e, però, a voler essere rigorosi, solo in capo al soggetto titolare del bene della vita⁷³⁰). Anzi, ciò escluderebbe qualsiasi necessità di interrogarsi sull'abuso del diritto, sul concorso con la tutela contrattuale, e così via: la mera violazione della norma penale avrebbe in sé tutti gli elementi al cui ricorrere va connessa la responsabilità aquiliana (condotta, evento, nesso di causalità; ingiustizia del danno; imputabilità; dolo o colpa).

Se così fosse, le norme penali – intese quali *Schutzgesetze*⁷³¹ – avrebbero un'efficacia assolutamente limitata: in altri termini, non potrebbero servire, all'interprete, per (trarre elementi al fine di) ritenere risarcibili sempre e comunque gli interessi che esse proteggono, giacché questa tutela si situerebbe sempre su di un diverso binario, eventualmente concorrente con l'ordinaria responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.* (e 2059 c.c.) o con quella da violazione di diritti di credito o interessi legittimi⁷³².

l'ingiustizia di questi danni, che, in questi casi, il beneficio così ottenuto è illecito, giacché l'illiceità e l'ingiustizia costituiscono, per l'appunto, ciò che va dimostrato.

⁷³⁰ Salvo non si ritenga che una sufficiente rete di contenimento sia già assicurata dalla necessaria presenza di un nesso di causalità giuridica (causalità che pur sempre dev'essere adeguata).

⁷³¹ Fermo restando che la loro qualificazione come norme di protezione impone di ritenere ingiusto il danno verificatosi in esito al reato, ma nulla dice circa la qualificazione di quest'ultimo (che potrà essere di condotta come di evento, commissivo come omissivo proprio o improprio).

⁷³² Più difficile, però, è comprendere se la disposizione recata nell'art. 2947, comma 3, c.c. si applichi al solo danno da reato strettamente inteso, o a qualsiasi pretesa (in concorso) che trova il suo titolo in un comportamento che, dal punto di vista fattuale, corrisponde a un reato. Probabilmente è questa l'interpretazione da condividere (anche al fine di garantire un reale ambito di operatività per questa previsione); ma, pur sempre, prestando attenzione a non confondere piani differenti (ad esempio, se un atto costituisce reato per il dipendente pubblico statale, con applicazione nei suoi confronti di una responsabilità risarcitoria e, seppur entro strette maglie, pure dello Stato *ex art. 2049 c.c.* – V. TENORE, *Responsabilità solidale della p.a. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali*, in *www.lexitalia.it* –, non può affermarsi che lo stesso termine di prescrizione – ammesso che non si tratti di vera e propria decadenza, come parrebbe dal tenore della legge – valga per la responsabilità, immediatamente e solo statale, da lesione di interesse legittimo). V. in dottrina M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 908 s., e in giurisprudenza Cass. civ., Sez. III, 1 marzo 1994, n. 2012, richiamata sempre da Franzoni.

Quanto alle libertà⁷³³, la loro tutela è certamente consentita in chiave penale, ove neppure serve interrogarsi sulla consistenza del bene protetto e però lesa (se non per verificarne il titolare). In ottica civile, invece, sarebbe d'uopo la massima prudenza: il risarcimento della lesione delle libertà, infatti, cova in sé il pericolo di distruggere tutto il sistema di responsabilità extracontrattuale, proprio perché risulta spesso facile rinvenire una libertà lesa in capo al soggetto che si pretende danneggiato. Certo, vi è sempre la possibilità di archiviare la questione e supporre che, civilmente, la protezione derivi solo da quella penale (art. 185 c.p.). Ma vorrei provare a rinvenirne un fondamento anche sul solo terreno civile, cercando però di coniugarlo con la costruzione dell'art. 2043 c.c. quale norma secondaria.

Il discorso, a dire il vero, dovrebbe anzitutto chiarire quali libertà siano effettivamente tutelate come tali dal nostro ordinamento: ad esempio, mi sembra dubbio che la 'libertà di iniziativa economica' o quella 'contrattuale' siano davvero tali, e non rappresentino piuttosto un riconoscimento di massima dell'autonomia contrattuale e tutt'al più un limite all'attività dei pubblici poteri⁷³⁴.

Ma, a monte, è il concetto stesso di libertà a essere dubbio⁷³⁵: se essa è intesa come uno spazio di generica liceità, a fronte del quale manca un vero e proprio dovere altrui di astenersi da turbative⁷³⁶, risulta difficile anche postularne una tutela. Forse, irrobustendone il concetto fino a elevarlo a una facoltà di autodeterminarsi in certe scelte (la libertà personale, in quelle attinenti alla persona; la libertà di movimento, in quelle relative alla propria dislocazione spaziale; la libertà d'espressione, con riguardo a quelle proprie della manifestazione del pensiero; la libertà sessuale, nell'ambito delle decisioni involgenti la propria sessualità), la libertà diviene protetta – o le libertà divengono protette –: ma il rischio è, per l'appunto, quello opposto di un'eccessiva tutela. L'autodeterminazione, intesa in senso lato, potrebbe essere lesa tanto da un

⁷³³ Su cui v. le fonti citate nel § 2 del Capitolo secondo della Parte prima, cui *adde* G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, spec. p. 25 (dal punto di vista dei diritti sociali).

⁷³⁴ D'altro canto, in Germania si ritiene comunemente che il riconoscimento di diritti umani non abbia alcuna *Drittwirkung*, non potendo riempire né il precetto recato nel § 823 I BGB, né quello dell'*Abschnitt II*.

⁷³⁵ V. allora le conclusioni cui ero arrivato al termine del § 2, Capitolo primo, Parte Prima, in nota, secondo cui la libertà in senso lato altro non sarebbe che la liceità pura e indistinta, e non la liceità esclusiva, e che invece la libertà, come diritto (ossia la facoltà esclusiva), altro non sarebbe che la possibilità di autodeterminarsi.

⁷³⁶ Tale non mi sembra essere quello che fa applicazione semplicemente dell'art. 833 c.c.: vero è, infatti, che spesso gli illeciti in parola sono solo dolosi; tuttavia, ciò non significa che per forza di cose siano pure connotati da intento emulativo, ossia da un'intenzione prava di nuocere, da un *animus nocendi*. Spesso vi è piuttosto un'indifferenza verso i beni altrui e l'intenzione specifica di ricavare un beneficio dalla condotta illecita, come sopra ho già detto. Sul dolo specifico come intenzione prava di nuocere v. anche C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 685.

comportamento doloso, quanto da uno colposo, con una dilatazione estrema della norma recata nell'art. 2043 c.c., che solo in linea teorica rimarrebbe tipica⁷³⁷.

Probabilmente, l'unica via d'uscita⁷³⁸ è ammettere che le lesioni delle libertà concretino danni meramente patrimoniali, salvo quando le singole libertà, comunque interpretate in senso restrittivo (e dunque facendole coincidere con la 'facoltà di autodeterminarsi'), non si traducano in beni d'indole spirituale, o comunque non patrimoniale, costituzionalmente protetti, e così tali da giustificare tanto una valutazione d'ingiustizia del danno, quanto la risarcibilità del danno non patrimoniale⁷³⁹.

In tali ipotesi, la sufficienza della colpa andrebbe per lo più esclusa (o al massimo valutata, con la massima cautela, caso per caso, alla luce del singolo bene di cui viene addotta la lesione): di regola, infatti, lo stesso bene violato non consentirebbe di ritenere ingiusto il danno causato con la sola colpa (come avviene, secondo alcuni, per un altro diritto personale inviolabile, come l'onore, a fronte di una condotta ingiuriosa e non diffamatoria). Ad esempio, chi subisce un detrimento della libertà di determinare

⁷³⁷ In Germania il riferimento alla *Freiheit* recato nel § 823 I BGB è interpretato in modo molto ristretto, come riferito alla sola *Fortbewegungsfreiheit*, proprio al fine di non urtare contro la sistematica della legge (così K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderes Teil*, 2¹³, cit., p. 385).

⁷³⁸ Secondo A. FALZEA, voce *Efficacia*, cit., § 38, «il potere [in un'accezione generalissima] si rafforza in doppio senso, se la norma da un lato lo 'sgancia' da ogni stretto dovere del soggetto, e d'altro lato lo 'aggancia' a doveri di altri soggetti. Nel primo caso il potere diventa libertà o almeno discrezionalità. Nel secondo caso si costituisce una relazione giuridica intersoggettiva». In questo senso, mi pare possa ribadirsi quanto dicevo a suo tempo (rinvio di nuovo al § 2 del Capitolo secondo della Parte Prima, ove in nota mi intrattenevo sul concetto e ne proponevo una ricostruzione), ossia che la libertà è facoltà di agire non esclusiva, è pura liceità; essa riempie le intercapedini che si formano tra i diritti soggettivi, e si presenta priva di corrispondenti doveri altrui, in questo distinguendosi dai diritti soggettivi veri e propri (che postulano, invece, 'doveri' altrui: in quanto facoltà esclusive, e talvolta anche in quanto facoltà che assorbono un *Können*). Se così è, si comprende in che senso la libertà non possa godere di tutela aquiliana, non presentandosi alcun dovere di rispettare questa facoltà. Il 'dovere' (in senso diverso ovviamente dall'inesistente *neminem laedere*) risorgerebbe, però, ove si contraesse il concetto di libertà, fino a farlo coincidere con un'altra nozione, ossia quella di 'autodeterminazione'. Questa, a sua volta, richiede per essere lesa non una mera costrizione colposa (si assisterebbe solo a una compressione dello spazio di autodeterminazione), ma una condotta dolosa che colpisca direttamente la libera esplicazione della personalità. Si tratterebbe, cioè, non di una qualsiasi 'autodeterminazione' sana, priva di condizionamenti, e via dicendo, ma solo di quel nucleo, che corrisponde alla possibilità di decidere per se stessi senza che altri si sostituisca nella scelta. Giacché, per sostituirsi effettivamente nella scelta (e non solo casualmente, o indirettamente) bisogna compiere una diversa scelta, da sovrapporre, sembrerebbe necessario il dolo dell'agente (ferme restando la cause di giustificazione dell'esercizio del diritto o dell'adempimento del dovere, per esempio in caso di pubblica amministrazione, e in tali ipotesi facendo comunque salva l'eventualità di un eccesso colposo). Dunque, mentre risulta lecitamente comprimibile lo spazio, l'ambito entro cui avviene la scelta, non sarebbe lecito proibire la scelta stessa (anche se ciò avviene, pur sempre dolosamente, ma indirettamente, ovvero comprimendo l'area in cui essa stessa si esplicherebbe). A sua volta, tale illiceità, per risultare rilevante in ottica aquiliana come 'ingiustizia', richiederebbe una protezione dello specifico bene, ossia della specifica libertà (fonte, inevitabilmente, di un danno non patrimoniale), e dunque una tutela tipica dello stesso.

⁷³⁹ Libertà dunque corrispondenti a beni della persona, e mai all'autonomia del soggetto di muoversi in campo patrimoniale. Su questi punti v. pure S. PATTI, *Lesioni del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile*, in *Giur. it.*, 1987, c. 2043 ss.

la propria sfera sessuale a causa di una violenza o di un inganno, e dunque con comportamenti denotati da intenzionalità, si trova in una situazione ben diversa da chi può lamentare di non aver conosciuto appieno il proprio partner prima di autodeterminarsi, o di essere caduto in errore su certi suoi connotati. In quest'ultima circostanza la libertà di determinare la propria condotta non è stata davvero lesa, ove la si intenda come 'possibilità di decidere senza (indebite) coartazioni che fare della propria sfera sessuale' (in altri termini: la condotta non avrebbe efficacia lesiva dell'interesse protetto così ricostruito).

Dunque, solo la contrazione della libertà nel suo nucleo protetto *erga omnes*, escludendo da esso quella fascia in cui il conflitto tra più libertà è ammesso proprio dal legislatore (conflitto che rientrerebbe nel quarto gruppo castronoviano, ossia di assenza di cause di giustificazione e pure di situazioni protette), consentirebbe di rinvenire un bene tutelabile in via aquiliana (e far assurgere il conflitto al primo gruppo, in cui si confrontano un danneggiante che non è in alcun modo facultizzato nella sua azione e un danneggiato titolare di una posizione giuridica). Ciò corrisponde, per l'appunto, non tanto alla mera 'facoltà di agire' intesa come 'liceità non esclusiva di agire in qualsiasi modo entro i limiti del permesso'⁷⁴⁰, quanto alla 'facoltà esclusiva di autodeterminarsi', senza che altri 'decida' (quindi, di norma, intenzionalmente, per lo meno nelle forme del dolo eventuale) sostituendosi al soggetto tutelato⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Ovvio che altre concezioni dell'art. 2043 c.c., che, pur rifacendosi a una natura 'secondaria', tendono ad allargarne di molto l'ambito rispetto a quello che ho tracciato, sono costrette a rinvenire con molta maggiore larghezza, nella libertà, un interesse protetto (v. M. BARCELONA, *Strutture*, cit., p. 435). Dal mio punto di vista, invece, il punto è proprio quello di comprendere come possa essere tutelata una libertà, che solitamente, invece, non compare come interesse protetto nell'ambito della fattispecie di responsabilità civile. Non risulta sufficiente, a tal fine, il rinvio all'illecito mosso da intenzione prava di nuocere; mentre quello all'art. 185 c.p. elimina di fatto i problemi dal punto di vista pratico, ma lascia un po' perplessi: sembrerebbe strano che la normativa civile, proprio là dove il danno sembra 'più ingiusto', debba per forza di cose richiedere l'intervento di quella penale.

⁷⁴¹ La concezione tratteggiata, se non erro, spiegherebbe anche perché nei confronti dello Stato non possa esservi alcuna tutela della libertà se non nelle forme dell'interesse legittimo; d'altro canto, quando l'attività pubblica si spinge a ledere finanche la facoltà di autodeterminarsi, ciò avviene in ossequio a un potere, ristabilendosi così una situazione di forza e privilegio a favore della controparte, cui si può reagire solo tramite l'interesse legittimo. La tutela della libertà trova la sua sede elettiva nel risarcimento dell'interesse legittimo, salvo quando non sia così odiosa da ledere quella vera e propria *facultas agendi* che sta nel principio di autodeterminazione. E non è nemmeno un caso se G. LOMBARDI, *Potere privato*, cit., *passim*, dedichi la sua ricerca al potere dal punto di vista dei diritti fondamentali, giungendo di fronte, tra l'altro, alla necessità di dare tutela dinnanzi a «qualunque forma di esercizio di poteri sostanzialmente autoritari» che possono ledere le «componenti personalistiche della libertà», e finendo per ravvisare «diritti fondamentali nel campo privatistico ... quando i *partners* sono di fronte in posizioni soltanto formalmente pari, ma in realtà caratterizzata da una marcata asimmetria». Il concetto sotteso è quello di potere: che, inteso in senso giuridico oppure in senso sociale, sempre si adatta all'idea di interesse legittimo (in senso giuridico, lo vedremo a breve; in senso sociale, ne parleremo a proposito della contrattazione del consumatore o d'impresa). L'autore, poi, passava a considerare le due tesi che rispettivamente fanno operare i diritti fondamentali in ambito privatistico attraverso le clausole generali oppure in modo immediato (*Drittwirkung*). Criticatele, notava che i caratteri fondamentali dei 'poteri privati' hanno molto in comune con il potere amministrativo (p. 92), e richiedono «forme speciali di garanzia». L'autore andava poi alla ricerca dei poteri privati (rinvenuti nelle strutture associative, nelle

D'altro canto, ove non si volesse appuntare l'attenzione sulla corretta estensione dei beni (comunque non patrimoniali) protetti, e si indulgesse a una più vaga determinazione degli stessi, la necessità di limitare le fattispecie fonti di responsabilità discenderebbe comunque dalla comparazione tra interessi protetti, giacché, in questi casi, si dovrebbe ammettere che l'un soggetto, l'agente, esercita un diritto (*rectius*: una libertà) comparabile, perché posto sullo stesso piano, rispetto a quello (*rectius*: quella) del danneggiato. L'equipollenza⁷⁴² tra posizioni rende necessario, ove esse si trovino a confliggere fisiologicamente, ricorrere a un metro di bilanciamento. In altri termini, interpretare latamente le situazioni le rende così ampie, da permettere di ipotizzare un'area di sovrapposibilità tra interessi protetti di danneggiante e danneggiato, entrambi normalmente afferenti a situazioni di pari indole e di pare valore. Se così fosse, allora, il canone per il bilanciamento andrebbe rintracciato, come sempre avviene, nell'ordinamento⁷⁴³; quest'ultimo, a sua volta, potrebbe ritenere talvolta insufficiente, per aversi lesione, una condotta colposa: ad esempio, nel caso in cui un soggetto non si determinasse appieno nella sua sfera sessuale a causa di una condotta colposa altrui, la lesione proverrebbe comunque da una condotta esercizio di una libertà sessuale (o per lo meno d'espressione), necessariamente oggetto di una valutazione comparativa. Sennonché, così facendo, il rischio sarebbe quello di omologare tra loro tutte le 'libertà': ne discenderebbe, di conseguenza, un modo surrettizio per fare dell'art. 2043 c.c. una norma a sanzione di illeciti di contegno (si potrebbe dire, ad esempio, che nelle trattative precontrattuali si scontrano due libertà uguali e contrarie). La soluzione, a questo punto, non sarebbe che una: ammettere che questi casi, i quali si risolvono in illeciti di condotta, siano assorbiti dalla tutela di un interesse legittimo, ove sussistente⁷⁴⁴, e al di fuori restino rilevanti in ottica aquiliana

comunità necessarie e necessitate, nella scuola e nell'impresa), ma non ne traeva le rigorose conclusioni (a suo dire, la tutela sarebbe stata nelle forme del diritto soggettivo – identificato nella situazione costituzionale lesa). Queste, a mio avviso, debbono ravvisarsi nella tutela dell'interesse legittimo: non generalizzata, ma solo là dove ne ricorrano le basi. E, però, proprio queste (come a breve vedremo) vi sono in quasi tutti i casi rintracciati da Lombardi.

⁷⁴² Quell'equipollenza che, come ho già detto, ricorre ove più posizioni siano poste dall'ordinamento su di un piano simile: ciò che di certo non avviene nel caso vi siano diritti relativi, come il credito o il diritto potestativo, e diritti assoluti o comunque interessi protetti della controparte, o in quello di mere libertà poste a fronte di diritti soggettivi (la libertà di movimento e la tutela della proprietà fondiaria); viceversa, ciò che potrebbe avvenire ove si tratti di diritti inviolabili (come la libertà d'espressione e l'onore).

⁷⁴³ Con queste osservazioni non voglio affermare che nel nostro ordinamento siano sempre tutelati i cosiddetti *Rahmenrechte*, su cui v. A. DI MAJO, *Il problema*, cit., p. 316 s. ('diritti cornice' nel cui ambito la dottrina e la giurisprudenza tedesche hanno elaborato la tecnica di 'comparazione' tra diversi interessi), ma solo che, ove vi sia la tutela di certi diritti (com'è pure quello alla personalità, o più specificamente quello all'onere), che fisiologicamente si sovrappone alla tutela di altri diritti, v'è da compiere un'operazione di comparazione.

⁷⁴⁴ Con tutte le note conseguenze, e anche con un altro effetto meno evidente: il giudizio sull'esistenza di una causa di giustificazione (*rectius*, della causa di giustificazione dell'esercizio del diritto) non attiene più a un fatto impeditivo della responsabilità, ma è immerso, assieme a quello

tramite il necessario bilanciamento tra posizioni equipollenti, di necessaria connotazione non patrimoniale.

In chiusura, vorrei sottolineare come la lettura cui ho aderito, pur rintracciando varie norme di protezione (e tra queste una che ricollega all'emulatività della condotta il carattere di illiceità della stessa), non ammetta che il solo dolo surroghi sempre e comunque la verifica del carattere ingiusto del danno, come invece avviene per la *Sittenwidrigkeit* in Germania (§ 826 BGB)⁷⁴⁵, né che esso sia elemento dell'ingiustizia del danno. Piuttosto, si potranno dare ipotesi di beni che, per le loro caratteristiche, possono essere lesi solo per mezzo di un comportamento doloso.

5. L'interesse legittimo protettivo e la tutela verso il creditore

L'abuso del diritto di credito pone, in realtà, alcuni peculiari problemi, giacché – rispetto al diritto potestativo – risulta meno evidente quando vi sia 'esercizio', ed 'esercizio efficace', del diritto. Ove, infatti, si tratti di valutare se vi è un negozio efficace con cui è attivato un potere, si manifesta con più evidenza il momento dell'esercizio; diversamente, invece, avviene nel caso della pretesa.

Anche a tal fine, dunque, dovremo tornare alla definizione del credito come *facultas agendi*, intesa come facoltà di pretendere (che include – o cui si aggiungono, se si preferisce una diversa interpretazione – tutti i poteri tipici del creditore di conservazione del credito e di azione in giudizio, anche esecutiva). Senza, comunque, dimenticare che una violazione della buona fede da parte del creditore, per com'è scolpita dall'art. 1175 c.c., può esservi anche in circostanze che non concretano un vero e proprio abuso.

Se è giusta questa ricostruzione, se ne deve dedurre che, mentre per il creditore l'aspettativa al rispetto della buona fede è assorbita nel credito, per il debitore essa acquista rilevanza giuridica tramite un interesse legittimo. In tal modo non è contraddetta la biunivocità dell'art. 1175 c.c., che non distingue tra le parti del rapporto obbligatorio, e comunque è tenuto in considerazione il diverso ruolo delle stesse

sull'antigiuridicità in senso stretto, nella valutazione circa l'ampiezza e l'avvenuta violazione della regola di buona fede.

⁷⁴⁵ Il principio, invece, è stato sostenuto soprattutto da P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976; ID., voce *Dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, § 3; C. SALVI, voce *Responsabilità*, cit., p. 1225. V. anche A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 338 s. (sulla base dell'individuazione di una norma di buona fede generale, che vieterebbe gli illeciti posti in essere consapevolmente, a maggior ragione intenzionalmente); più cauto V. PIETROBON, *Illecito*, cit., p. 100 ss. (che, ammessa la 'tipicità' degli illeciti 'di contegno', derivante anche dal principio di libertà, non amplia la rilevanza del dolo [raggiro] – norma di contegno sottesa all'art. 1440 c.c. – oltre l'area in cui si confrontano «parti determinate»), mentre sulla sua scia è molto più ampia l'opinione di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 246 s. In generale, v. A. THIENE, *Nuovi percorsi*, cit., p. 68 ss., e sul § 826 BGB cfr. G. WAGNER, sub § 826, cit., *Rn.* 1 ss.

nell'obbligazione, nel cui ambito il creditore è protetto in via certa (e il suo interesse, complessivamente inteso, ha ad oggetto un comportamento anche corretto), e il debitore in via solo incerta ed eventuale.

Questi, infatti, non confida semplicemente nel rispetto della buona fede da parte del creditore: quest'interesse sarebbe solamente strumentale, e illogicamente lo si porrebbe al centro di una posizione giuridica. Viceversa, il debitore confida in un'attività che non leda i suoi interessi, la sua sfera patrimoniale e personale, pur non avendo a disposizione un diritto di credito (o un diritto assoluto) da opporre al creditore. Egli, infatti, non può rifiutarsi di compiere la prestazione; può, però, lamentarsi di tutte le violazioni della buona fede cui è conseguito un danno, e dunque di tutte quelle diminuzioni della sua sfera patrimoniale e personale conseguenti a scorrettezze. Questa, a mio avviso, è la via migliore per dare rilievo agli obblighi di protezione. Con formula icastica, si può affermare che il debitore ha un interesse, protetto (come al solito, solo eventualmente), a non subire un risultato sfavorevole, ossia, a che il creditore non eserciti la pretesa, e a non subire altri danni.

L'esemplificazione potrà chiarire la mia idea; a tal fine, mi servirò di alcune delle conclusioni cui eravamo giunti nella Parte Seconda.

Il creditore potrà richiedere al debitore, nel caso di un debito scaduto, l'adempimento, così esercitando la sua pretesa. Tuttavia, nel farlo, deve sia dare la possibilità al debitore di adempiere, sia evitare che questi subisca danni che una semplice attività informativa gli avrebbe evitato: e, anzi, lo stesso deve accadere anche prima della scadenza del termine, in previsione del futuro esercizio della pretesa (tramite una richiesta creditoria, anche non idonea alla costituzione in mora, o fittiziamente per mezzo della stessa scadenza del termine nelle obbligazioni portabili). Pretendere, ossia evocare il sistema rimediale per l'inadempimento e magari poi attivarlo, senza però dare la possibilità di adempiere è sicuramente un comportamento scorretto; e lo è pure il non riconoscere questa facoltà, prima ancora che la pretesa sia diventata attuale: infatti, prima della scadenza del termine a favore del debitore il credito non è inesistente, ma solo quiescente, gravando però sul debitore sempre il pericolo del futuro esercizio della pretesa. Lo stesso, poi, dovrà ripetersi per i casi in cui il creditore non offre le informazioni necessarie, o comunque non mette in atto quegli accorgimenti necessari per non far subire al debitore danni evitabili con cautele minime.

Approfondendo questa casistica, risulta evidente che il vero e proprio esercizio della pretesa non è mai in sé abusivo: lo è, in effetti, per le circostanze in cui si cala. In altri termini, è abusivo un esercizio della pretesa quando non è data facoltà di adempiere, o quando non sono dati gli accorgimenti minimi per non causare danno; lo sarà, quando sarà scaduto il termine, se nella fase preparatoria dell'adempimento non si sono osservate queste prescrizioni di buona fede (che, comunque, costituiscono solo un piccolo spicchio di quelle dettate dalla correttezza).

Parlerò, dapprima, dei casi in cui il creditore non metta in condizione di adempiere; poi, di quelli in cui egli stesso debba evitare certi danni che l'adempimento potrebbe causare.

Dinnanzi a un creditore che non consenta l'adempimento, ma lo richieda, il debitore dovrebbe avere anzitutto a disposizione il rimedio risarcitorio, per lesione del suo interesse legittimo; mentre, viceversa, l'esercizio del diritto dovrebbe ritenersi valido ed efficace. Il legislatore, tuttavia, accortosi della situazione in cui sarebbe caduto il debitore (obbligato a risarcire un danno, e solo in via riconvenzionale a poter chiedere il pagamento di una contro-obbligazione risarcitoria), ha predisposto una specifica disciplina per tutelarlo anche in forma reale, paralizzando le pretese creditorie in questi casi. Paralisi che ricorda quella di un'*exceptio doli*: si tratta, come ben si sarà inteso, delle regole sulla *mora credendi*⁷⁴⁶.

Il creditore non può, ai sensi dell'art. 1206 c.c., non compiere quanto è necessario perché il debitore possa adempiere, nemmeno ove non stia attualmente esercitando (o non possa attualmente esercitare) il credito (salvo che non vi sia apposto un termine a suo favore), giacché nulla garantisce che non lo possa esercitare in futuro⁷⁴⁷. Il debitore, dunque, è garantito nei confronti del comportamento del

⁷⁴⁶ Cfr. A. FALZEA, *L'offerta*, cit., spec. p. 77 ss. (secondo il quale, come noto, il creditore ha l'obbligo di cooperare; non è un caso, anche alla luce di quanto subito dirò a proposito della tesi di D'Amico, se L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 68, vede in questo il primo tentativo «di revisione critica della struttura dell'obbligazione», nella direzione che porterà, come in Germania, all'idea di 'rapporto complesso'); G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964 (secondo cui la cooperazione del debitore è un onore); L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 194 ss.; L. BIGLIAZZI GERI-U. NATOLI, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, p. 23 ss.; G. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Violazione del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, p. 91 ss. (che, sulla scia di Falzea, si esprime – p. 100, nt. 19 – contro l'idea che la mancata cooperazione del creditore concreti un 'abuso', essendo, a suo dire, la violazione di un obbligo che non può coincidere con l'area di diritto del creditore – si recupera quindi un'idea di eccesso; *contra* basti recuperare quanto dicevo sulla valutazione a due livelli, e osservare come non si possa concepire la mancanza di un diritto del creditore, onde lasciar spazio al diritto del debitore, là dove il debitore stesso va a eseguire una 'prestazione', che non smette di essere tale; la dottrina avversata, inoltre, è costretta a ritenere che del diritto del creditore venga meno il 'potere di tenere vincolato a sé il debitore': ma, così facendo, realizza una spezzettazione del diritto di credito che va contro le premesse e, comunque, è meglio realizzata tramite l'immagine dell'interesse legittimo), e pure ID., *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-I, Milano, 2009, p. 204 ss.; M.F. CURSI, *La mora del creditore*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-5, Padova, 2010, p. 803 ss.

⁷⁴⁷ E, inoltre, giacché all'esecuzione della prestazione può essere legata la controprestazione nei contratti sinallagmatici, e dunque la mancata attuazione della prima potrebbe far venire meno la (spettanza della) seconda. Il tema, qui, si sovrappone a quello dell'impossibilità sopravvenuta imputabile al creditore – su cui cfr. G. SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, III, Padova, 2008, p. 650 ss., nonché L. CABELLA PISU, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 506 s., e il lavoro monografico di G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995 –, in cui il comportamento soddisfacente non è più possibile per il debitore, che di conseguenza perde il diritto alla controprestazione. Si ritiene in dottrina che, in tali ipotesi, si possa applicare analogicamente l'art. 1207 c.c. o comunque concedere al debitore non adempiente il risarcimento di un interesse positivo, nonostante la caducazione del vincolo *ex* art. 1463 c.c. A mio avviso, la prima tesi fa perno sull'interesse legittimo protettivo del

creditore che pretende e non consente di eseguire, oppure che semplicemente non consente, giacché il debitore stesso potrà avere interesse a liberarsi quanto prima, o a non trovarsi in futuro in una situazione in cui sia esercitata la pretesa, ma non gli sia stato consentito di adempiere⁷⁴⁸. A tali circostanze va (ed è) equiparata l'ipotesi in cui il creditore rifiuta di ricevere il pagamento offerto dal debitore, di fatto rinviando l'esercizio della sua pretesa (o semplicemente conservandolo per il futuro).

La legge, tuttavia, precisa che il sindacato sul comportamento del creditore va effettuato tenendo conto di un suo eventuale 'motivo legittimo', secondo una valutazione relazionale che tipicamente richiama la correttezza e la buona fede. Non indugerei, come pur è stato fatto, sulla discrezionalità del potere del creditore, o sul declassamento del diritto del debitore ad adempiere a interesse legittimo. Il creditore, infatti, non ha una 'discrezionalità' – concetto che richiama quello di funzione, e dunque di funzionalizzazione del credito alle ragioni del debitore –, ma è tenuto a osservare la buona fede – la quale costituisce un canone di comportamento che si pone su un piano diverso, quello dell'interesse legittimo, sfalsato rispetto a quello del credito –. Ossia, il creditore non gode di un potere o addirittura di una potestà, da esercitarsi anche al fine di soddisfare il debitore; viceversa, gode sempre di un diritto. Dal canto suo, il debitore non ha invece diritto ad adempiere⁷⁴⁹, e non ha nemmeno un interesse

debitore, più che su un'interpretazione analogica dell'art. 1207 c.c.; la seconda, invece, potrebbe riferirsi all'interesse legittimo pretensivo precontrattuale, che riemergerebbe una volta caduto il vincolo contrattuale, e potrebbe essere tutelato in forma positiva proprio perché la risoluzione avrebbe agito sul rapporto ma non sull'atto negoziale in sé. Quest'ultima ricostruzione, che potrebbe giustificare in generale il risarcimento del danno nei casi di risoluzione per impossibilità imputabile, andrebbe però argomentata con bel'altra profondità. Per ora, mi sembra preferibile evidenziare i risultati cui porta la prima tesi: se la scorrettezza del creditore che ritarda l'adempimento è sanzionata con il risarcimento del danno e l'imputazione dell'impossibilità sopravvenuta (art. 1207 c.c.), la scorrettezza che rende impossibile la prestazione (anche adempiendola in proprio) conduce agli stessi risultati, indipendentemente dal procedimento di cui agli artt. 1206 ss. (che si rivela del tutto inutile). Resta da comprendere, però, se in tal caso vi sarà comunque imputazione della impossibilità sopravvenuta (con conseguente permanenza in vita della controprestazione) o semplice diritto al risarcimento del danno (come mi sembra preferibile; v. sul punto E. GHERA-F. LISO, voce *Mora del creditore* [dir. lav.], in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, § 7). Di recente è intervenuto sul tema G. D'AMICO, *Mancata cooperazione*, cit., p. 123 ss. Sul danno da risoluzione v., tra tanti, M.R. MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1985, I, c. 369 ss.; M. DELLACASA, *Adempimento*, cit., p. 67 ss.; A. MONTANARI, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 785 ss.; ID., *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013. Riassume il dibattito A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004, p. 353 ss.

⁷⁴⁸ La mancata cooperazione del creditore rileverà, in sede di offerta formale, ai sensi dell'art. 1217 c.c. (cfr. M.F. CURSI, *La mora*, cit., p. 830).

⁷⁴⁹ Alla ricostruzione per cui il debitore ha interesse a un'attività del creditore che non leda i suoi interessi, anzitutto quello sotteso alla prestazione, e in secondo luogo ogni altro bene già facente parte della sua sfera patrimoniale e non patrimoniale potrebbe opporsi quanto segue: se, di norma, è palese che l'interesse del debitore è quello a non perdere alcunché a causa dell'obbligazione, nell'ipotesi di debito che si situa all'interno di un rapporto sinallagmatico l'interesse dovrebbe essere quello ad adempiere, per salvare la controprestazione. Così, però, non è: l'interesse, infatti, è pur sempre a non perdere nulla, e cioè a un non esercizio da parte del creditore del suo credito, a una tolleranza perpetua. Solo ove fosse a rischio la controprestazione emergerebbe un interesse ad adempiere (a liberarsi), così

legittimo ad adempiere: egli, semmai, ha interesse a non adempiere (o per lo meno a un esercizio a lui favorevole della pretesa), e a non subire danno a causa della sua posizione di debitore⁷⁵⁰. Interesse che, però, e come noto, è protetto solo eventualmente⁷⁵¹.

Discorso diverso si potrà fare solo in quei casi in cui vi sia davvero un interesse ad adempiere⁷⁵². Ciò può avvenire perché lo stesso atto di esecuzione della prestazione rileva su di un altro e diverso piano: ad esempio, su quello della tutela della salute o dell'incolumità fisica, dal punto di vista psicologico (*mobbing*), o da quello della tutela della professionalità del debitore. Nella prima ipotesi il non lasciare adempiere provocherà un danno ulteriore (rilevante ai sensi dell'art. 2087 c.c., il quale – come vedremo – può però essere interpretato in due modi opposti); nella seconda, invece, vi sarà di sicuro un diritto del debitore, come riconosce la giurisprudenza, e un

come avviene nelle ipotesi in cui la prestazione comporta indirettamente altri benefici per il debitore. Un'altra critica potrebbe allora sollevarsi: nel caso di remissione lo stesso debitore può far valere un interesse ad adempiere, rifiutando entro un congruo termine la liberazione (e lo stesso vale ove egli rinunci alla prescrizione). In realtà, però, in tal modo si confonderebbero i piani. L'interesse legittimo del debitore è protetto a prescindere dalla sua volontà; è un interesse tipico e tipizzato, modellato sull'assenza di una perdita patrimoniale. L'interesse volto a non subire la remissione, invece, è quello concreto e specifico di un certo debitore, che si pone al fianco, ma non si sovrappone a quello legittimo protettivo. Tant'è vero che, una volta rinunciata la remissione, il debitore non ha per questo 'diritto' ad adempiere, ma pur sempre solo un interesse legittimo. Alla luce di queste considerazioni, comunque, potremmo correggere parzialmente la tesi sostenuta: il debitore ha interesse a un esercizio a lui favorevole del credito (interesse, come sempre, protetto solo nei limiti della buona fede). Questo interesse si declina, di norma, anzitutto come aspirazione al non esercizio; ma può avvenire che il suo nucleo sia coperto da un, più specifico, interesse ad adempiere e a liberarsi.

⁷⁵⁰ Il fatto è che, anche se non esercitata attualmente, la pretesa resta esercitabile: il che può causare un danno al debitore (cfr. G. D'AMICO, *Mancata cooperazione*, cit., p. 91). Per tale ragione il suo interesse sarebbe, piuttosto, 'a un'attività del creditore che non gli faccia avere un risultato negativo, liberandolo del vincolo obbligatorio'; senonché questo profilo si interseca con quello della remissione che, come noto, è rifiutabile, e pure con l'eventuale interesse del debitore ad adempiere. Di conseguenza, mi pare preferibile ricostruire l'interesse legittimo del debitore nel modo che ho detto, tenendo a mente che egli può subire danno pure dall'inerzia, e da questo danno deve essere, secondo buona fede, tenuto indenne. Il modello elementare di interesse legittimo debitorio, a dire il vero, è facilmente comprensibile se si pone mente alle obbligazioni pecuniarie, dove effettivamente sbiadisce l'interesse ad adempiere (e a venire liberati tramite l'adempimento), e si accentua l'interesse a non subire pregiudizio, ossia a non adempiere (a ché non sia esercitata la pretesa). Senonché, già qui è evidente che il fatto stesso che la pretesa sia esercitabile, benché non esercitata, crea un interesse a vederla estinta, che si pone accanto a quello principale. Per di più, là dove la prestazione sia – ad esempio – lavorativa, vi è un vero e proprio interesse ad adempiere per poter esprimere la propria personalità (e non subire danni a propri altri interessi, come potrebbe derivare da un demansionamento). In questo caso l'interesse copre quello a non adempiere, sovrapponendosi a esso. Ciò che, però, non fa divenire l'interesse legittimo del debitore un interesse 'pretensivo': non si aspira a una condotta che ampli la propria sfera, ma a una condotta che non la pregiudichi.

⁷⁵¹ Non è un caso se G. D'AMICO, *Mancata cooperazione*, cit., p. 106 ss., parla di «obbligazione senza prestazione» del creditore.

⁷⁵² Che potrà rilevare come diritto vero e proprio, o come interesse ricompreso nell'ambito dell'interesse legittimo (nel caso in cui il mancato adempimento concreti un danno, ad esempio psicologico).

inadempimento del creditore, e sempre salvo che il rifiuto non sia legittimo (nel qual caso dovrà riconoscersi l'inesigibilità del credito).

In questo senso si spiega bene, a mio avviso, l'effetto della *mora credendi*: da un lato, sono paralizzati gli effetti della *mora debendi*, e cioè i principali effetti giuridici dell'esercizio (qualificato) della pretesa (art. 1220 c.c.)⁷⁵³; dall'altro, e soprattutto, è previsto uno specifico procedimento per addossare al creditore tutti i rischi e i danni derivanti dal mancato adempimento, così mantenendo il debitore – in virtù di una tutela reale, e solo residualmente risarcitoria – esattamente nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se avesse potuto contare sulla cooperazione della sua controparte (artt. 1206 ss. c.c.)⁷⁵⁴.

In tutti questi casi a essere protetto è l'interesse legittimo, nonostante ciò avvenga in forme peculiari (non sempre risarcitorie, e talvolta previo accertamento formale della scorrettezza). Il riferimento all'abuso è qui evidente: il debitore non può opporre al creditore semplicemente i suoi interessi – che tra l'altro spesso si riducono a perdite meramente patrimoniali, come le maggiori spese dovute all'attesa dell'adempimento –, ma è tenuto ad agire allegando la lesione del suo interesse legittimo. Il creditore, dal canto suo, vedrebbe scriminata la sua condotta sul piano aquiliano, giacché i suoi sono pur sempre atti di esercizio del credito⁷⁵⁵; mentre solo l'interesse legittimo può inserirsi nell'intercapedine che il diritto formale lascia aperta.

⁷⁵³ Fermo restando che l'esclusione della mora (del debitore), in questo caso, deriverebbe già dall'impossibilità di ipotizzare un ritardo imputabile al debitore (cfr. G. VISINTINI, sub *art. 1220 c.c.*², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 508). Potrebbe però risultare imputabile, in peculiari circostanze, questo ritardo, dal mero punto di vista dell'art. 1218 c.c.: per lo meno, se si provi che il debitore avrebbe potuto, con un *surplus* di diligenza, superare l'inerzia del creditore. In questo senso, la disciplina recata nell'art. 1220 c.c. può venire interpretata, da un lato, come criterio generale per verificare se il ritardo in questione è imputabile; dall'altro, come parametro per riempire di contenuto l'interesse legittimo del debitore, il quale non dovrà dimostrare la non imputabilità del ritardo, ma semplicemente proverà la scorrettezza del creditore, che ne paralizza la pretesa.

⁷⁵⁴ Il legislatore, quindi, non consente che la semplice scorrettezza del creditore che ritardi l'esecuzione della prestazione sia sanzionata: è necessario, viceversa, che venga formalmente accertata secondo il procedimento in parola. Da quel momento i danni derivanti al debitore – un maggior costo della prestazione, la perdita della controprestazione – sono a carico del creditore (quanto alla perdita della controprestazione, ciò deriva dal principio per cui, se la prestazione dovuta fosse stata svolta regolarmente, non vi sarebbe stata impossibilità della stessa per causa non imputabile – C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 384 –; è qui esclusa, per ragioni logiche, una prova come quella sottesa all'art. 1221 c.c., salvo forse ipotesi eccezionali in cui il creditore riesca a dimostrare che inevitabilmente la prestazione, durante il suo svolgimento, sarebbe divenuta parzialmente impossibile per causa non imputabile al debitore). Inoltre, il debitore è tutelato anche in forma reale, potendosi liberare dallo stesso vincolo obbligatorio, nelle forme previste dalla legge.

⁷⁵⁵ S. PATTI, *Esercizio*, cit., p. 4, ritiene che l'esercizio si debba identificare «con un momento dinamico» (così pure S. PUGLIATTI, voce *Esercizio del diritto [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, § 3), che mancherebbe nel caso di spontanea esecuzione, da parte del debitore, della prestazione: «salvo a voler identificare l'atto di esercizio nella apprensione – diretta o mediata – della somma o della cosa dovuta». Nel condividere quest'ultima osservazione, formulo solo una annotazione. A me, però, pare che il creditore che rifiuti l'adempimento, o non collabori, da un lato 'non stia esercitando' il credito (ossia, non stia pretendendo, e potrebbe così tra l'altro realizzare l'interesse debitorio a non subire il

Quanto al motivo legittimo, cui gli artt. 1206 e 1220 c.c. rimandano, per giustificare il rifiuto del creditore, ovvio è che esso si concreta ove la prestazione non sia esatta. Possono però verificarsi situazioni più complesse, com'è avvenuto soprattutto nel caso degli scioperi a singhiozzo, ove è meno evidente la legittimità del rifiuto del creditore: avveniva, in quei casi, che il datore di lavoro si trovasse a disposizione dei lavoratori, per un ridotto intervallo di tempo tra alcune ore di sciopero, e non potesse avvalersi dei loro servizi, giacché la ripartenza degli impianti avrebbe richiesto un tempo più lungo di quello di disponibilità della forza lavoro. Il rifiuto, in queste ipotesi, deve considerarsi legittimo, non essendo scorretto né contrario al diritto di sciopero richiedere al lavoratore di non presentarsi presso gli impianti solo per un tempo ridotto. D'altro canto, quest'esito non dipende dalla disorganizzazione dell'imprenditore, ma dalla stessa scelta di scioperare del lavoratore, che non può essere fatta ricadere sul datore.

Il dibattito sul motivo legittimo, in dottrina, si è inizialmente incentrato sulla connessione tra *mora* e *culpa* del creditore, per andarsene progressivamente emancipando, in virtù del collegamento con buona fede e correttezza, e dell'osservazione per cui centrale deve essere, nella valutazione del motivo, «il concreto assetto di interessi realizzato dalle parti»⁷⁵⁶. E, in effetti, la prospettiva dell'interesse legittimo del debitore consente di addossare al creditore il rischio per il mancato ricevimento della prestazione: fermo restando che, ove la violazione della buona fede non gli sia imputabile⁷⁵⁷ (l'appaltatore Tizio non può procedere alla costruzione di un abitazione, giacché il committente Caio non ha ricevuto i necessari permessi, ma solo per un ritardo della pubblica amministrazione), potrebbe non esservi né *mora credendi*, né *mora debendi* o comunque inadempimento o ritardo nell'adempimento imputabile al debitore. In questo caso, dunque, l'obbligazione potrebbe estinguersi solo *ex art.* 1256, comma 2, c.c., senza che tale impossibilità sia imputabile ad alcuna delle parti del rapporto obbligatorio.

detrimento corrispondente alla prestazione); dall'altro, però, si stia muovendo nel campo del lecito che gli assicura la pretesa (ovviamente, salvo l'abuso): appunto, la facoltà di agire e di scegliere se agire per soddisfare un suo interesse (qui, di pretendere e di scegliere se pretendere). Anche il non esercizio, dunque, è un mezzo di esercizio (ai fini della, teorica e semmai rilevante solo in chiave aquiliana) scriminante; anche il non esercizio è, entro questi confini, un esercizio (a maggior ragione lo sarà con riguardo all'oggetto dell'interesse legittimo che, nel riferirsi all'affidamento a 'una condotta che nell'esercizio del credito non leda gli interessi del debitore', utilizza un concetto di esercizio ancora più ampio, corrispondente a tutte le attività che il creditore pone in essere rivestendo tale sua veste). Su questi punti v. pure R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 281 ss., spec. p. 289.

⁷⁵⁶ V. M.F. CURSI, *La mora*, cit., p. 842.

⁷⁵⁷ G. D'AMICO, *Mancata cooperazione*, cit., p. 128, parla di una responsabilità oggettiva, simile a quella *ex recepto*. Probabilmente, però, bisogna guardare di volta in volta alla specificità del rapporto obbligatorio; la regola di buona fede lesa reca infatti in sé anche il particolare criterio di imputabilità (della sua lesione, ovvero dell'impossibilità sopravvenuta di rispettarla; ora si tratterà della colpa – nel senso di mancanza della diligenza necessaria nell'evitare l'evento –, ora di una responsabilità oggettiva).

Accanto alla *mora credendi*, poi, vi potranno essere ipotesi in cui non soltanto la mancata cooperazione crea (o può creare) di per sé un danno, ma cui si accompagna anche una diversa voce di pregiudizio. Si immagini il caso in cui Tizio chiami Caio presso la sua abitazione per un urgente intervento di riparazione, e però non si faccia trovare in casa. Caio, una volta giunto, non potrà considerarsi inadempiente, ai sensi dell'art. 1220 c.c.; ma avrà pure diritto a un risarcimento del danno, pari al tempo che avrà dovuto inutilmente attendere il ritorno di Tizio, o pari alla necessità di compiere nuovamente l'itinerario (così che l'essersi recato, la prima volta, a casa di Tizio viene a essere inutile). In tal caso, a ben vedere, non è questione di un risarcimento del danno da ritardo nell'accettazione della prestazione, ma di risarcimento del danno arrecato dal creditore che ha attivato inutilmente il debitore⁷⁵⁸. In altri termini, il danno per il debitore non deriva tanto dal dover attendere la cooperazione del creditore per adempiere, quanto dall'esserci già inutilmente attivato. Non si tratta, dunque, di una eventuale *mora accipiendi ex re*⁷⁵⁹ (come quella sottesa all'art. 1683 c.c.): d'altro canto, una situazione simile potrebbe prodursi anche in ipotesi in cui non v'è alcun adempimento ritardato (Tizio, creditore, non si presenta a un appuntamento con Caio, debitore, fissato per la discussione di alcune modalità della prestazione).

Con questo, allora, possiamo passare agli altri casi di abuso del diritto di credito⁷⁶⁰. Il creditore, infatti, non può nemmeno pretendere l'adempimento ove non fornisca gli elementi necessari per ridurre i danni che l'esecuzione stessa della prestazione può arrecare al debitore: e questo principio impone pure di ritenere che il creditore non possa non fornire questi dati nella fase in cui il debitore prepara l'adempimento e la soddisfazione conseguente.

Così, il creditore che non avverta il debitore del pericolo per i beni di quest'ultimo, a lui conosciuto o comunque facilmente conoscibile, non sarà responsabile in via aquiliana, giacché potrà comunque addurre l'esercizio del suo diritto quale scriminante. E, però, risponderà per aver leso l'interesse legittimo del debitore, a causa e per il tramite della sua scorrettezza.

⁷⁵⁸ Un ragionamento simile viene impiegato, dalla dottrina, per giustificare l'obbligo del datore in mora di risarcire i danni arrecati al lavoratore cui non è permesso di prestare le sue opere:

⁷⁵⁹ Su cui cfr. R. SENIGAGLIA, sub *art. 1208 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, p. 815 ss.

⁷⁶⁰ Non rappresenta invece un abuso, a mio avviso, la richiesta di adempimento di un credito, ove ciò sia contro la buona fede (inesigibilità, secondo la teoria di L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 281 ss., cui aderisco, e che accoglie la *Unzumutbarkeit* tedesca – cfr. § 275, *Abs. II e III*, BGB, e per il collegamento con il § 242 W. FIKENTSCHEA. HEINEMANN, *Schuldrecht*⁴⁰, cit., p. 120 s. –). In tal caso, infatti, la buona fede opera al livello della stessa esistenza e latitudine del diritto di credito, sancendone l'estinzione; si potrebbe dire che essa corregge il diritto stretto già sul suo stesso piano (dovendosi ritenere, in via interpretativa, che l'impossibilità dell'art. 1218 c.c. comprende anche l'inesigibilità). Tanto più che, a mio avviso, la buona fede potrebbe in tali casi impedire la richiesta di adempimento in natura, ma non quella di risarcimento (ove la situazione di inesigibilità fosse imputabile: per esempio, qualora sia stato il lavoratore stesso a procurarsi un danno).

Nell'ipotesi più semplice, che ho testé citato, in cui il creditore non fornisce le necessarie informazioni, o comunque si disinteressa della posizione del debitore, il rimedio a favore di quest'ultimo è sicuramente quello risarcitorio. Ci si potrebbe però anche chiedere se, prima ancora che il danno si produca (o dopo che si sia prodotto, con riferimento ai danni permanenti), il debitore non possa godere anche di altri rimedi per opporsi alla condotta del creditore.

Escluso che tra questi possa figurare un'azione di adempimento, a me parrebbe ammissibile che il debitore possa agire per il tramite di una inibitoria, imponendo al creditore di cessare la sua condotta difforme dalla buona fede, e così (in negativo) di fornire le informazioni o le indicazioni opportune. Non si tratta di un'inibitoria volta a raggiungere i risultati di un'azione di condanna all'adempimento, né ad aggirare i limiti di questa (inapplicabile agli interessi legittimi): così, in particolare, il giudice non potrà vietare l'esercizio del credito, ma solo imporre quella specifica condotta richiesta dalla buona fede, tutt'al più lasciando che il suo provvedimento sia assistito da un'*astreinte*⁷⁶¹.

⁷⁶¹ Vale la pena anticipare, con l'occasione, i margini di cui gode l'azione inibitoria in tema di tutela dell'interesse legittimo, distinguendo tra quella preventiva (*Unterlassungsklage*) e successiva (*Beseitigungsklage*). Un'inibitoria preventiva (assistita da *astreinte*), ossia precedente allo stesso danno (qui: alla condotta lesiva della buona fede) per la tutela degli interessi pretensivi negativi (su cui v. *infra* il Capitolo secondo) trasformerebbe questi ultimi di fatto in interessi pretensivi positivi: il che è, ovviamente, inaccettabile. Il rimedio, quindi, va scartato. Nel caso poi di interessi legittimi di differente tipo (protettivi e pretensivi positivi), anche a volerla ammettere, essa consentirebbe al giudice di vietare una specifica condotta lesiva, e non di imporre (se non in negativo) un comportamento alla controparte (nel senso che quest'ultima rimarrebbe libera di fare ciò che vuole, all'interno dei confini così definiti; conclude nel senso di un *non liquet*, proprio a proposito dell'inibitoria per gli interessi legittimi, A. FRIGNANI, voce *Inibitoria [azione]*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. § 5; non darei molto peso all'argomento letterale – l'art. 700 c.p.c. si riferisce solo ai diritti – per escludere, come l'autore fa, la tutela inibitoria d'urgenza richiesta attraverso il ricorso previsto dalla disposizione menzionata). In ogni caso, mi sembra che un tale rimedio resti sempre eccessivo: infatti, o la controparte non ha ancora compiuto il suo atto di autonomia o esercitato il suo diritto o la sua libertà (e la lesione ancora non c'è, essendo possibile che si muti l'intento già manifestato), oppure ha già compromesso l'interesse legittimo, manifestando l'intenzione di comportarsi in un certo modo in futuro (e la lesione già c'è). Lo stesso, d'altro canto, avviene nell'ambito della responsabilità contrattuale, con riferimento alla possibilità di far ritenere decaduto dal beneficio del termine per l'adempimento il soggetto che dichiara (per iscritto: art. 1219, comma 2, n. 2) di non voler adempiere: a fronte, infatti, di posizioni dottrinali minoritarie (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 223), che propendono per una peculiare interpretazione dell'art. 1186 c.c., in virtù della quale i casi enumerati nella disposizione in parola avrebbero valenza meramente esemplificativa del principio generale per cui ogni «fatto del debitore che mette in serio pericolo il soddisfacimento del credito rende immeritevole il suo interesse ad attendere la scadenza del termine», si sono imposte quelle opinioni che riconoscono natura tassativa alla previsione recata nell'art. 1186 c.c. (v. già U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 136 ss., e p. A. MAGAZZÙ, voce *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. § 5, sub b], e oggi L. NONNE, *Luogo e tempo*, cit., p. 297; mi pare invece sicuramente corretta l'idea per cui la certezza del futuro inadempimento – ma nel senso stretto di impossibilità oggettiva della prestazione, imputabile al debitore – costituisce anche attuale inadempimento). Parte della dottrina, a dire il vero, è giunta per un'altra via a ritenere inadempiente il debitore che, prima della scadenza del termine, abbia dichiarato di non voler eseguire quanto dovuto: in particolare, si ipotizza talvolta la lesione di obbligazioni accessorie, di doveri di buona fede, di obblighi preparatori (su questi punti cfr. soprattutto C. ROMEO, *I presupposti sostanziali*, cit., p. 63 ss.; R. FADDA, sub art. 1186 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012, p. 423 ss.). Il che non è di poco momento per i nostri fini: ciò infatti implica – in una teoria non complessa del rapporto obbligatorio – che la dichiarazione

formale da parte del debitore volta a dar conto dell'intento del medesimo di sottrarsi all'adempimento (pur sempre richiesta) violi di per sé il credito, esattamente come – nell'interesse legittimo – una condotta che manifesta la futura intenzione lesiva può fin da subito violare l'interesse legittimo. Resta però da comprendere che rimedi vi siano nel caso del diritto di credito: non potrebbe comunque chiedersi fin da subito l'esecuzione della prestazione, intesa in senso stretto, ma semmai un risarcimento per l'incertezza causata dall'affermazione debitoria. Alternativamente, potrebbe ritenersi che il danno coincida con gli accorgimenti resi necessari a causa di questa dichiarazione, nei limiti poi derivanti dall'applicazione dei due commi dell'art. 1227 c.c. (Non è un caso, poi, che a voler ammettere [all'opposto] una tutela precedente all'inadempimento, indipendentemente da ogni violazione della buona fede [ritenendo, cioè, che questa non sia ravvisabile o che rimanga irrilevante], il rimedio non possa essere altro che quello dell'inibitoria, qui necessariamente preventiva; spunti in L. GATT, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 301 ss.) Nel caso dell'interesse legittimo varrebbe lo stesso, salvi i casi in cui, a fronte della minaccia di lesione, il soggetto tutelato non abbia modificato il proprio comportamento in modo irreversibile – il che per lo più accadrà nelle ipotesi di interessi pretensivi negativi: a fronte del rischio di interruzione delle trattative, paventato dalla controparte, si recede dalle stesse –, e fermo restando che potrebbe esercitarsi un'inibitoria avente ad oggetto proprio la lesione della buona fede consistente nel rendere incerta la posizione altrui – inibitoria che si atterrebbe di fatto ad *actio interrogatoria*, volta a svelare le intenzioni di controparte, e dunque a rendere attuale la volontà proiettata sul futuro ed eventualmente a vietare già interinalmente, normalmente *ex art. 700 c.p.c.*, talune condotte –. In ogni caso, l'inibitoria in parola è di certo inammissibile nel diritto pubblico (ove una norma espressa la preclude: lo vedremo a tempo debito) e probabilmente anche nell'ambito dell'esercizio di diritti potestativi privatistici. D'altro canto, in tutte le ipotesi di inibitoria (soprattutto preventiva) il rischio è quello di limitare eccessivamente la libertà del potenziale danneggiante (proprio in tema di obblighi di protezione lo fa notare P. KREBS, *Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten*, München, 2000, p. 548: «gegen die Klagbarkeit [degli obblighi di protezione] spricht das Interesse des Schutzpflichtigen an der Wahrung seiner Freiheitssphäre, zu der auch ein pflichtwidriges, die andere Seite möglicherweise schädigendes Verhalten gehört»). Quanto all'inibitoria successiva (rispetto alla lesione della buona fede, e sul presupposto che questa non abbia estinto l'interesse legittimo o non abbia fatto venire meno la stessa regola di buona fede – *rectius*, che un interesse legittimo analogo o una regola di buona fede analoga a quelli violati non abbiano preso il posto dei precedenti –), invece, la sua ammissibilità incrocia il tema degli effetti conformativi del giudicato: per tale ragione ne parlerò anche al § 7 di questo Capitolo (per gli interessi protettivi) e oltre al § 3 del Capitolo terzo (per quelli pretensivi positivi). D'altro canto, a me sembra che qualificabile come azione inibitoria successiva in fin dei conti sia pure l'azione avverso il silenzio della p.a. prevista dall'art. 31, cod. proc. amm. (primi tre commi). Anche il ragionamento analogico, fondato su queste disposizioni, dovrebbe condurre a ritenere esperibili i rimedi in parola pure nel diritto privato e comunque in linea generale. Per queste ragioni (ossia, per l'analogia con il tema degli effetti conformativi e delle azioni contro il silenzio e pure di 'condanna' pubblicistica) mi sembra pienamente conforme al sistema interdire la continuazione del comportamento lesivo, in quanto scorretto, e a prescindere dal danno che abbia già arrecato. Con riguardo agli interessi pretensivi negativi, essa mi sembra non esperibile, per le stesse ragioni già dette con riferimento all'inibitoria preventiva (e salvo certi interessi 'di contorno', quale quello ad avere il bene consegnato durante le trattative e non più restituito). Potrà semmai domandarsi un risarcimento in forma specifica, che, però, come chiarirò *infra*, è un rimedio risarcitorio. Discorso diverso, da quello sinora svolto, potrebbe supporre per la protezione di interessi 'altri', nel qual caso l'inibitoria (per lo meno successiva) dovrebbe essere ammessa con meno restrizioni. In tutti i casi di cui ho parlato, si badi, l'inibitoria prescinde da colpa o dolo o mancanza di diligenza, e si appunta solo sulla futura (o attuale) presenza di un danno (inteso come evento, a prescindere dalle conseguenze: la mera difformità dalla regola di buona fede). Resta fermo che l'elemento soggettivo resta richiesto per il risarcimento, ove l'evento lesivo continui a prodursi, e, a mio avviso, pure per il pagamento delle misure afflittive accessorie (come le *astreintes*), e salvo che la regola di buona fede in parola non imponga una responsabilità oggettiva. In generale, sulla possibilità di estendere l'inibitoria al di fuori delle ipotesi testualmente contemplate dal legislatore v. A. FRIGNANI, voce *Inibitoria*, cit., spec. § 6; C. RAPISARDA SASSOON, voce *Inibitoria*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, §§ 8-11; C.M. BIANCA, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 134 ss. Sull'inibitoria v. poi anche: M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno*

L'ammissibilità dell'inibitoria, del resto, dovrebbe dedursi (con riguardo all'esercizio, inteso in senso stretto, del diritto fonte di danno o comunque lesivo della buona fede) da quanto avviene più specificamente nell'ambito degli interessi legittimi pubblicistici, ove il giudicato di annullamento del provvedimento amministrativo gode di effetti conformativi, i quali – pur non potendo certo essere sovrapponibili a quelli di un'inibitoria – svolgono una funzione analoga a quelli dell'azione in parola⁷⁶².

I problemi, però, si avvertono particolarmente nel caso in cui il debitore desideri sospendere da subito l'esecuzione della prestazione, così tardando il futuro adempimento o addirittura rendendosi da subito inadempiente. In tal caso l'inibitoria avrebbe ben poca utilità: forse le residuerebbe una qualche funzione nei casi di

risarcibile, in *Contr. impr.*, 1987, p. 85 ss. (il quale proponeva una nuova nozione di danno per poter allargare l'art. 2058 c.c. fino a ricomprendere l'inibitoria: ma la dottrina non ha seguito la strada così indicata), nonché ID., *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 315 ss. P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., p. 106 s.; U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987; V. PIETROBON, *Illecito*, cit., spec. p. 144 ss.; A. D'ADDA, sub *art. 2058 c.c.*, cit., p. 613 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 144 ss. La dottrina civilistica ha sinora affrontato il problema cui ho dedicato spazio in questa nota dal punto di vista dell'obbligazione senza prestazione (e degli obblighi di protezione: v. *supra*, § 5, Capitolo secondo, Parte Prima, anche per cenni all'ordinamento tedesco), chiedendosi se ne sia possibile chiederne l'adempimento in natura. Si pronunciano in senso favorevole A. DI MAJO, sub *art. 1175 c.c.*, cit., p. 322, nonché S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 36 s. (e ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, cit., p. 136 ss.); *contra*, invece, F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., p. 677 (in realtà, distinguendo i casi in cui il «vincolo» è «di durata», e il «rapporto [è] destinato a proseguire nonostante l'intervenuto pregiudizio»). Non mi pare dirimente, a tal fine, l'osservazione per cui gli obblighi di protezione «tendono alla promozione», e non solo alla protezione in senso stretto come l'art. 2043 c.c. (così già F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 304; ma l'idea è poi ripresa soprattutto da Mazzamuto, con riguardo all'art. 2087 c.c., ma anche dagli altri studiosi della sua Scuola). A dire il vero, quest'idea a mio avviso non è del tutto corretta, giacché la finalità promozionale (che pur, associandosi alla maggiore vicinanza tra le parti e al più elevato «Präventionsbedürfnis des Geschützten» – P. KREBS, *Sonderverbindung*, cit., p. 549 – può giustificare limitazioni della libertà della controparte) non si può tradurre in una imposizione 'positiva' vera e propria (che farebbe diventare gli obblighi non più di protezione, ma di prestazione). Una domanda di adempimento, come dicevo a suo tempo, di 'obblighi di protezione' in ambiente contrattuale è di certo ammissibile, là dove un soggetto offra una prestazione pericolosa, non accettata dal creditore; l'azione di adempimento avrà in sé anche l'effetto di imporre la conformità alle finalità di protezione. Probabilmente essa ricomprende, poi, pure l'inibitoria successiva (quanto meno ove la regola di buona fede abbia uno specifico contenuto positivo: rinvio di nuovo al § 5 prima menzionato). Tuttavia, non va oltre questi confini. E, soprattutto, essa – l'azione di condanna – manca nell'obbligazione senza prestazione (*id est*, nel mio interesse legittimo). In terreno contrattuale non è la pretesa al rispetto degli obblighi che viene azionata, ma la pretesa, più generica, all'adempimento dell'unico obbligo (che fisiologicamente manca nell'obbligazione senza prestazione): la quale, difettando nel caso dell'interesse legittimo, può semmai (tecnicamente) venire sostituita dai rimedi inibitori che ho poc'anzi citato, nei limiti in cui li si ammetta. La loro presenza, in ogni caso, esclude che il mio interesse legittimo (come pure l'obbligazione senza prestazione) possa essere omologato a una garanzia (sul punto v. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 157 ss.), tanto più che essa, per solito, è intesa in senso oggettivo e stocastico (ossia a prescindere dall'elemento soggettivo e perfino dal nesso di causalità tra il danno e la condotta), mentre i precetti che la buona fede impone nel corso dell'esistenza dell'interesse legittimo si basano o sulla colpa o su una responsabilità oggettiva (benché, se in Italia vi fossero norme come il § 179 BGB, potrebbe rinvenirsi – tra i rimedi per i *pregiudizij* recati all'interesse legittimo – anche una garanzia).

⁷⁶² Sul punto v. oltre, sia con riguardo al diritto pubblico, che all'esercizio di poteri privati.

potenziale inadempimento futuro (giacché inibito potrebbe essere anche l'esercizio futuro del credito), ma non in quelli di attuale inadempimento. In altri termini, l'autotutela non sarebbe ammessa per il prestatore: egli dovrebbe continuare l'esecuzione della prestazione, e semmai agire per un risarcimento per lesione dell'interesse legittimo solo in seguito.

Il che intercetta da vicino un tema tanto affascinante, quanto ostico, che è quello delle scorrettezze del datore di lavoro nei confronti del prestatore. Le complicazioni vengono qui, in particolare, oltre che dalla difficoltà di comprendere quale sia il rimedio previsto o ammesso, dall'intreccio tra diritti e poteri e dall'importanza dei beni che vengono in luce.

Ben nota è, infatti, l'esistenza di una norma – l'art. 2087 c.c.⁷⁶³ – che ha, tra l'altro, contribuito a fondare la teoria degli obblighi di protezione nel diritto privato. Essa prevede che «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Una prima interpretazione di questa disposizione⁷⁶⁴, che valorizza il carattere 'promozionale'⁷⁶⁵ della disposizione ben oltre la logica degli obblighi di protezione,

⁷⁶³ Su cui v. P. ALBI, sub *art. 2087 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2008, e la bibliografia ivi raccolta (il quale – p. 246 ss. – giunge a concedere un'azione di adempimento per il caso di violazione dell'obbligo in parola; a mio avviso, però, sarebbe preferibile qualificare l'azione come inibitoria: seppur, nelle forme di tutela, non dovrebbe cambiare molto, ove si accetti l'idea dell'infungibilità della prestazione prevista dall'articolo in commento); dal punto di vista del dibattito sugli obblighi di protezione, v. anche L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 106 s.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 23). Sul *mobbing* cfr. S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 627 ss., nonché ID., *Il mobbing*, Milano, 2004, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 568; R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in *RIDL*, 2004, I, p. 489 ss.; ID., *Mobbing: profili civilistici e giuslavoristici*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 2 ss.

⁷⁶⁴ Cui potrebbero riferirsi U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit., p. 23 (ma non senza ambiguità: l'autore, dopo aver escluso che sussistano obblighi di protezione *ex art. 1175 c.c.*, sostiene che l'art. 2087 c.c. sia un 'obbligo di protezione *ex lege*': dunque, da un canto egli sembrerebbe contrario alla tesi che riduce l'art. 2087 c.c. alla sfera di protezione; dall'altro, però, nemmeno parla esplicitamente di un obbligo di prestazione); P. ALBI, sub *art. 2087 c.c.*, cit., p. 146 s.; A. DI MAJO, *Giustizia*, cit., p. 813, richiamando M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 467 s.

⁷⁶⁵ Il termine è di Mazzamuto, che però non arriva a questa conclusione (lo studioso, invece, ricorre a questa terminologia per illustrare la sua tesi sugli obblighi di protezione, stando alla quale essi 'promuovrebbe interessi': lungi dal ridursi a una mera 'enclave' aquiliana in terreno contrattuale – come sarebbe, secondo Mazzamuto, per Castronovo: v. però il § 11 del prossimo Capitolo –, l'inserzione dell'interesse all'integrità nel contratto finirebbe per consentire una tutela più forte di questo, per l'appunto anche 'promozionale'). Tale carattere, tra l'altro, a mio avviso potrebbe ricollegarsi al fatto che la protezione offerta dall'art. 2087 c.c. va oltre la tutela della salute, intesa bene già appartenente alla sfera (personale) del lavoratore, richiedendo anche che la «personalità morale» non sia lesa. Il che, in un certo senso, impone al datore non solo di non violare la sfera preesistente del lavoratore, ma anzi di incrementarla, consentendo che il lavoro stesso si svolga in condizioni tali da rappresentare un incremento del benessere. La prospettiva è studiata in Germania, ove, ad esempio, l'interpretazione della salute *ex § 823 I BGB* è molto ristretta, ricomprendendo la sfera preesistente, e non, ad esempio, il *well*

sino a elevarla a fonte di un diritto di credito, impone di ritenere che ci si trovi di fronte a un vero e proprio diritto del prestatore: che, ove inadempito, permetterebbe di reagire *ex art.* 1460 c.c.⁷⁶⁶ (ove l'eccezione stessa non fosse da considerarsi scorretta). Il diritto in questione farebbe sì che quello, che all'apparenza sembrerebbe essere un interesse di protezione, divenga interesse di prestazione: in altri termini, il lavoratore non avrebbe solo interesse a non svolgere la sua attività o comunque a non esserne danneggiato, ma a godere, mentre presta la sua opera, di uno spazio di lavoro salubre.

Quest'idea, a dire il vero, mi sembra in linea con la tutela del lavoro anche come mezzo di sviluppo ed espressione della personalità: e, d'altro canto, il fatto che nella società moderna si trascorra più tempo negli uffici o nelle fabbriche, che nelle proprie dimore, sembrerebbe richiedere una tutela rafforzata di questo interesse, che da protettivo sarebbe divenuto pretensivo (e da una tutela extracontrattuale, o nelle forme di un interesse legittimo, avrebbe assunto una piena garanzia contrattuale, anche quanto ad azione di condanna ed eccezione di inadempimento⁷⁶⁷).

Tuttavia, essa va contro a un'obiezione: là dove si trattasse di un rapporto di lavoro a titolo gratuito, o addirittura esterno a un contratto, sarebbe difficile trovare la fonte del diritto del lavoratore e soprattutto rinvenire un sinallagma. Quel che voglio dire è che l'art. 2087 c.c., più che in un complessivo rapporto contrattuale, mi sembrerebbe doversi riferire al rapporto obbligatorio, così da collegarlo automaticamente alla situazione debitoria del prestatore di lavoro. Vero è però, anche, che di norma le prestazioni lavorative (subordinate) sono rese nell'ambito di contratti, e che la presenza di obbligazioni in capo a entrambe le parti non coincide con l'idea di sinallagma.

Secondo un'altra ottica, potrebbe semplicemente supporre che la pretesa del creditore abbia un oggetto limitato: ossia, l'esercizio di una attività in un certo

being del lavoratore (così G. WAGNER, nel *Vortrag* dal titolo *Haftung für Menschenrechtsverletzungen*, tenuto presso il Max Planck Institut di Amburgo il 14 dicembre 2015). A tale opinione, che fa dell'art. 2087 c.c. un vero e proprio diritto, potrebbe opporsi che esso non corrisponde economicamente a un vantaggio. Ciò non è del tutto vero, alla luce, per l'appunto, del carattere patrimoniale di cui ho testé detto. Ma non è vero nemmeno se si paragona quest'ipotesi al credito restitutorio nei contratti di comodato, locazione, e via dicendo, ove la restituzione non corrisponde a un vantaggio economico, ma al ripianamento di una situazione di svantaggio dal punto di vista economico.

⁷⁶⁶ Così V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, p. 135.

⁷⁶⁷ Giacché, a mio avviso, al titolare dell'interesse legittimo non solo è preclusa l'azione di condanna, ma anche l'eccezione di inadempimento per come essa è strutturata nell'art. 1460 c.c., non rientrando l'interesse in alcun rapporto sinallagmatico. Il punto, relativo all'ammissibilità di un'azione di adempimento e di un'eccezione di inadempimento con riferimento agli obblighi di protezione è studiato dalla dottrina (v. già § 5 del Capitolo secondo della Parte Prima, nonché *supra* sull'azione inibitoria): e proprio l'art. 2087 c.c. costituisce una cartina al tornasole dei risultati raggiunti. Effettivamente, a volervi ravvisare la base normativa di un obbligo di protezione, risulterebbe contraddittoria l'opinione che ammette un'azione solo risarcitoria in caso di violazione (o temuta violazione) di questi obblighi (la quale, pur essendo la via normalmente praticata, è poco effettiva; statisticamente è più frequente solo per la difficoltà del lavoratore di rendersi conto del pericolo di danno; v. a tal proposito L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 218).

ambiente. Ove questo non sia sussistente, anche la pretesa sarà inefficace, perché semplicemente si sarà posta al di fuori del contenuto del diritto.

Anche questa, a mio avviso, risulta un'interpretazione accettabile: un'inefficacia della pretesa, per il suo porsi al di fuori del diritto. Tuttavia, anche alla luce dei risvolti che può avere, prenderò in considerazione – e adotterò per il momento – un'altra visuale⁷⁶⁸, volta ad applicare proprio il concetto di interesse legittimo all'art. 2087 c.c.⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ Le difficoltà poste dall'art. 2087 c.c. si riflettono sull'incertezza di definirne il contenuto, che oscilla tra (e pare ricomprendere) obbligo di fare e di non fare (così P. ALBI, sub *art. 2087 c.c.*, cit., p. 126).

⁷⁶⁹ A questa tesi potrebbero farsi afferire, pur con le ovvie differenze, le ricostruzioni che vedono nell'art. 2087 c.c. una norma volta a sancire la rilevanza di certi obblighi di protezione (v. ad esempio C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 7, che cita pure l'opinione secondo cui l'obbligo in parola avrebbe «natura principale»; anche L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 121). All'interno di queste, però, v'è da distinguere tra quelle più tradizionali, e una recente tesi che, sviluppata proprio con riguardo all'art. 2087 c.c., ha valorizzato il profilo 'promozionale' degli obblighi di protezione, evidenziando come la contrattualizzazione di certi interessi non possa non elevare gli stessi, facendo sì che dalla mera ottica aquiliana si passi a una considerazione contrattuale e per ciò stesso 'promozionale' (così S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 27 s., nonché ID., *Il danno da perdita*, cit., p. 82, e ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, cit., p. 136, nonché A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 66 s.). A me pare che questa tesi resti, comunque, nell'ottica degli 'obblighi di protezione' (semmai ritenendo che essi siano assistiti da una pretesa all'adempimento); un autore, a dire il vero (mi riferisco a F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., p. 677) ha raffigurato quest'esito sostenendo che il 2087 c.c. è «un obbligo di protezione elevato al rango di obbligazione primaria». A tal riguardo v. però L. NIVARRA, *La contrattualizzazione*, cit., p. 483 s., nt. 10, il quale evidenzia come, accettata l'idea degli obblighi di protezione, non si possa ritenere che essi attengano ad altro che alla 'conservazione' del patrimonio e della persona altrui, tutelando gli stessi interessi già rilevanti in senso aquiliano (nonché altri, che darebbero luogo a danni meramente patrimoniale, ma sempre nel senso 'conservativo' che ho detto). In questa prospettiva perde di significato qualsivoglia finalità 'promozionale', che, se può sembrare connessa all'art. 2087 c.c. (più che ad altri 'obblighi di protezione'), si avvicina piuttosto all'idea di una vera e propria prestazione (in senso stretto), ossia a un valore nuovo da accogliere nella propria sfera. Quanto, invece, al fatto che la tutela contrattuale offra strumenti rimediali più penetranti, mi limito a osservare che la lesione di 'obblighi di protezione' nell'ambito del rapporto creditorio potrebbe portare (ne ho parlato a suo tempo), oltre che a una domanda di risarcimento (anche in forma specifica), a un'inibitoria (sempre se la si ammette; forse, scrivevo, in taluni casi pure una domanda di condanna, dal lato del creditore), salvo che il creditore non rifiuti *tout court* l'esecuzione della prestazione inesatta e potenzialmente dannosa (nel caso in cui i profili di prestazione, in senso stretto, e protezione si sovrappongano di sicuro, essendo di certo ammissibile un'azione di condanna). Viceversa, dal lato del debitore (e dunque nell'ambito dell'interesse legittimo) non vi è altro rimedio che l'inibitoria (se ammessa; e, come vedremo, vi potrebbe essere spazio per un'eccezione di dolo, che sostituirebbe l'eccezione *ex art. 1460 c.c.*), con esclusione di qualsiasi domanda di condanna (ma pure S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 37, sebbene da un altro punto di vista, si riferisce a «rimedi inibitori e in forma specifica» – per l'inibitoria v. pure R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito*, cit., p. 508, nonché ID., *Mobbing*, cit., p. 6 –) e invece con contestuale *mora credendi* (e risarcimento del danno, commisurato alle retribuzioni perse; cfr., da punti di vista diversi, G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 31 s., testo e nt. 79, ed E. GHERA-F. LISO, voce *Mora del creditore*, cit., § 6). Non è ipotizzabile, a mio avviso, un'azione di risoluzione, giacché non emerge alcun nesso sinallagmatico tra la posizione di interesse legittimo del debitore e il credito del datore (*contra* C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 6, secondo cui il sinallagma atterrebbe sempre a obblighi di prestazione e protezione; io propenderei, invece, per ammettere l'azione di risoluzione solo in caso di inadempimento del debitore, anche *sub specie* di violazione della buona fede, ma non in caso di mancato rispetto di un interesse legittimo: d'altro canto, se così fosse, non vedo perché non concedere un'azione di risoluzione anche nell'ambito di contratti unilaterali – né si potrebbe replicare che il sinallagma comunque attiene anche ai

In questo senso potrebbe affermarsi che la condotta del datore, che impone di prestare la propria attività senza garantire la salubrità, concreta una scorrettezza, con quel che ne consegue in termini di tutela risarcitoria. Per di più, si tratterebbe qui di un obbligo, richiesto dalla buona fede e rivestito di giuridicità attraverso la tutela dell'interesse legittimo protettivo⁷⁷⁰, di risultato, tra l'altro particolarmente penetrante, consentendo solo la prova del caso fortuito per andare estenti da responsabilità⁷⁷¹.

Così, il lavoratore 'mobbizzato' potrebbe far valere il suo interesse legittimo protettivo, perfino quando egli non venga impiegato: e, ciò, non solo perché non potrebbe dedicarsi alla ricerca di un altro lavoro, ma soprattutto perché il mancato esercizio della pretesa, pur liberando il prestatore dallo sforzo dell'impiego, si tradurrebbe in un diverso danno. In questo senso, d'altro canto, appare ancor più necessario definire l'interesse legittimo protettivo come affidamento in un'attività che (qui: nell'esercizio di un diritto) non leda gli interessi della controparte (e non solo 'un interesse')⁷⁷².

Il punto fondamentale, però, sta ancora una volta nel tipo di tutela che sarebbe consentita al prestatore di lavoro. In effetti, una mera reazione risarcitoria appare spesso eccessivamente blanda, giacché essa imporrebbe al lavoratore di adempiere, pur mettendo a rischio la sua salute.

La giurisprudenza laboristica si è spesso interessata, del resto, al problema della reazione del lavoratore all' 'ordine illegittimo' del datore: espressione con cui si fa riferimento a qualsiasi pretesa del datore di adempiere una prestazione dal contenuto e dalle modalità illegittimamente determinate dal datore. E le decisioni talvolta consentono al prestatore di far valere l'illegittimità anche stragiudizialmente; talaltra gli

costi di attribuzione di una prestazione, giacché esso semmai si instaura tra vantaggi [positivi] reciproci, pur intesi nella loro complessità: cfr. G. AMADIO, *Inattuazione*, cit., p. 37).

⁷⁷⁰ Com'è facile intendere, non voglio qui riproporre le tesi, anticamente sostenute, per cui l'art. 2087 c.c. avrebbe regolato un interesse legittimo, tutelando un interesse soggettivo in tanto in quanto coincidente con l'interesse pubblico alla sicurezza.

⁷⁷¹ Anche da questo punto di vista, comunque, compare il carattere 'promozionale' della norma. Il legislatore, pure in quest'ottica, sembrerebbe aver specificato che lesiva della buona fede non è quella condotta che lede beni del lavoratore, ma quella che li minaccia (salvo non voler considerare un 'bene' la possibilità di lavorare in un 'ambiente salubre'). L'anticipazione di tutela – ossia, l'illiceità di una condotta che ancora non ha leso un bene – non è comunque estranea all'interesse legittimo protettivo; ne sono esempio gli 'obblighi' di indicare la possibile presenza di un pericolo (salvo, anche qui, sopporre un ulteriore interesse, all'informazione). Il che non vale però a dire che sia sempre difforme dalla buona fede la condotta che minaccia e mette in pericolo un bene. Se lo è ai sensi dell'art. 2087 c.c., è per la strettissima connessione con l'esercizio della pretesa e, per l'appunto, per le finalità 'promozionali' avute di mira dal legislatore.

⁷⁷² E, d'altro canto, il mancato impiego del lavoratore non si tradurrebbe nella liberazione delle sue energie per altri rapporti lavorativi, che ne consentano l'esplicazione della personalità. Insomma, resterebbe la costrizione (anche solo psicologica) del rapporto mobbizzante, e non solo l'introito economico derivante dallo stesso. Proprio, però, il fatto che a essere tutelato in fin dei conti sia un valore non appartenente alla sfera del lavoratore, e che proprio il datore dovrebbe procurargli, tende a sottolineare la finalità promozionale della norma e quindi la sussistenza di un diritto di credito.

impongono di adempiere; altre volte – e più spesso – ancora ammettono un'autotutela soltanto in specifiche circostanze, e soprattutto ritenendo che l'ordine illegittimo concreti un inadempimento del datore, cui il lavoratore potrebbe reagire *ex art. 1460 c.c.* solo nei limiti della buona fede (e, in particolare, solo ove sia messa a repentaglio la sua salute o altri beni fondamentali)⁷⁷³.

Il punto, come si vede, tocca l'art. 2087 c.c. ma si estende ben oltre, abbracciando tutta la posizione del datore di lavoro, nonché i suoi poteri di determinare il contenuto della prestazione. Porterebbe troppo lontano affrontare specificamente questi punti: mi limiterò per questo ad alcuni brevissimi cenni.

A mio avviso, in nessun caso può qui parlarsi di 'inadempimenti' del datore: non si tratta, infatti, mai di veri e propri obblighi del datore, cui corrisponda un diritto (di credito) del lavoratore.

Viceversa, può accadere che il datore di lavoro disponga di diritti potestativi, come nel caso di inflizione di sanzioni disciplinari⁷⁷⁴ (che però qui non interessano più di tanto), o (e soprattutto) in quello dello *ius variandi*⁷⁷⁵, di cui l'art. 2103 c.c. traccia i confini. Ferma restando la difficoltà di comprendere se in questi casi, volta per volta, certe disposizioni indichino limiti interni o esterni del diritto⁷⁷⁶, è da dire che, in ogni caso, l'esercizio illegittimo verrà contrastato o adducendo l'inefficacia dell'atto, o la sua radicale nullità, o la lesione di un interesse legittimo eventualmente rilevante come causa di annullabilità, a sua volta potenzialmente deducibile tramite un'eccezione di dolo.

⁷⁷³ V. ad esempio Cass. civ., Sez. Lav., 11 novembre 2011, n. 23673. Singolare la massima di Cass. civ., Sez. Lav., 30 dicembre 2009, n. 27844, secondo cui «l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro emanato dal giudice nel sanzionare un licenziamento illegittimo esige che il lavoratore sia in ogni caso ricollocato nel luogo e nelle mansioni originarie, salva la facoltà per il datore di lavoro di disporre con successivo provvedimento il trasferimento ad altra unità produttiva, laddove ne ricorrano le condizioni tecniche, organizzative e produttive. Ne consegue che il trasferimento del lavoratore ... al di fuori di tali condizioni, integrando un inadempimento contrattuale da parte del datore di lavoro, è nullo e giustifica, sia quale attuazione dell'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., sia in considerazione dell'inidoneità a produrre effetti da parte degli atti nulli, il rifiuto del dipendente di assumere servizio nella sede diversa cui sia stato destinato». Ma è ovvio che la nullità e l'eccezione di inadempimento sono incompatibili (salvo che la seconda non si riferisca a un obbligo di protezione, visto come autonoma situazione che protegge il lavoratore quale debitore anche dinanzi a un credito supposto dal datore – supposto giacché il vero credito ha oggetto diverso –; il che, però, mi sembra molto diverso da quel che sostiene la Cassazione).

⁷⁷⁴ Caso di esercizio di un diritto potestativo (ad ammetterne la sussistenza). Così M. PERSIANI, *Preliminari al potere disciplinare*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, IV-I, Padova, 2012, p. 799 ss. A. LENER, voce *Potere*, cit., p. 633, distingue invece i 'poteri di comando' dai 'poteri di conformazione'.

⁷⁷⁵ Sul *ius variandi* nel diritto privato v. di recente S. PAGLIANTINI, voce *Modificazione unilaterale del contratto (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 487 ss.

⁷⁷⁶ Proprio nel caso di *ius variandi* la dottrina è incline a ritenere la nullità dell'atto di esercizio che travalichi i limiti assegnati *ex lege*: v. per tutti C. ZOLI, voce *Mobilità del lavoro*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 877 ss.

La giurisprudenza, nell'affermare il più delle volte che il lavoratore non può rifiutare la sua prestazione in caso di demansionamento, salvo che non siano in pericolo alcuni beni di vitale importanza, dovendo semmai agire giudizialmente, a mio avviso confonde più piani. Vero è che l'eccezione di inadempimento è sollevabile solo entro i limiti della buona fede: e, però, qui non si tratta di eccezione di inadempimento, giacché non vi è alcun diritto del lavoratore di adempiere⁷⁷⁷. Tanto più che, se vi fosse, il problema della legittimità dell'ordine non sarebbe risolvibile su questo piano, ma sempre, e solo, su quello del diritto del datore di lavoro.

Ben può accadere, allora, che il potere manchi radicalmente, o sia esercitato per il tramite di un negozio nullo: nel qual caso il lavoratore non è di certo tenuto ad adempiere secondo le nuove mansioni, giacché l'unico diritto di credito del datore avrebbe un oggetto diverso, e la pretesa starebbe facendo valere un diritto inesistente. Probabilmente anche in questo caso il lavoratore, che comunque potrebbe opporsi direttamente sulla base dell'inefficacia, sarebbe abilitato a far valere (ai fini risarcitori) un interesse legittimo: ma ne parlerò a tempo debito. In ogni caso, anziché far valere la tutela contro il diritto potestativo (inesistente), il lavoratore potrà agevolmente mettere in mora il datore e vedersi risarcito dei danni a ciò conseguenti (ammontanti alle retribuzioni perse), oltre a poter agire in inibitoria per ottenere un ordine giudiziale che imponga al datore di riattribuirgli le vecchie mansioni, e di ripristinare dunque la fisiologia del rapporto.

Tuttavia, potrebbe esservi – *rectius*: l'illegittimità dell'esercizio dello *ius variandi* potrebbe essere interpretata come – un semplice abuso del diritto, cui il lavoratore può reagire in via risarcitoria e, se ammesso dalla legge o da un'interpretazione sistematica o analogica della stessa, tramite l'annullamento dell'atto (talvolta perfino a prescindere dalla violazione della buona fede, e solo per il pregiudizio che esso arreca). Questi rimedi, ovviamente, presuppongono un'azione in giudizio: pure l'annullamento, come l'inibitoria, non può essere oggetto di una mera eccezione.

Tra l'altro, debbo ammettere che l'idea di una annullabilità dell'atto di esercizio di diritti potestativi nell'ambito del diritto del lavoro mi sembra più persuasiva, benché la giurisprudenza paia di diverso avviso: e ciò sia nel campo delle sanzioni disciplinari (conservative), sia in quello del diritto a modificare le mansioni o a trasferire il prestatore di lavoro. In effetti, il potere organizzativo del datore, specificato dagli artt. 2086, 2094 e 2104, comma 2, c.c., mi sembrerebbe testimoniare la necessità di interpretare i singoli poteri che la legge gli assegna nel modo più possibile effettivo, e dunque confinando la rilevanza dei vizi ad altrettante cause di annullabilità (per abuso), e non di inesistenza del potere (per mancanza degli elementi della sua fattispecie). Cioè, i dati legislativi sembrerebbero richiedere la predisposizione di un ampio potere del datore (così come, vedremo dopo, ampio è il potere della p.a.). La stessa giurisprudenza, proprio nel campo delle sanzioni disciplinari, solo all'apparenza è

⁷⁷⁷ Cfr. ancora C. ZOLI, voce *Mobilità del lavoro*, cit., p. 886, e la dottrina ivi citata.

incline a pensare diversamente: in realtà, lungi dal ritenerle inefficaci quando assunte al di fuori dei limiti legali, stabilisce che esse siano nulle, e che la nullità sia di protezione⁷⁷⁸. Che altro non è che una forma di annullabilità automaticamente esercitata, come meglio vedremo a proposito del diritto del consumatore.

Non è tutto: là dove non si tratti di fuoriuscire dall'oggetto già determinato per la prestazione del lavoratore, ma di specificare semplicemente lo stesso, non verrà in luce un diritto potestativo del datore, ma un suo mero potere (direttivo⁷⁷⁹), non trattandosi di compiere una modifica, tramite un atto (negoziale) avente efficacia costitutiva, sulla sfera giuridica altrui, ma solo di individuare con precisione il contenuto dell'obbligazione (efficacia meramente specificativa⁷⁸⁰).

In tal caso, a mio avviso, l'atto di esercizio del potere – che non è negozio, ma mera dichiarazione non negoziale di volontà – è sempre efficace, anche quando violi divieti legislativi (come quello recato nell'art. 2087 c.c.), e salvo che non fuoriesca dall'oggetto dell'obbligazione. Semmai, il sindacato dovrà riguardare l'esercizio del diritto, specificato nel modo che si è detto, per valutarne l'eventuale abusività⁷⁸¹ (in termini di violazione della buona fede, eventualmente declinata dalle predette indicazioni legislative). E, qui, però, tornano di nuovo attuali le preoccupazioni circa l'impossibilità di paralizzare l'esercizio abusivo del diritto (di credito) in via di autotutela.

Una congrua soluzione di questo quesito può provenire solo ammettendo che, oltre ai rimedi risarcitori e inibitori, l'interesse legittimo possa essere tutelato anche tramite un rimedio atipico, volto a paralizzare (già stragiudizialmente) l'esercizio del diritto altrui, ogni qual volta la sua efficacia, pur dimidiata sul piano della buona fede, si ponga in contrasto con i dati essenziali dell'ordinamento, tanto da dover essere immediatamente e interamente arrestata, senza che gli altri strumenti di tutela offerti dal sistema giuridico risultino sufficienti ed effettivi⁷⁸².

Si tratta, in tutti questi casi, di ipotesi in cui l'ordinamento stesso, che ha accolto quell'intercapedine tra diritto formale e buona fede e l'ha sfruttata per i suoi fini, deve

⁷⁷⁸ Così, di recente, Cass. civ., Sez. Lav., 28 agosto 2015, n. 17286, a proposito della violazione del procedimento previsto per l'irrogazione della sanzione (in quel caso si trattava in un licenziamento).

⁷⁷⁹ Cfr. C. CESTER-M.G. MATTAROLO, sub art. 2104 c.c., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2007, p. 349 ss., e spec. 417 ss., 424 ss. e 446 ss.

⁷⁸⁰ V. le opere di Falzea, Panuccio e Mirabelli già citate nel § 2 del Capitolo secondo della Parte Prima.

⁷⁸¹ Proprio gli studi ricordati alla nota precedente giungono a tali conclusioni (in particolare, quelli degli ultimi due autori).

⁷⁸² Sulla difficoltà da sempre avvertita in dottrina nel catalogare gli strumenti rimediali in caso di abuso del diritto, regnando ora come nel passato incertezza sulla tutela in forma specifica (*sub specie* di inefficacia) e per equivalente (risarcimento), cfr. per tutti A. GAMBARO, *Abuso*, cit., p. 2 ss. Sul punto v. pure R. SACCO, *L'esercizio*, cit., p. 334.

riempire questa fessura, che porta a esiti del tutto iniqui, non adeguatamente rimediabili in via ordinaria.

Gli esempi potrebbero essere moltissimi, espandendosi ben al di là della casistica cui ho accennato.

Anzitutto, però, possiamo considerare le fattispecie in cui il lavoratore, pur dovendo obbedire a un ordine che ritiene illegittimo, deve potersi opporre per far salvi beni quali la vita o la salute: altrimenti, se i rimedi fossero solo quelli giudiziali, ne sorgerebbe la facoltà per il datore, di fatto, di aggirare perfino il limite della buona fede, venendo soggetto a una responsabilità solo risarcitoria, in un'ipotesi in cui la gravità dei beni non può non esprimersi in una tutela reale.

Ma lo stesso avviene, anche, ove un soggetto eserciti un diritto di credito in condizioni tali per cui, secondo buona fede, esso non esiste più: così che il problema non è tanto quello di inibire in via giudiziale una specifica condotta scorretta, ma di bloccare interamente quella pretesa, sin dal momento in cui è esercitata.

E lo stesso accade, inoltre, in tutti i casi in cui un'azione in giudizio o un diritto potestativo viene fatto valere solo a fini dilatori, così che la norma di buona fede lesa imporrebbe di risarcire proprio quello che si potrebbe più comodamente, fin da subito, bloccare.

Si tratta di casi cioè, in cui il ragionamento a piani sfalsati, tipico dell'abuso, si trova in imbarazzo, giacché non è dato il tempo alla controparte per reagire in via giudiziale, o perché una tale reazione giudiziale si trova a essere ineffettiva, o comunque inutilmente tardiva, davanti a un danno o a un pericolo di danno che verrebbe paralizzato interamente dall'inefficacia del diritto.

Il discorso, come si sarà inteso, incrocia ora quel rimedio atipico fornito dall'*exceptio doli generalis*, la cui cittadinanza è ammessa oggi dalla giurisprudenza e dalla dottrina, e la cui base normativa a mio avviso va rinvenuta proprio nella tutela della buona fede, e in particolare dell'interesse legittimo protettivo. Una tale eccezione, dunque, sarà opponibile in svariate circostanze, che in comune hanno la necessità di riempire un'intercapedine giuridica, paralizzando totalmente il piano formale, e non solo reagendo *ex post* allo stesso. Le ragioni saranno, come detto, varie, e anch'esse atipiche: il criterio sarà sempre quello di assicurare tutela a beni non comprimibili, e di evitare che la lesione della buona fede possa andare a profitto della parte che la pone in atto, o comunque non si trovi efficacemente sanzionata.

Merita soffermarsi un poco sull'*exceptio doli generalis*⁷⁸³, prima di tornare al ragionamento che andavo intrecciando: sottolineando anzitutto come il riferimento al

⁷⁸³ Rimedio in passato molto trascurato dalla nostra dottrina, in parallelo con la «scarsa considerazione generalmente riservata ai riferimenti normativi alle regole della correttezza e della buona fede» (così U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione*, cit., p. 159, che arrivava poi ad ammetterla). Basta, per rendersene conto, richiamare le parole di G.L. PELLIZZI, voce *Exceptio doli (diritto civile)* in *Nov.m. Dig.*, VI, Torino, 1960, p. 1075, secondo cui «si nega, in dottrina, che sia sopravvissuta negli ordinamenti moderni un'*exceptio doli generalis* ... nel preciso senso originario

dolo, che nell'espressione compare, vada inteso oggi come riferito alla scorrettezza insita in un certo esercizio del diritto, a prescindere che vi sia dolo come stato soggettivo⁷⁸⁴.

Così, nell'ambito del rapporto di lavoro, gli ordini illegittimi saranno sanzionabili in via risarcitoria, *ex post*, oppure in via inibitoria o caducatoria (rispettivamente in caso di comportamenti meri o di atti), *ex ante* o durante la produzione o la permanenza del danno. Tuttavia il prestatore potrà sollevare anche un'eccezione di dolo⁷⁸⁵, ove la pretesa di controparte metta a rischio la sua salute⁷⁸⁶, e in particolare contravvenga (minacci di contravvenire) l'art. 2087 c.c.⁷⁸⁷

Al contrario, nel caso di esercizio frazionato in giudizio di un credito⁷⁸⁸, ciò di cui si abusa è il diritto d'azione; tuttavia, paralizzare alcune di queste pretese, soltanto perché impongono costi di difesa eccessivi e in generale sfiancano il debitore, avrebbe

dell'espressione ...: né si saprebbe davvero come inquadrare negli odierni schemi giuridici un istituto così strettamente legato alla struttura non solo processuale ma costituzionale dell'ordinamento romano, cioè al dualismo ... fra *ius civile* e *ius praetorium*» (*ivi*, p. 1072 ss., v. pure la voce *Exceptio doli (diritto romano)* firmata da A. BURDESE); v. anche A. TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 218 ss. Oggi, viceversa, è molto maggiore l'attenzione che gli studiosi le tributano. Sul punto, senza pretese di completezza, v. AA. VV., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006; A.A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997 (e pure in *BBTC*, 1998, p. 147 ss.); F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 311 ss.; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, spec. p. 429 ss.; L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 197 ss (*ivi* v. pure ID., *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, p. 501 ss.); F. VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*, in *BBTC*, 1989, II, p. 529 ss.; G.B. PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Gir. comm.*, 1982, I, p. 414 ss.; T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 223 ss.; C. ROMEO, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *Contr.*, 2007, p. 971 ss.

⁷⁸⁴ *Contra* C. RESTIVO, *Contributo*, cit., p. 159, per la rilevanza della malizia e del dolo.

⁷⁸⁵ Nel caso del rapporto di lavoro, v'è anche da tener presente che l'esercizio di una pretesa, benché essa non esista (ad esempio perché il datore ha oltrepassato i limiti posti all'oggetto della prestazione), può dar vita a un interesse legittimo da contatto e pretensivo, in capo al datore, ove il lavoratore adempia (mentre a un'*exceptio doli*, avanzata nella fase di adempimento, potrebbe opporsi una *replicatio doli*). Ciò non vuol dire che il lavoratore non possa interrompere la prestazione: ma dovrà farlo, bilanciando il suo eventuale pericolo e quello per la persona e i beni del datore.

⁷⁸⁶ Che si accompagnerà implicitamente a un'offerta rilevante *ex art.* 1220 c.c. (se non pure *ex art.* 1217 c.c.). A dire il vero, nel caso in cui il datore non metta in grado di adempiere, parte della dottrina ritiene che la prestazione divenga parzialmente impossibile (per fatto del creditore), con conseguente necessità di applicare gli effetti di cui all'art. 1207 c.c. (in particolare in punto di imputazione dell'impossibilità, ai fini della sopravvivenza della controprestazione) a prescindere da qualsiasi offerta solenne.

⁷⁸⁷ Cfr. V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., p. 137 ss. (il quale, si badi, nota come l'eccezione di dolo generale può interferire sulla distinzione tra norme di validità e di comportamento, e adotta allora un criterio per limitare questo rimedio, coincidente con il fatto che vi sia un esercizio scorretto di un diritto, da cui però «non si vengano a creare nuove situazioni giuridiche»).

⁷⁸⁸ Il rinvio va all'arcinota Cass civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726. V. soprattutto Marco DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 335 ss., e T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 345 ss.

un che di punitivo: l'*exceptio doli*, l'inammissibilità della domanda, non è qui un rimedio ammesso. La sanzione dovrà intervenire solo e soltanto sul piano risarcitorio, per il tramite della regola posta dall'art. 96 c.p.c. (su cui mi soffermerò oltre, trattandosi di una forma di protezione dell'interesse legittimo del convenuto dinnanzi al potere di azione dell'attore⁷⁸⁹).

Se si vanno, più in generale, a compulsare le ipotesi in cui tipicamente la giurisprudenza ammette un'eccezione di dolo, si può dedurre come, più che un'assenza di un potere o di un credito, si tratti di ipotesi in cui l'esercizio del diritto avviene secondo modalità che lo rendono intollerabile, e che richiedono una reazione non solo risarcitoria o restitutoria, né ammettono i tempi di una inibitoria, ma presuppongono un'immediato rimedio paralizzante. Si tratta, ad esempio, di ipotesi di abusiva domanda di pagamento di un credito (come tipicamente avviene nel contratto autonomo di garanzia⁷⁹⁰), di esercizio scorretto di diritti potestativi (ad esempio la

⁷⁸⁹ A dire il vero, la dottrina oscillava, subito dopo la sentenza del 2007, tra una inammissibilità delle azioni frazionate (di tutte, o solo di quelle successive alla prima) e un valore finanche di giudicato di merito della prima sentenza che si pronunciasse in modo definitivo su una delle parti del credito (con conseguente consumazione della restante parte). Cfr. Marco DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, p. 495 ss. (nonché B. VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o nel merito?*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 813 ss.). La giurisprudenza più recente, invece, ammette che la rilevanza della questione si dispiega sul solo piano del risarcimento o addirittura delle spese processuali (così Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2015, n. 5491; ma così già, dieci anni or sono e prima della decisione delle Sezioni Unite, T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, p. 272 s.)

⁷⁹⁰ Ove (come riconosciuto da tutta la giurisprudenza) l'opponibilità dell'eccezione di dolo generale rende il contratto, seppur minimamente, pur sempre causale (così avviene anche in Germania, ove nel *Garantievertrag* opera l'eccezione del § 242 BGB, e non quella del § 814 BGB, in tema di ingiustificato arricchimento, cfr. G. BARILLÀ, *Il Garantievertrag nella teoria e nella prassi tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco 2004*, Milano, 2006, p. 63 ss.; G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *BBTC*, 1985, I, p. 171 ss.). Dal che si evince perfettamente come pure l'interesse legittimo protettivo costituisca forma attraverso cui si esplica la buona fede *in executivis* e attraverso cui riceve rilievo la volontà delle parti (§ 8 del prossimo Capitolo). Se queste, però, avessero concluso un contratto autonomo rinunciando alla facoltà di avvalersi dell'eccezione di dolo, due sole sarebbero le vie: ritenere il contratto sostanzialmente un atto astratto, oppure (e a mio avviso più fondatamente) cancellare la clausola in esame. Sembrerà che in quest'ipotesi la buona fede assuma una funzione correttiva del regolamento: così non è, giacché non si tratta di intervenire sul contratto stesso, ma di eliminare una clausola con cui le parti hanno (non tanto modificato le condizioni contrattuali, quanto) scelto che la buona fede non si applicasse al loro patto. Quando, come noto, l'art. 1375 c.c. è inderogabile (in sé, e non nei suoi effetti: ma qui verrebbe proprio violata la norma, e non semplicemente mutati i suoi effetti o cambiato l'equilibrio contrattuale su cui deve operare la stessa regola di buona fede; cfr. § 5 Capitolo secondo Parte Prima). In altri termini, non si tratterebbe qui solo di una (ammisibile) esclusione di responsabilità, o mitigazione degli effetti che l'applicazione della buona fede avrebbe sul regolamento; qui, invece, la previsione pattizia ridonderebbe nell'esclusione dell'art. 1375 c.c. Sul contratto autonomo di garanzia v. almeno: A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1998, p. 319 ss.; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999, p. 89 ss.; L. GAROFALO, *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, Padova, 2005, p. 185 ss.; P. LAMBRINI, *Dolo facit, qui petit quod redditurus est. Eccezione di dolo generale e contratto autonomo di*

convocazione dell'assemblea da parte di minoranze sociali nel diritto commerciale, a meri fini dilatori o di disturbo⁷⁹¹), di condotta sleale che culmina nella domanda di dichiarazione di fallimento di un debitore⁷⁹².

Se ne deve dedurre, a mio avviso, che l'eccezione di dolo altro non sia che un rimedio previsto per l'interesse legittimo, e ricavabile dalla stessa sistematica dell'ordinamento⁷⁹³: ove manchi, in virtù di una lacuna (qui davvero assiologica), la previsione di un rimedio effettivo, sarà l'interprete a doverlo creare, e ben potrà predisporre una tecnica che abbia il fine di interdire immediatamente e semplicemente gli effetti di un atto, come se esso si fosse posto al di fuori dell'esercizio del diritto. La sanzione assomiglia, dunque, a quella dei casi di 'eccesso dal diritto': ma qui si tratta per vero di un 'abuso del diritto', che dà luogo, in virtù di un'eccezione di controparte, a un atto cui vengono rimossi tutti i possibili effetti.

La mancanza di un rimedio effettivo, a sua volta, può discendere da vari fattori: anzitutto, da un ragionamento che tenga conto di principi di economia (sostanziale e) processuale, nonché di valutazioni in ordine all'effettività della tutela. In talune ipotesi non avrebbe senso (salvo che il legislatore non si sia pronunciato in questa direzione) lasciare che un atto sia efficace, per poi dovervi reagire in via risarcitoria, specie quando la condotta conforme a buona fede sarebbe stata quella di non esercitare il diritto (e non solo esercitarlo in presenza di giusta causa, o di preavviso), e il rimedio risarcitorio appaia del tutto ineffettivo rispetto ai valori da tutelare.

Si pensi, ad esempio, a certe ipotesi che concretano un *venire contra factum proprium*, o ad alcune impugnazioni volte unicamente a creare un danno o a molestare; in questi casi la condotta o l'atto sono di per sé radicalmente contrari a buona fede, e un risarcimento, o un'azione caducatoria, richiederebbero un lasso di tempo tale da far conseguire all'agente vantaggi indebiti, non sempre riparabili per equivalente (del resto, la stessa azione di danni sarebbe soggetta a un'incertezza processuale, o comunque potrebbe non essere esperita per la difficoltà di provare il pregiudizio patrimoniale).

Viceversa, la conclusione di un contratto da parte di un contraente ingannato non darebbe adito a una eccezione di dolo, essendo già previsto dal legislatore un

garanzia, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, a cura di R. Fiori, Napoli, 2006, p. 256 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, p. 412 ss.

⁷⁹¹ Così, ad esempio, Trib. Milano, 22 marzo 1990. Oggi la riforma del diritto delle società, e in particolare l'art. 2367 c.c., prevede che gli amministratori possono anche non convocare l'assemblea, allorché la richiesta fattane appaia meramente ostruzionistica. In tal modo quel che poteva essere un rifiuto, veicolato da un'eccezione di dolo, si è tramutato in giusta causa di non esercizio di un potere.

⁷⁹² Cfr. Cass. civ., Sez. I, 19 settembre 2000, n. 12405.

⁷⁹³ Come nota A.A. DOLMETTA, voce *Exceptio*, cit., p. 14 ss., alla vaghezza del nostro istituto ha contribuito non poco l'incertezza sui suoi margini di ammissibilità. Non ho la pretesa di risolvere questo problema; ché, anzi, esso mi pare irresolubile. *L'exceptio doli*, nella sua duttilità, richiede di essere flessibile, e dunque è possibile solo indicare alcuni normali presupposti di sua applicazione, sottolineando come la loro presenza, e la loro più forte intensità, può avvalorare un giudizio positivo sull'*exceptio* stessa.

compiuto sistema di azioni caducatorie (e un'eccezione di annullabilità). Lo stesso vale per un licenziamento, o per l'applicazione di una sanzione disciplinare; a tacer del fatto che qui il meccanismo dell'*exceptio doli* rischierebbe di scardinare la stessa ragione per cui, da un lato, il legislatore ha disciplinato in modo completo il sistema di impugnazioni del licenziamento e, dall'altro, ha esplicitamente ammesso (art. 2106 c.c.) il potere disciplinare del datore di lavoro.

Le indicazioni svolte, però, sono solo tendenziali, e come tali debbono guidare l'interprete, che resta però libero di soppesare le esigenze: può avvenire che a un recesso senza preavviso si colleghi la possibilità di sollevare un'eccezione di dolo (così, nel caso della banca che chieda il rientro da un contratto di apertura di credito in modo inaspettato), e che invece un recesso comminato contraddittoriamente dia luogo solo a un risarcimento del danno (quanto l'affidamento soggettivo creato non è tale da far supporre che la controparte di fatto non voglia esercitare il suo potere, ma solo che ciò non avverrà per un certo lasso di tempo; è il caso, ad esempio, dei 'recessi Renault', su cui v. il § 7)⁷⁹⁴.

In secondo luogo, emerge la necessità, cui già sopra accennavo, di tutelare in modo forte valori umani altrettanto elevati, come la salute. In questi casi, a mio avviso, una condotta che sia esercizio di un diritto potrebbe essere bloccata, anche se non ricorressero gli estremi di quella peculiare 'estinzione' che si determina allorché il diritto stesso, in qualsiasi modo esercitato, appaia violare la buona fede (una sorta di decadenza *iure honorario*, che ricorda la *Verwirkung*, su cui v. oltre, il § 8).

Alla luce di quest'osservazione, possiamo dedurne alcuni corollari⁷⁹⁵: anzitutto, l'eccezione di dolo non è sollevabile allorché una parte sia già adeguatamente tutelata (in virtù dei valori sottesi al nostro ordinamento e/o della presenza di una disciplina legale completa in tema di caducazione di un vincolo).

⁷⁹⁴ E la stessa *exceptio* rivela la sua importanza nel caso di comportamenti ostruzionistici da parte delle minoranze assembleari, o in caso analoghi, ove sarebbe poco utile attendere i tempi di una sentenza di risarcimento del danno, di fronte all'utilizzo scorretto di un diritto (che sia una pretesa, un potere, oppure e anche un diritto potestativo a esercizio giudiziale).

⁷⁹⁵ Ci si può domandare, tra l'altro, se un comportamento scorretto, ma non imputabile (per colpa o per rottura del nesso causale) alla controparte, dia luogo a *exceptio doli*. A me pare che le ipotesi in cui sovviene questo rimedio non pongano di fatto mai questo problema, salvo forse casi davvero di scuola: ad esempio, Tizio trascrive contro Caio una domanda illegittimamente, ma solo perché Mevio sta minacciando di morte il figlio e gli risulterebbe impossibile rivolgersi alle forze dell'ordine. A parte la bizzarria di questa fattispecie, mi sembrerebbe ammissibile ipotizzare una eccezione di dolo. A seguire l'idea per cui l'interprete può completare l'assetto rimediabile dell'interesse legittimo, ove esso appaia lacunoso, ma solo per reagire (in forma specifica, contro un atto o una condotta di esercizio di un diritto) a una scorrettezza, la risposta dovrebbe essere negativa. Tuttavia, in questi casi (per vero, di scuola), resterebbe senza tutele il titolare dell'interesse legittimo (salvo un'azione per interferenza in un interesse legittimo altrui); per cui non mi sembra del tutto azzardato concedere una tutela piena e un rimedio specifico (e poi permettere alla controparte di rivalersi per l'interesse negativo). Lo stesso, a dire il vero, dovrebbe ammettersi anche nelle ipotesi in cui si volesse ampliare la caducabilità di un contratto per mancata informazione (v., però, § 5 del prossimo Capitolo).

In secondo luogo, essa è pur sempre un rimedio, cui dovrebbe essere connessa la struttura di diritto potestativo (a esercizio stragiudiziale), e dunque⁷⁹⁶ la natura di eccezione in senso stretto⁷⁹⁷.

Inoltre, essa potrebbe esser fatta valere anche dopo l'iniziata (o pure conclusa) produzione degli effetti della condotta o dell'atto pregiudizievole, e salvo che ne permanga un interesse⁷⁹⁸. Così, anche dopo il pagamento, il garante autonomo potrà chiederne la ripetizione, agendo e contestualmente sollevando un'eccezione di dolo. Questo principio, però, andrebbe coordinato con i tratti essenziali del nostro sistema processuale: dinnanzi a una impugnazione giudiziale, il convenuto o l'intimato dovrebbe spendere subito l'eccezione, e non potrebbe riaprire la questione in un nuovo giudizio, deducendo la scorrettezza dello stesso esercizio dell'atto di impugnazione. Per quanto astrattamente ammissibile, quest'iniziativa andrebbe incontro alla facile critica per cui i *Gestaltungsklagerechte* sono così conformati proprio per consentire al giudice un controllo sui medesimi; di qui, la necessità che il giudicato che si forma sull'azione di impugnativa copra anche il dedotto e deducibile relativo proprio alla correttezza dell'azione. Per esigenze processuali, dunque, sarebbe quanto meno preferibile – anche se forse non strettamente richiesto – precludere una *exceptio doli generalis*, in via d'azione, fatta valere dopo l'esercizio dell'azione contro cui si reagisce.

Chiusa questa parentesi sull'eccezione di dolo, possiamo tornare al tema dell'abuso del diritto di credito, nella specie ove esso sia perpetrato dal creditore che esiga la prestazione, pur senza mettere il debitore nelle condizioni di non subirne danno (non informandolo di certe situazioni, non adottando gli accorgimenti non eccessivamente onerosi, non tutelando la persona del lavoratore, e così via dicendo).

Si è visto, infatti, come possa aversi tutela tramite un interesse legittimo protettivo, ove si compendiano di fatto quelli che la dottrina chiama 'obblighi di protezione': e, allora, è da chiedersi anche se valga quanto la stessa dottrina postula,

⁷⁹⁶ Da ultimo cfr. Cass. civ., Sez. III, 22 giugno 2015, n. 12876.

⁷⁹⁷ Così, correttamente, L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 654.

⁷⁹⁸ Ne è un esempio la domanda, di norma svolta ai sensi dell'art. 700 c.p.c., volta a ottenere la cancellazione di una trascrizione illegittima. L'abuso è qui pur sempre di un diritto d'azione, ma viene commesso tramite modalità non endo-processuali, che legittimano una reazione diversa da quella di cui all'art. 96 c.p.c. (volendo, si dirà che l'abuso è di un preteso potere di procedere all'iscrizione). Non vi sarebbero però, ovviamente, gli spazi per procedere all'eccezione di dolo: tanto più che l'atto, di per sé, produce effetti nonostante la dichiarazione stragiudiziale di chi lo subisce. V'è dunque la necessità di adattare il rimedio, facendolo operare *ex post* e tramite la mediazione di un giudice. Sul punto cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6597, nonché L. GAROFALO-S. VIARO, *Sull'eccezione di dolo generale*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, p. 46 ss. (ma l'intento del giudice, che accoglie la domanda cautelare, non mi pare «squisitamente ispirato a equità» - p. 48 -, bensì proprio alla tutela di un interesse legittimo, né più né meno di quanto non accada in altre ipotesi; tant'è vero che l'eccezione di dolo non risulta mai applicabile là dove manchi un previo rapporto tra le parti, quanto meno di interesse legittimo).

ovvero sia che, finché vi sia tutela per mezzo della buona fede (e quindi contrattuale), non possa esservi tutela extracontrattuale.

Il problema è quello, molto discusso, del concorso tra queste forme di responsabilità. Debbo fin da subito avvertire, e ribadire, che a mio avviso l'interesse legittimo è protetto applicando solo analogicamente l'art. 1218 c.c., e le altre norme sull'obbligazione: ciò che sposta parzialmente il discorso.

Già nel paragrafo precedente avevo avvertito che la scriminante dell'esercizio del diritto resiste, e sussiste, ogni volta in cui il diritto è effettivamente esercitato, anche se in modo scorretto: il che dovrebbe indurre a dare risposta negativa al quesito.

E, tuttavia, vale la pena notare due importanti eccezioni a questa regola.

La prima, in realtà, una vera eccezione non è. Semplicemente, bisogna ricordare come il creditore sia responsabile per violazioni della buona fede compiute nella sua veste di parte attiva di un rapporto obbligatorio, indipendentemente dal fatto che a ciò si accompagni l'esercizio, in senso stretto, del credito.

Così, ad esempio, il creditore che riveli segreti del debitore è sicuramente responsabile per lesione dell'interesse legittimo; allo stesso modo, il creditore che non custodisca beni che il debitore ha lasciato nei suoi locali viola la buona fede. Tuttavia, ammesso che questa forma di responsabilità concorra in linea generale con quella extracontrattuale (ove, in ogni caso, gli estremi di quest'ultima tutela ricorrano, e non si tratti quindi di danno meramente patrimoniale), si dovrà ritenere che vi sia anche una responsabilità aquiliana.

Il concorso tra forme di responsabilità, a dire il vero, è osteggiato da gran parte della dottrina⁷⁹⁹. Esso sicuramente non si può porre là dove vi sia una responsabilità

⁷⁹⁹ Sul concorso v.: C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, cit., § 10; L. MENGONI, *La parte generale*, cit., p. 288 s.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 161 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 670 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 555 ss. (in cui confluisce ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 69 ss.); S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing*, cit., p. 668 ss., nonché ID., *Il mobbing*, Milano, 2004, p. 48 ss. Si pronuncia a favore R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 108 ss., e anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 551 ss.; G. VISINTINI, *La lesione del credito da parte di terzi e il concorso di azioni*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 724 ss. La ragione per cui andrebbe ammesso tale concorso sta, a mio avviso, nel fatto che solo esso evita dal punto di vista pratico una rigidità che può andare contro il soggetto danneggiato (così, in particolare, là dove egli abbia agito in virtù di un solo titolo, erroneo, e l'altro risulti ormai prescritto; problema rispetto sul quale incidono anche ragioni di competenza o di rito processuale, e che non è sempre evitato dal potere del giudice di riqualificare l'azione), e che solo esso può impedire esiti irragionevoli (contrari al *Rechtsgefühl*) del sistema giuridico. Palesemente ciò avviene nel caso di provvedimenti amministrativi nulli: se è vero, come credo e come scriverò *infra*, che si attui qui una protezione dell'interesse legittimo, è pur vero che ciò non deve far venire meno la tutela extracontrattuale, la quale riesce a colmare le lacune cui va inevitabilmente incontro la prima. Se questo, poi, vale da un punto di vista pratico, sistematicamente la regola del concorso mi pare implicita nella teoria della fattispecie, per cui non v'è nulla di contraddittorio nel ritenere che uno stesso fatto sia preso in considerazione in modi diversi dall'ordinamento: per spettando all'interprete la ricostruzione rigorosa dei rapporti tra rimedi e dei reciproci condizionamenti. Parte della dottrina nota che la giurisprudenza, pur ammettendo spesso il concorso (a partire dal 1949: cfr. P. GALLO, *Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043/2059 c.c.*, Torino, 2000, p. 6), lo esclude in modo assoluto nel caso di responsabilità del debitore per inadempimento (R. SACCO, *Concorso delle azioni*

contrattuale da inadempimento dell'obbligo di prestazione in senso stretto, inteso nel senso descrittivo cui ho più volte fatto riferimento (e nemmeno dove vi sia la lesione della parte pretensiva di un interesse legittimo per l'appunto pretensivo positivo: in altri termini, in tutti i casi in cui il giudizio sia davvero di 'spettanza')⁸⁰⁰.

In altri termini, il debitore che non adempie viola un interesse positivo, sicuramente non protetto *ex art. 2043 c.c.* Tuttavia, a me pare che il debitore che viola

contrattuale ed extracontrattuale, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 160; pure C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 557). Ma la ragione sta qui, se non erro, nella solita distinzione tra forme di responsabilità, per cui quella contrattuale, là dove si tratti dell'interesse di prestazione in senso stretto, attiene a un giudizio di spettanza, e non di conservazione. A nulla vale replicare che la responsabilità aquiliana conosce gli illeciti omissivi, giacché, come in parte abbiamo già visto e come dirò ancora oltre, questi richiedono l'individuazione di una posizione di garanzia volta a prevenire un danno che altrimenti si produrrebbe nella sfera giuridica della controparte: e che si produrrebbe non a causa della stessa inerzia del danneggiante, ma per l'attivazione di un autonomo percorso causale che, in quanto non impedito, è attribuito al danneggiante. In altri termini: il danno sta qui nella patologia che uccide, nell'inidoneità dei locali di lavoro che arreca una lesione, ma non nel mero mancato pagamento da parte del creditore. In tale ultima ipotesi non v'è nulla da proteggere, nemmeno secondo la logica dell'illecito omissivo; tutto è solo spettanza, e sola responsabilità contrattuale. In questo senso possiamo ben dire che l'inadempimento concreta un danno che è di certo meramente patrimoniale, e che giustamente trova tutela ai sensi dell'art. 1218 c.c. (così S. MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., p. 371 e 398, testo e nt. 106); ma ciò non toglie che si tratta di un danno ontologicamente diverso, non solo perché il giudizio di ingiustizia riguarda una condotta, ma anche perché inerisce a una spettanza. Tant'è vero che la giurisprudenza non esita a configurare un concorso nel caso di responsabilità medica, tra inadempimento (o violazione di un'obbligazione senza prestazione) e illecito (aquilano) omissivo. Lo stesso, poi, deve ripetersi in tema di obbligazioni di *non facere*: se Tizio promettesse a Caio di non divulgare certe informazioni, altrimenti non riservate, e poi violasse questo obbligo, si produrrebbe un danno che dal punto di vista aquilano non diviene risarcibile sol perché le parti hanno previsto una certa rilevanza per l'interesse in parola, giacché tale rilievo atterrebbe, di nuovo, a un giudizio di spettanza di una condotta. In sintesi, va dunque affermato che la previsione di un diritto di credito non amplia il patrimonio del creditore nei confronti del debitore (discorso diverso, invece, va fatto nei confronti dei terzi), consentendo semmai di agire in via contrattuale (ove non sia attribuito ciò che spetta: e che, in quanto 'spettante', non può essere già parte del patrimonio, nemmeno sotto forma di 'diritto di credito'). Nemmeno all'ordinamento romano era estraneo il concorso di azioni in parola (cfr., nel nostro ambito, L. MANNA, *Buona fede*, cit., p. 352 s. e 394 s.; più in generale G. NEGRI, voce *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 254 ss.). Da un punto di vista comparatistico v. poi P.G. MONATERI, voce *Cumulo di azioni*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, III, Torino, 1989, §§ 1 ss.; ID., *Il concorso dei diritti*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 377 ss. (spec. p. 389 ss.). Il concorso, a mio avviso, non dovrebbe risolversi in una locupletazione: nel senso, ovvio, per cui non può richiedersi due volte un risarcimento per lo stesso interesse leso, e pure in quello, meno ovvio, per cui, richiesto un risarcimento a un certo titolo, si potrebbe (ove lo si ammetta) formulare domanda ad altro titolo, ma solo per la differenza (indipendentemente dal fatto che nella prima pretesa vi fossero poste che nella seconda non figurano, e viceversa). V. anche, sul punto, A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 32 ss.

⁸⁰⁰ Cfr. anche C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 205 s.: «il concorso della responsabilità extracontrattuale con la responsabilità contrattuale si instaura correttamente con riguardo a interessi altri da quello dedotto in contratto, come accade quando un diritto estraneo al rapporto creato dal contratto viene offeso dalla condotta dell'altra parte. Quando invece si tratta degli interessi dedotti in contratto, dovrebbe valere la regola del *non-cumulo*. A mio avviso, però, questi «interessi dedotti in contratto» dovrebbero andare intesi in senso stretto, e cioè proprio come l'interesse di prestazione nel suo significato più limitato (solo con riferimento a quello si prospetta soltanto la logica di spettanza).

interessi 'altri' del creditore possa essere convenuto anche a titolo aquiliano, e così pure il creditore che leda l'interesse legittimo del primo, purché non si tratti di un illecito scriminato dall'esercizio del diritto.

Il concorso tra rimedi non dovrebbe essere impedito da ragioni sistematiche: anzi, l'ordinamento dimostra che spesso certi soggetti hanno a disposizione, per la loro tutela, più rimedi e addirittura più diritti soggettivi a uno stesso bene. Inoltre, vi è, alla base, una motivazione di ordine pratico insuperabile: giacché responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si fondano su titoli diversi, ritenere che la prima escluda la seconda potrebbe portare a rigetti nel merito in svariate situazioni, in cui un soggetto non facilmente poteva avere contezza del tipo di tutela esperibile⁸⁰¹. Vero è, comunque, che argomenti di tal genere non dovrebbero penetrare il discorso del giurista: e, però, in questo caso si tratta di assicurare un'effettività della tutela tanto minima, e da precludere difficoltà pratica tanto forti, da risultare rilevanti anche in ottica sistematica⁸⁰².

In secondo luogo, v'è da tener conto che non sempre la mera presenza di un diritto di credito funziona da scriminante. Lo schema, che prima avevo ripreso, dei conflitti tra posizioni giuridiche, e che avevo posto a base del sistema di responsabilità aquiliana, indica che l'esercizio di un diritto vince sempre su interessi non protetti dal diritto, e solo talvolta su interessi protetti: per l'esattezza, nei limiti dei criteri previsti dalla legge per bilanciare queste posizioni. E, però, avevo anche aggiunto che questi criteri non si riducono mai all'abuso: giacché, ove esso rileva *ex art. 833 c.c.*, è una diversa norma di protezione a sancire la responsabilità aquiliana; viceversa, nel caso in cui rilevi tramite interessi legittimi, sarà questa la tutela assicurata alla controparte.

Ora bisogna completare questo schema, aggiungendo, anzitutto, che questa prevalenza della tutela tramite interesse legittimo è, a mio avviso, riassumibile nel concetto di 'relatività delle situazioni giuridiche', già a fondo studiato dalla dottrina amministrativistica, e che null'altro rappresenta se non l'esclusiva tutela tramite interessi legittimi ove vi sia l'esercizio abusivo, perché scorretto, di un diritto.

Se questo è vero, bisogna, però, aggiungere che talvolta l'assoluta preminenza di un diritto su altri, decretata dall'ordinamento che non ne ammette la fisiologica sovrapposizione, ma che viceversa fa dominare l'uno sull'altro (il diritto reale sugli altri interessi protetti dei vicini, il diritto di credito sugli interessi protetti del debitore, il diritto potestativo sugli interessi protetti di chi versa in soggezione), viene a mancare.

Ciò accade, a mio avviso, quando si tratti di beni altrui talmente importanti, da non essere degradati all'irrilevanza, nonostante la sussistenza del diritto di controparte;

⁸⁰¹ Questo vale soprattutto in certi casi di confine, come quelli dell'esercizio nullo o inefficace di poteri o di crediti (sempre ove si postuli un interesse legittimo protettivo, come a me pare giusto, anche in queste circostanze).

⁸⁰² Inoltre, non mi pare problematico il caso in cui con la tutela contrattuale concorra quella penale, cui si associa la facoltà di chiedere restituzioni e risarcimenti, soprattutto ove si ritenga che quest'ultima opera nelle forme di un *Schutzgesetz* (davanti al giudice penale, e anche a quello civile).

e presuppone, tra l'altro, che non si ricostruisca l'art. 2087 c.c. come norma volta solo a indicare un'ipotesi di eccesso dal diritto di credito (come, forse, sarebbe preferibile). In tal caso, il diritto alla salute (anche alla luce dell'art. 5 c.c.) non potrebbe che restare equiordinato rispetto al diritto del creditore, potendo essere fatto valere anche in via aquiliana, seppur sempre solo entro i limiti dell'abuso. Lo stesso, poi, dovrebbe valere per i casi – che consideremo oltre – di diritti potestativi (di norma poteri pubblici) che vengono esercitati scorrettamente e ledono la salute altrui. Sempre, però, dovrebbero applicarsi le pregiudizialità previste per gli interessi legittimi, e pure i termini di prescrizione e decadenza relativi, al fine di non scardinare il sistema di tutela predisposto: in altri termini, il concorso di tutele potrebbe ammettersi, come quello di posizioni giuridiche, con l'avvertenza però di tenere conto della protezione più specifica prevista per il singolo caso di specie, anche ove si applichi la protezione meno specifica⁸⁰³.

Solo in questo senso, in definitiva, potrebbe dirsi che certi diritti 'non sono affievolibili'⁸⁰⁴; e non al fine di consentire una tutela tramite diritti soggettivi, e non interessi legittimi, di fronte a poteri pubblici, come pur talvolta la Cassazione afferma, allorché la p.a. esercita un potere che tocca il diritto alla salute.

Prima di chiudere questo paragrafo, debbo avvertire che al diritto di credito si può applicare l'istituto della *Verwirkung*, che ho però creduto meglio trattare più avanti. Qui, invece, vorrei soffermarmi ancora su un diverso problema, che si pone davvero ai margini dei problemi dell'abuso – e, anzi, probabilmente in parte al di fuori di essi – e dove comunque l'interesse legittimo potrebbe trovare un ambito di applicazione. Mi riferisco ai casi di esercizio di un preteso diritto di credito.

Se, infatti, si ammette che il titolare di un diritto di credito debba rispettare un interesse legittimo altrui, v'è da chiedersi cosa accada se un soggetto, pur senza essere titolare del credito, si comporti come tale⁸⁰⁵. A dire il vero, in tal caso il problema della protezione offerta da questa posizione giuridica non tocca solo il soggetto passivo del rapporto, ma anche quello attivo, se è vero che chi svolge la prestazione, senza nulla

⁸⁰³ Il che potrebbe sembrare errato: una volta ammesso il concorso, esso non sarebbe limitabile. Tuttavia, a me sembra congruo con l'idea dell'ordinamento lasciare che più tutele convivano, ma che i limiti che più specificamente per la tutela 'tipica' si sono posti non siano superati.

⁸⁰⁴ Cfr. pure A. ROMANO TASSONE, *I problemi*, cit., p. 79 ss. A mio avviso, l'esercizio di un diritto, per esempio di un potere, non sarebbe inefficace davanti a diritti incomprimibili: resta efficace, e però risulta accordato un risarcimento anche ai sensi dell'art. 2043 c.c. (ovviamente, non per l'interesse legittimo, ma per i singoli beni sottostanti). Dello stesso autore v. pure la voce *Situazioni*, cit., § 6. Di recente, per una diversa ricostruzione, v. G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 931 ss.

⁸⁰⁵ Di recente, F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, 'contatto sociale' e doveri di protezione 'autonomi'*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, § 5, ha affermato che «l'esecuzione di una prestazione non dovuta impone sempre all'esecutore e all'*accipiens* un dovere di protezione a beneficio dell'altro». Debbo solo compiere alcune osservazioni: ciò è vero, limitatamente ai casi in cui vi è un contratto, ma nullo o poi caducato, o a quelli in cui un soggetto manifesta di essere creditore giuridicamente (pur senza esserlo). Non è così, o almeno non è sempre così, nell'ambito delle prestazioni che avvengono solo per cortesia

eccepire, crea un affidamento nella controparte. La questione, a dire il vero, si pone soprattutto per i contratti nulli o comunque viziati, e sarà meglio affrontato oltre, nell'ambito del discorso sugli interessi pretensivi nascenti da contatto e non *ex lege* (ché di questo si tratta).

Qui, per il momento, è d'uopo interrogarsi sulla tutela che l'ordinamento predispone per il preteso debitore: tutela che, a mio avviso, non può essere inferiore – e semmai sarà superiore – rispetto a quella del vero debitore. Per tale ragione, il sistema giuridico non potrà esimersi dal creare, in capo a questo soggetto, un interesse legittimo protettivo, che nascerà non più *ex lege*, ma *ex facto*, in virtù dell'esercizio dell'asserito credito da parte di colui che si crede parte attiva di un rapporto obbligatorio.

La differenza, a dire il vero, non assume qua il significato sostanziale che, come vedremo, è portata ad avere nell'ambito degli interessi pretensivi. Tuttavia, ne va tenuto conto, quanto meno per evitare di attribuire una tale tutela a colui che suppone di essere debitore ed esegue la prestazione (al di fuori di una richiesta altrui) e a colui che, viceversa, non esegue la prestazione e nemmeno è scosso dalla pretesa creditoria che sa essere del tutto infondata.

Ora, ove un tale interesse legittimo sia davvero sorto, la protezione che esso offre andrà oltre i soliti confini: in particolare, dovrà essere considerato scorretto anche il comportamento di colui che abbia richiesto l'esecuzione della prestazione, pur conoscendo chiaramente l'inesistenza dell'obbligazione o l'invalidità della sua fonte (e senza che la stessa protezione non sia già assicurata, a monte, da un diverso interesse legittimo: ad esempio, nel caso di contratto nullo per un vizio conoscibile solo da una parte, da quello nato durante le trattative).

In tal caso, allora, il debitore resistente potrebbe chiedere un risarcimento pari ai danni arrecati dall'esercizio del preteso credito (ad esempio, le spese legali, o il danno all'immagine); viceversa, ove egli avesse già adempiuto, alle eventuali ripetizioni, secondo la disciplina degli artt. 2033 ss., si potrebbe cumulare un diritto al risarcimento del danno.

Il che consente di chiarire le condizioni alle quali codesta responsabilità può essere ipotizzata: poiché, alla luce degli artt. 2037 s., solo chi ha ricevuto un bene in mala fede è tenuto a corrisponderne il valore, se la restituzione non è più possibile, è da ritenere che solo in queste circostanze vi possa essere pure una responsabilità risarcitoria; ciò, del resto, dovrebbe valere indipendentemente dal fatto che la prestazione sia stata, o meno, eseguita. In altri termini, il preteso creditore risponderebbe per lesione di un interesse legittimo protettivo soltanto ove fosse conscio (o non fosse conscio per colpa grave, *ex art. 1147, comma 2, c.c.*) dell'inesistenza dell'obbligazione o dell'invalidità della sua fonte.

D'altro canto, un'eventuale collusione con il debitore, o comunque l'evidente conoscenza, da parte del medesimo, dell'inesistenza del debito o dell'invalidità del titolo porterebbe ad escludere una violazione della buona fede. Viceversa, ove il

supposto debitore adempia nonostante i dubbi circa la necessità di farlo, senza nemmeno sollevare un'eccezione, oppure non eserciti la pretesa restitutoria per lungo periodo, o ancor prima, si disinteressi di agire in accertamento per distruggere un'apparenza di debito, ci si potrebbe chiedere se possa applicarsi l'art. 1227, comma 2, c.c., immaginando una sorta di pregiudizialità. Probabilmente, non è possibile credere che una tale pregiudizialità s'imponga di necessità, come avviene nei casi, che vedremo, dell'annullamento del provvedimento amministrativo; tuttavia il giudice potrà valutare, in speciali circostanze, la condotta del debitore che incurantemente (o addirittura volontariamente) abbia aumentato il danno risarcibile.

Molto lontano porterebbe chiederci se a questa responsabilità si accompagni – come probabilmente è – una tutela aquiliana, nei casi in cui il danno non sia meramente patrimoniale⁸⁰⁶; e ancor più complesso sarebbe domandarsi se le azioni in esame escludano l'operatività dell'art. 948 c.c.⁸⁰⁷ I temi attengono, infatti, allo studio della *condictio indebiti*, e non possono purtroppo trovare spazio in questa sede, se non per osservare che nella materia in esame appare un certo sovraffollamento di posizioni giuridiche e di tutele.

Basti, qui, considerare il parallelo tra la tutela offerta a chi subisce un esercizio stragiudiziale del credito, e quella che l'ordinamento predispone per chi subisce un esercizio giudiziale dello stesso (o di altre posizioni giuridiche⁸⁰⁸). Il riferimento va, come si sarà inteso, all'art. 96 c.p.c.: chi agisce in giudizio fa infatti valere un diritto d'azione che, oltre a stimolare un provvedimento giudiziale, si rivolge nei confronti della controparte⁸⁰⁹. Ne risulta – a tacer della posizione verso il giudice stesso, probabilmente riconducibile a un interesse legittimo pretensivo positivo⁸¹⁰ – un diritto

⁸⁰⁶ P. SIRENA, *La ripetizione*, cit., p. 532. La responsabilità aquiliana, tra l'altro, richiede che il danno sia stato arrecato dall'*accipiens*, e non derivi da caso fortuito, e così dovrebbe essere pure per quella da lesione dell'interesse legittimo (fermo restando che la situazione in esame sopravvive alla *datio*). Viceversa, a mio avviso l'obbligazione restitutoria, ove diviene impossibile, non dà luogo all'applicazione dell'art. 1218 c.c.; essa semplicemente si converte in quella risarcitoria-indennitaria di cui agli artt. 2037 s. c.c.

⁸⁰⁷ Il problema della sovrapposizione della *condictio* all'azione di rivendica è un tema classico degli studi sulla causa, sul trasferimento patrimoniale e sull'ingiustificato arricchimento. Mi limito, qui, a rinviare ai notissimi studi di C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980, e di U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitito*, Milano, 1974. Tratto di questo profilo nel mio lavoro sulla causa, in via di ultimazione.

⁸⁰⁸ Il cui esercizio stragiudiziale, a sua volta, concreterebbe anch'esso probabilmente una forma di responsabilità.

⁸⁰⁹ Con le parole di C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁹, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007, p. 62 s.: «l'azione è diritto che spetta al titolare affermato ... del diritto sostanziale, nei confronti del soggetto passivo affermato dello stesso diritto sostanziale», che ha come contenuto «la prestazione di un altro ed autonomo soggetto: il giudice».

⁸¹⁰ Sempre C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁹, I, cit., sulla scia di Carnelutti sostiene (p. 68) che l'azione è un diritto verso il giudice a un provvedimento sul merito. Ma, qui come altrove, va ripetuto che all'attore non interessa minimamente il provvedimento sul merito, ma semmai aspira al

esercitato contro il soggetto passivo, il quale risulta tutelato ove l'azione sia ispirata a dolo o sia mossa con colpa grave. Si riproducono, insomma, quei requisiti di mala fede, anche dovuta a ignoranza, di cui ho poc'anzi detto: entro questi limiti si dovrà supporre che l'interesse legittimo (a non subire l'azione in giudizio) sia stato leso⁸¹¹.

La specialità di questa forma di responsabilità è il suo carattere endoprocessuale, tale da rendere meno rilevante la qualificazione come contrattuale, psuedo-contrattuale o aquiliana⁸¹².

6. L'interesse legittimo protettivo nel diritto pubblico

Al termine di quest'esposizione possiamo, tornando idealmente al punto di partenza, affrontare la tematica dell'interesse legittimo di diritto pubblico: limitando ancora l'indagine al solo interesse protettivo (o difensivo od oppositivo). Cercherò di soffermarmi solo brevemente su questo tema, giacché sarà ben più interessante analizzare puntualmente l'interesse pretensivo pubblico.

L'interesse legittimo è connotato, in questo caso, dal fatto che la controparte sia una pubblica amministrazione nell'esercizio⁸¹³ (futuro o attuale) di un potere⁸¹⁴

provvedimento favorevole (che non gli è però di certo garantito: egli può lamentarsi, semmai, del cattivo uso della discrezionalità del giudice e degli *errores in procedendo*, tramite i mezzi di impugnazione, nonché entro certi limiti in via risarcitoria, anche per il mero ritardo). A mio avviso – tornerò anche oltre sul tema, a proposito del caso Cir-Fininvest – l'azione è un potere particolare, di fissazione di una situazione sostanziale, a necessario esercizio giudiziale (giacché il potere produce una modifica, *rectius* un effetto dichiarativo, determinato *per relationem*, ossia secondo il contenuto del *dictum* del giudice) rivolto contro il contenuto.

⁸¹¹ Sulla responsabilità per esercizio di un'azione giudiziale v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁹, I, cit., p. 364 ss. (che collega la disposizione a un 'abuso del diritto di azione'). Già sopra ho parlato del caso di abusivo frazionamento di una domanda, mentre non dovrebbe essere confusa con quest'ipotesi quella di cui all'art. 30, cod. proc. amm. ('pregiudizialità attenuata'), su cui v. subito *infra*, nel § 6. Proprio nell'ambito dell'abuso dello strumento processuale, e in generale dei vari poteri che rientrano nel più vasto concetto di 'azione' (o che comunque nascono dall'esercizio dell'azione), risulta vieppiù palese l'importanza dell'*exceptio doli generalis*, onde bloccare iniziative inutili, dilatorie, e così via. Su questi punti v. allora pure A. DONDI, voce *Abuso del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, III, 2010, §§ 1 ss.; N. PAOLANTONIO, voce *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Annali*, II-1, 2008, §§ 1 ss.; Marco DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede*, cit., p. 471 ss.; S. VIARO, *Abuso*, cit., p. 66 ss.; L. BERNARDI, *Exceptio doli generalis e giudizio amministrativo*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, p. 425 ss.

⁸¹² In ogni caso, ripeto, si tratterebbe di un interesse legittimo protettivo. Invece A. DI MAJO, *Discorso generale*, cit., p. 30, riconduce l'art. 96 c.p.c. alle norme di protezione (e quindi alla responsabilità aquiliana).

⁸¹³ Il legame, come meglio dirò oltre, dev'essere quello di una causalità o per lo meno di una occasionalità, per cui il privato può proteggersi da comportamenti scorretti tenuti nell'ambito di quest'attività che culmina nell'esercizio del potere (e, almeno nei casi di esercizio efficace, nell'esecuzione del provvedimento). Valgano, a questi fini, le considerazioni già svolte a suo tempo sull'orbita dell'interesse di protezione nel diritto di credito.

⁸¹⁴ Sui concetti di potere e potestà basti il rinvio a quanto già scritto nella Parte Prima. Sia sufficiente qui porre l'accento su alcuni profili: ad esempio, sulla necessaria tipicità del potere pubblicistico: E. CAPACCIOLI, *Manuale*, cit., p. 295 s. (che, tuttavia, si accompagna a un regime diverso di rilevazione dell'incompetenza, o di altri vizi, rispetto a quanto non avvenga per il potere privatistico: nullità-annullabilità da un lato, inesistenza dall'altro). La centralità del concetto di potere (pubblico), al fine di rinvenire interessi legittimi pubblicistici, è riconosciuta da tutta la dottrina amministrativistica, e non ha bisogno di commento (sulla centralità del potere, oggi anche nella giurisdizione esclusiva, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 36). Ovvio, poi, il collegamento tra il potere pubblico e l'atto amministrativo (e, in particolare, il provvedimento amministrativo, atto di norma conclusivo della serie procedimentale): esso, sottolineato a chiare lettere da M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. § 7 («ogni azione dell'amministrazione riduce la libertà dei singoli, e non per una presenza naturale, qual è quella che si ha nella comune convivenza umana, ma per un potere, di cui l'amministrazione è in possesso per via di una creazione del mondo giuridico»), è oggi un dato pacificamente ammesso (v. tra tutti R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 12). Sul provvedimento, tra tanti, v. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., *passim*; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 ss.; E. CASSETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1996, §§ 1 ss. Nella Parte Prima mi ero ripromesso, però, di tornare su un punto: ovvero, quale sia l'esatta natura dei poteri organizzativi e se di fronte a essi sussistano interessi legittimi. Palesemente la questione non è qui quella che si pone per l'art. 2377 c.c., ove vi è una compressione diretta – o, comunque, meno indiretta – della sfera dei soci. Nelle nostre ipotesi – una p.a. che decide, ad esempio, di spostare la sua sede, o di ridurre il suo personale – non sempre vi è questo rapporto immediato. Di sicuro, però, sono impugnabili gli atti presupposti rispetto agli atti adottati dalla p.a. nella sua veste di datore di lavoro 'privato' (ove vi potrebbe essere, entro certi limiti, una concorrenza tra azioni diverse e tra giurisdizioni differenti: v., volendo, il mio *La concorrenza*, cit., p. 1087, nt. 119, anche per riferimenti bibliografici, e cfr. soprattutto l'art. 63, d.lgs. 165/2001). Ciò detto, resta arduo comprendere se anche in questi casi si tratti di 'potestà pubbliche': sembrerebbe preferibile ritenere che così sia, nonostante ciò allontani il parallelo tra la potestà e il diritto potestativo (che abbisogna sempre di un destinatario). Altrettanto difficile resta comprendere se tali provvedimenti siano impugnabili solo dai soggetti che ne sono lesi, seppur tramite la mediazione di un altro atto (come il lavoratore, tipicamente), oppure anche qualsiasi terzo. La dottrina sul punto non è decisa: ad esempio, secondo B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, p. 689, il potere amministrativo «agisce non soltanto nella sfera giuridica del suo titolare (l'amministrazione), ma anche nella sfera giuridica altrui, pur ammettendosi che tra i «poteri spettanti alle pubbliche amministrazioni» vi siano «quelli relativi alla propria organizzazione» (p. 683; lo stesso autore precisa che «i poteri che agiscono anche nella sfera giuridica altrui sono spesso definiti diritti potestativi», con espressione che non ha fatto breccia nel diritto pubblico, ove si preferisce semmai il termine «potestà, ... a volte come sinonimo di potere, altre volte per indicare i poteri il cui titolare sia investito di una autorità, o quelli incidenti su persone determinate, o ancora quelli volti alla cura di un interesse alieno»: p. 690 s.). Dal canto suo, E. CASSETTA, *Manuale*⁹, cit., p. 318 ss., non cita i poteri organizzatori tra quelli della p.a. Di recente è intervenuta sul tema F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1005 e 1008; e altrettanto recente è la decisione del Consiglio di Stato (Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10), in cui il Supremo Consesso ammetteva certi ordini professionali all'impugnazione di atti interni di organizzazione (costituzione di una società), ritenendoli dotati di un interesse legittimo (v. di nuovo il mio *La concorrenza*, cit., 1025 ss.). In conclusione, può formularsi questa sintesi: l'interesse legittimo sorge a prescindere dalla destinatarietà diretta del provvedimento (lo evidenzia anche la situazione dei controinteressati), e a prescindere dal fatto stesso che il provvedimento non abbia un destinatario. Ciò non toglie che, più ci si allontani dalle ipotesi tipiche (di interferenza diretta su sfere giuridiche altrui), più risulterà necessario procedere con cautela nell'identificazione dei requisiti di differenziazione e qualificazione. In ultimo, giova avvertire che un potere amministrativo vi è (anche alla luce della definizione ampia di 'potere', su cui v. § 3, Capitolo secondo, Parte Prima) anche nel caso di meri atti amministrativi (non provvedimentali), i quali per solito sono ritenuti non impugnabili (perché non lesivi; ma che dire del ritardo della p.a. nell'attribuire una certificazione?). Al riguardo spenderò alcune parole parlando della discrezionalità amministrativa e

pubblicistico⁸¹⁵ (per il momento diremo: discrezionale), indipendentemente dal fatto che il provvedimento finale risulti annullabile o addirittura nullo⁸¹⁶.

dell'impugnabilità dei provvedimenti vincolati (giacché normalmente tali sono quegli atti che più facilmente toccano un privato, come le certificazioni) nel § 1 del Capitolo terzo.

⁸¹⁵ Una p.a., che ad esempio può esercitare un diritto di recesso da un contratto di diritto privato (un licenziamento), non vede (necessariamente) la controparte tutelata da un interesse legittimo pubblicistico. Altra questione attiene al chiedersi se il negozio privato debba essere anticipato da un procedimento pubblico, con cui se ne delibera il perfezionamento: il che in materia di lavoro è sicuramente escluso dalla privatizzazione del rapporto, e normalmente non è richiesto nemmeno nella vigenza di contratti d'appalto – su cui v. in particolare l'art. 134, d.lgs. 163/2006, e la decisione Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14 –; ma verrebbe da chiedersi se allora colui che è dotato di interesse legittimo [privatistico] possa ritenerlo leso anche quando la p.a. eserciti il recesso in modo difforme dall'interesse pubblicistico, così facendo rientrare nel sindacato di buona fede, seppur solo in parte, la funzionalizzazione. Il che concreta un fenomeno molto interessante di adattamento di forme e di contenuto: se nell'interesse legittimo pubblicistico la buona fede (lo vedremo a breve) richiama la normativa pubblicistica per la tutela del privato, qui la buona fede richiamerebbe il solo vincolo di scopo che sovrintende a tutta l'attività amministrativa, facendo ritenere scorretta la condotta che manifestamente non realizza la finalità pubblica generale (ché qui ne mancherebbe, di norma, una specifica). Ciò risulta ammissibile a un patto: supporre che il vincolo generale di funzione viga per la p.a. anche nelle attività del tutto privatizzate (mi pare che quest'idea faccia propria G. SIGISMONDI, *Eccesso*, cit., *passim*, per il tramite del rinvio alle clausole generali privatistiche e alla nullità per assenza di causa o per motivo illecito: quanto a queste ultime, però, debbo dire che la causa attiene a un piano diverso, e il motivo illecito è tale in senso generale, e difficilmente con solo riferimento alla posizione in cui si trova una parte, che piuttosto darebbe vita a una nullità virtuale). Probabile è però, al contrario, che la privatizzazione totale intenda comunque lasciare alla p.a. quei margini di autonomia e duttilità che precludono una riemersione della 'funzione' e della 'potestà pubblica'; le stesse riemergerebbero, allora, solo nell'ambito della responsabilità amministrativa dei funzionari (o penale, o disciplinare), divenendo una 'questione interna all'amministrazione' (con moto esattamente opposto a quello che ha fatto nascere l'interesse legittimo pubblicistico, in cui il vincolo di funzione si traduceva in protezione indiretta e occasionale di taluni interessi). Ammetto di non avere una risposta su questo punto, ma credo che la linea di tendenza possa offrire basi per una soluzione che, in fin dei conti, verrà rimessa all'apprezzamento delle istanze di funzionalizzazione da un lato, e di flessibilità (che i mercati richiedono) dall'altro (cfr. a tal riguardo A. PIOGGIA, *Il giudice*, cit., p. 223 – e pure dopo, p. 227 ss. e 247 ss. e 255 ss. –). La questione, della distinzione tra poteri privati e pubblici, necessita però anche altre precisazioni. La migliore dottrina amministrativistica ha da tempo notato come non si possa far dipendere la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi dall'interesse (pubblico o privato) che le norme stesse tutelano in via primaria (E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 123 ss.; D. SORACE, *Il metodo di Enzo Capaccioli e la questione della risarcibilità dei danni per lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 2009, § 1; A. TRAVI, *Lezioni*⁹, cit., p. 56 s.). Del resto, tale criterio sarebbe oltremodo incerto: e, comunque, non è questa la base su cui svolgere la distinzione predetta. Ciò è senza dubbio vero: ma non esclude che proprio dalla natura delle norme – di diritto privato o pubblico – e di conseguenza la natura delle finalità primariamente perseguite (interesse pubblico o interesse di un privato) consenta di comprendere se si sia di fronte a un interesse legittimo privato o pubblico. Valga, di nuovo, l'esempio con cui ho iniziato questa nota; v. inoltre R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 12, secondo cui il «potere dell'amministrazione ... risulta assai simile al potere dei privati dal punto di vista strutturale, tuttavia se ne differenzia profondamente in quanto rileva come funzione, come strumento di soddisfacimento dell'interesse pubblico»; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, p. 9, il quale ammette, pur nelle inevitabili differenze, una «trattazione unitaria» dei poteri di diritto privato e delle potestà pubbliche; A. CERRI, voce *Potere*, cit., p. 5; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., p. 641, che indugia sul fatto che i «poteri unilaterali esistono in ogni campo del diritto pubblico e del diritto privato», ma che, «quando di simili poteri sono titolari le pubbliche amministrazioni, per lo svolgimento di funzioni amministrative, essi sono soggetti a un particolare regime, che mira sia ad assicurare l'efficace perseguimento degli interessi pubblici, sia a tutelare gli interessi di coloro che dal loro esercizio possano

Esso nasce non in virtù di un contatto tra il privato e la p.a., ma già *ex lege*⁸¹⁷: il privato dispone dell'interesse legittimo in tanto in quanto la p.a. dispone del potere⁸¹⁸.

ricevere un danno o un beneficio»; lo stesso autore, più avanti (p. 648 s.), sostiene però che i poteri amministrativi non differiscono da quelli privati, e che nemmeno per distinguerli si può far riferimento alla «distinzione tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato», che non esisterebbe. Gli esempi che lo studioso cita, però, non convincono (tra l'art. 844 c.c. e la disciplina contenuta nel piano regolatore c'è, ed eccome, una differenza di natura, di finalità e di tipologia di interessi regolati); e non persuade nemmeno l'esito cui giunge, ossia l'indistinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato (p. 654 s.), che lascerebbe residuare una differenza solo con riferimento alla disciplina particolare dell'esercizio di taluni poteri (il che contraddice l'esito cui giunge l'autore: come distinguere ciò che si vorrebbe proprio amalgamare?). D'altro canto, il potere pubblicistico, per quanto ascrivibile in un certo senso al gruppo dei poteri generalmente intesi (si vogliano o meno chiamare, a seconda dei casi, diritti potestativi), si esercita per il tramite di un provvedimento che non coincide con il negozio di esercizio di un potere privatistico: a parte la disciplina dei suoi vizi (spicca, come dirò oltre, la nullità – e non l'inefficacia – per carenza del potere), basti considerare che è un provvedimento anche quello che rifiuta l'attribuzione di un bene della vita (atto di diniego), e non è solo l'indice del mancato esercizio di un potere (come sarebbe nel diritto privato; lo stesso, poi, vale anche nel caso in cui la p.a. concluda in senso favorevole al privato titolare di un interesse oppositivo un procedimento ablatorio o sanzionatorio e così via). Su questo punto, che deve probabilmente giustificarsi alla luce del carattere di potere-dovere della potestà pubblicistica e comunque in virtù della specifica elaborazione pubblicistica della teoria del procedimento e del provvedimento, non posso intrattenermi; rinvio però alla lettura di F. LEDDA, *Il rifiuto*, cit., p. 105 ss. (per il quale, «non diversamente dal provvedimento positivo, il formale rifiuto importa necessariamente il definitivo superamento del dovere [d'ufficio], considerato in tutte le specificazioni che logicamente e cronologicamente lo precedono: e ciò anche se, in concreto, alcuno dei comportamenti che ne costituivano il contenuto sia stato omissivo, o risulti non conforme alla descrizione della norma»), e di G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, p. 167 s. (secondo cui «le ragioni dell'ammissibilità [e della necessità] dell'annullamento dell'atto negativo devono rinvenirsi ... nella circostanza che quest'atto, in quanto autoritativo ed imperativo, ha prodotto comunque l'estinzione della pretesa insita nell'interesse legittimo dinamico»: il che, però, mi sembra essere più un riflesso, che una ragione del fenomeno in parola).

⁸¹⁶ La contraria, e tradizionale, opinione secondo cui dinnanzi a un provvedimento nullo sussistono diritti, e non interessi legittimi (salvo il caso di quelli pretensivi), non coglie a mio avviso del tutto nel segno: infatti, l'invalidità assoluta di un atto è un *ex post*, che non può essere previsto nel momento in cui il privato si oppone a una futura attività della p.a. Diversamente si dovrà ragionare nel caso in cui la p.a. apra un procedimento pur in carenza assoluta di potere: qui, mancando da sempre il potere, potrebbe ritenersi inesistente anche l'interesse legittimo (prescindo qua da altri elementi che sarebbero nondimeno interessanti, come la sanzione di nullità del provvedimento emesso in carenza di potere, quando il diritto comune prescrive invece – forse perché non si tratta di un ente latamente riferibile a una stessa parte, l'amministrazione – l'inefficacia del negozio di esercizio del diritto potestativo; *contra*, però, F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-G. MONTEDORO, *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Milano, 2006, p. 134, nt. 1, secondo cui la nullità sarebbe prevista dall'art. 21-*septies*, l. 241/1990, per incompetenza assoluta, e non per carenza in astratto del potere, che produrrebbe invece inesistenza dell'atto amministrativo). D'altronde, in questi casi il privato può tutelarsi facendo valere semplicemente i suoi diritti (ove sussistano). Alternativamente si dovrebbe ritenere che la p.a., allorché si asserisca dotata di un potere e apra un procedimento, si trovi in una situazione simile rispetto a chi si pretende creditore e invita il debitore ad adempiere; nascerebbe in capo al privato (anche) un interesse legittimo, da far valere alternativamente rispetto agli altri suoi diritti specificamente individuati (che manterrebbero la loro tutelabilità, mancando di fatto un potere dell'amministrazione). Tornerò a breve sul tema del provvedimento nullo.

⁸¹⁷ In generale, sull'interesse legittimo pubblicistico, cfr. G. GRECO, *Il rapporto*, cit., p. 597, testo e nt. 31.

Tutt'al più potrà ritenersi che il potere debba minimamente individualizzarsi e rivolgersi verso una certa direzione, affinché l'interesse esca da una zona d'ombra (e di indifferenziazione giuridica) e si materializzi in una vera e propria posizione giuridica⁸¹⁹, divenendo interesse legittimo.

Di esso, inoltre, sarà titolare colui che di fronte all'esercizio del potere si trova in una situazione di differenziazione e qualificazione. Tramite questi due requisiti viene evidenziata la peculiare ricaduta su certi soggetti dell'esercizio di determinati poteri. Non basta, infatti, che tali soggetti siano toccati dall'atto di esercizio del potere; è necessario pure che ciò avvenga in relazione a interessi, di cui sono portatori, tenuti in particolare considerazione dall'ordinamento.

Per meglio dire, all'ordinamento preme di verificare se un soggetto si trovi in una situazione, rispetto al potere pubblico, differente rispetto a quella di ogni altro soggetto; e se questa differenza sia tale per profili giuridicamente rilevanti, i quali si traducono nell'essere, il soggetto in questione, titolare di certi peculiari interessi, che il sistema giuridico normalmente mostra di voler proteggere⁸²⁰.

⁸¹⁸ Questo sarà ben più interessante da ripetere a proposito dell'interesse legittimo pretensivo, che in virtù di questo si dimostrerà idoneo a tutelare un interesse positivo (e non solo negativo).

⁸¹⁹ Mi si potrebbe, altrimenti, replicare che non possono esistere rapporti giuridici infiniti e indeterminati tra tutti i consociati: la critica, insomma, che è stata mossa ad Allara quanto al diritto di proprietà, e di cui a suo tempo ho già parlato.

⁸²⁰ Cfr. A. TRAVI, *Lezioni*⁹, cit., p. 65 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*¹⁵, 1, cit., p. 109 s.; R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo. (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 408 ss., spec. p. 416 s.; più complessa l'elencazione di P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2³, cit., p. 184 ss. Ciò non vuol dire che gli interessi, di cui parlo nel testo, si tramutano in interessi legittimi, né che gli interessi legittimi proteggono solo questi interessi (la conservazione o l'acquisizione dei beni della vita cui i medesimi si riferiscono); gli interessi in questione fungono, infatti, da presupposto di qualificazione, e null'altro (cfr. L. MAZZAROLI, *Ragioni*, cit., p. 1809 ss.). Tutto ciò, del resto, è parallelo a quanto avviene in tutti gli ambiti toccati da interessi legittimi: sempre si tratterà, come ho detto altrove, di differenziazione e qualificazione (del debitore rispetto al creditore, di chi versa in soggezione rispetto a chi dispone di un potere, e così via); e anzi la disciplina pubblicistica, in questo, costituisce modello da cui trarre per analogia (v. subito nel testo). Quanto al diritto amministrativo, non prova in senso contrario il fatto che talvolta si possa agire contro determinazioni organizzative di un ente (v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., p. 1007 ss.): quando ciò avviene, infatti, accade sempre che il titolare dell'interesse legittimo sia tale in virtù dell'aspirazione a un certo bene finale che l'atto della p.a. può ledere o non assegnare. Il fatto è che non sempre la lesione o l'attribuzione del bene sono effetti diretti del provvedimento, nel senso che sono abbracciati dall'efficacia giuridica immediata del provvedimento (come avviene, invece, in caso di poteri sanzionatori e soggetto che subisce la sanzione o, al contrario, in caso di poteri concessori e soggetto che ottiene la concessione). Così, in particolare, nel caso deciso da Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10 (cui dedicavo alcune pagine nel mio *La concorrenza*, cit.), in cui degli ordini professionali impugnavano la deliberazione con cui una Università decideva di costituire (per semplicità: in realtà l'operazione era ben più complessa) una società che avrebbe potuto fare concorrenza ai suoi iscritti, e in quello concluso da Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2007, n. 2551, ove un'associazione di settore impugnava la nomina del Presidente dell'Autorità portuale. Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., p. 1009, le decisioni – in cui si affermava la legittimazione degli enti in parola a impugnare gli atti menzionati – si affrancano dal requisito della necessaria qualificazione dell'interesse legittimo, richiedendo in questi casi solo la differenziazione. A dire il vero, a me pare sussista sempre pure una qualificazione: nel primo caso, infatti, si tratta

Nel diritto amministrativo, si badi, ciò non vuol però dire che il soggetto protetto sia sempre e solo colui il quale vede il potere esprimersi tramite una modifica della sua sfera giuridica (ossia, non serve essere destinatari diretti dell'esercizio del potere). Nel diritto pubblico, stante l'aspettativa di tutti i *cives* verso la p.a., che si ispessisce facendo sorgere veri e propri affidamenti tutelati, è tutelata una pletera più ampia di soggetti: e, così, lo sarà pure colui che possiede il fondo vicino a quello per cui è chiesto il permesso di costruire, o colui che non vorrebbe vedere aperta una farmacia per cui è stata chiesta una autorizzazione vicino alla sua, e via dicendo. In questi casi non rileva tanto se il potere incide sulle sfere di questi soggetti – così, a rigore, non è; l'incisione è solo indiretta e comunque atecnica dal punto di vista giuridico⁸²¹. A dire il vero, lo stesso può accadere anche nell'ambito del diritto civile, ove si presentino situazioni analoghe: lo dirò a tempo debito.

L'interesse legittimo pubblicistico, tornando a questo, tutela il privato contro il comportamento amministrativo illecito, ossia lesivo della buona fede. Orbene, come noto si è diffusa l'idea – anche tra gli amministrativisti – che la buona fede colori taluni spazi del procedimento lasciati vuoti dal legislatore: ciò che sembrerebbe farne una norma residuale, o addirittura una clausola generale destinata a presiedere l'intero procedimento, che la legge talvolta specifica creando disposizioni particolari in merito al procedimento stesso, senza però mai disciplinarlo esaurientemente.

Questa visione non mi sembra appagante, perché lascia in ombra un dato essenziale: i vizi del provvedimento sono tali sempre in sé e per sé, mentre l'interesse legittimo sussiste in un rapporto tra la p.a. e il privato. Il legislatore ha provveduto a regolare procedimento e contenuto del provvedimento, fissando norme che, per la migliore tutela dell'interesse generale (e quindi per il miglior bilanciamento tra interessi

dell'interesse degli operatori del settore a non subire la concorrenza della società in mano pubblica (interesse su cui sorge quello legittimo oppositivo); nel secondo, in realtà, il discorso è un poco più complesso, giacché l'interesse sembrerebbe quello alla pura legittimità degli atti pubblici (si contestava, infatti, l'illegittimità in sé della nomina), ma in realtà esso va fatto coincidere con quello alla buona gestione del porto (interesse sicuramente di fatto, che tuttavia risulta differenziato e qualificato in capo all'associazione ricorrente). Su quest'ultimo punto, però, pesa la vicinanza con il difficile tema degli interessi diffusi (e collettivi), entro cui non è il caso di addentrarsi (v. di recente C. CUDIA, voce *Interessi diffusi e collettivi* [*dir. amm.*], in *Treccani-Diritto on line*). Importante, comunque, è avere ben presente che non solo i destinatari diretti del provvedimento sono titolari di interessi legittimi: lo possono essere, infatti, anche soggetti la cui sfera giuridica non subisce gli effetti giuridici (chi aspira a che la p.a. sanzioni un abuso edilizio non vede la sua sfera giuridica direttamente modificata dalla sanzione; cfr. G. GRECO, *Il rapporto*, cit., p. 591, testo e nt. 18). Da un altro punto di vista, concordo pienamente con la prospettiva che vuole l'interesse legittimo nascente, di norma, «sin dall'avvio del procedimento» (da ultimo G. GRECO, *Il rapporto*, cit., p. 590; non condivido però le limitazioni di cui a p. 593, che discendono dalla definizione che l'autore dà dell'interesse legittimo): l'interesse legittimo sorge non con il provvedimento o comunque con la sua lesione, ma sin dal momento in cui la p.a. apre il procedimento (o in cui perviene l'istanza privata volta a far aprire il procedimento, o la notizia in base alla quale dovrebbe d'ufficio essere aperto), che è l'istante a partire dal quale il privato si trova di fronte alla potestà pubblica.

⁸²¹ Ciò conferma, di nuovo, l'osservazione secondo cui risultano impugnabili atti compiuti nell'esercizio di poteri organizzativi.

pubblici primari e interessi secondari), impongono di coinvolgere anche il privato⁸²²; ma quest'ultimo non è mai protetto dalle medesime in via automatica e diretta.

Piuttosto, l'interesse legittimo, come affidamento nella correttezza altrui, permette al singolo soggetto di contare sul fatto che la p.a. nella sua azione rispetti le norme di legge che ne procedimentalizzano l'attività e fissano gli elementi dei suoi atti. In altri termini, la buona fede funziona, in questo caso, da clausola di rinvio e di attrazione nei confronti di altre norme di legge: le quali, lungi dallo specificarla, si pongono su un piano diverso, regolando le modalità di perseguimento dell'interesse pubblico inteso nel senso più lato⁸²³. Si potrebbe dire, in questo senso, che, mentre le norme di diritto privato regolano interessi privati e, per il loro tramite, talvolta perseguono la realizzazione di finalità più generali (così, ad esempio, le norme sul consumatore), le norme di diritto pubblico attengono all'interesse pubblico (della generalità dei *cives*⁸²⁴): ma, nel riferirsi a quest'ultimo, finiscono anche per avere delle ricadute su interessi privati (quelli, appunto, del singolo soggetto al potere della p.a.). In altre parole: le norme di diritto privato regolano interessi privati; quelle di diritto pubblico interessi pubblici. Tuttavia, nel farlo, le prime talvolta perseguono pure

⁸²² Così da permettere la completa acquisizione al procedimento degli interessi rilevanti (su cui cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 101).

⁸²³ Potrebbe obiettarsi che la lesione dell'interesse legittimo è tale, quando è 'concreta e attuale' (da ultimo v. Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2014, n. 2998, che tra l'altro esclude possa esservi acquiescenza all'atto amministrativo prima della sua adozione): il che non può verificarsi prima dell'emanazione del provvedimento. A mio avviso, la buona fede richiama tutte le norme del procedimento; essa viene lesa ogni qual volta la p.a. non rispetta codeste norme, ma tale lesione resta puramente potenziale, potendo anche non tradursi nell'emanazione di un provvedimento sfavorevole. Si badi: quello che resta potenziale è proprio la lesione (intesa come danno evento), e non il danno conseguenza, ossia il detrimento patrimoniale (o personale). Lo stesso, d'altro canto, avviene pure nel diritto privato e nell'ambito di attività non procedimentalizzate: basti pensare al caso di una trattativa maliziosa, che una parte inizia soltanto per far perdere tempo all'altra pur essendo certa di non concludere il contratto, nell'ambito della quale proprio questa parte muta intendimento e finisce per concludere il contratto (mancherà, allora, proprio la lesione).

⁸²⁴ Inteso, si badi, nel significato più ampio, e quindi a valle del bilanciamento tra singoli interessi pubblici, interessi collettivi, e interessi privati. Questa mia espressione potrebbe avvicinarsi a quella, fatta propria dalla dottrina amministrativistica, di «interesse pubblico in concreto»: ossia quell'interesse, definito «*a posteriori*, ... individuato dalle amministrazioni dopo aver confrontato e valutato diversi interessi, pubblici e privati, rilevanti nel caso di specie, conformandosi alle indicazioni concernenti l'interesse pubblico primario nonché gli altri principi e regole giuridiche» (così D. SORACE, *Diritto*⁶, cit., p. 27; già in tal senso E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse*, cit., p. 6 s., ma v. pure p. 8 s. per ulteriori annotazioni molto rilevanti per il mio discorso). In un'ottica più generale, va notato che l'interesse pubblico è tale non già geneticamente, ma perché è «stato incorporato in una norma»: quest'interesse pubblico in senso stretto, che così assume rilievo giuridico, viene rappresentato in astratto, ma dev'essere perseguito in concreto (e dunque nel rapporto con tutti gli altri interessi, giacché solo i rapporti reciproci permettono di comprendere quale sia l'interesse pubblico in senso lato, alla cui realizzazione la p.a. deve mirare; il virgolettato è di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*⁴, Torino, 2008, p. 181; v. già E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, p. 26 s., che sul punto si rifà a F.P. PUGLIESE, *Proprietà e impresa: riflessioni sui procedimenti costitutivi dei beni minerari e del regime amministrativo dell'impresa*, Milano, 1972, p. 88 ss.). V. pure F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., p. 1006.

finalità pubblicistiche (basti considerare il riflesso in termini macro-economici della regolamentazione a protezione del consumatore⁸²⁵); le seconde, invece, finiscono anche per tutelare i privati che entrano in contatto con i soggetti pubblici⁸²⁶.

L'interesse legittimo – procedendo nell'analisi – può essere anche leso o, meglio, pregiudicato anche in altro modo: mi riferisco al caso di un provvedimento sfavorevole illegittimo⁸²⁷, in cui potrebbe anche non concretarsi alcuna condotta scorretta (e

⁸²⁵ Che prende spunto dall'interesse del singolo consumatore per migliorare l'efficienza del mercato (ad esempio, dal punto di vista della concorrenza). Cfr. A. ZOPPINI, *Diritto privato*, cit., p. 524; A. DI MAJO, *Giustizia*, cit., p. 800. Più in generale v. P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 415 ss.

⁸²⁶ Nella prospettiva di A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 152, il diritto pubblico protegge interessi pubblici ma, indirettamente, anche privati. E ciò, si badi, non solo a livello di procedimento, ove l'interesse pubblico concreto appare dalla considerazione anche degli interessi privati, ma pure nell'ambito del processo, ove la tutela dell'interesse legittimo contribuisce a perfezionare l'azione amministrativa. V., inoltre, E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie*, cit., p. 79, secondo cui il senso del contributo che il privato dà nel procedimento è «quello della funzionalizzazione dell'interesse privato alla più esatta determinazione dell'interesse pubblico». In ultimo, cfr. A. ROMANO TASSONE, *I problemi*, cit. p. 66 ss., il quale distingue «tre versioni del concetto di 'interesse pubblico': come interesse dell'ordinamento al rispetto del *corpus* normativo nel suo complesso; come interesse al corretto esercizio della funzione amministrativa; come interesse personale dell'amministrazione-apparato»; il privato, a sua volta, potrebbe opporsi a quest'ultimo interesse (dell'amministrazione-apparato) «proprio e soltanto in vista del perseguimento del più generale interesse al corretto esercizio della funzione amministrativa, rispetto al quale l'interesse legittimo non pare potersi svolgere in senso contrario» (dello stesso autore v. anche la voce *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., *passim*, ove si riprende l'idea della «funzionalizzazione dell'interesse privato all'interesse pubblico»). L'idea che vado coltivando non è – si badi – quella dell'incidenza del diritto pubblico nei settori economici, e specialmente di un diritto pubblico 'leggero', meramente regolatorio, che si esprime soprattutto (ma non solo) tramite l'attività delle Agenzie regolatrici (cfr. C. CONSOLO, *Piccolo discorso*, cit., p. 641; in generale, v. AA. VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006; v., pure, nell'ottica delle interferenze tra diritto privato e diritto pubblico, M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 607 ss.). La mia idea vorrebbe essere più generale: tutto il diritto amministrativo, facendo sorgere interessi legittimi, provoca ricadute sui privati, ammettendo la tutela di questi ultimi (che è pur sempre *tutela di privati*, per quanto contro un'amministrazione).

⁸²⁷ In altri termini, il provvedimento può concretare sia una lesione dell'interesse legittimo che dà adito a una responsabilità risarcitoria, configurandosi allora immancabilmente come condotta cui consegue un danno ingiusto (pur inteso secondo una disciplina analoga a quella dell'obbligazione, poiché si versa in un rapporto giuridico), sia un pregiudizio dell'interesse stesso, nel qual caso potrebbe anche non esservi alcuna lesione dell'interesse legittimo (e in questo caso al potere di annullamento non si accompagnerebbe alcun diritto al risarcimento). Il duplice piano di rilevanza dell'attività provvedimento è, a mio avviso, del tutto giustificato: essa è, come esercizio di un potere, anzitutto attività (e come tale viene in luce per la responsabilità risarcitoria); tuttavia, è anche provvedimento (e come atto viene all'attenzione per quanto riguarda il potere di annullamento, conferito nei casi previsti dalla legge). Tale duplicità, d'altro canto, è implicita nelle disposizioni che consentono di risarcire l'interesse legittimo nel caso di «danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria» (art. 30, comma 2, cod. proc. amm.: ove, ripeto, il concetto di danno ingiusto non deve richiamare l'art. 2043 c.c., ma l'osservazione per cui la lesione della posizione corrispettiva, in un rapporto – come in quello obbligatorio, del resto –, è sempre foriera di una 'ingiustizia'); essa, inoltre, era già sottesa alle parole di R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*,

dunque l'ipotesi sarebbe quella di un'azione corretta o comunque non fonte di responsabilità risarcitoria, e di un provvedimento però illegittimo). In questi casi il legislatore permette al privato di chiedere l'annullamento dell'atto: non semplicemente legittimandolo a un'azione⁸²⁸, ma attribuendogli un vero e proprio diritto potestativo di

Milano, 1965, p. 320 s. V. anche le parole di F. SATTA, voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, § 5: «ingiustizia (del danno), insomma, illiceità (della condotta) ed illegittimità (dell'atto) sono qualificazioni che si svolgono su piani diversi, e, pur riguardando la stessa fattispecie, sembrano avere un punto necessario di intersezione, che individui una sorta di linea unitaria, comune dunque ai tre elementi che costituiscono la fattispecie dell'illecito»; e pure quelle di C. VARRONE, *La sentenza*, cit., § 5: «l'atto o provvedimento dell'amministrazione ai fini risarcitori rileva *sub specie* di semplice comportamento (colposo), vale a dire come comportamento produttivo di danni, tanto è vero che anche l'atto legittimo, al pari della mancanza dell'atto, possono provocare le medesime conseguenze dannose se, ad esempio, si riscontra un colpevole ritardo nella sua emanazione».

⁸²⁸ Non voglio dunque tornare all'idea di una giurisdizione oggettiva o di una mera legittimazione del privato a impugnare il provvedimento o di una rilevanza meramente processualistica dell'interesse legittimo (così, inizialmente, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 655 – ma v. oggi ID., *La 'civiltà'», cit., p. 648 s. –; v. anche la critica, che ho già menzionato, di S. AGRIFOGLIO, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 1252; probabilmente per sottrarsi a questi esiti G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 7, sostiene che, ricondotto dalla sentenza 500/1999 il risarcimento del danno all'interesse al bene della vita e a un «nuovo diritto alla buona amministrazione», «l'interesse legittimo torna ad essere quello che si pensava un tempo, vale a dire l'interesse alla legittimità formale dell'attività amministrativa e all'annullamento dell'atto illegittimo»; egli, viceversa, è dotato di proprio potere, di chiedere l'annullamento del provvedimento, e non solo della legittimazione ad agire in giudizio esercitando un potere altrui o comunque che non gli compete. Il potere, invece, è del privato (seppur solo dal punto di vista del rimedio, e tra l'altro come *Gestaltungsklagerecht*). Non posso essere d'accordo nemmeno con C. CASTRONOVO, *La 'civiltà'», cit., p. 648 ss., secondo cui l'interesse legittimo «come interesse a un provvedimento legittimo [il che, come abbiamo visto, non è vero] si configura come una situazione soggettiva bifronte, che in quanto consente all'amministrazione di realizzare legittimamente la sua autarchia è di natura pubblica, e in quanto aspettativa tutelata di un provvedimento legittimo, alla violazione della quale specificamente si ancora la responsabilità della pubblica amministrazione, è di diritto privato». Così non è, giacché l'interesse legittimo è *interamente* di diritto pubblico (nei casi in esame). D'altro canto, l'autore stesso spiega la sua persuasione sostenendo che «la legittimità dell'atto è in pari tempo dovere che l'amministrazione ha nei confronti di se stessa e obbligo che le incombe nei confronti del cittadino». Ciò è vero (anche se, più che verso se stessa, il dovere è quello della p.a. verso la generalità: nonostante, così dicendo, sfumi la seconda parte del rapporto – che, però, come noto nel dovere manca –). Ma non è vero che per tale ragione l'interesse legittimo non abbia una sola natura: l'illegittimità dell'atto, a ben vedere, viola sì «il dovere dell'amministrazione di emanare atti legittimi, dovere la cui autonomia rispetto all'obbligazione [senza prestazione] è messa in luce dal potere-dovere di autotutela», ma questo non tocca minimamente l'interesse legittimo. Il dovere in parola della p.a. non attiene al piano con il privato; il privato, invece, può attaccare l'atto perché il pregiudizio che ne deriva alla sua posizione gli conferisce un rimedio (un autonomo potere di annullamento), che vi è solo nel caso in cui l'atto è illegittimo. Ma, per l'appunto, il cittadino non deve e non può interessarsi all'illegittimità sul piano generale; a lui basta conoscere *se e quando* è dotato di un rimedio specifico. A nulla vale, poi, osservare che la p.a. potrebbe ritirare l'atto, giacché questo non è di certo un rimedio (tant'è che si tratta di un procedimento di cui il privato non può chiedere l'attivazione). A. ROMANO, *Interesse legittimo*, cit., p. 162 s., invece, ha sostenuto l'idea per cui «la situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale protetta nell'ordinamento generale, nella quale si concreta l'interesse individuale emergente nel processo amministrativo, e anzi la titolarità di essa, pare svolgere in questo processo un altro ruolo: pare indicare, anzitutto, il soggetto che può chiedere l'annullamento del provvedimento che la lede»; in altri termini, «quella situazione soggettiva ... nel processo amministrativo sembra svolgere essenzialmente il ruolo di fattore legittimante la proposizione del ricorso» (v. poi in parte pure ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 670 s.: ma v.**

annullamento, il cui perimetro coincide però con quell'invalidità del provvedimento che esiste già in sé e per sé⁸²⁹.

Non è però detto che il vizio del provvedimento, che riguarda l'atto in cui il comportamento si è cristallizzato, comporti anche una scorrettezza della p.a.: ad esempio, nel caso in cui quest'ultima abbia assunto una scelta in base a documenti della cui falsità nessuno poteva avere contezza, mancherebbe quella causa imputabile necessaria per aversi responsabilità risarcitoria. In tal caso l'annullamento discende *ex lege* di fronte al mero pregiudizio degli interessi del privato, che sono toccati dal provvedimento (illegittimo).

Ma non è detto nemmeno il contrario⁸³⁰, ossia che tutte le scorrettezze rifluiscono in vizi del provvedimento⁸³¹. Nonostante sia questo il caso normale⁸³²,

pure p. 672 e 682 s., ove l'autore – se non erro – appare più vicino all'opinione che sostengo nel testo, e p. 677, dove invece modera la sua tesi – osservando come, «se gli interessi individuali sostanziali incisi negativamente dal provvedimento sono assurti a termini della sua legittimità, essi sempre meno possono rimanere confinati al ruolo di mero fattore di legittimazione alla sua impugnazione: sempre più anch'essi diventano pure termini altrettanto sostanziali dello stesso contenuto del giudizio che questo introduce» – , ma in senso diverso rispetto a quello della mia ricostruzione, che esclude, come meglio dirò, ogni protezione immediata dell'interesse privato per il tramite delle norme di azione: ma v., ancora e per l'appunto, le riflessioni svolte a p. 678).

⁸²⁹ Esattamente qui si formano, a mio avviso, molte delle incomprensioni che la materia in esame fa sorgere. In particolare, risulta qui evidente l'intreccio tra l'interesse del privato ad annullare e quello pubblico a caducare lo stesso atto, ove illegittimo; ciò corrisponde, d'altro canto, a quanto va notando la dottrina amministrativistica, secondo cui «la validità ... è ... un valore strumentale alla tutela di situazioni soggettive», senza che si possa escludere che, «in diritto pubblico, possano esserci congegni preordinati, e soggetti preposti, alla tutela oggettiva della validità (legalità, legittimità)» (così G. CORSO, voce *Validità [dir. amm.]*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, § 1; v. pure R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 388). Vi è poi un altro profilo da sottolineare: il giudizio di annullamento resta comunque un processo di parti. Non dimora in senso contrario la (normale) presenza nel giudizio di un soggetto controinteressato: ciò dipende dall'intreccio dei vari interessi legittimi che, pur restando situazioni giuridiche soggettive dei privati verso la p.a., comunemente si appuntano verso un solo provvedimento (verso una sola potestà pubblica, che di norma è già stata esercitata tramite un provvedimento: v. G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, p. 297 ss.) e, di conseguenza, concorrono tra loro. Non posso soffermarmi su questo tema, che aprirebbe scenari amplissimi e altrettanto complicati; rinvio, semplicemente, alla lettura di F. BENVENUTI, voce *Parti nel processo (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, § 3; F. BASSI, *Litisconsorzio necessario e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 174 s.; E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie*, cit., p. 115 ss.; oggi cfr. F. CANGELLI, *Le parti*, in *Giustizia amministrativa*⁴, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 219 ss.; rimando anche al mio *Posizioni giuridiche e tutele giurisdizionali dei partecipanti alle gare pubbliche*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013.

⁸³⁰ V. ancora C. VARRONE, *La sentenza*, cit., § 5: «non ogni illegittimità dà luogo ad illiceità, né ogni illiceità presuppone una accertata illegittimità».

⁸³¹ Non è nemmeno detto che qualsivoglia illegittimità del provvedimento possa essere fatta valere dal privato sfavorito dall'atto amministrativo. Può accadere, infatti, che la buona fede richiami (per volontà legislativa, che per l'appunto specifica e limita la clausola di correttezza) solo alcune delle norme sull'azione pubblica: così, ad esempio, avviene nel caso dell'art. 8, ultimo comma, l. 241/1990 (secondo cui «l'omissione di taluna delle comunicazioni prescritte [nel caso di avvio del procedimento] può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista»: ciò non vuol dire che le comunicazioni avvengano nell'interesse privato e non pubblico, ma che ciascun privato può far

anche perché il privato può lamentarsi della lesione della sua situazione giuridica solo allorché essa sia attuale e concreta, e dunque precipitata in un atto formale⁸³³, può ben accadere che la p.a. violi la buona fede pur senza emettere provvedimenti: ad esempio, ritardando la sua azione, e così ledendo l'affidamento e, con esso, l'interesse legittimo⁸³⁴.

E, d'altro canto, è anche possibile che uno stesso fatto rilevi tanto nell'ambito della fattispecie procedimentale – e, dunque, in prospettiva, rilevi con riguardo alla lesione dell'interesse legittimo a causa di un provvedimento illegittimo –, quanto autonomamente: si pensi al caso in cui la p.a. non comunica l'avvio di un procedimento, inducendo il privato a compiere investimenti inutili, o a quello in cui la p.a. stessa aggrava il procedimento imponendo la produzione di certificati altrettanto inutili, che costituiscono un costo per il privato. La cd. tutela degli interessi procedimentali è, dunque, interna all'interesse legittimo: tanto sul piano del bene della vita finale, quanto su quello della violazione di altri beni o interessi⁸³⁵ (ma ciò non vuol

valere solo una determinata illegittimità pubblicistica, anche semplicemente come scorrettezza; d'altronde, la stessa mancanza di comunicazione vale come illegittimità pubblicistica solo nei limiti dell'art. 21-*octies*, comma 2, parte seconda).

⁸³² Con conseguente concorso di rimedi caducatori e risarcitori, secondo le regole della pregiudizialità amministrativa 'attenuata' prevista ora dal codice del processo amministrativo. Non mi addentro, invece, a parlare dei ricorsi amministrativi, giacché le peculiarità di questo tema mi allontanerebbero troppo dalla traccia che intendo seguire; in ogni caso i risultati cui pervengo potranno estendersi a questi rimedi, che danno vita a procedimenti di secondo grado, volti a ottenere decisioni amministrative.

⁸³³ Il che è sensato: l'affidamento è in un'attività che si espleta tramite un potere, e dunque deve attendere un tale espletamento per potersi dire leso.

⁸³⁴ Il caso tipico, ovviamente, è quello dell'interesse pretensivo: ma non mi pare possa dirsi altrimenti con riferimento a quello protettivo (normalmente si tratterà di ritardo nell'adozione di un provvedimento favorevole, ossia che decida di non espropriare o sanzionare o comunque non sia di segno negativo; in questi casi non può ritenersi inammissibile una responsabilità della p.a. per violazione dei termini a provvedere, quanto meno nei casi in cui essa debba provvedere, ossia si applichi l'art. 2, comma 1, l. 241/1990 – il che avviene praticamente sempre, salvi i casi in cui «il procedimento [non] consegua obbligatoriamente ad un'istanza», né «debba essere iniziato d'ufficio»: per lo più nelle ipotesi in cui «il soggetto che sollecita l'esercizio del potere non abbia un interesse diretto al provvedimento che dovrebbe costituire l'esito», ad esempio cioè ove egli «chieda l'annullamento d'ufficio o la revoca di un provvedimento preesistente»: G. CORSO, *Manuale*^A, cit., p. 201 –). Il ritardo, a mio avviso, deve considerarsi risarcibile come lesione dell'interesse legittimo, poi, anche in caso di provvedimento nullo, salvi solo i casi di potere del tutto inesistente (e forse pure di assoluta carenza di potere). Nel caso di interesse protettivo non credo risulti risarcibile, però, il danno da ritardo mero (e difatti il recente comma 1-*bis* dell'art. 2-*bis*, l. 241/1990, parla soltanto di «inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte»), difettando del resto un vero e proprio danno (ché, anzi, il ritardo favorisce il privato).

⁸³⁵ Cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile*, cit., p. 27 (ma, quanto alle p. ss., non sarei d'accordo sulla rigida distinzione tra piano della correttezza e piano della legittimità; o, meglio, essa esista, ma non toglie che la stessa illegittimità procedimentale possa figurare tanto come lesione *hic et nunc* dell'interesse legittimo, come nell'esempio fatto nel testo, quanto come lesione del nucleo dell'interesse legittimo, che diverrà attuale e concreta con il provvedimento). Solitamente, però, le lesioni interne al procedimento non possono essere fatte valere di per sé (e anche quella di cui al testo

dire che possa essere dilatata oltre misura, sino a coprire quello che è in realtà il centro della tutela, ossia l'affidamento nell'esercizio favorevole del potere).

Potremmo chiederci, allora, in quali altri casi sia risarcibile l'interesse legittimo per lesioni per così dire non provvedimentali⁸³⁶. In realtà, la soluzione dipende

assumerò rilievo solo dopo l'emanazione del provvedimento sfavorevole). Ad esempio, la mancata convocazione in un procedimento che prevede quest'onere per la p.a. non lede alcun interesse, e sarà semmai il provvedimento illegittimo a ledere l'interesse legittimo. Questo perché la mancata convocazione rileva solo sul piano del bene finale, e così pure la regola di buona fede lesa sarà quella che impone alla p.a. di comprimere gli interessi del privato solo a seguito di provvedimenti legittimi.

⁸³⁶ Quanto ai dati positivi, l'art. 30, cod. proc. amm., al comma secondo parla di danno da «illegittimo esercizio dell'attività amministrativa» (si noti, non 'illecito', ma 'illegittimo'; e 'attività', non 'condotta') o da «mancato esercizio di quella obbligatoria» (direi pure da 'ritardato esercizio' di qualsiasi attività amministrativa). Il comma terzo, però, si riferisce a un danno che non si produce con il (contestualmente al) provvedimento: il che dà la stura proprio per sostituire – o, meglio, accompagnare – all'attributo 'illegittimo' quello di 'illecito', a volerlo interpretare nel senso che possa sussistere un'attività amministrativa, fonte di lesione di interessi legittimi, che non si cristallizza in un provvedimento, ma che nemmeno si identifica con quella che non rispetta il termine per provvedere (ipotesi disciplinata dal comma quarto). L'espressione 'attività', allora, si giustificerebbe non tanto per limitare il riferimento alla condotta a quella che più strettamente costituisce esercizio del potere, ma, più genericamente, per evidenziare la necessaria connessione tra la lesione risarcibile e la posizione di potere della p.a. (nel senso che i danni risarcibili sarebbero quelli arrecati dalla p.a. nella sua veste di soggetto dotato di potere, anche se al di fuori dell'esercizio dello stesso strettamente inteso; e in quest'ottica il riferimento all'"attività", come insieme di atti connessi funzionalmente, avrebbe un suo significato, stante il necessario collegamento che ho individuato; v., d'altro canto, G. ZANOBINI, voce *Amministrazione pubblica [nozione e caratteri generali]*, in *Enc. dir.*, II, 1958, § 4, per la definizione della pubblica amministrazione come «l'attività pratica che lo Stato dispiega per curare, in modo immediato, gli interessi pubblici che sono naturalmente nei suoi fini, o che egli volontariamente assume come tali», e pure M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, § 1, secondo cui «con attività amministrativa si indica ... categoria dell'agire di un operatore giuridico, che si qualifica per il solo fatto di avere per contenuto l'amministrare»). Nell'art. 7, comma quarto, dello stesso codice (sull'art. 7 cfr. tra i tanti M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, p. 141 ss., spec. poi p. 157 ss.) si parla invece di «controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma», per assegnarle alla giurisdizione di legittimità. Il mancato riferimento a 'fatti' o 'comportamenti' non è insuperabile, giacché il 'comprese' potrebbe riferirsi a un'elencazione che aggiunge qualcosa all'insieme precedente, anziché specificarlo (e, tra le controversie relative al risarcimento del danno rientrerebbero quelle da 'attività' – nel senso lato prima visto – 'illegittima', in quanto lesiva di un interesse legittimo, in senso lato). Tutto questo, però, forse impone di intendere il termine 'legittimità' (che specifica 'giurisdizione') come affrancato dalle ipotesi di certi vizi del provvedimento (i quali, tra l'altro, non sussistono mai in caso di ritardo) e connesso invece all'avvenuta lesione (provvedimentale o meno) di un interesse legittimo (illegittimità, dunque, come lesione – o anche solo pregiudizio con effetti solo caducatori – di un interesse legittimo). Si tratterebbe di una nuova definizione convenzionale del termine in esame, su cui non posso soffermarmi: se non per affermare che così si compirebbe l'ultima tappa di quel percorso che ha portato dalla creazione degli interessi legittimi, come interessi occasionalmente protetti tramite cui il privato poteva opporsi all'illegittimità degli atti amministrativi, alla loro qualificazione come posizioni giuridiche sostanziali, in cui il riferimento alla legittimità non è più il riflesso della protezione dell'interesse pubblico, ma è il nucleo stesso della nuova situazione giuridica, della conformità a correttezza del comportamento altrui e della non caducabilità del provvedimento eventualmente emesso (mentre il collegamento con l'interesse pubblico è assicurato dal rinvio della buona fede alle norme di azione, e, d'altro canto, permane una illegittimità del provvedimento che non coincide con la tutela dell'interesse privato, e che però è proprio

strettamente dal concetto di ‘attività nell’esercizio di un potere’ che si predilige: ove si punti l’accento sul potere, essa si restringe fino a considerare solo l’esercizio (ossia il provvedimento) o il mancato esercizio dello stesso (il mancato provvedimento); ove, viceversa, si concentri l’attenzione sull’attività (in senso lato) in sé considerata, essa si allarga sino a tutte quelle condotte prodromiche e causalmente o solo occasionalmente connesse⁸³⁷, oltre a quelle che costituiscono esercizio (pur illegittimo) del potere⁸³⁸.

per questa ragione non viene di norma conosciuta dal g.a., ma solo da organi di controllo o dalla p.a. che ha emanato l’atto in sede di autotutela; riassuntivamente, sul concetto nei tempi cangiante di giurisdizione di legittimità v. G. GIOVANNINI-R. CAPONIGRO, sub *art. 7*, in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2011, p. 96 s.; sulla ‘legittimità’ imprescindibile resta il riferimento a M.S. GIANNINI, voce *Illegittimità*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, § 1, e a F. LEVI, voce *Legittimità*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, spec. § 10; v. pure, emblematicamente, E. CASSETTA, *Manuale*³, cit., p. 303, che la collega a «una dimensione strumentale ed oggettiva». Basti, per concludere, sottolineare che, intendendosi nel senso tradizionale (e proprio per la forza della tradizione) la formula ‘giurisdizione di legittimità’, non possono comunque non comprendersi in essa tutte le controversie relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, esattamente come vado chiarendo nel testo, stante il dettato dell’art. 7, comma quarto. Parlerò oltre della possibilità che la mia tesi faccia rifluire nella giurisdizione di legittimità certe controversie che il legislatore fa rientrare in quella esclusiva (dovendosi allora interpretare le disposizioni in parola solo come conferma di una giurisdizione amministrativa, e non come qualificazione d’imperio di certe – del contenuto di certe – posizioni giuridiche soggettive).

⁸³⁷ Si pensi al caso in cui la p.a. chiede alcuni documenti riservati al privato e, poi, li diffonde per errore; oppure al caso in cui la p.a., pur senza necessità, convochi più volte il privato per assumere informazioni, imponendogli notevoli perdite di tempo.

⁸³⁸ In caso di provvedimento illegittimo è l’esercizio in sé del potere a ledere l’interesse legittimo, e non semplicemente l’attività esecutiva del provvedimento (la quale, anzi, risulta giustificata proprio in virtù delle situazioni giuridiche sorte per effetto dell’esercizio del potere; ciò non toglie che è solo con l’esecuzione che si produce un danno-conseguenza). A voler ritenere diversamente, infatti, si finirebbe per ripristinare quell’idea, superata definitivamente nel 1999, secondo cui l’annullamento del provvedimento farebbe risorgere il diritto soggettivo (*rectius*: l’interesse protetto *ex art. 2043 c.c.*) e ne consentirebbe una tutela in via aquiliana (per quest’orientamento giurisprudenziale v. R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento*, cit., p. 7 ss.; in dottrina cfr. E. GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi? Tentativo di impostazione del problema ... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno nazionale sull’ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 221 s.). Così non è: di fronte al potere non vi sono diritti soggettivi (né altri interessi protetti in via aquiliana, autonomi rispetto all’interesse legittimo); vi è solo un interesse legittimo, potenzialmente pregiudicato dal provvedimento e lesa dall’attività che in esso si compie. L’annullamento del provvedimento, poi, non consente nemmeno di considerare l’attività esecutiva come non più esecutiva e, dunque, illecita extracontrattualmente. In caso di provvedimento nullo, invece, il discorso non potrà che essere differente. L’attività compiuta in esecuzione del provvedimento nullo può infatti essere lesiva di interessi del privato: ma in tal caso essi saranno autonomamente tutelati *ex art. 2043 c.c.* Ciò comporta, a ben vedere, una tutela da un lato maggiore (come a breve dirò nel testo, l’interesse legittimo, anche protettivo, va soggetto a una valutazione in termini di *chance*); dall’altro minore rispetto al caso di provvedimento solo annullabile (in cui a essere risarcito è l’interesse legittimo stesso, con possibilità di vedersi reintegrati anche delle pure perdite patrimoniali; già S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., p. 274, osservava come «la semplice mancanza del potere non è prova dell’esistenza del diritto [potremmo dire: dell’interesse tutelato *ex art. 2043 c.c.*], il quale deve discendere in modo autonomo dall’ordinamento, e precisamente attraverso la correlazione con un obbligo altrui [profilo, quest’ultimo, che non rileva ovviamente in tema di responsabilità aquiliana]). Allorché si tratta di un provvedimento annullabile, non ancora annullato, infatti, a essere lesa dall’attività (materiale) di esecuzione dell’atto è l’interesse legittimo; non così avviene nel caso di atto nullo. A voler ritenere diversamente (e cioè a ricollegare i danni derivanti dall’apparenza di un provvedimento nullo e dalla sua esecuzione all’interesse

A me sembra che, una volta ammesso che l'interesse legittimo pubblicistico sia di per sé risarcibile, e che dunque viva di fronte a una condotta della p.a., si debba far rientrare in quest'ultima tutto ciò che attiene, anche indirettamente, all'esercizio del potere. Per meglio dire, si deve far afferire alla condotta della p.a. tutto ciò che, pur non costituendo vero e proprio esercizio del potere, rientra nel più vasto concetto di 'attività svolta dal titolare del potere in quanto tale'.

Resta il fatto che le lesioni non provvedimentali potranno, talvolta, dar vita a un concorso di responsabilità (aquiliana e per violazione di un interesse legittimo): più precisamente, ciò avviene in tutti i casi in cui possa ipotizzarsi la lesione, oltre che dell'interesse legittimo, anche di un interesse di per sé protetto *ex art.* 2043 c.c. Viceversa, in caso di lesioni provvedimentali (ossia, da provvedimento illegittimo ma efficace) il privato avrà a disposizione, oltre ai rimedi caducatori, la sola tutela risarcitoria dell'interesse legittimo: e ciò perché di fronte al potere della p.a. non vi

legittimo: o, per meglio dire, *anche* all'interesse legittimo, salva la tutela degli altri interessi autonomamente considerati), si dovrà supporre che il privato debba agire per il risarcimento (ferma restando la necessaria imputabilità del danno) entro il termine di decadenza di centoventi giorni dal momento del venire in esistenza dell'apparenza o dell'attività esecutiva, e che il giudice accerti solo incidentalmente la nullità (così come farebbe quello civile chiamato a tutelare gli altri interessi singolarmente intesi; quanto all'apparenza di provvedimento lesivo, potrebbe trattarsi di illecito permanente, non soggetto al termine di decadenza – che, tra l'altro, sarebbe più sensato intendere come termine di prescrizione –). Un accertamento in via principale della nullità, a dire il vero, assume un certo rilievo solo nel diverso caso di interessi pretensivi e provvedimento nullo (caso in ragione del quale si spiega il termine di decadenza previsto dall'art. 31, comma 4, cod. proc. amm.; anzi, potrebbe pure ritenersi che la nullità dei provvedimenti ablatori sia accertabile in via principale dal giudice civile, senza alcun termine, o comunque e sempre da quello amministrativo, giacché – come detto – il mantenere l'apparenza di un provvedimento nonostante la nullità potrebbe integrare un illecito permanente, rispetto a cui non può non sussistere il rimedio dell'accertamento giudiziale). Sul tema (particolarmente complesso, stante la difficile lettura delle disposizioni del codice) del provvedimento nullo v., tra tutti, B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 269 ss. Sottolineo, infine, che la lesione dell'interesse legittimo, se si vuol ravvisare, è qui nel mantenere l'apparenza del provvedimento o nell'eseguirlo, nonostante la nullità; non è, cioè, nell'emanazione stessa del provvedimento (ché, se anche la nullità fosse prevista esattamente per proteggere la parte afflitta, essa stessa realizzerebbe subito e in modo pieno una tale protezione; in ogni caso, di norma la nullità attiene a vizi strutturali dell'atto: ma anche quando essa è volta a sanzionare una illiceità dell'atto di esercizio del potere, nulla cambia, giacché l'inefficacia preclude proprio il pregiudizio dell'interesse legittimo). Il che vale a dire, insomma, che la p.a. non può 'violare' le norme di relazione (lo nota anche R. NOBILE, *Norme di azione azione e norme di relazione: una dicotomia da abbandonare*, in www.lexitalia.it); l'illecito in parola, quindi, non deriva – come in caso di provvedimento annullabile – dal provvedimento in sé, ma da qualcosa di ulteriore. L'ipotesi di una violazione, anche in questo caso, dell'interesse legittimo (probabilmente comunque pubblicistico, e non privatistico come potrebbe tutt'al più essere nei soli casi di carenza assoluta di potere) potrebbe aumentare la tutela nei casi in cui non si rinvenga una situazione giuridica o comunque un interesse del privato, tutelato *ex art.* 2043 c.c., leso dall'apparenza di provvedimento o dalla sua esecuzione (nonostante la nullità; si pensi al caso in cui tale esecuzione non comporta danni, se non perdite di tempo per il privato). Non sono, in conclusione, del tutto d'accordo con quanto scriveva (in un noto e fondamentale saggio) F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 625 s., secondo cui «l'effetto del provvedimento dichiarato nullo costituisce quindi un illecito, nel senso che esso, con quella data violazione della norma che ne ha provocato l'illegittimità, ha anche leso un diritto soggettivo»: è piuttosto preferibile sostenere che la lesione, ponendosi qui «come conseguenza di fatto e non di diritto dell'azione amministrativa», attenga al provvedimento come apparenza e alla successiva attività esecutiva.

sono interessi autonomamente considerati⁸³⁹ (ché, se anche vi fossero, essi cedono di fronte al potere, in base alla teoria dell'abuso che prima ho cercato di tracciare).

Ove non si ritenesse appagante questa spiegazione relativa alla risarcibilità dei danni arrecati dalla p.a. non per mezzo di provvedimento, ma comunque nell'ambito dell'attività legata all'esercizio del potere, non resterebbe che una sola alternativa. In particolare, si dovrebbe supporre l'esistenza di un affidamento (privatistico) volto a proteggere il singolo da tutti i danni che la p.a. può arrecare a causa della vicinanza di cui gode in quanto dotata di una posizione di potere, sottraendo a quest'ulteriore posizione quel che risulta già tutelato dall'affidamento pubblicistico⁸⁴⁰.

Ma questa duplicità, pur in voga in seguito alle tre ordinanze gemelle delle Sezioni Unite di cui parlerò oltre, è poco razionale: lede l'effettività della tutela, viola l'unitarietà razionale dell'affidamento, impone di costruire una differente situazione di cui è difficile comprendere la fonte⁸⁴¹. Per ora sospendo quest'approfondimento, che troverà migliore svolgimento a proposito degli interessi pretensivi. Neppure, del resto, si potrebbe far rifluire la protezione del privato, in queste circostanze, nella tutela aquiliana dei singoli interessi autonomamente considerati, giacché taluni potrebbero non ricevere una protezione extracontrattuale.

Mi limito, a questo punto, a riassumere alcuni dati che dovrebbero discendere naturalmente da quanto ho sinora affermato. Quello che differenzia lesioni 'provvedimentali' e 'non provvedimentali' è il fatto che le seconde danno luogo a danni, cui il privato può reagire – se non si tratta di perdite meramente patrimoniali – anche autonomamente, in via extracontrattuale, con azione dinnanzi al g.o., entro il normale termine di prescrizione (non si tratta, infatti, di eventi che ricadono nel 'nucleo' dell'esercizio del diritto). Vi sarà allora un 'concorso di azioni', legate da nesso di pregiudizialità (incompatibilità) tra loro. La p.a. che volesse agire in accertamento negativo dovrebbe farlo davanti al g.o. (ma questo per ragioni attinenti alla struttura del processo amministrativo).

⁸³⁹ Ciò che non contraddice quanto scriverò oltre (nel § 1 del Capitolo terzo), ossia che l'attività (provvedimentale) della p.a. può essere oggetto, anziché di un interesse legittimo, di un diritto soggettivo.

⁸⁴⁰ In altri termini, tutto quanto non strettamente attinente al singolo atto di esercizio del potere rifluirebbe eventualmente nella lesione di un ulteriore interesse legittimo, che avrebbe natura ora protettiva, ora pretensiva negativa (nelle gare), e che, come un cerchio concentrico esterno, darebbe rilevanza giuridica a tutte le condotte non costituenti atti in senso stretto di esercizio del potere.

⁸⁴¹ Salvo non ipotizzare un interesse legittimo (privatistico) complesso, al cui interno se ne incastrino uno di ridotto, che si ponga a tutela della sola legittimità dell'azione amministrativa (e, anzitutto, della liceità della condotta della p.a. concretantesi nel provvedimento). Il che varrebbe a dire che, all'interno di una più vasta relazione, alcuni profili sono di necessaria cognizione del g.a. Non solo: potrebbe pure ritenersi che, nell'interesse legittimo pubblicistico, il legislatore abbia escluso che sia un'attività 'connessa', idonea a ledere l'interesse legittimo, quella non provvedimentale; e abbia dunque limitato l'ampiezza dell'interesse legittimo privatistico.

Quanto alle lesioni provvedimento, non vi è di certo questa duplicità. E ciò perché la p.a., nell'eseguire il provvedimento e ledere materialmente un bene (danno-conseguenza), non fa altro che esercitare un suo diritto derivato: non si può dunque supporre che, venuto meno il provvedimento, le lesioni diventino risarcibili. E non si può nemmeno supporre che la condotta della p.a., considerata complessivamente, sia considerabile foriera di un danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*, perché anche qui l'amministrazione replicherebbe tramite l'eccezione *feci, sed iure feci* (non, a mio avviso, con quella di adempimento di un dovere).

Il danno, viceversa, è quello prodotto dal provvedimento (danno-evento) e manifestatosi con la sua esecuzione (danni-conseguenza, eventualmente anche futuri; cfr. art. 30, comma 3, cod. proc. amm.)⁸⁴²; è possibile reagire a essi solo tramite la tutela dell'interesse legittimo, rientrando la condotta della p.a. nel 'nucleo' dell'esercizio del diritto. Unica eccezione, i diritti non degradabili, come la salute (la cui lesione è azionabile davanti al g.o., ma comunque entro il termine di decadenza applicato estensivamente, e necessariamente tenendo conto della pregiudizialità debole).

Prima di chiudere questo breve discorso, vale la pena di indugiare su questa ricostruzione dell'interesse legittimo di diritto pubblico: giacché essa, rompendo con la tradizione da più punti di vista, potrebbe risultare poco accettabile. In particolare, essa pone al centro dell'interesse legittimo il risarcimento e quindi la condotta della p.a., piuttosto che l'impugnazione del provvedimento (che diventa accessoria, seppur prioritaria là dove sia ammessa, in virtù delle disposizioni del codice del processo amministrativo dedicate al problema della 'pregiudiziale amministrativa'); ma, soprattutto, essa vorrebbe confutare quell'idea di un rapporto paritario tra p.a. e cittadino, secondo cui la disciplina dell'azione amministrativa sarebbe volta a porre la prima sullo stesso piano del cittadino.

Così non è: la p.a., per quanto veda regolata la sua attività, e debba tenere in considerazione gli interessi dei singoli cittadini coinvolti nel procedimento, mantiene poteri (una posizione di autorità). Il privato non si vede direttamente protetto dalle norme sull'azione amministrativa, che non vogliono assolutamente declinare la buona fede che la p.a. è pur tenuta a osservare verso il privato o ridurre i connotati di autorità della posizione dell'ente pubblico, tendendo piuttosto a regolare le modalità di

⁸⁴² Un solo chiarimento per evitare confusioni: l'interesse legittimo protegge da lesioni ai beni; perché vi sia una lesione dell'interesse legittimo, però, non vi è di certo necessità che sia leso un bene: come noto, basta che sia violata una regola di buona fede (o che il provvedimento appaia tipicamente pregiudizievole). Ciò non toglie che, il più delle volte, la violazione della regola di buona fede si accompagna anche a lesione di un interesse (anche non tipicamente protetto, e salve quelle regole che anticipano una tutela: come per gli obblighi di informazione – che potrebbero però esser viste come norme che fondano un nuovo bene –); e così anche il provvedimento pregiudizievole, che è tale tipicamente (e non per il tramite di una valutazione individuale), corrisponde, per l'appunto, a un pregiudizio (quanto meno a non vedere la propria sfera giuridica modificata). Tutto quello che si produce, in termini di danno conseguenza, dalla condotta difforme da buona fede sarà risarcibile.

perseguimento dell'interesse pubblico, e semmai a riversare all'interno di queste il necessario bilanciamento con gli interessi privati⁸⁴³.

Da questo punto di vista non erano errate, a mio avviso, le tesi che parlavano di un interesse 'occasionalmente' protetto: tuttavia non nel senso che l'interesse non sia protetto direttamente, ma in quello per cui le norme su cui, in fin dei conti, il privato confida sono quelle che riguardano l'esatto perseguimento dell'interesse pubblico, che solo di rimbalzo vengono richiamate dalla buona fede, nucleo dell'interesse legittimo. Unica alternativa a questa *Reflexwirkung* sarebbe ritenere che il potere amministrativo sia volto al perseguimento di interessi pubblici e anche privati⁸⁴⁴, o che comunque le norme sull'azione amministrativa funzionalizzino l'esercizio del potere a finalità pubblicistiche e pure declinino la buona fede nei rapporti tra p.a. e privato: ciò che, però, mi sembra porti a una sovrapposizione e indistinzione di piani poco credibile (a parte il caso, su cui però non posso intrattenermi, dell'accordo tra p.a. e cittadino *ex art. 11, l. 241/1990*).

Se è vero quanto vado dicendo, risultano parzialmente da correggere le parole di un illustre autore⁸⁴⁵, il quale sostiene che le norme sul potere amministrativo e sull'esercizio del medesimo non sono «prive di ogni attenzione e sollecitudine nei confronti degli interessi privati che con il primo s'intrecciano nella medesima fattispecie astratta». Ciò è vero, infatti, sol perché il legislatore acconsente al privato di entrare nel procedimento, per perseguire al meglio le finalità pubblicistiche (con poteri di collaborazione e partecipazione); ma questo non vuol dire che la p.a. sia tenuta direttamente a tener conto dell'interesse del privato, giacché questo rileva solo ai fini del miglior perseguimento dell'interesse pubblico, all'interno del procedimento e del provvedimento⁸⁴⁶. L'interesse privato, e dunque l'interesse legittimo, è leso senza che si dia anche una illegittimità amministrativa solo allorché la lesione non è provvedimentoale. Ne consegue, come già scrivevo a suo tempo, che le norme in parola, lungi dal costituire declinazione della correttezza verso il privato, regolano sempre e comunque il procedimento: l'interesse legittimo è leso solo di riflesso, ove la p.a. violi le facoltà di collaborazione del privato o comunque non tenga conto delle sue

⁸⁴³ Apparentemente *contra* F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807, che auspicava al diffondersi della «concezione del diritto amministrativo come normazione sui rapporti» tra p.a. e cittadino. In realtà, come notano pure R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 24, pure secondo Benvenuti «la concezione paritaria» doveva «essere ricercata nel campo della risarcibilità degli interessi legittimi, della risarcibilità dei danni arrecati da atti legittimi, nonché della responsabilità *in contrabendo*, e dunque non in quello di un'implausibile parificazione, da un lato, di poteri e, dall'altro, di ruoli da (pretesamente) riconoscersi all'amministrazione e ai singoli».

⁸⁴⁴ Così, in effetti, F. LA VALLE, *L'interesse legittimo*, cit., p. 54.

⁸⁴⁵ R. MARRAMA, *Rinuncia*, cit., p. 84, sulla scia del Nigro.

⁸⁴⁶ Del resto, P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, cit., p. 117, nota come la tutela dell'interesse legittimo sia «inserita nel procedimento, attuata cioè da norme che hanno per oggetto la disciplina del potere autoritativo dell'amministrazione».

esigenze⁸⁴⁷. D'altro canto, se la p.a. ledesse solo interessi dei singoli, il provvedimento sarebbe annullabile da parte dei medesimi, ma in sé non potrebbe essere illegittimo (e

⁸⁴⁷ A sua volta, ciò vuol dire che le norme sull'azione della p.a. non sono mai volte a tutelare il singolo, ma considerano sempre – talvolta imponendo certe forme procedurali, talvolta penetrando fino alla sostanza provvedimentoale – l'interesse pubblico in senso lato. Non dimorano in senso contrario – ma anzi, a mio avviso, danno ulteriore prova della mia idea – le osservazioni, particolarmente interessanti, di F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., p. 1010 ss. L'autrice evidenzia come i giudici amministrativi, negli ultimi lustri, abbiano talvolta dichiarato inammissibili certi motivi di ricorso, sulla base del principio per cui le norme, di cui si assumeva nei vari casi la violazione, non erano dirette a proteggere l'interesse privato fatto valere in giudizio (e retrostante rispetto all'interesse legittimo: fonte, tra l'altro, di quella qualificazione di cui esso si nutre). Esempio calzante, aggiunge la studiosa, è recato da T.A.R. Veneto, Sez. I, 12 marzo 2008, n. 599: con ricorso di vari privati veniva impugnata la delibera di approvazione del progetto preliminare dell'autostrada Pedemontana Veneta, per diversi motivi tra cui – per quanto a noi interessa – uno relativo alla violazione della disposizione che impone, in caso di finanza di progetto, di consentire ai potenziali competitori di fruire di un termine di 90 giorni per predisporre proposte alternative. Secondo il giudice lagunare «le norme invocate, effettivamente, sono poste a garanzia di eventuali e potenziali concorrenti in ordine alla presentazione di proposte inerenti alla gara che si instaura, nell'ambito della finanza di progetto, con l'impresa che aveva presentato la proposta originaria, riconosciuta dalla p.a. competente di pubblico interesse»: «è nell'interesse di tali soggetti che viene imposto un termine di 90 giorni per la presentazione di proposte concorrenti, cosicché soltanto imprenditori interessati all'aggiudicazione sono interessati a muovere censure di tale contenuto, poiché, in caso di accoglimento, ad essi deriverebbe l'utilità (il vantaggio) di potere formulare proposte da porre a gara con quella del promotore della finanza di progetto». Lasciando da parte gli altri esempi enumerati dall'autrice (o ricavabili dalla stessa sentenza, per questi profili interamente confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2009, n. 8786), passo a osservare come l'inammissibilità di questi motivi di ricorso non sia assolutamente legata all'interesse a ricorrere (giacché, in questi casi, l'annullamento potrebbe quanto meno riaprire il procedimento: dal che potrebbe di fatto derivare un mutamento d'opinione in capo alla p.a.), né combaci con la *ratio* sottesa all'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990 (pur con gli inevitabili punti di contatto). Quello che fa il giudice amministrativo è, in fin dei conti, ritenere che non vi sia stata «lesione di un interesse legittimo» (cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., p. 1017). Ma ciò avviene, aggiungo, non tanto perché le norme fatte valere non proteggano l'interesse legittimo azionato o comunque l'interesse privato in questione – da un lato, le norme d'azione non proteggono mai interessi privati; dall'altro, poi, il titolare dell'interesse legittimo sarebbe avvantaggiato dalla riapertura del procedimento, indipendentemente dal fatto che la violazione dedotta abbia riguardato o meno un suo interesse –, ma, piuttosto, perché la buona fede, nei casi in parola, non richiama le norme d'azione fatte valere (né la violazione di queste fa sorgere, come rimedio, il diritto del privato di chiedere l'annullamento del provvedimento). Che ciò sia possibile, del resto, è palese, se sol si pensa a quanto dispone l'art. 8, u.c., l. 241/1990. La buona fede, insomma, e più in generale l'affidamento non richiamano sempre e comunque tutte le norme di azione: può ben darsi che talune vi rimangano estranee (discorso diverso, come si vedrà, si deve probabilmente fare con riguardo all'art. 21-*octies*, comma 2). Solo un avvertimento (non dissimile da quello di F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo*, cit., p. 1018): la limitazione in parola, quando non è disposta dal legislatore ma modulata dall'interprete, è molto pericolosa (del resto, come notava L. MAZZAROLI, *Ragioni*, cit., p. 1816, «una volta che tale interesse [l'interesse legittimo] possa predicarsi esistente, l'azione rivolta alla sua tutela può coinvolgere tutte le norme disciplinanti il potere amministrativo, senza che abbia alcun rilievo quali tra esse possano considerarsi poste anche a tutela dell'interesse privato e quali no»). Per questo dev'essere utilizzata solo in casi eccezionali: oltre che in quelli previsti dalla legge (come avviene con l'art. 8, u.c.), nelle sole ipotesi attinenti a norme formali o procedurali, che assicurano la presa in considerazione (nell'ambito dell'interesse pubblico in senso lato) di interessi privati o collettivi del tutto differenti rispetto a quello che fornisce la qualificazione per l'interesse legittimo azionato. Si tratterà, cioè, di ipotesi in cui si è al cospetto di un potere amministrativo il più delle volte 'complesso', in cui si compendia la cura di interessi pubblici che toccano svariati soggetti o collettività, e che viene regolato in modo evidentemente distinto con riguardo a ciascun interesse privato o collettivo su cui va incidere.

dunque non residuerebbe un potere di autotutela della p.a.). In fin dei conti, il legislatore avrebbe potuto imporre alla p.a. di perseguire l'interesse pubblico e, nel mentre, di tener conto anche degli interessi privati: ma così non ha fatto, e si è limitato a inserire nel procedimento regole per il miglior bilanciamento degli interessi, demandando la tutela dei privati a un ulteriore e diverso rapporto con la p.a., dominato (non dalla normativa pubblicistica, ma) dalla buona fede.

Riprova di quanto vado asserendo viene, a mio avviso, anche dalle osservazioni di un noto studioso⁸⁴⁸, il quale, pur affermando che «dobbiamo ... distaccarci dall'idea che le norme d'azione siano volte a tutelare l'interesse generale e offrano solo occasionalmente e di riflesso una qualche difesa dell'interesse particolare», e che «tali norme sono state introdotte proprio per la tutela dei portatori di interessi contrastanti con quello pubblico primario», sostiene che la «'direzione' delle norme ... attiene alla descrizione sociologica», non a quella giuridica e che «ogni norma, di quelle che ci interessano, si presta ad essere considerata come diretta a tutelare sia l'interesse generale che quello particolare»⁸⁴⁹. Nel dimostrare di voler abbandonare le tesi dell'interesse solo riflesso, l'autore – se non erro – ammette l'insuperabilità dell'obiezione per cui l'interesse primario della p.a. è quello pubblico, e si trova costretto a ritenere che le stesse norme proteggano (tutte) tanto l'interesse pubblico quanto quello privato. Quest'esito mi sembra riveli un certo imbarazzo (soprattutto ove lo studioso evidenzia come gli interessi privati siano, «legalmente, pur sempre secondari»), probabilmente evitabile solo ammettendo che l'interesse legittimo tutela in modo diretto il privato, ma non perché le norme d'azione siano rivolte (anche) nei suoi confronti, bensì perché l'interesse legittimo stesso recepisce (tramite il rinvio che la clausola di correttezza consente) proprio quelle norme che indicano all'amministrazione come agire, sul cui rispetto il privato può confidare. Queste norme, a prescindere dal rinvio operato dalla buona fede nell'ambito dell'interesse legittimo, sono finalizzate a realizzare l'interesse pubblico (in senso lato, ossia comprensivo anche della considerazione di tutti gli interessi in gioco), e non a tutelare (direttamente) il privato⁸⁵⁰. Vero è che, per farlo, prendono in considerazione la posizione di certi

⁸⁴⁸ E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 129.

⁸⁴⁹ Di recente L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 137, ha sostenuto che «non sembra ... aver senso la domanda su quale sia l'interesse a tutela del quale è posto il vincolo sancito dalla norma, rilevando esclusivamente il 'vantaggio obiettivamente attribuito' per effetto di tale vincolo». Cfr. pure, e già, G. ABBAMONTE, *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 32 s.

⁸⁵⁰ Valgano le osservazioni di E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie*, cit., p. 71: «l'unico scopo perseguibile dalle attività neutrali e imparziali, e quindi dall'attività amministrativa che non sia attività di parte», è «l'interesse pubblico». E ancora (p. 73): «aspetto fondamentale dell'azione amministrativa ... è l'indicazione di scopo cui essa deve corrispondere, scopo che nulla altro è che l'interesse pubblico. ... quando si parla, in relazione all'azione, di ponderazione o assetto di interessi, tali affermazioni vanno correttamente intese nel senso di comparazione e sistemazione di più interessi pubblici o di più ipotesi

privati: ma ciò avviene – lo sottolineo ancora – per assicurare il ‘miglior perseguimento’ dell’interesse pubblico, ossia quello che (tra l’altro), a parità di risultato, danneggia meno il privato⁸⁵¹.

In definitiva, le norme pubblicistiche assicurano un’azione efficiente, ordinata, efficace, trasparente della p.a., poiché ciò risponde a finalità pubbliche, prima che private, giacché un’azione disordinata risulterebbe nociva anzitutto per la generalità⁸⁵², pur con le ovvie ricadute nei confronti dei singoli che ne venissero toccati.

Si intreccia con questo discorso il problema, cui avevo poc’anzi accennato, dell’applicazione della buona fede nei rapporti tra p.a. e privato⁸⁵³. La dottrina amministrativistica, infatti, ritiene che l’azione della p.a. debba essere – oltre che ragionevole, imparziale, trasparente, efficace, efficiente, e così via – anche corretta verso il privato, ritenendo che debba applicarvisi il principio di buona fede. Ora, ovvio che nella mia visuale questa idea è sbagliata: per difetto, perché tutto il rapporto p.a.-privato è dominato dalla buona fede⁸⁵⁴; per eccesso, perché non è la buona fede ad imporre una certa azione amministrativa (di per sé considerata). Proverò a spiegarmi

di identificazione dell’interesse pubblico. Tale assetto definirà evidentemente anche la posizione degli interessi privati ... poiché questo è proprio uno degli effetti della scelta dell’interesse pubblico nella fattispecie. Non si vuol dire, con ciò, che gli interessi privati non vengono in considerazione ai fini della scelta dell’interesse pubblico, ma che essi non possono in quanto tali costituire un’alternativa praticabile da parte della p.a. rispetto all’interesse pubblico stesso; sono cioè quegli ‘interessi secondari’ che concorrono a definire l’interesse pubblico ma che non possono essere preferiti all’interesse pubblico».

⁸⁵¹ E così pure E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 129, oltre che nel *Manuale*, cit., p. 285; su questo punto v. pure V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l’attuale difesa dell’interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 319 ss.

⁸⁵² Per quell’interesse pubblico in senso lato (o, secondo alcuni, concreto) di cui ho già detto. Nella ricostruzione di E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie*, p. 41 ss. (spec. p. 47, 49, 67, 71, 73, 79 e 82), il conflitto non è mai, nei casi in esame, tra interesse pubblico e privato, ma «tra un concreto interesse pubblico e un altro interesse, caratterizzato ... dalla sua diversità rispetto al primo»; l’interesse legittimo assicura una protezione che «si manifesta ... con l’attribuzione al titolare ... di poteri idonei a consentire una prospettiva alternativa dell’interesse pubblico (o del modo di cura dell’interesse pubblico) da perseguire nella fattispecie». L’interesse privato, dunque, rileva nell’ambito dell’azione amministrativa per definire l’interesse pubblico concreto; l’interesse legittimo assicura la sua protezione a chi voglia contestare l’interesse pubblico concreto perseguito (e le modalità scelte per realizzarlo).

⁸⁵³ F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970 (ristampato, con altri saggi, in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni ‘Trenta’ all’alternanza*’, Milano, 2001); ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della ‘alternanza*’, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 561 ss.; ID., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; F. MANGANARO, *Principio*, cit.; C. FERRO, *Il principio di buona fede nell’azione amministrativa*, in *www.lexitalia.it*; M.C. CAVALLARO, *Principio di buona fede e invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 445 ss.

⁸⁵⁴ Sia sufficiente, qui, il riferimento alle teorie di Castronovo. Emanazione della buona fede è anche il divieto di aggravare il procedimento: divieto che, se violato, per forza di cose non concreta un’illegittimità provvedimentoale, ma semmai richiede una reazione risarcitoria (per un danno non provvedimentoale; cfr. anche S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 437 ss., spec. i §§ 12 e 13). Si pensi al caso in cui la p.a. richiede molte più copie di certi documenti del necessario, oppure imponga la presentazione di plurime istanze. Più in generale, v. G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, *passim*, ma spec. p. 273, e poi 281 ss.

meglio con un esempio⁸⁵⁵: l'art. 21-*nonies*, primo comma, l. 241/1990, nella versione che risulta dalle ultime modifiche approvate nel 2014 e nel 2015, sancisce che «il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge».

La previsione impone di tener conto di certi interessi nella ponderazione discrezionale che potrà portare all'annullamento in autotutela: nel farlo, però, non declina meramente l'obbligo di buona fede che la p.a. ha verso il privato, ma descrive le modalità dell'azione amministrativa⁸⁵⁶. Se di buona fede verso il privato si vuole parlare, si dovrà però ritenere che il legislatore abbia sancito che l'azione amministrativa, in sé e per sé, deve tener conto – nella decisione circa il miglior perseguimento dell'interesse pubblico – degli interessi del privato anche per come essi si sono evoluti e modificati, pure a causa di comportamenti contraddittori della p.a.⁸⁵⁷ (massimamente nel caso del provvedimento di autotutela, ma pure in molte altre circostanze)⁸⁵⁸. Il che vuol dire pure che la p.a., nell'agire, dovrà tener conto di

⁸⁵⁵ D'altro canto F. MERUSI, *L'affidamento*, cit., p. 73, iniziava la sua esposizione dai casi di annullamento d'ufficio.

⁸⁵⁶ M. CLARICH, *Giudicato*, cit., p. 212 ss., prende spunto dall'obbligo di buona fede (cui la p.a. è tenuta verso i *cives*) per dedurne «l'onere procedimentale di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere». Pur non condividendo l'idea così autorevolmente sostenuta (una sorta di preclusione procedimentale del dedotto e del deducibile; vedine una discussione in C. CONSOLO, *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione?*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 171 ss., e spec. p. 188 s.), mi preme indicare che quest'opinione potrebbe essere benissimo integrata nella mia prospettiva: l'affidamento del privato costituirebbe, più che una situazione direttamente da tutelare, un canone dell'azione amministrativa, cui si dovrebbe attenere l'interprete nel ricostruire la disciplina del procedimento e, tra l'altro, anche nel rinvenire l'onere procedimentale di cui Clarich parla.

⁸⁵⁷ Tanto più che, nel caso di provvedimenti di autotutela, la p.a. può esercitare il potere – se sussistono i requisiti – anche in violazione dell'affidamento del privato (qui, soggettivo e protetto nell'ambito dell'interesse legittimo). In altri termini, la discrepanza tra affidamento che rende illegittimo un atto, e affidamento che obbliga al risarcimento, è ancor più evidente.

⁸⁵⁸ D'altro canto, l'interesse pubblico concreto risulta dal bilanciamento di tutti gli interessi, compresi quelli privati. E questo bilanciamento può imporre di non perseguire l'interesse pubblico astratto (così avviene, immancabilmente, decorso il termine di 18 mesi che oggi il legislatore assegna per l'annullamento in autotutela): ma ciò non vuol dire che l'interesse privato vinca su quello pubblico. Piuttosto, si tratta sempre dell'indicazione dell'interesse pubblico concreto, unico cui la p.a. può mirare. A sua volta, non deve sembrare strano che nell'interesse pubblico concreto rientrino pure esigenze dei singoli: come notava già G. MIELE, *Questioni*, cit., p. 53, «qualunque interesse individuale, in quanto ottenga una qualche tutela da parte dell'ordinamento giuridico come diritto soggettivo, come interesse legittimo o come interesse semplice «reca con sé un riflesso dell'interesse pubblico: è stabilito cioè anche

eventuali illegittimità e risarcimenti che dovrà sostenere: ma, sempre, ne terrà conto per decidere *come perseguire nel migliore dei modi l'interesse pubblico*⁸⁵⁹ *inteso in senso lato*⁸⁶⁰.

nell'interesse pubblico» (le parole nel virgolettato interno sono di Miele; le altre, da cui cito, sono di E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie*, cit., p. 49, nt. 14).

⁸⁵⁹ Declino in questo senso l'avvertimento proveniente da R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 40, di non creare un intreccio tra diritto privato e diritto pubblico tale da condurre a un «regime misto, ibrido di rapporti tra pubblico e privato». E, quindi, se è vero che oggi «la *fairness* ... connota il ... procedimento» amministrativo», è anche vero che ciò non si traduce per forza di cose nell'invalidità del provvedimento frutto di una condotta sleale o scorretta della p.a.: perché il provvedimento sia illegittimo è necessario che vi sia un vizio dello stesso, e dunque un vizio della sua funzione (un'errata composizione degli interessi in gioco). Ciò, a sua volta, si tradurrà nella lesione di certi interessi legittimi, i quali però potranno rivelarsi lesi pure da un'azione amministrativa che, benché scorretta, abbia dato vita a un provvedimento valido. D'altro canto, solo questa costruzione riesce a giustificare il fatto che «sul provvedimento amministrativo non si condensano semplicemente le prerogative del potere amministrativo, ma si appuntano anche contemporaneamente le istanze di tutela dei cittadini» (*ivi*, p. 41), gli interessi dei quali entrano tutti nel procedimento e nel provvedimento che, tenendone conto e spiegando poi efficacia *erga omnes*, risulta essere poi pure il punto di riferimento di tutte le azioni di impugnazione.

⁸⁶⁰ Il collegamento tra buona fede e affidamento era già stato tracciato da Merusi: dove, però, l'affidamento come abbiamo visto non sempre attiene alle valutazioni relative alla legittimità dell'azione della p.a. (la quale, per l'appunto, potrebbe – in virtù non solo della differenza tra norme di validità e di condotta, e, se si vuole, di proprietà e di responsabilità, ma finanche dei principi dell'azione pubblicistica e del rispetto dell'interesse legittimo – travolgere anche interessi privati, andando incontro a un risarcimento, senza però risultare inefficace o comunque fonte di atti impugnabili e caducabili). Da un lato, l'affidamento può penetrare nel bilanciamento di interessi e imporre alla p.a. di agire in un certo modo; dall'altro, può rimanerne estraneo, traducendosi in una tutela risarcitoria (per lesione di quell'affidamento 'soggettivo', che rappresenta uno degli interessi 'altri' che l'interesse legittimo protegge). Su questi temi v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843 ss. Anche chi propone un ruolo più ampio per la buona fede (v. F. MANGANARO, *Principio*, cit., spec. p. 168 ss. e 202 ss.), non fuoriesce, a mio avviso, dall'esito cui sono giunto. Si potrà infatti ritenere che tutte le norme di partecipazione al provvedimento siano emanazione della buona fede, o che la stessa funzione amministrativa si basi su regole di correttezza: ma, in ogni caso, ciò vorrebbe dire che la p.a. è tenuta a far partecipare i privati, eventualmente toccati dal futuro provvedimento, al procedimento, e a ponderare i vari interessi secondo buona fede, in tanto in quanto solo un'azione 'corretta' permetterebbe il migliore perseguimento dell'interesse pubblico (cui partecipano, d'altro canto, anche i vari interessi privati, sebbene il primo non risulti dalla mera somma dei secondi). Ci troviamo, ancora, sul piano dell'azione amministrativa che lega p.a. e interesse pubblico, mentre l'interesse legittimo e l'affidamento *ivi* incarnato attengono al piano tra p.a. e singolo. Da un lato, la buona fede endo-procedimentale; dall'altro, la buona fede che è il contenuto del dovere di rispettare l'interesse legittimo. Il recente tentativo di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, spec. p. 240 ss. e 253 ss., di ricostruire tutta l'attività amministrativa su regole legali o sulla buona fede (escludendo così l'eccesso di potere dalle illegittimità dell'attività amministrativa), di fondare l'illegittimità provvedimentale su clausole generali e sulla nullità per difetto di causa (del provvedimento, intesa come perseguimento del fine pubblico), e di concludere rinvenendo nell'interesse legittimo un diritto al rispetto delle regole sull'esercizio del potere dev'essere a mio avviso disatteso (v. pure, anche se in prospettiva non del tutto assimilabile, G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*², Padova, 2003, p. 175 ss.). Anzitutto, la buona fede non si presta a essere regola dell'azione amministrativa, se non per limitati profili, proprio perché è azione, oltre che vincolata nel fine, anche complessa, di bilanciamento di più interessi, che richiede altre categorie. Per di più, anche se la buona fede fosse regola dell'azione, l'interesse legittimo sarebbe più ampio, giacché inevitabilmente le norme di legge di disciplina del procedimento sarebbero volte, più che ad assicurare e specificare la buona fede, a permettere il raggiungimento del fine pubblico. L'ultimo punto, poi, deve scartarsi per tutte le ragioni già

A sua volta, il vizio dell'atto che il più delle volte (ma non esclusivamente) verrà in rilievo in questi casi sarà quello di violazione di legge o di eccesso di potere⁸⁶¹ (sempre non ritenendo che anch'esso, in fin dei conti, non si sia oramai tramutato in una violazione di legge, sotto forma di violazione di una delle clausole generali che sovrintendono all'azione amministrativa⁸⁶²). Ma, allora, deve ritenersi che la condotta di buona fede che la p.a. deve mantenere verso il privato trovi il suo vero ambito di applicazione nell'interesse legittimo; viceversa, le norme sull'azione amministrativa

viste. Il collegamento tra piani (piano del procedimento e piano dell'interesse legittimo), invece, è più stretto là dove la p.a. scelga di procedere mediante 'accordo' *ex art. 11 l. 241/1990* (che costituisce un vero ibrido tra diritto privato – i cui 'principi' in materia di obbligazioni e contratti vi si applicano – e diritto pubblico). Lì, infatti, e a prescindere dai vizi della 'causa' (che assorbe, in tal caso, sia la normale 'causa contrattuale', sia la 'funzione', probabilmente rilevante *ex art. 1345 c.c.* in caso di accordo concluso per scopi totalmente devianti rispetto a quelli pubblici), il privato può dolersi dei 'vizi della funzione' solo sul piano strettamente negoziale. La situazione, se non erro, è a metà tra quella del provvedimento amministrativo e quella della rinegoziazione privata: le parti sono tenute a negoziare secondo buona fede, e il privato può contemporaneamente aspirare a un'attività che soddisfi il suo interesse finale. L'interesse legittimo di cui gode il privato è pur sempre quello pubblico, che viene però immesso in una logica di 'trattativa' (v. quanto dirò a proposito della rinegoziazione, nel § 3 del Capitolo terzo). L'accordo sostitutivo sarebbe, in tal senso, impugnabile dai terzi e annullabile dalla p.a. in autotutela (in quanto, comunque, 'esercizio della funzione': all'autonomia privata, qui, si sostituirebbe in capo alla p.a. il potere pubblico); esso, come pure quello integrativo, non sarebbero però impugnabili dalla controparte, se non per vizi privatistici. Essa, inoltre, potrebbe far valere i ritardi nelle trattative o la loro rottura (su questi punti, comunque, cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., p. 222 ss.; ma già, e spec., p. 221, e poi p. 234 e 237). In particolare, dunque, il ruolo dell'interesse legittimo del privato sarebbe molto simile a quello dell'interesse privatistico del partecipante alle trattative (pur restando interesse pubblicistico, giacché la p.a., nel concludere l'accordo, compie pur sempre un'attività di rilievo amministrativistico: cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 250 ss., nonché ID., voce *Convenzioni e accordi amministrativi - I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, 1988, p. 4, con riferimento però al tema delle convenzioni; con riferimento alla previsione di un indennizzo in caso di recesso *ex art. 11, comma 4, v. A. ROMANO TASSONE, I problemi*, cit., p. 43, secondo cui «se si ritiene – a dire il vero contro l'opinione generale – che la situazione di base del cittadino nel procedimento amministrativo sia e resti interesse legittimo malgrado l'accordo, e che quindi quest'ultimo non riquadrifichi come diritto soggettivo tale situazione, saremmo di fronte ad una ipotesi di indennizzo ... di un interesse legittimo»). Di recente su questi temi anche C. CICERO, *Contratto e interesse pubblico*, in *Silloge di diritto privato e pubblico. Al crocevia tra tradizione e rinnovamento*, Padova, 2012, p. 239 ss.

⁸⁶¹ La configurazione dell'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa risale, come ben noto, a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss., e già ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 1 ss. Di recente sul vizio di eccesso di potere v. A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1223 ss. (il quale oscilla tra una buona fede come regola del rapporto e una buona fede come regola dell'azione amministrativa in sé considerata; l'autore, poi, cita alcune decisioni da cui traspare il tentativo di applicare la buona fede di per sé, e non tramite l'eccesso di potere: ma, a mio avviso, ciò sarà ammissibile in tanto in quanto si colleghi la buona fede a un altro principio dell'attività amministrativa, e non la si confonda, comunque, con quell'affidamento che è il nucleo dell'interesse legittimo).

⁸⁶² V. l'art. 1, comma 1, l. 241/1990, e in dottrina R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 440. Ma può anche ritenersi che vizi di violazione di legge e di eccesso di potere possano convivere: dopotutto, può accadere, come accade per la buona fede, che certe norme di legge sanciscano come dev'essere l'attività amministrativa non illegittima perché eccessiva.

regolano direttamente solo l'azione stessa⁸⁶³. In tal senso mi paiono inconfondibili eccesso di potere e buona fede⁸⁶⁴: si tratta di forme diverse di sindacato, nonostante gli inevitabili punti di contatto e le irrimediabili sovrapposizioni⁸⁶⁵. Così, vi potrà essere

⁸⁶³ Spesso i privatisti sovrappongono i due piani (v. ad esempio E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza*, cit., p. 955, nt. 43).

⁸⁶⁴ La confusione, probabilmente, proviene dall'aver ritenuto l'eccesso di potere come vizio che fa riferimento direttamente alla lesione di interessi privati, e non come vizio della funzione, e (all'opposto) dall'aver ascritto pure le norme ricavate dalla buona fede (e, più in generale, quelle sull'abuso del diritto) ai problemi della funzione (e, seppur i temi della funzionalizzazione dei diritti sono stati propri della – degli eccessi della – civilistica degli anni Settanta, essi hanno fatto breccia pure tra la dottrina di diritto amministrativo: cfr. G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, § 4). Ma l'eccesso di potere non ha nulla che vedere con l'abuso di potere e con la scorrettezza in sé considerata: anzi, se si può dire, l'eccesso di potere è una scorrettezza verso una parte immaginaria, ossia verso i titolari di quell'interesse pubblico generale (in cui sono confluiti tutti gli interessi toccati dal provvedimento) cui la p.a. deve sempre mirare. Allo stesso modo, la buona fede e l'abuso di potere non hanno nulla a che vedere con la funzionalizzazione, che è fenomeno ben diverso e comunque molto più penetrante (notava già C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nov.mo Dig.*, V, Torino, 1960, p. 1099 s., che non vi è discrezionalità dove vi è divieto dell'abuso del diritto: e, aggiungerei, dove non vi è discrezionalità non vi è funzione e funzionalizzazione; v. pure C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 577 s.): l'attività privata, è da ritenere, è sempre libera e mai discrezionale (G. BERTI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 10). Anche i punti di contatto tra sindacato del potere pubblico e sindacato del potere privato che sono rinvenuti da G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 475 ss., a mio avviso non sono indicativi di una comunanza di natura tra eccesso di potere, vizi civilistici della causa (del negozio) e buona fede. I parallelismi si limitano, a mio avviso, a descrivere un esito simile (per esempio, il fatto che il sindacato si esprima sempre tramite verificando la 'ragionevolezza'), ma non a rinvenire una comune nota tra tutela contro il potere pubblico e quello privato. Essa, invero, esiste, ma sta tutta nella comune figura dell'interesse legittimo. Tuttavia, resta il fatto che in un caso la buona fede si limita a richiamare la normativa pubblicistica (è corretto rispettare la legge), nell'altro caso invece svolge una funzione ben diversa. Inoltre, come vedremo più avanti, anche la ragione per cui sorgono interessi legittimi pubblicistici non è sempre identica a quella degli interessi legittimi di diritto privato protettivi (bisogna tener conto del fatto che quella pubblica è una 'potestà', non un 'potere', e che potrebbe anche non incidere direttamente sulla sfera giuridica del soggetto titolare dell'interesse legittimo: si pensi al controinteressato in un procedimento con cui viene chiesta un'autorizzazione). Lo stesso discorso, d'altro canto, deve ribadirsi con riferimento all'ammissibilità dell'interesse legittimo di diritto privato: ove si ritenesse che il *proprium* dell'interesse legittimo sta nella 'discrezionalità', come avveniva tipicamente nella ricostruzione di L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., *passim* (ma pure in L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 67 ss., e in C. PINOTTI, *La risarcibilità*, cit., p. 197 s.), solo in taluni casi eccezionali si può rinvenire un interesse legittimo in diritto privato. Se, invece, si suppone (come a me pare più corretto) che il *proprium* sia l'eventualità della tutela, le cose cambiano; la discrezionalità altro non diviene che un incide – sicuro, anche se non certo – dell'eventualità. La buona fede viene ad avere il ruolo (e con essa tutto l'interesse legittimo) non tanto di sindacare la discrezionalità – ciò che risulta possibile solo dal punto di vista dell'interesse (pubblico o collettivo) perseguito –, ma semmai di richiamare la stessa normativa sull'esercizio del potere, sul cui rispetto il titolare dell'interesse legittimo può contare (per così dire, 'di rimbalzo').

⁸⁶⁵ Ancor più ovvio, poi, è il fatto che, trattandosi di clausole generali, il loro comportamento – in quanto tali – sia simile. Ma ciò non vuol dire e non dimostra nulla.

eccesso di potere in un'azione irragionevole o contraddittoria: ma non perché essa violi la buona fede, bensì perché non persegue nel migliore dei modi l'interesse pubblico⁸⁶⁶.

Relativamente, poi, al *quantum* dei danni risarcibili in caso di lesione di un interesse oppositivo, v'è da compiere alcune distinzioni⁸⁶⁷. Il caso normale, ovviamente, è quello in cui l'esecuzione non abbia permesso il godimento di un bene per un certo periodo di tempo: in quest'ipotesi, sarà il 'danno da disturbo' a essere risarcito (eventualmente anche come 'danno da incertezza' circa le sorti del bene). Il bene pregiudicato – o in genere i beni pregiudicati – sarà recuperato, comunque, a far data dal giorno dell'annullamento dell'atto.

Ma cosa accade ove il bene sia venuto meno ormai con definitività? Un risarcimento completo non è, in questo caso, ammissibile, giacché l'annullamento dell'atto potrebbe essere stato pronunciato – o comunque l'illegittimità accertata – anche solo per profili procedurali o in ogni caso formali (salvo quanto previsto dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990⁸⁶⁸). Oltre all'iniquità di questa soluzione⁸⁶⁹, essa sarebbe anche irrazionale, giacché porterebbe a considerare la lesione, una volta annullato il provvedimento, come arrecata a una sorta di diritto soggettivo 'riespanso': facendo così, per quanto velatamente, applicazione della teoria dell'affievolimento dei diritti in interessi legittimi.

⁸⁶⁶ Molto correttamente si è detto, di recente, che «le c.d. norme sull'azione non sono volte a disciplinare rapporti giuridici» (F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Milano, 2009, p. 241). Il rapporto è, a mio avviso, regolato dalla buona fede; le norme d'azione non ne costituiscono specificazione, ma vengono richiamate. Declina la buona fede, semmai, la norma che prevede un termine del procedimento e un dovere d'azione in capo alla p.a.

⁸⁶⁷ Ovviamente pieno sarà il risarcimento nel caso di lesioni per così dire accessorie (ove si ammetta che ricadano nella giurisdizione di legittimità).

⁸⁶⁸ Anche nei casi previsti da questa disposizione potrebbe residuare un diritto al risarcimento del danno; ne parlerò nel § 1 del Capitolo terzo.

⁸⁶⁹ E. FOLLIERI, *Risarcimento*, cit., p. 80, parlava di interessi «oltremodo protetti», con riferimento al caso di interesse oppositivo e provvedimento illegittimo non per vizi sostanziali. L'autore è tornato, più di recente, su questo tema (nel suo *La diversa tutela risarcitoria degli interessi legittimi oppositivi e pretensivi*, in *Urb. app.*, 2005, p. 919 ss.; v. pure anche ID., *Lo stato*, p. 74 ss.), ove ha ribadito la tesi secondo cui gli interessi oppositivi sarebbero pienamente (e 'oltremodo') protetti, a prescindere da qualsivoglia giudizio di reale spettanza (o comunque di possibile riedizione legittima del potere, giacché qui di spettanza di un nuovo bene non si può davvero parlare). Follieri ha escluso, di poi, che sia possibile esportare agli interessi oppositivi la logica sostanziale propria di quelli pretensivi, che supera ogni vizio formale o procedurale in nome della *chance* di acquisizione (o di mantenimento) del nuovo bene (dei vecchi beni); viceversa, ha additato come via potenzialmente da percorrere quella che considera risarcibile la lesione dell'interesse del privato al rispetto da parte della p.a. delle regole procedurali e formali (ma, a parte il fatto che non condivido la ricostruzione dell'interesse legittimo volta ad attrarre a sé questo interesse, mi pare alquanto dubbia la quantificabilità, in sede risarcitoria, di questo interesse), salvo poi sottolineare come questo interesse meramente procedimentale sia diverso dall'interesse legittimo, e che la violazione di quest'ultimo non può non comportare anche il risarcimento del bene della vita (non attribuito o asportato).

L'esito più logico⁸⁷⁰, allora, non può che essere quello di ammettere, in analogia a quanto dirò con riguardo agli interessi legittimi pretensivi, un accertamento della possibilità che avrebbe avuto la p.a., ove non avesse già portato a esecuzione il provvedimento, di provvedere nuovamente e finire, ancora, per asportare il bene⁸⁷¹; in

⁸⁷⁰ Ma non seguito dalla giurisprudenza (salvo sporadiche eccezioni: v. T.A.R. Lombardia-Brescia, 9 luglio 2007, n. 616). In dottrina hanno espresso dubbi per il risarcimento in ogni caso integrale C. GALLUCCI, voce *Responsabilità*, cit., p. 12; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione*, cit., c. 3205; A. ROMANO TASSONE, *I problemi*, cit., 58 ss. e 63 (che concludeva nel senso di ammettere il risarcimento anche per tutti i vizi solo formali rilevanti, avvertendo però della necessità di ridurre l'ambito dell'annullabilità nei corrispondenti casi – e, a valle, del risarcimento –: ciò che poi è in parte avvenuto con l'art. 21-*octies*, comma 2).

⁸⁷¹ La valutazione probabilistica evita gli esiti iniqui (per l'amministrazione) cui conduce la logica del risarcimento per intero, che in fin dei conti fa sì che il privato approfitti degli errori – magari solo formali – della p.a. Sul punto cfr. E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 115: «appare aberrante ... pensare che l'ordinamento crei un sistema di legalità degli atti amministrativi, e che poi l'interesse del singolo consista nella violazione della legalità da parte dei pubblici funzionari; così come non può ammettersi che il processo davanti al giudice amministrativo serva per approfittare degli errori dell'amministrazione» (nel ragionamento dell'autore, però, queste osservazioni erano funzionali a una ricostruzione dell'interesse legittimo diversa da quella che ho proposto). La ricostruzione che propongo, a ben vedere, non parte dall'idea che vi debba essere sempre una riedizione del potere e che solo in certi casi ciò sia precluso; piuttosto, trae spunto dalla risarcibilità intera del bene asportato e vi apporta una correzione (una diminuzione) in ragione della facoltà che la controparte avrebbe avuto (ipoteticamente) di pregiudicare lecitamente quel bene (il che non può avvenire se non dopo il processo: pur se anche questa scansione temporale sia, più che cronologica ed effettiva, solo ipotetica e prevista per finalità risarcitorie). Debbo anche avvertire che, a mio avviso, illegittimità formali e sostanziali hanno qui lo stesso peso: tutte comportano una lesione che imporrebbe, astrattamente, di restituire il bene e tutt'al più di esercitare in modo difforme il potere. Diverso l'esito, invece, ove si considerino lesioni formali che intervengono allorché (ossia in fasi del procedimento in cui) non vi è più alcuna discrezionalità: ma quest'ipotesi ricade nell'area disegnata dall'art. 21-*octies*, comma 2, prima parte, l. 241/1990. Diverso anche sarebbe l'esito, probabilmente, ove non si ragionasse come ho proposto, ma si calcolasse il risarcimento parametrando alla differenza tra la situazione attuale del soggetto leso e quella ipotetica in cui egli si sarebbe trovato ove il potere fosse stato esercitato in modo conforme a buona fede: vero è che anche diversi accorgimenti procedurali possono incidere sul tenore finale della decisione, però è anche vero che questo calcolo, calato nella concretezza storica del singolo procedimento, imporrebbe di considerare se in quel contesto quella determinata formalità avrebbe condotto a un provvedimento diverso, con scarse probabilità di riuscire nella prova (o comunque di ottenere il risarcimento di una *chance* non irrisoria). Questa modalità, effettivamente, potrebbe avere un significato se in tutti i casi di potere pubblico e di lesioni provvedimenti non fosse previsto anche l'annullamento dell'atto; ma, previsto questo, non può non adottarsi il diverso ragionamento di cui ho già detto. Tutt'al più si potrebbe procedere a calcolare le *chances*, anziché su tutto il procedimento, sulla base di quelle residue nella fase del procedimento in cui è avvenuta la lesione: con applicazione della *ratio* sottostante alla prima parte della disposizione versata nell'art. 21-*octies*, comma 2. Da quanto ho scritto consegua che non condivido la tesi (che ho a suo tempo esposto) di G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, p. 109 ss., e spec. p. 148 ss., secondo cui le norme formali non concorrerebbero alla definizione dell'interesse legittimo, mentre ben diverso ruolo avrebbero quelle sostanziali, idonee a definire la pretesa del privato (al provvedimento favorevole: che, per l'appunto, costituirebbe l'interesse legittimo). Questa teoria, a ben vedere, non tiene conto della specificità dell'interesse legittimo, che sta nel fatto di assicurare solo in modo eventuale un certo risultato, e non tiene conto soprattutto del fatto che una tale garanzia può ben transitare anche per momenti formali: d'altro canto, il rispetto degli oneri procedurali, in cui si esprime la «forma sensibile della funzione» (F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa*, cit., p. 129), non può non influire sul merito amministrativo (a prescindere da tutti i vizi sostanziali: per di più, si tratta di norme d'azione stabilite direttamente per l'amministrazione ma solo richiamate di riflesso dalla buona

questo caso, il risarcimento sarebbe parametrato alla *chance* di conservare il bene⁸⁷², oltre⁸⁷³ al valore del godimento del medesimo dal momento dell'atto lesivo a quello della fine dell'immaginario nuovo procedimento⁸⁷⁴ (sulla *chance* vedi estesamente oltre, il § 2 del Capitolo terzo). Si noti che, in tutti i casi, il risarcimento attiene non tanto al mero evento provvedimentoale, quanto alla sua esecuzione (o, come danno futuro⁸⁷⁵, alla sua certa esecuzione).

fede che protegge il privato). Il rischio, d'altro canto, è quello di dover postulare interessi (non legittimi ma) procedurali (v. A. ROMANO TASSONE, *I problemi*, cit., p. 77, che però li avvicina a veri e propri diritti; cfr. pure ID., voce *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., § 9), la cui lesione sia (volendo) autonomamente risarcibile, secondo parametri che rimarrebbero inevitabilmente di difficile individuazione (sugli interessi procedurali e sulla loro inesistenza ho già detto, nel § 5 del Capitolo secondo della Parte Prima).

⁸⁷² La risarcibilità degli interessi legittimi ha aumentato la tutela del privato quanto a quelli pretensivi, ma l'ha diminuita quanto a quelli protettivi (valga l'idea espressa in modo colorito da P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica [alla luce del codice del processo amministrativo]*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, § 6; tra l'altro, lo stesso potrebbe valere con riferimento all'elemento soggettivo, ove si accedesse alla teoria della responsabilità colposa, giacché nel tempo precedente al 1999 la giurisprudenza risarciva l'interesse pretensivo – attraverso l'*escamotage* della riespansione del diritto – indipendentemente dalla colpa: o, meglio, intendendola «ravvisabile nell'accertata illegittimità del provvedimento», secondo un orientamento consolidato – v. per la citazione Cass. civ., Sez. III, 9 giugno 1995, n. 6542). Alla mia tesi potrebbe opporsi che, in caso di interesse non pretensivo, la p.a. non ha l'obbligo di rinnovare il procedimento, e dunque il giudizio prognostico (o comunque probabilistico) non avrebbe senso alcuno. Tuttavia, la valutazione delle *chance* è legata a una dimensione di probabilità, che è intimamente fattuale e non giuridica, e quindi non risente del giudizio di obbligatorietà o meno di un'azione. Da un altro punto di vista, debbo osservare che il parametrare il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo alla *chance* non vuol affatto significare adesione alla teoria (di Sorace) secondo cui l'interesse legittimo è *chance* (o, per meglio dire, secondo cui «l'interesse sostanziale che è alla base dell'interesse legittimo consiste ... nella possibilità di conservare [nel caso di interessi oppositivi] o di acquisire [nel caso di interessi pretensivi] un bene). L'indicazione del *quantum*, infatti, prescinde dall'identificazione della nostra posizione giuridica: che, pur tutelando un interesse diverso (e per così dire 'pieno'), offre una garanzia limitata, per questo necessariamente ridotta alla *chance* allorché si tratti di conteggiare l'entità del risarcimento. V. anche G. FALCON, *Il giudice*, cit., nt. 48, che così si esprime: «intanto, a me sembra che l'interesse sostanziale non si riferisca alla possibilità di conservare o acquisire il bene ma direttamente alla conservazione e acquisizione, mentre la possibilità è ciò che l'ordinamento garantisce, e dunque il contenuto proprio della situazione giuridica soggettiva».

⁸⁷³ Ovvio che le spese processuali sarebbe comunque sempre a carico della p.a.

⁸⁷⁴ Il fatto è che, se l'annullamento fosse satisfattivo, come dovrebbe essere, il privato si troverebbe a godere nuovamente del bene, e chiederebbe il risarcimento solo per non aver disposto del bene nelle more del procedimento (risarcimento che dovrebbe commisurarsi all'intero pregiudizio arrecato). Ora, nel caso in cui l'annullamento non sia satisfattivo, a causa di un'azione amministrativa (o anche per altri eventi), non è possibile che al privato vengano assegnate utilità minori (rispetto a quelle di cui avrebbe disposto, ove esso fosse stato satisfattivo); ne consegue che egli dovrebbe disporre per intero delle somme relative al mancato godimento del bene per il periodo menzionato nel testo (eventualmente già coperte dal risarcimento del danno riferito al bene della vita finale, diminuito in ragione delle *chances* spettanti al singolo, in tanto in quanto comprensivo di interessi e rivalutazione).

⁸⁷⁵ Su cui v. C. SALVI, voce *Risarcimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1089 s.

Sempre il discorso relativo al *quantum* impone di soffermarsi sulla pregiudiziale amministrativa⁸⁷⁶, ove si manifesta un altro interessante problema (manterrò la denominazione di pregiudiziale amministrativa per comodità, nonostante oggi dovrebbe farsene a meno, come vedremo, o per lo meno parlarsi di ‘pregiudizialità debole’ o ‘attenuata’ come fa parte della dottrina⁸⁷⁷).

Non è il caso, qui, di ripercorrere la storia di questa figura, forgiata per esigenze pratiche di contenimento dei risarcimenti e per ragioni dogmatiche (non irresistibili).

Oggi il codice stesso, agli art. 30 e 124 (quest’ultimo con riguardo agli appalti pubblici), sancisce che il mancato esperimento delle tutele giudiziali può configurare un aggravamento del danno da porre a carico del ricorrente che chiede il risarcimento.

Delle due previsioni, la prima non richiama l’art. 1227, comma 2, c.c., pur rifacendosi a esso quasi letteralmente, mentre la seconda si riferisce genericamente all’art. 1227 c.c. L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, come noto, ha ritenuto

⁸⁷⁶ Sulla pregiudiziale amministrativa, prima dell’entrata in vigore del codice: A. DI MAJO, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a. La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 647 ss. (con interessanti spunti sulle regole di validità e di condotte, sulla buona fede *in contrabando*, e sul dolo incidente); C. GALLUCCI, voce *Responsabilità*, cit., p. 17 s.; F.G. SCOCA, *Piccola storia di un serrato ‘dialogo’ tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *www.giustamm.it* (anche con riferimenti alla scelta legislativa del 2011, con soluzione però tesa a favorire grandemente il cittadino: la mancata proposizione del rimedio specifico precluderebbe solo il risarcimento per i danni arrecati dalla scadenza del termine per l’impugnazione al giorno del ricorso; il privato potrebbe semplicemente diffidare la p.a.); R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 897 ss.; in sede monografica F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e processo*, Padova, 2007; v. poi anche A. TRAVI, *Questioni attuali di responsabilità dell’amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 661 ss.; M. ALLENA, *La pregiudizialità*, cit., p. 105 ss. Sulla ‘nuova’ pregiudiziale v. F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La ‘nuova’ responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 968 ss., specie i §§ 4-6; C. CASTRONOVO, *La ‘civiltizzazione’*, cit., p. 656 ss.; G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile*, cit., p. 834 ss.; G. CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 768 ss. (questi ultimi tre autori, a dire il vero, sostengono un’idea diversa dalla mia, che viceversa tende a coincidere con l’attuale orientamento giurisprudenziale; in particolare, l’ultimo tende a ritenere che corrisponda all’onere di diligenza richiesto dall’art. 30 cod. proc. amm. anche la richiesta del privato di annullare in autotutela l’atto: tanto più che, anche qualora egli decidesse di impugnare il provvedimento, la p.a. darebbe il più delle volte comunque esecuzione all’atto; tutto ciò è vero, però a mio avviso la disposizione, nel prevedere l’onere in parola, impone una condotta processuale solerte, ossia richiede di non attendere che si sia prodotto un danno per agire in giudizio, e chiedere che un giudice si pronunci sulla questione; ciò non toglie che il g.a. dovrà svolgere un attento sindacato, verificando se, con l’impugnazione tempestiva – e magari dotata di domanda cautelare – il privato avrebbe ottenuto subito giustizia, o si sarebbe comunque e inevitabilmente prodotto un danno).

⁸⁷⁷ A rigore, il nuovo art. 30, cod. proc. amm., ha dismesso la pregiudizialità tra azioni. Anzi, ne ha stabilito espressamente il concorso, pur mitigandolo sul piano sostanziale. La duplicità di azioni conferma il *trend* dell’ordinamento, di ammettere un cumulo di pretese o di rimedi, senza che ciò tocchi il principio di non contraddizione; e, di fatto, ciò può essere portato a ulteriore prova di quanto detto in tema di abuso e di quanto dirò sui vizi ‘incompleti’ del contratto. La stessa disposizione, poi, impone di considerare danno conseguenza, in quest’ambito, non tanto l’immediato sorgere di un’obbligazione o l’effetto immediatamente reale di un provvedimento (sfavorevole al privato), ma piuttosto l’esecuzione del provvedimento, come poc’anzi detto nel testo.

che il problema della pregiudizialità andasse risolto anche per il tempo precedente all'approvazione del codice tramite l'applicazione della previsione citata⁸⁷⁸. Dal canto suo, la Cassazione ancor oggi sembra voler evidenziare la disomogeneità tra la disposizione civilistica e i principi di diritto amministrativo⁸⁷⁹.

A mio avviso, si deve ritenere che il legislatore del codice processuale amministrativo abbia richiamato proprio l'art. 1227, comma 2, c.c., pur aggiungendo qualcosa a quanto predicabile in precedenza (in altri termini, la previsione dell'art. 30, e quella dell'art. 124, avrebbero una portata innovativa). In particolare, si è indirettamente sancita l'equiordinazione dei due rimedi⁸⁸⁰, la cui convergenza può realizzarsi solo sul piano sostanziale del *quantum* risarcitorio; dall'altro, si è esplicitamente sancito che un certo comportamento processualmente avveduto (anzitutto, l'esperimento dei rimedi in forma specifica; in secondo luogo, la loro attivazione in via cautelare) incarna un onere di diligenza – un obbligo verso il debitore, responsabile contrattualmente o extracontrattualmente, di rispetto del suo interesse legittimo⁸⁸¹ – cui è tenuto il creditore di un'obbligazione risarcitoria per i danni subiti⁸⁸².

⁸⁷⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

⁸⁷⁹ V. Cass. n. 21255/2013 (si tratta, come noto, della sentenza Cir-Fininvest: v. p. 103 s. del dattiloscritto, che proprio alla sentenza in parola, e allo scritto di G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile*, cit., p. 819 ss., pare fare riferimento).

⁸⁸⁰ Equiordinazione che, però, non esclude la priorità del rimedio specifico, sancita tramite la norma di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.

⁸⁸¹ Come avevo scritto nella Parte Prima, l'onere di cui all'art. 1227, comma 2, c.c. può intendersi come vera e propria declinazione dell'obbligo di buona fede di rispetto dell'interesse legittimo altrui, sorto in capo al debitore di un'obbligazione risarcitoria (o del futuro debitore di essa, in forza di un nesso di causalità materiale già sussistente). In questo senso, effettivamente, si potrebbe parlare di un 'abuso' del privato (ma non del processo!). Se è così, si comprende perché Cass. civ., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659, ritenesse che la pregiudizialità amministrativa, se ammessa, avrebbe rappresentato una forma di *Vervirkung*: quest'ultima, come ho a suo tempo scritto, altro non è che una forma di tutela dell'interesse legittimo del debitore (che, in larga parte delle sue applicazioni, applica la regola di buona fede che impedisce comportamenti contraddittori e che reprime il *venire contra factum proprium*).

⁸⁸² Già prima ho accennato che parte della dottrina tende invece a svalutare gli oneri del privato, al fine di tutelarli maggiormente. Senonché a me pare proprio che il legislatore abbia imposto un onere processuale, da cui il privato va esente solo se di fatto inutile, o esorbitante. D'altro canto, il fatto che il provvedimento muti di per sé la realtà giuridica consente già di prevedere quali saranno i danni-conseguenza cui probabilmente si va incontro; e, allora, il privato dovrà darsi cura di promuovere il prima possibile l'accertamento giudiziale. Quello che la nuova norma, cioè, ha detto, e che non era ricavabile dall'art. 1227, comma 2, c.c., è proprio che il danno-evento si considera, più che come un fatto ancora nella disponibilità della p.a. (che può annullare, revocare, non eseguire, ...), come un dato oggettivo ormai prodotto, che impone al privato un'adeguata reazione. Ciò, comunque, non si traduce nell'onere per il privato di evitare i 'danni delle casse erariali'; egli deve evitare i 'suoi' danni (conseguenza). Si pensi all'ipotesi in cui la p.a. provveda a requisire un bene che, per cause naturali, perisce, prima della scadenza del termine per l'impugnazione. Se il provvedimento non era ancora stato eseguito, allora il privato non potrà dolersi di nulla, giacché ancora non si era prodotto un danno (conseguenza). Nel caso contrario, egli potrà agire – senza violare il precetto dell'art. 1227, comma 2, c.c. – tanto per il risarcimento, quanto per l'annullamento (chiedendo poi, al g.o., l'applicazione dell'art.

Il dubbio, a dire il vero, in parte permane: ci si potrebbe domandare se la previsione sia di per sé volta a creare una graduatoria tra rimedi, o a indicare che ciò che l'uno fornisce in termini di tutela non può essere attribuito dall'altro, o se davvero stabilisca un onere di diritto sostanziale. Quest'ultima, probabilmente, è la migliore interpretazione⁸⁸³: giacché altrimenti bisognerebbe ritenere che la previsione in parola abbia la forza di qualificare come tutela necessariamente in forma specifica anche quella forma di tutela risarcitoria che non avrebbe avuto bisogno di essere attivata, ove fosse stato esperito il primo e diverso rimedio. Ciò che non può essere: la tutela risarcitoria, anche ove si sovrapponga a forme di protezione diverse, non cambia la sua natura. D'altro canto, la tesi dell'onere sostanziale permette di ottenere una certa flessibilità⁸⁸⁴, consentendo al privato di agire solo in forma risarcitoria quando è inutile un rimedio specifico, e comunque di chiedere la condanna al risarcimento per i profili che non sarebbero stati coperti dal rimedio specifico.

Ma non è tutto: questa disposizione, oltre a chiarire i termini del problema nei modi indicati, ampliando tra l'altro l'estensione degli oneri del danneggiato, la diversità tra il rimedio specifico dell'annullamento e quello generico del risarcimento del danno, precludendo la via, tra l'altro, a chi avesse inteso domandare la caducazione del provvedimento in sede di risarcimento in forma specifica⁸⁸⁵. Quest'esito, comunque,

2037 c.c. – o forse pure al g.a., essendo una domanda strettamente connessa; di sicuro non al g.o. con disapplicazione del provvedimento, essendo questo un caso di 'disapplicazione in via principale': così, invece, Cass. civ., Sez. III, 29 febbraio 2008, n. 5520 –). Anche se, facendo valere quest'ultima pretesa, il danno risarcibile fosse minore, ciò non toglie che il cittadino ha la scelta del titolo: non esiste una 'pregiudizialità forte', ma solo la necessità di impedire che il danno evento produca un (ulteriore) danno conseguenza. Il regime delle restituzioni derivanti da annullamento del provvedimento non è stato studiato a fondo, nelle sue intersezioni con il diritto civile; con riguardo alla tematica (però parzialmente diversa) del contratto d'appalto cfr. P. POZZANI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed il regime delle prestazioni già eseguite nella disciplina degli appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*.

⁸⁸³ Tuttavia, non mi pare colga nel segno l'idea (sostenuta ad esempio da G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile*, cit., § 4) secondo cui l'onere di diligenza dovrebbe parametrarsi anche alla 'debolezza' tipica del soggetto amministrato verso la p.a. Oltre all'inopportunità di creare nuove regole di paternalismo giuridico, mi sembra infatti che sia più aderente all'idea del legislatore ritenere che il privato debba esperire tutti gli strumenti di tutela in forma specifica che non appaiono da un canto inutili e dall'altro esorbitanti: il tutto a prescindere dalle sue conoscenze specifiche, trattandosi qui di una regola oggettiva, che nulla ha a che fare con un affidamento soggettivo.

⁸⁸⁴ Come nel caso deciso da Cass. civ., Sez. III, 18 dicembre 2012, n. 23316 su cui si sofferma F.P. PATTI, *Il rifiuto dell'offerta parziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo risarcitorio*, in *NGCC*, 2013, I, p. 620 ss.

⁸⁸⁵ Sul risarcimento in forma specifica, in generale, v. Salv. ROMANO, *Il così detto risarcimento del danno in forma specifica*, Perugia, 1929, p. 5 ss.; L. NIVARRA, *Il risarcimento*, cit., p. 669 ss.; G. CIAN, *Riflessioni*, cit., p. 753 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 267 ss.; M. FRANZONI, sub *art. 2058 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 1079 ss.; ID., *Il danno risarcibile*, II², cit., p. 241 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere*, cit., p. 105 ss.; A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002; ID., sub *art. 2058 c.c.*, cit., p. 609 ss.; G. CARADONNA, *Risarcimento in forma specifica e per equivalente*, in *Contr.*, 2013, p. 449 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica, oggi in Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, spec. p. 270 s.; M.R. MARELLA, *La riparazione in natura o in forma specifica*, cit., p. 184 ss.; A. MONTANARI, *Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività*

potrebbe già dirsi immanente al sistema – a prescindere dal fatto che esso conoscesse un onere di diligenza, quale quello oggi previsto *ex lege* –; infatti, è la stessa distinzione tra norme di validità e norme di comportamento⁸⁸⁶ a precludere, a chi non agisce deducendo un’invalidità, un risarcimento in forma specifica, giacché altrimenti si aggirerebbero i limiti previsti dal sistema delle invalidità (il quale non è etero-integrabile tramite un’interpretazione analogica volta a conferire nuovi rimedi specifici, allorché non sussistano lacune; non è superabile, tramite la concessione di azioni *ex art.* 2058, comma 2, c.c., qualora intenzionalmente il legislatore non abbia predisposto rimedi specifici; e, in ultimo, non può accettare lo slittamento tra rimedio specifico e risarcitorio, tanto ove il primo sia ammesso – e dovrà essere esperito – quanto ove non lo sia più per scadenza di termini o altro – e allora sarà ammissibile solo un normale risarcimento, eventualmente con i limiti dell’art. 1227, comma 2, c.c. –⁸⁸⁷).

La menzione dell’art. 2058 c.c. nell’art. 30, cod. proc. amm., infine, sta semmai⁸⁸⁸ a significare che il risarcimento per equivalente, entro i limiti in cui può essere

di compensazione del danno, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 505 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 903 ss. Non molto dissimile da quello che mi pongo nel testo è il problema della possibilità di agire *ex art.* 2058 c.c. di fronte a un inadempimento, e per lo stesso ottenimento della prestazione: in linea generale, come ho già detto a suo tempo (seppur contrariamente all’opinione di Castronovo), il risarcimento in forma specifica non coincide con l’azione di adempimento; inoltre, si può affermare che, essendo l’azione di adempimento sempre prioritaria rispetto alla domanda di risarcimento (anche di questo ho già parlato), la prima non è surrogabile con la richiesta di risarcimento in forma specifica (giacché, finché vi è la prima, non vi è la seconda, e quando manca la prima, anche la seconda appare materialmente interdetta: salvi i casi di risarcimento in forma specifica contrattuale, su cui v. sempre *supra*, che attengono però ad altri profili). Di recente sul punto v. G. AMADIO, *Azione di adempimento*, cit., p. 69 ss.

⁸⁸⁶ La quale, secondo V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., p. 101, richiederebbero anche l’applicazione dell’art. 1227, comma 2, c.c., nel senso di cui al testo (quale residuo attuale della sussidiarietà dell’*actio de dolo*). Su questi temi v. comunque *infra*, il § 5 del Capitolo secondo.

⁸⁸⁷ La priorità del rimedio specifico e l’impossibilità di aggirarne l’impraticabilità, per decorso dei termini, sono state riconosciute dalla giurisprudenza anche in merito all’azione di spoglio e ai suoi rapporti con il risarcimento del danno in forma specifica. La *ratio* non è dissimile da quella di cui al testo. Cfr. Cass. civ., Sez. II, 14 gennaio 2013, n. 705, con nota di F. BOTTONI, *Tutela della proprietà, cumulo di rimedi e tramonto dell’occupazione appropriativa*, in *NGCC*, 2013, I, p. 736 ss. (*contra*, però, Cass. civ., Sez. II, 16 marzo 1988, n. 2472, con nota di L. NIVARRA, *La tutela possessoria inespugnabile ed il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Giur. it.*, 1989, I-1, c. 509 ss.). In generale, sui rapporti tra tutela del possesso e art. 2058 c.c., v. R. SACCO-R. CATERINA, *Il possesso*³, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, p. 360 ss.

⁸⁸⁸ Non si può dimenticare che un importante movimento di pensiero, sorto prima dell’approvazione del codice del processo amministrativo (e, probabilmente, per sopperire a una certa difettosità delle azioni esperibili), si era spinto a forzare le maglie del risarcimento in forma specifica (previsto dall’art. 35 del d.lgs. 80/1998; v. pure l’art. 7, comma 3, l. 1034/1971, come modificato dall’art. 7, comma 4, l. 205/2000), onde consentire al giudice amministrativo di condannare la p.a. a emettere un provvedimento (pur, normalmente, richiedendosi che l’esperimento dell’azione risarcitoria si accompagnasse a quello della domanda demolitoria; si trattava, come si sarà inteso, di problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi pretensivi; se ne parlo ora, però, è per ragioni di connessione con il tema che vado svolgendo). Ciò è sicuramente inammissibile, giacché l’adozione del provvedimento – *rectius*, la mancata adozione – riguarda un danno a venire, e non uno già sorto (risarcibile di norma solo per equivalente). Il risarcimento in forma specifica, in quest’ottica, assomiglierebbe più a un’inibitoria (secondo gli auspici, come prima detto, di Libertini), se non a una

concesso, può essere sostituito da quello in forma specifica⁸⁸⁹ (si pensi a una p.a. che, nell'esercizio del tutto illegittimo del potere ablatorio, distrugga un bene, di cui dispone

pronuncia di condanna (con accavallamento dei due concetti, in modo non troppo distante da quanto non avvenga nella teoria succitata di Castronovo), finendo per snaturarsi. In realtà, l'orientamento in esame avrebbe avuto buone ragioni per essere accolto, se avesse predicato il *necessario* esperimento della domanda di risarcimento a termine per l'impugnazione ormai decorso: così, al di fuori dalla possibilità di ottenere un giudicato (e un corrispondente effetto conformativo), il ricorrente avrebbe avuto modo di richiedere un risarcimento, pure in forma specifica. A ciò però si sarebbe potuto opporre quanto ho scritto nel testo: e, cioè, che la funzione dei rimedi specifici non è surrogabile, una volta decorso il termine per la loro attivazione, tramite un risarcimento in forma specifica (che deve ritenersi precluso: non perché 'impossibile' ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c. – come non lo è quello richiesto al secondo acquirente-primario trascrivente in caso di doppia alienazione immobiliare –, ma perché contrario alla *ratio* del sistema). Dunque, al giudice si sarebbe potuto domandare non di concedere un provvedimento come quello auspicato (o il bene della vita finale), ma solo qualcosa di equipollente: tuttavia, così facendo, il risarcimento in forma specifica avrebbe di nuovo perso la sua esatta conformazione (finendo per tendere a un risultato 'simile' a quello avuto di mira). In realtà, queste considerazioni permettono di toccare con mano, oltre a una certa confusione in punto di rimedi avvertita nella dottrina amministrativistica (in realtà motivata da esigenze di effettività della tutela), la natura intimamente 'satisfattoria' (se così si può dire) del risarcimento per lesione di interessi legittimi *pretensivi*. Del resto, esportando il discorso appena compiuto agli interessi protettivi, facile sarebbe avvedersi del fatto che il risarcimento in forma specifico replicherebbe di fatto l'annullamento (viceversa, esso sarebbe probabilmente domandabile, oggi nei limiti della pregiudizialità debole, se avesse come fine la reintegrazione fattuale – ad esempio, avvenuta una confisca e la successiva distruzione del bene, il privato potrebbe chiedere di ottenere un altro identico –). La bibliografia sul punto è sterminata: F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, spec. p. 61 ss.; P. VIRGA, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 322 ss.; A. TOMASSETTI, *Lesione dell'interesse legittimo e reintegrazione in forma specifica*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2002, p. 1834 ss.; C. IANONE, *Reintegrazione in forma specifica e aggiudicazioni sostitutive*, in *Urb. app.*, 2002, p. 1456 ss.; F. LIGUORI, *Il giudice amministrativo e la reintegrazione in forma specifica*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2002, p. 2745 ss.; R. CHIEPPA, *La reintegrazione in forma specifica nel diritto amministrativo: tutela risarcitoria o azione di adempimento?*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 3 ss.; A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 222 ss.; M. MONTANARI, *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo, nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 354 ss.; S.R. MASERA, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 236 ss.; L. CIMELLARO, *Alcune note in tema di reintegrazione in forma specifica nel giudizio amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 831 ss.; F. LIGUORI, *Effetto conformativo e reintegrazione in forma specifica. È possibile il risarcimento in natura per gli interessi pretensivi?*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 463 ss.; M. CARRÀ, *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento in forma specifica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 783 ss.; L. GAROFALO, *La responsabilità*, cit., p. 1 ss.; M.L. MADDALENA, *La Plenaria individua il giudice competente sulla domanda risarcitoria ma tace sulla reintegrazione in forma specifica*, in *Corr. mer.*, 2005, p. 364 ss.; A. TOMASSETTI, *La tutela reintegratoria dell'interesse legittimo: un possibile confronto con il possesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 158 ss. (vieppiù interessante, in quanto riprende i temi della tutela del possesso, cui avevo dedicato l'ultima nota); G. AURELIANO, *Il rinnovo della gara come risarcimento in forma specifica?*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 891 ss.; G. GUIDARELLI, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 644 ss.; A. GIUFFRIDA, *La reintegrazione in forma specifica amministrativa: spunti critici e problematici*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2007, p. 1369 ss.; C. CICERO-N. ORTU, *Annullamento dell'aggiudicazione e risarcimento in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 985 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 291 ss.; A. D'ADDA, *sub art. 2058 c.c.*, cit., p. 628 ss.; F.P. PATTI, *Il rifiuto*, cit., p. 620 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 810 s. Tra le tante decisioni, in giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716.

⁸⁸⁹ Come nota F. CORTESE, *Dal danno*, cit., § 5, nemmeno gli artt. 122 e 124 cod. proc. amm. legittimano una diversa interpretazione, trattandosi di forma di tutela davvero specifiche (e non risarcitorie).

però notevoli scorte inutilizzate: potrà, allora, e con il consenso del danneggiato, risarcire in forma specifica il danno). Esso non potrà mai, però, sostituirsi a un rimedio specifico: anzitutto, per la priorità positiva del medesimo, una volta che sia sancito legislativamente; in secondo luogo, per la preminenza logica dello stesso, ogni qual volta (come normalmente accade, del resto) esso abbia connotati restitutori o addirittura reali di cui il rimedio riparatorio – qual è anche quello *ex art.* 2058 c.c. – è sicuramente privo⁸⁹⁰.

Con riferimento alla colpa⁸⁹¹, la ricostruzione proposta tende ad affrancarsene, per lo meno ove si segua l'idea – che condivido – secondo cui la responsabilità *ex art.* 1218 c.c., qui applicata pur con i necessari accorgimenti volti a renderla compatibile con le peculiarità degli interessi legittimi, non è colposa. L'irrilevanza della colpa,

⁸⁹⁰ La ragione di questo principio sta nella priorità, sancita dal legislatore, del rimedio specifico; essa, tra l'altro, non è peculiare del nostro settore. Basti pensare, infatti, a quanto avviene nell'ambito dell'adempimento dell'obbligazione, ove il rimedio specifico è (temporalmente) prioritario rispetto a quello del risarcimento (ma, là, il discrimine si fonda sul concetto di impossibilità sopravvenuta, eventualmente anche per il venir meno dell'interesse del creditore), e soprattutto al caso, discusso in giurisprudenza, della lesione del possesso (v. *supra*). D'altro canto, v'è anche da sottolineare che va dimostrato il potere del giudice di adottare sentenze costitutive in sede di risarcimento in forma specifica. Inoltre, sarebbe dubbia la loro efficacia quanto ad effetto conformativo (e rivolto *pro futuro*): il che ben si coglie riflettendo in merito agli interessi pretensivi pubblici (che, come vedremo, sono del tipo 'positivi'). Effettivamente, il risarcimento del danno – anche in forma specifica, nonostante un'autorevole opinione contraria (quella di Libertini) – deve intendersi sempre rivolto al passato, essendo privo di ogni funzione inibitoria; allo stesso modo avverrebbe in sede di riparazione di un interesse legittimo. Per cui, non si vede come l'annullamento del provvedimento possa compensare una lesione, se è vero che esso né darebbe il bene finale, né obbligherebbe la p.a. a conformarsi al giudizio caducatorio (di per sé privo di efficacia conformativa e/o inibitoria). Inoltre, è diffusa opinione che il risarcimento in forma specifica, per quanto si avvicini ai rimedi restitutori, resti una forma di riparazione (in giurisprudenza v. la già mentovata decisione di Cassazione n. 21255/2013; per una rassegna delle opinioni della dottrina v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, p. 264 ss.; difende questo carattere, oltre al Salvi, citato *infra*, anche R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento*, cit., p. 270 s.; per M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, *passim*, si tratta invece di una misura a carattere 'misto' – indicazione che segue anche il di Majo –; molto nota è anche la ricostruzione di M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere*, cit., p. 85 ss., cui ho già accennato); seguendo quest'idea, una parte della dottrina ritiene che il giudice, chiamato ad accordare un risarcimento in forma specifica, non possa concedere l'annullamento del provvedimento (il riferimento, in realtà, è ai «provvedimenti soddisfatti per il ricorrente»), giacché, così facendo, non si limiterebbe ad assegnare alla vittima «utilità diverse ... rispetto a quelle perdute», ma ristabilirebbe «le medesime condizioni (di fatto e di diritto) che caratterizzavano la situazione del soggetto, preesistente alla lesione» (così C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 247 e 269): in altri termini, si tradurrebbe un rimedio riparatorio in uno davvero specifico (sia perché meno generico rispetto a quello risarcitorio, residuale; sia perché partecipe di una natura reale, ossia di regola proprietaria).

⁸⁹¹ V.: F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo*, cit., p. 211 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento*, cit., p. 157 ss.; C. GALLUCCI, voce *Responsabilità*, cit., p. 13 s.; F. BARRA CARACCILOLO, *L'azione risarcitoria nel processo amministrativo e i principi di diritto comune*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 753 ss. (spec. i §§ 2a e 2b); C. CASTRONOVO, *La 'civiltà'*, cit., p. 650 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 67 ss.; R. CARANTA, *Antigiuridicità e colpa nella responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2003, p. 194 ss. In giurisprudenza v. in particolare Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521; Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5160; Cons. Stato, Sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3727; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32.

tuttavia, non esclude, da un lato, il fatto che talune violazioni non provvedimentali possano assomigliare ad obbligazioni di mezzi, piuttosto che di risultato; dall'altro, che la p.a. vada esente da responsabilità allorché il danno non le è comunque imputabile⁸⁹². In particolare si tratterà dei casi in cui l'illegittimità provvedimentale non è causata dall'amministrazione stessa, o comunque delle ipotesi in cui il mancato rispetto della normativa d'azione, richiamata dalla buona fede, non è imputabile alla p.a. medesima: per esempio, allorché, in un procedimento, il privato abbia prodotto certificazioni, pur formalmente ineccepibili, ma ottenute irregolarmente.

Viceversa, è possibile immaginare – in talune ipotesi – che la p.a. non sia onerata di compiere un'attività diligente (a somiglianza di un'obbligazione di mezzi), ma che debba procurare un vero e proprio risultato (in altri termini, il rispetto della buona fede si atteggerà a risultato), e che il titolo di imputazione non sia il *casus* come impossibilità non dovuta a *culpa*, ma sia una responsabilità oggettiva (per intenderci, come avviene nelle obbligazioni *ex recepto*).

Di norma, mi sembra che la p.a. sia tenuta davvero solo a fornire dei mezzi: tra i quali, del resto, non rientra nemmeno l'interpretazione corretta di norme oscure. Ove, però, il contenuto del 'dovere legittimo' cambi, e anche il titolo di imputazione muti, la responsabilità sarà più stringente. Il che potrebbe apparire ultroneo, ma non lo è: proprio questa differenza di regimi consente di spiegare perché, oggi, in alcuni settori la responsabilità della p.a. sia di fatto oggettiva: così, in particolare, nell'ambito degli appalti pubblici, in base ai principi espressi dalla sentenza *Stadt Graz* della Corte di Giustizia⁸⁹³.

⁸⁹² Il che avverrà ove la p.a. riesca a dare la prova liberatoria di cui all'art. 1218 c.c. E ciò potrebbe avvenire anche là dove la p.a. non fosse in condizioni di esercitare legittimamente il suo potere, ad esempio per la totale oscurità del testo legislativo, o per la sussistenza di indirizzi giurisprudenziali contrastanti (mentre la p.a. non potrebbe addurre, come può è stato ipotizzato, di aver rispettato le regole interne di organizzazione). Si badi: ciò non vuol dire rendere 'immune' la p.a. Potrebbe venire il dubbio che questo sia un regime di favore previsto proprio a vantaggio dell'amministrazione: là dove, solitamente, la violazione di legge rappresenta proprio uno dei casi di colpa (assieme a imprudenza, negligenza e imperizia). Quest'osservazione non sarebbe esatta: la p.a., infatti, deve rispettare la buona fede, la quale impone di compiere un'attività conforme alla legge. Quest'ultima, dunque, è oggetto di un richiamo di secondo grado. Ma non è tutto: v'è anche da dire che la p.a. non è 'libera' di esercitare il potere. La situazione di dovere declassa la regola di buona fede, che finisce per stabilire dei mezzi, anziché imporre un risultato (ne parlo a breve, nel § 7, in nota). Già L. MONTESANO, *Osservazioni sul tema: ammissibilità del risarcimento danni patrimoniali derivanti da lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 246, notava come il risarcimento del danno, ove all'epoca accordato, per atti illegittimi pareva prescindere da dolo o colpa; le giustificazioni addotte nelle sentenze (secondo cui «la colpa dell'amministrazione è dimostrata senz'altro dall'aver essa violato le norme 'di azione' o dall'aver essa 'voluto' l'atto lesivo», oppure in virtù delle quali la responsabilità andava svincolata dalla colpa e collegata «alla mera illegittimità») non erano condivisibili.

⁸⁹³ Su cui cfr. R. CARANTA, *Diritto UE e diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 969 ss., spec. il § 3; C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, p. 3015 ss.; A. VETRO, *Il requisito della colpa della pubblica amministrazione per violazioni del diritto*

Un'ultima precisazione mi sembra utile. Quello che va sotto il nome di 'affievolimento' del diritto dinnanzi al potere della p.a. – costruzione logica funzionale, al suo sorgere, a distinguere le giurisdizioni⁸⁹⁴ – costituisce, come ormai da tempo notato⁸⁹⁵, un'idea del tutto infondata⁸⁹⁶. Nessun diritto può affievolirsi, infatti: semplicemente, la p.a. dispone di poteri di mutare la sfera giuridica altrui che, in quanto tali, non sono limitati dai diritti della controparte (né l'attività, attraverso cui essi sono esercitati, può mai dirsi illecita per lesione di codesti diritti, giacché nei loro confronti è sicuramente scriminata⁸⁹⁷). Viceversa, può ritenersi che la p.a. incontri dei

comunitario, secondo la sentenza n. 482/2012 del Consiglio di Stato, in *www.lexitalia.it*. V. pure Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833.

⁸⁹⁴ Cfr. F. LEDDA, *Il rifiuto*, cit., p. 48 s., testo e nt. 49; G. MIELE, *Questioni*, cit., p. 49; E. CANNADA-BARTOLI, voce *Affievolimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, §§ 1 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, cit., p. 270 ss.; E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 136; F.G. SCOCA, *La teoria*, cit., *passim*.

⁸⁹⁵ V. E. CASETTA, *Manuale*⁹, cit., p. 308 ss.; cfr. pure G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1993, p. 61, ove si parla del diverso principio di relatività delle situazioni giuridiche, oltre ad A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 33 ss., e a F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 562 ss. e 582 ss. V. anche M.S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, cit., § 6, «la protezione accordata all'interesse legittimo non ha bisogno della giustificazione offerta dalla dottrina del diritto soggettivo (come) presupposto (di qualificazione dell'interesse protetto): non si nega che l'interesse della vita al quale si riferisce l'interesse legittimo possa essere legato da vari nessi di interconnessione a beni od interessi, sotto altri profili, protetti nella forma del diritto soggettivo, pubblico o privato; ma la considerazione di questo aspetto del problema serve (solo) a spiegare perché l'interesse legittimo va costruito come una situazione sostanziale, non anche a capire la ragione per la quale questa figura di qualificazione si atteggia – nel modo descritto – come termine correlato di riferimento del potere (sostanziale) dell'amministrazione di disposizione del rapporto con l'amministrato».

⁸⁹⁶ D'altronde, l'idea dell'affievolimento è di certo plasticamente idonea a chiarire certi fenomeni (per esempio, il caso di esproprio da parte della p.a.), ma nulla dice in merito ad altri. Si pensi al caso in cui un soggetto aspiri a che la p.a. non dia esito positivo al procedimento, avviato da un soggetto concorrente (un farmacista che vorrebbe spostare la sua attività in un Comune diverso): egli dispone di un interesse oppositivo (cfr. E. FOLLIERI, *Risarcimento*, cit., p. 74), ma di certo non godeva di alcun diritto (di esclusiva? di libertà economica?) che viene leso. Il suo era un mero interesse. Ciò dimostra, ancora una volta, che l'interesse legittimo offre una protezione *maggiore*, e non *minore* rispetto a quella assicurata ai singoli diritti (rilevanti solo *ex art.* 2043 c.c.)! Idee in parte analoghe sono alla base del contributo di G. VIRGA, *Interessi legittimi e diritti soggettivi: una distinzione ancora utile per conseguire una maggiore tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 541 ss. V. pure F. BASSI, *Interesse legittimo*, cit., p. 196 s., e S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante*, cit., p. 113 (per l'osservazione secondo cui «malgrado quello che tuttora pensano alcuni civilisti incolti l'interesse legittimo è certo un 'diverso' rispetto al diritto soggettivo ma non è un *minus*; semmai è un *maius*).

⁸⁹⁷ A voler ritenere diversamente, bisognerebbe concludere nel senso che il titolare del diritto, o del diverso interesse, pregiudicato dall'esercizio del potere possa agire in giudizio anche in via extracontrattuale (e dinnanzi al g.o.), oltre che per il risarcimento dell'interesse legittimo. Ma questo è sicuramente escluso nel nostro ordinamento. Salvo, viceversa, non voler ritenere che codesto interesse protetto a livello extracontrattuale non sia altro che l'interesse legittimo (così recuperando un'ottica vicina a quella della scuola pisana), leso da un esercizio del potere scorretto: ma, allora, oltre a venire meno l'autonomia concettuale (e il valore sostanziale) della nostra posizione giuridica, risulterebbe assai arduo spiegare come possa originarsi un potere di annullamento dell'atto illegittimo (a tacer d'altro: diverrebbe difficile comprendere quando nasce un interesse legittimo; cosa esso protegge; che rapporto vi sia tra quello protettivo e quello pretensivo, e via dicendo). Senza dire, poi, che la tesi in parola

limiti di tipo diverso: per l'appunto, quelli recati nell'interesse legittimo (e, di fronte a questi, non vale alcuna scriminante⁸⁹⁸). Ma, allora, se ne deve trarre la preferibilità per la tesi della relatività delle situazioni giuridiche: il privato di fronte alla p.a. dispone di certo di diritti, ma non può attivarli⁸⁹⁹ per lamentarsi di alcunché, in tanto in quanto il comportamento dell'amministrazione, almeno di norma⁹⁰⁰, non li viola. Egli potrà invece invocare la lesione di suoi interessi legittimi: il che veicolerà, tra l'altro, la risarcibilità di danni meramente patrimoniali, quale quello arrecato dal ritardo nel provvedere.

finirebbe per rendere 'legittimo', più che un interesse a un certo bene finale, lo stesso interesse a godere di certi beni già facenti parte del patrimonio del soggetto tutelato: il che, tra l'altro, varrebbe solo per gli interessi protettivi (ché nemmeno la teorica dell'affidamento quale 'interesse già sussistente nel patrimonio' consente di superare l'obiezione, per cui, se così davvero fosse, il risarcimento dovrebbe essere parametrato a un interesse negativo), e confonderebbe il requisito della qualificazione e l'interesse protetto. Che dire, poi, dei casi – meno ovvi – in cui il titolare di un interesse oppositivo non è il titolare di un diritto (ad esempio, l'espropriato), ma semplicemente un soggetto che vede altrimenti qualificata la sua posizione di interesse legittimo (ad esempio, il vicino di casa rispetto alla richiesta di un permesso di costruire): questo caso, palesemente, ripropone in tutta la loro vastità i problemi del danno da mera perdita patrimoniale, oltre a far emergere le contraddizioni insite in questa tesi, palesi allorché la p.a. non tanto viola l'interesse in parola (ammettendo che lo si voglia riconoscere), ma semplicemente si pronuncia in ritardo (dovrebbe, allora, postularsi la rilevanza di un diverso interesse, quello 'al tempo', e costruire attorno a esso un ulteriore interesse legittimo, con una moltiplicazione che ricorda quella tra interesse legittimo e interessi procedurali, ma che è insostenibile, violando il rasoio di Occam e soprattutto non permettendo di comprendere, di nuovo, qual è l'interesse legittimo che conferisce i poteri di annullamento). Su tutto questo, a dire il vero, mi ero già espresso a suo tempo, allorché avevo manifestato adesione per una ricostruzione dell'art. 2043 c.c. quale norma secondaria. D'altro canto – recupero qui alcuni spunti su cui mi ero soffermato trattando dell'abuso del diritto – non può nemmeno obiettarsi che, nel caso in esame, vi sarebbero due situazioni giuridiche contrastanti (potere e diritto), o comunque due interessi protetti contrastanti, da soppesare secondo la teorica dell'abuso del diritto. Sarebbe falsa, in tal caso, la premessa: di fronte al potere della p.a. non vi è interesse privato protetto (diverso dall'interesse legittimo), nemmeno *ex art. 2043 c.c.* L'attribuzione del potere, infatti, esclude di per sé stessa la permanenza (della tutela) di una posizione, in capo alla controparte, che possa essere opposta al titolare del potere stesso; la protezione di chi versa in stato di soggezione, viceversa, è affidata all'interesse legittimo che contestualmente sorge. Del resto, si tratta qui di un rapporto giuridico, dove la prevalenza di un interesse sull'altro è disposta dal legislatore (con la previsione del potere), e dove la tutela della controparte si muove su un piano diverso, sfalsato, che coincide con un diverso rapporto giuridico. Ovviamente, mi riferisco qui ai soli atti di esercizio del potere; non è a mio avviso invece esclusa una tutela aquiliana, in concorso con quella propria dell'interesse legittimo, per tutti i casi (o almeno per molti dei casi) di lesioni non provvedimentali (che, pur rappresentando illeciti connessi con l'esercizio del diritto, non ricadono nel concetto stretto di esercizio del medesimo, valevole per l'operatività della scriminante in questione o quanto meno per il bilanciamento tra diritti). Ciò non toglie che, spesso, la tutela aquiliana in parola non sarà ammessa, giacché si stenterà a trovare un danno ingiusto.

⁸⁹⁸ Lo notava già A.M. SANDULLI, *Note problematiche*, cit., p. 289. V. pure G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998, p. 23 (che però collega l'esimente dell'esercizio del diritto alla 'legittimità' dell'esercizio del potere).

⁸⁹⁹ Nemmeno, come detto, per superare l'esimente dell'esercizio del diritto (qui: potere).

⁹⁰⁰ Di regola: mai l'attività provvedimentale; solo se sussiste un diritto nel caso di attività non provvedimentale (ma pur sempre occasionata dall'esercizio del diritto o con questo connessa, tanto che varrà la protezione dell'interesse legittimo).

Da quanto ho scritto si trae un'ulteriore comprova di quanto ho scritto *supra*, parlando di abuso: d'altro canto, quello che andiamo considerando altro non è che un caso specifico di abuso di un potere.

In ogni caso, la stessa limitazione della risarcibilità al solo interesse legittimo violato non vale quando la lesione non sia strettamente provvedimentoale. In tali casi, in cui la p.a. risponde nella sua veste di titolare del potere amministrativo (di uno specifico potere, giacché il procedimento sarà già iniziato), il privato potrà dolersi dei danni arrecati dall'amministrazione tanto azionando l'interesse legittimo, quanto facendo valere singoli interessi altrimenti protetti. Il fatto è, però, che spesso tali interessi non sussistono: e, così, il danno si attegga spesso a meramente patrimoniale, e l'unico mezzo per ottenere ristoro è agire dinnanzi al g.a. per la tutela (solo risarcitoria) del nostro interesse legittimo.

Il che, tra l'altro, permette di riconsiderare il noto tema della contrapposizione tra norme di azione e di relazione (tema 'antico'⁹⁰¹, che è stato però spesso ripreso⁹⁰², anche di recente⁹⁰³): in realtà, le prime non attengono all'interesse legittimo perché disciplinano un'azione della p.a., ossia le modalità di esercizio di un potere; le altre, invece, riguardano (solo, o anche) diritti, giacché gli interessi del privato sono tutelati, al di fuori dell'interesse legittimo, come diritti o come interessi altrimenti protetti (non essendo contrapposti a un potere attribuito da una norma).

Queste osservazioni non contraddicono quanto la dottrina classica⁹⁰⁴ osservava, ossia che la violazione delle norme di azione concreta di norma lesione di un interesse

⁹⁰¹ La sua collocazione sistematica si deve soprattutto E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali*, cit., *passim*.

⁹⁰² A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa*, cit., p. 146 s., secondo cui l'interesse legittimo è «situazione giuridica sostanziale» in cui «un interesse del privato riceve da una norma di azione una puntuale tutela, la quale è mezzo per il perseguimento dell'interesse interno alla funzione amministrativa». V. anche ID., *Interesse legittimo*, cit., p. 95 ss., ove si sostiene la tesi secondo cui la distinzione tra norme di azione e di relazione coincide tendenzialmente con quella tra fonti secondarie e primarie, se non fosse che il legislatore, facendosi sempre più amministratore, emana molte disposizioni sull'azione della p.a.: ma, in ogni caso, le norme di questo tipo rifluiscono nell'ordinamento amministrativo.

⁹⁰³ F. VOLPE, *Norme di relazione*, cit.; v. pure ID., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, §§ 8-9. Contro la distinzione in parola, di recente, R. NOBILE, *Norme di azione*, cit., e L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 134.

⁹⁰⁴ Così, allo stesso modo, è assolutamente condivisibile la classica affermazione (che cito nella declinazione offertane da A. ROMANO, *I soggetti*, cit., p. 317 e 320) secondo cui «quando l'ordinamento protegge sostanzialmente in questo modo così assoluto un interesse individuale nei confronti dell'amministrazione e dei suoi poteri, significa che non lo subordina agli interessi pur pubblici che tale amministrazione, con l'esercizio di tali suoi poteri, deve istituzionalmente perseguire»; viceversa, «quando un interesse individuale è giuridicamente protetto nei confronti dell'amministrazione solo come tale, e non come un diritto soggettivo; quando, cioè, esso non è protetto nel modo assoluto che si è detto, nei confronti degli interessi pubblici che l'amministrazione medesima deve curare, la conseguenza rispetto alla sua rilevanza giuridica è inequivoca: la sua sorte è condizionata da questi». Orbene, è ovvio che la distinzione è quella tra diritto e interesse legittimo; anche se, a ben vedere, il fatto che la legge in un caso assicuri prevalenza all'interesse privato e nell'altro all'interesse pubblico (concreto, in senso lato

legittimo: semplicemente, bisogna avvertire che ciò avviene soltanto per il tramite del richiamo che quest'ultimo fa alle norme in parola. E, si badi, non solo in queste ipotesi viene leso un interesse legittimo, dandosi infatti anche casi di violazione della buona fede (o di norme che specificano la buona fede) che non rilevano sul piano dell'azione della p.a. volta al perseguimento dell'interesse pubblico (casi tendenzialmente coincidenti con quelli delle violazioni non provvedimentali).

Quanto alle norme di relazione, potrà tutt'al più accadere che la p.a., in violazione di interessi del privato, esegua un provvedimento nullo per carenza del potere (o ne mantenga l'apparenza): ciò che di regola concreta violazione di diritti o altri interessi (non legittimi), salva la possibilità di un concorso di titoli di responsabilità.

Le norme di azione, presupponendo che un potere vi sia, disciplinano le modalità del suo esercizio: v'è da precisare che esse, benché siano fatte proprie dalla buona fede e inserite nel rapporto privato-p.a., non sono volte direttamente a regolare quest'ultimo. Per questa ragione mi sembra infruttuoso ogni tentativo⁹⁰⁵ di applicare la dicotomia accennata al diritto privato e soprattutto alla fase delle trattative, nel cui ambito possono esservi interessi legittimi e norme legislative che sanciscono (e specificano) canoni di condotta derivanti dalla buona fede, ma mancano disposizioni volte a ordinare, in sé e per sé, il potere di autonomia privata (la cui configurazione come potere è, come sappiamo, peraltro discussa), in specie funzionalizzandolo al perseguimento di un interesse di un altro privato, collettivo o pubblico.

7. L'interesse legittimo protettivo e la tutela nei confronti del titolare di un potere privato

Di abuso del diritto, come noto, si può ben parlare a proposito dell'esercizio di diritti potestativi: e, cioè, dei poteri privati, che immancabilmente creano situazioni di autorità anche nel diritto privato⁹⁰⁶.

inteso) è solo la ragione che sta a monte dell'attribuzione del potere. Da un punto di vista dogmatico accade, piuttosto, che in un caso la p.a. non dispone di potere e, dunque, non ha senso assicurare al privato la protezione dell'interesse legittimo (se non nei limiti che si sono detti a proposito del preteso, e pur inefficace, esercizio di un potere); nell'altro caso, invece, la p.a. dispone di questo potere (da esercitarsi nell'interesse pubblico: ecco dov'è la prevalenza dell'interesse pubblico), e quindi non può essere assicurata la tutela del diritto soggettivo o di altri interessi genericamente intesi, ma solo dell'interesse legittimo (il che, come detto, coincide per taluni profili con una tutela minore, per altri invece maggiore).

⁹⁰⁵ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 40 s.

⁹⁰⁶ Sul concetto v. *supra*, § 2, Capitolo secondo, Parte Prima. Sulla tutela dai poteri privati v. già G. LOMBARDI, *Potere privato*, cit. (di cui ho riassunto poc'anzi il contenuto); C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977 (il quale cerca un fondamento che legittimi le autorità private che, altrimenti,

sarebbero lesive del principio di uguaglianza, e lo rinviene «rispetto agli incapaci» nello «stesso principio di eguaglianza», mentre nel caso dei gruppi «nella possibilità dei singoli di concorrere alla decisione»); M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986 (il quale – v. le conclusioni a p. 292 ss. – ritiene che «vi è posizione di supremazia di un privato su un altro privato ... , allorché essa si esprima non soltanto attraverso atti o comportamenti immediatamente incidenti nella sfera giuridica altrui, ma dei quali sia caratteristica imprescindibile la reiterazione, almeno in linea tendenziale», consistano essi, per l'appunto, «in atti giuridici, sia negoziali che non, come in meri comportamenti non produttivi di effetti giuridici»; dal principio di uguaglianza si deducerebbe l'eccezionalità di queste ipotesi di supremazia, con conseguente inefficacia dell'atto compiuto in eccesso dal potere conferito, mentre «la fonte negoziale del potere» consentirebbe «di individuare ulteriori forme di tutela», come l'«annullabilità dell'atto ... conclusivo del procedimento» e «l'applicazione del canone di buona fede *in executivis*». Tutte e tre queste opere prendono spunto dal concetto di 'potere privato' e 'autorità privata', che individua un privato in posizione di supremazia su di un altro. Io ho parlato di diritti potestativi (e di poteri privati nel senso di diritti potestativi), non raggruppando la protezione contro le 'autorità private' in una sola categoria. Mi è sembrato preferibile, giacché la tutela contro i poteri giuridici che non assurgono a diritti potestativi dovrebbe crearsi su basi autonome: nell'ambito del rapporto obbligatorio (ad es., nel caso di potere direttivo); di fronte ai poteri dei genitori (v. il § 8); dinnanzi alle delibere dei gruppi (v. sempre il § 8 per un cenno). Da un lato, i casi di maggior squilibrio sono anche quelli in cui di norma, per il forte contenuto di potestà o potere, è più facile argomentare per l'esistenza di un interesse legittimo (e più facile è quindi il compito dell'interprete); dall'altro, non mi pare però che essi siano assimilabili se non in virtù di un criterio sociologico. Giuridicamente, invece, mi sembra corretto distinguere in base al tipo di situazione giuridica che costituisce fondamento per la nascita di un interesse legittimo: nel diritto potestativo, l'art. 1175 c.c.; nelle associazioni e nelle società, le norme sull'impugnazione degli atti; nella famiglia, come dirò, stento a credere che esista un interesse legittimo; di fronte al datore, ora la tutela del credito, ora quella da altri poteri. Il diverso approccio credo dipenda, da un lato, dalla minore rilevanza che ho dato alle norme costituzionali, che a mio avviso tracciano un programma, aiutano nell'interpretazione del sistema, ma non hanno efficacia diretta – quanto meno nel nostro ambito – tra i privati; dall'altro, sulla mia attenzione nei confronti della posizione di tutela (mentre gli studi di Bianca e Buoncristiano prendevano spunto dall'altro polo del rapporto, ossia dall'indagine sull'«autorità» stessa). D'altro canto, l'interesse legittimo, per sua natura, può non solo tutelare dall'abuso di situazioni attive, ma pure proteggere lo stesso titolare di un potere (ove questi venga leso proprio nell'esercizio del potere da un comportamento scorretto di chi è in condizione di soggezione, dovendosi pure qui applicare quella reciprocità tipica dell'art. 1175 c.c.); in questo senso, se è di norma più evidente la protezione del soggetto debole, ciò dipende solo da un dato statistico (osservazioni non dissimili, in punto di abuso del diritto, anche in P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà [un saggio di Comparative Law and Economics]*, in *Diritto privato*, 1997, p. 89 ss.). Da un altro punto di vista, un discorso simile può replicarsi con riferimento all'abuso 'del diritto': se esso, in verità, costituisce una formula che sintetizza una molteplicità di differenti abusi (A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 440, ne elenca sette), è anche vero che sempre ciò di cui si abusa è un «poter fare giuridico», e cioè di un comportamento permesso, diritto o libertà (autonomia) che sia (cfr. sempre A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 444 ss.; escluderei, però, l'abuso delle libertà, per le ragioni che emergeranno *infra*). Non si può abusare di un potere di fatto, invece, giacché qui l'abuso «è del tutto assorbito nell'idea di illecito» (ancora A. GENTILI, *Il diritto*, cit., p. 444). Oltre a queste tre monografie, v. L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su 'poteri privati' ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1981, p. 259 ss.; M. DELL'UTRI, *Poteri privati*, cit., p. 303 ss.; M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 579 ss. In giurisprudenza non può non ricordarsi la sentenza Cass. civ., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688 (che, tuttavia, attenendo a un'ipotesi di concorso privato, va letta anche con riferimento a quanto dirò nel § 3 dell'ultimo Capitolo). Essa, tuttavia, parte da un parziale fraintendimento (che può esser stato causa della perplessità con cui la sentenza è stata accolta in dottrina): la decisione, difatti, parla espressamente di «illegittimità» e «nullità della delibera di promozione», quando è ovvio che nel lavoro privato non vi sono delibere (cfr. comunque C.M. BARONE, nella sua *Nota*, in *Foro it.*, 1979, I, spec. c. 1550; A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti 'poteri privati'*, in *Giur. it.*, 1980, spec. c. 442 ss.). Né, allorché si tratti di promozioni, è possibile tutelare il privato come ordinariamente avviene di fronte a un potere: difatti, in tal caso il suo interesse legittimo non è protettivo, ma pretensivo positivo. E, come tale, non è detto che sussista necessariamente di fronte a un qualsiasi 'potere di promuovere'.

Situazioni di supremazia che, come ha osservato da tempo la dottrina, nel diritto privato non possono che essere eccezionali, in virtù della normale parità tra le parti. L'addentellato normativo che fornirà lo spunto, qui, per parlare di interessi legittimi è molteplice: dall'art. 1175 c.c., alla vicinanza con la potestà pubblica, alle norme di legge che pongono un limite a certi poteri (senza però renderne inefficace l'esercizio).

In realtà, una parte dell'analisi che Rescigno nel 1965⁹⁰⁷ dedicava all'istituto dell'abuso del diritto si concentrava proprio su questo profilo; e non è un caso che il dibattito su questo istituto sia tornato 'di moda' a partire dal 2009 e dalla nota sentenza 20106/2009⁹⁰⁸. Tra il 1965 e il 2009 v'è stato, a dire il vero, un profondo cambiamento

⁹⁰⁷ Il saggio cui mi riferisco è sempre P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., p. 205 ss. (sull'abuso del potere di recesso *ad nutum* nel rapporto di lavoro v. p. 233, 250 e 252; su questo tema, prima delle leggi del '66 e del '70, v. anche U. NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, oggi in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, p. 1055 ss.) Esso, tra l'altro, accoglieva l'idea di reinterpretare il diritto privato alla luce della Costituzione, in un'ottica tipicamente pluralista. Ovvio, in questa prospettiva, il rinvio a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit.

⁹⁰⁸ Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in tema di abuso di un diritto di recesso da parte di una nota casa automobilistica nei confronti di talune concessionarie. La prassi aveva registrato, negli anni precedenti, numerosi casi di abuso commesso dalle banche recedendo da contratti di apertura di credito (cfr. ad esempio Cass. civ., Sez. I, 14 luglio 2000, n. 9321, oppure Cass. civ., Sez. I, 22 novembre 2000, n. 15066). La sentenza 20106/2009 si caratterizza per un riferimento a svariati istituti civilistici, che finisce per comportare un'inevitabile sovrapposizione e da rendere non pienamente lineare la motivazione (basti pensare al richiamo all'interpretazione secondo buona fede e all'abuso: quando, con tutta evidenza, dall'interpretazione secondo buona fede deriverebbe semmai un eccesso dal diritto, e non un suo abuso) e per il riferimento (ultroneo) a poteri del giudice di intervenire, tramite la clausola di buona fede, sul contratto (con preferenza della tesi, cui accenno nel § 8 del prossimo Capitolo, che ne valorizza la dimensione correttiva in ottica contrattuale; quando, a dire il vero, nel caso in esame non si trattava affatto di correggere un contratto, ma semmai di tutelare l'interesse legittimo protettivo che sorge a fronte del potere di recedere). Sulla decisione citata v. G. D'AMICO, *Recesso*, cit., p. 11 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure*, cit., p. 311 ss. (il quale, ben informato dei fatti essendo stato difensore dei ricorrenti in Cassazione, riassume la vicenda a p. 316, e ne deduce che vi fosse stato un abuso, sotto forma di esercizio del potere di recesso per finalità estranee alla sua causa: mentre a me sembra che di abuso *sub specie* di violazione della buona fede si possa – e si debba – parlare, ma non di 'abuso teleologico', per le ragioni, d'ordine generale, che ho già a suo tempo chiarito); F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.; M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 69 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, *ivi*, p. 203 ss. (il quale si occupa proprio del ruolo della buona fede nell'interpretazione del contratto); G. VETTORI, *L'abuso*, cit., p. 147 ss.; C. RESTIVO, *Abuso*, cit., p. 341 ss. (il quale, tra l'altro, nota come probabilmente il recesso dovesse considerarsi determinativo; da questa natura l'autore fa derivare l'esclusione di un sindacato in termini di abuso; sul recesso – determinativo, penitenziale e impugnativo – v. di recente F. PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 86 ss. –); G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010* diretto da A. D'Angelo e V. Roppo e coordinato da A.M. Benedetti, Torino, 2011, p. 49 ss. Nonostante non tocchi il tema dell'abuso di potere, va segnalato anche lo scritto di P. RESCIGNO, *'Forme' singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 589 ss., soprattutto per il parallelo tra rapporto di concessione e rapporto di lavoro, e quindi per recesso nel primo e licenziamento nel secondo. Sempre C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contr.*, 2012, p. 5 ss., fa il punto dopo la pubblicazione del maggior numero di contributi dedicati alla sentenza. Più di

che può spiegare perché meno enfasi sia stata data al nostro dibattito: il legislatore, fin dal 1966, aveva provveduto a regolare tipicamente⁹⁰⁹ l'ipotesi più rilevante di esercizio (potenzialmente illegittimo) di un diritto potestativo, ossia il licenziamento⁹¹⁰.

Ma procediamo con ordine.

Di fronte a un diritto potestativo, la controparte versa di certo in una situazione di soggezione. Essa, però, può anche godere della protezione dell'interesse legittimo oppositivo: aspirando a un non esercizio del diritto potestativo o comunque a un esercizio che possa mantenere intatto il suo patrimonio, la sua persona e in generale i suoi interessi, le è concessa tutela contro le azioni, causalmente collegate alla posizione di diritto potestativo, che ledono questi, ove e nei limiti in cui esse violino la buona fede.

Il caso più emblematico è, come detto, quello del recesso. L'esempio più semplice è, ovviamente, quello del recesso *ad nutum*, liberamente esercitabile (normalmente si tratterà di un recesso determinativo). In tal caso chi versa in soggezione potrà comunque difendersi da un esercizio, senza preavviso, del recesso, asserendone la scorrettezza, e così godere di un risarcimento del danno. Esso sarà commisurato ai danni in cui è incorsa a causa della mancanza di preavviso (danno differenziale tra come sarebbe stato il danneggiato senza la lesione della buona fede e come invece effettivamente si trova a essere). Anche altre scorrettezze potrebbero inficiare il recesso: ad esempio, il fatto che esso sia stato comunicato dopo una rassicurazione in senso contrario, oppure per ragioni non tollerabili di fronte alla necessità di proteggere l'interesse legittimo altrui; di volta in volta, allora, l'interprete

recente sull'abuso di diritto, traendo spunto dalla sentenza in parola, v. C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 106 ss.

⁹⁰⁹ Una regolamentazione che esclude la necessità di applicare la clausola generale di buona fede, ma che non preclude la qualificazione di certi comportamenti come lesivi della buona fede stessa e, dunque, dell'interesse legittimo: vi è infatti da ritenere che il legislatore, come ho già scritto e come ripeterò, possa specificare qual è il comportamento corretto in determinate occasioni, o esplicitamente o rinviando a un'altra clausola generale o espressione generica (come la giusta causa o il giustificato motivo). Cfr. anche C. CESTER-M.G. MATTAROLO, sub *art. 2104 c.c.*, cit., p. 420 s.

⁹¹⁰ Sull'attenzione per l'interesse legittimo, congiunta con i temi del diritto del lavoro (e con la tutela del lavoratore), sviluppatasi nella scuola pisana tra anni Cinquanta e Sessanta, v. C. MAZZÙ, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, cit., p. 3 ss. Sulla disciplina del licenziamento, v. in particolare gli art. 2118 s. c.c., la l. 604/1966 e l'art. 18, l. 300/1970, modificato dalla l. 108/1990 e dalla l. 92/2012. Sul tema, cui dedicherò vari cenni in nota vista la sua importanza nell'ambito della tematica del recesso, cfr. almeno M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*³, Padova, 2006; C. CESTER, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in G. SUPPIEJ-Marcello DE CRISTOFARO-C. CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Padova, 2008, p. 365 ss.; M.V. BALLESTRERO, voce *Licenziamento individuale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 791 ss.; V. FERRANTE, voce *Licenziamento disciplinare*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiornamento****, Torino, 2007, §§ 1 ss.; M. MARINELLI, voce *Licenziamento del dirigente*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiornamento*****, Torino, 2008, §§ 1 ss.. Dopo la più recente riforma del 2012 v. F.P. LUISO-R. TISCINI-A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013; AA. VV., *La disciplina dei licenziamenti nel primo anno di applicazione della legge n. 92/2012*, a cura di M. Persiani, Torino, 2014.

dovrà chiedersi su cosa conteggiare il risarcimento, alla luce della specifica regola di buona fede violata⁹¹¹.

Non è un caso, allora, che molte siano le norme che prevedono l'esercitabilità del recesso solo in presenza di giusta causa o preavviso⁹¹², imponendo altrimenti un obbligo di risarcire il danno. Esse, a dire il vero, non costituiscono altro che specificazioni legislative della buona fede, che spesso prevedono anche il rimedio esercitabile (ponendo dei tetti⁹¹³ o comunque quantificando il diritto al risarcimento del danno⁹¹⁴).

⁹¹¹ Così, se è violata la regola che impone di non contraddirsi, potrà esservi stata una *Verwirkung*, e quindi, in fin dei conti, il recesso potrebbe essere del tutto inefficace; oppure potrebbe ritenersi scorretto il comportamento nel suo complesso, obbligando a risarcire il danno pari all'affidamento (soggettivo) ingenerato, ossia a quanto si è perso per aver creduto inopinatamente nella assicurazione. Viceversa, se il recesso è motivato da una causa 'ingiusta', il danno sarà sempre pari al *quantum* che si è perso, per aver subito il recesso stesso. Tuttavia, nei rapporti liberamente recedibili non credo possa emergere, se non in casi del tutto eccezionali, questo profilo: e non perché esso sono 'acausali', mentre gli altri recessi sarebbero 'causali', quanto perché la buona fede, nel richiedere tutt'al più un preavviso, implicitamente ammette che poi il recesso venga esercitato per qualsiasi causa (come avviene nel diritto del lavoro in caso di recedibilità *ad nutum* da parte del datore, ove questi non segua le forme dell'art. 7 per un licenziamento disciplinare: cfr. M. MARINELLI, voce *Licenziamento*, cit., p. 800). Così, nel caso Renault (di cui *supra*), a mio avviso l'interesse legittimo (a non subire il recesso) era tutelabile solo nei limiti del preavviso (oppure, tutt'al più, in base a una *Verwirkung*); viceversa, il fatto che il recesso fosse stato comunicato soltanto, come risulta dagli atti, per consentire alla causa automobilistica una ristrutturazione del personale interno senza sobbarcarsi i costi del trattamento di fine rapporto, non mi sembra rilevante (salvi i limiti dell'illiceità del motivo, qui non superati). Con riferimento al *quantum*, si dovrà valutare se la condotta non lesiva della buona fede davvero potesse evitare un danno a chi ha subito il recesso: il quale, ovviamente, dovrà darsi carico della relativa prova (cfr. Cass. civ., Sez. I, 8 gennaio 2013, n. 227).

⁹¹² Cfr., tra tanti, gli artt. 1723, comma 1, e 1725, comma 2, c.c. (che regolano recessi la cui natura è, a mio avviso, ora di pentimento, ora di impugnazione). Il risarcimento dei danni non può portare alla ricostituzione del rapporto *ex art.* 2058 c.c., giacché esso si commisura alle perdite subite e subende, e non ha ad oggetto il rapporto contrattuale in sé considerato. Non prendo qui in considerazione la diversità di tipologie di recesso, giacché ciò finirebbe per complicare la ricerca, senza consentirne una maggiore proficuità.

⁹¹³ Quanto alle svariate ipotesi di recesso previste dal codice civile, nella disciplina dei contratti tipici, v. *supra*, il § 2. Essi, come dicevo, danno vita – alternativamente – a una responsabilità per atto illecito o per atto lecito dannoso, in ogni caso da violazione di un interesse legittimo. Alla responsabilità è collegata una indennità, oppure un risarcimento: di regola, la prima in caso di atto lecito o di forfettizzazione del danno da illecito, e il secondo in ipotesi di atto illecito.

⁹¹⁴ V. Part. 8, l. 604/1966, che prevede un'obbligazione (alternativa o con facoltà alternativa, secondo la ricostruzione che si preferisca). Così pure il nuovo comma 5 dell'art. 18, l. 300/1970. Teoricamente non sembrerebbe possibile ritenere che, in questi casi, il risarcimento sia dovuto sempre e comunque: resta, com'è naturale, il limite della non imputabilità della lesione dell'interesse legittimo (e della non esigibilità della condotta diversa). Tale limite, tuttavia, è superato solo in casi davvero eccezionali (il lavoratore Tizio parrebbe aver commesso vari fatti costituenti giusta causa di licenziamento, e le prove sono decisive; solo a distanza di molto tempo sopraggiungono elementi che lo scagionano); in queste occasioni, poi, v'è da chiedersi se il legislatore non abbia previsto una tutela indennitaria. Si potrà pure immaginare che l'interesse legittimo muti il suo oggetto in questi casi, divenendo pretensivo positivo: il lavoratore (e in genere il soggetto che ha subito il recesso) confida nella riattivazione del rapporto; è scorretto il comportamento del datore (della controparte) che, venuto a conoscenza della violazione della buona fede compiuta a suo tempo (e pur non imputabile), non

Talvolta, però, il legislatore prevede anche un rimedio specifico: e, cioè, l'annullabilità del negozio di esercizio del potere (di recesso), ove esperito senza giusta causa (ovviamente, nei casi in cui non sia radicalmente inefficace il negozio, per carenza del potere). Questo vizio – che, come vedremo, corrisponde in larga parte all'annullabilità del provvedimento amministrativo⁹¹⁵ – consente al privato di liberarsi dell'atto che lede i suoi interessi. Residuerà, come ovvio, un diritto al risarcimento del

ripristina (ove possibile e nei limiti in cui lo sia) il rapporto. Alternativamente, e in modo più persuasivo, si dovrebbe così ragionarsi (sempre al fine di evitare che un generalizzato obbligo risarcitorio venga connesso, in modo discutibile, alla *culpa*, che in effetti può ben mancare, salvo non la si traduca in una finzione – così come in sostanza avveniva nella nota sistemazione di R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jber. Jb.*, 1860-1861, p. 36 –): mentre nel diritto amministrativo l'interesse legittimo protettivo proteggerebbe da un esercizio del potere (o da altre condotte a esso riferibili) che non abbia rispettato, in tanto in quanto ciò fosse esigibile, le norme che regolano la condotta della p.a., nel diritto privato e specificamente nei casi in cui è richiesta la giusta causa esso tutelerebbe, per disposizione legislativa, il suo titolare da un esercizio del potere privo di giusta causa: così che dovrebbe ritenersi illecito ogni esercizio del potere privo nei fatti di giusta causa, essendo tale condotta in sé considerata sempre imputabile (di conseguenza, chi la pone in essere si assumerebbe il rischio dell'inesistenza della giustificazione sostanziale: magari, si potrebbe aggiungere, perché le disposizioni di legge impongono una interpretazione della responsabilità per lesione di questi interessi legittimi come oggettiva, un po' come avverrebbe nei casi di responsabilità *ex recepto* secondo Mengoni [v. pure C. CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 509 ss., e di recente A. PLAIA, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 828 ss.], e pur senza travalicare il confine tra obbligazione e garanzia [quest'ultima, infatti, si atteggia semmai a responsabilità stocastica o, meglio ancora, non è un'ipotesi di responsabilità, limitandosi ad imputare un evento a un soggetto a prescindere dalla sua colpa e pure dal nesso di causalità; ad ogni modo, v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 211 s., nonché P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 322; la linea di confine, probabilmente, corre lungo il crinale del 'rischio', ovvero la responsabilità oggettiva addebita conseguenze negative entro il perimetro del rischio assunto e della sfera di controllo – alla luce di vantaggi e svantaggi correlati alla specifica posizione –; la garanzia prescinde da queste valutazioni e si limita ad addossare a un soggetto certi danni che riguardano un altro soggetto]; *contra*, però, L. MONTESANO, *Osservazioni*, cit., p. 246, riprendendo E. CASSETTA, *L'illecito*, cit., p. 143 ss., che tuttavia scriveva nell'ottica della responsabilità per colpa, e criticando la tesi, sviluppata sempre nell'orbita della responsabilità colposa, di Re. ALESSI *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, p. 166 s., che riteneva *in re ipsa* la colpa della p.a., alla luce della volontarietà connotante l'atto amministrativo; su questo dibattito v. pure E. FOLLIERI, *La stato*, cit., p. 65 s., nt. 18). Il sindacato sarebbe dunque più tenue verso la p.a.: il che si spiegherebbe in ragione del fatto che il potere pubblico *deve*, per legge, essere esercitato. In ultimo, vale la pena di osservare che quanto detto non implica necessariamente la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dal risarcimento. Ciò è ovvio per casi come quelli del risarcimento ingiurioso, nei quali il licenziamento in sé non provoca assolutamente come conseguenza la lesione del diverso bene della vita (che andrà risarcito in chiave extracontrattuale o, volendo, anche facendo valere l'interesse legittimo, come bene 'altro' leso con una condotta tenuta dal titolare del potere nella veste, per l'appunto, di soggetto dotato di un diritto potestativo). Meno palese invece è la soluzione là dove vi sia un danno non patrimoniale discendente dall'esercizio stesso del potere (ad esempio, il licenziamento illegittimo causa una grave patologia): in tal caso, a mio avviso, il risarcimento è accordabile o qualora si ritenga che il danno in parola sia causalmente collegabile (come danno conseguenza, che sia però legato da un nesso di adeguatezza e normalità) alla violazione della buona fede, o qualora possa supporre un'autonoma lesione del bene salute (eventualmente anche per mezzo della tutela offerta dall'interesse legittimo).

⁹¹⁵ Ovviamente non nella sua fattispecie, ma come rimedio per la tutela dell'interesse legittimo. Tanto la legittimazione del privato ad annullare il provvedimento (che non è mera legittimazione, ma assegnazione di un potere di far valere l'illegittimità), quanto la facoltà di chiedere la caducazione dell'atto privato di esercizio del potere rispondono infatti a una identica *ratio*.

danno: la cui quantificazione, però, è vieppiù complicata⁹¹⁶. Seguendo la teoria degli interessi legittimi, infatti, esso dovrebbe essere parametrato alla lesione di questa posizione, che però tiene conto anche della possibilità per la controparte di rinnovare l'esercizio del suo potere. Viceversa, tenendo conto della retroattività dell'annullamento, si dovrebbero ritenere risarcibili i diritti eventualmente lesi dall'esecuzione del provvedimento.

Il discorso, a dire il vero, dovrebbe tener conto anche di un altro dato, relativo all'individuazione dell'oggetto del giudicato di annullamento: ovvero, ci si dovrebbe chiedere se esso copra l'esistenza di un *Gestaltungsklagerecht* (diritto potestativo a esercizio giudiziale) di annullamento, identificato sulla base dei motivi dedotti (o inclusivo anche dei motivi deducibili?), oppure si estenda all'esercizio del potere di recesso come storicamente avvenuto (o anche con riferimento alle giustificazioni adducibili?) o addirittura abbracci l'avvenuta o meno cessazione del rapporto.

Quest'ultima tesi, cara ai processualisti, in realtà mette da parte l'idea di un annullamento (soprattutto con riguardo al licenziamento) e risolve tutto nei termini dell'efficacia e inefficacia del potere di recesso, ritenendo che in mancanza della giusta causa manchi pure il potere⁹¹⁷. Non è detto, però, che così sia; non è detto che lo sia

⁹¹⁶ Talvolta è fissata dal legislatore: v. l'art. 18, l. 300/1970, nel testo da ultimo modificato nel 2012 (e a prescindere dalle tutele offerte ai nuovi assunti in base al recente *Jobs Act*), al comma 4.

⁹¹⁷ Si tratta di quel dubbio inerente alla latitudine del potere: se, cioè, esso nasce allorché sussistono certi presupposti, oppure sorge indipendentemente e viene represso il suo esercizio abusivo. Non è altro, dunque, che il dibattito sull'eccesso e sull'abuso del potere visto nell'ottica dell'invalidità o inefficacia mera e dell'efficacia della cosa giudicata (con le parole di F.P. LUISO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 560, che pur ne trae conseguenze sulle quali non mi trovo del tutto concorde, «occorrerà vedere se il licenziamento [a questo potere di recesso l'autore si riferisce] è stato dichiarato invalido a) per motivi che attengono alla fattispecie costitutiva del potere; oppure b) per motivi che attengono alle modalità di esercizio del potere). In particolare, v. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, cit., p. 570 (secondo cui «i negozi con cui si esercita un potere formativo sostanziale per consueto si sottraggono ad una valutazione triadica in termini di nullità-annullabilità-validità, almeno con riguardo alla sussistenza dei presupposti di fatto del potere esercitato e alla loro qualificazione normativa ..., ponendo capo piuttosto alla secca alternativa efficacia-inefficacia in relazione alla sussistenza o meno del potere esercitato») e poi p. 577 ss. Ovvio che, aderendo a questa tesi, vengono meno molti dei problemi ricostruttivi relativi all'identificazione dei limiti del giudicato pronunciato in un giudizio di annullamento del negozio di recesso; in particolare, la logica del 'rapporto' (qual è quella, ad esempio, del Piras, che parla di 'rapporto amministrativo') si giustificherà in base al semplice fatto che la domanda avrà avuto ad oggetto, proprio, l'avvenuta o meno cessazione del rapporto (e l'inefficacia dell'atto di esercizio del potere sulla base dei presupposti già, seppur vanamente, valorizzati; v. sempre *ivi*, p. 593 ss.). L'idea del Consolo è seguita in dottrina, pur nella varietà di accenti, da R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *Limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3692 ss., e da I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 99 ss. Oggi, però, va registrata la diversa opinione (in seguito alla riforma dell'art. 18, l. 300/1970, operata nel 2012) di Marco DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*, p. 27 ss. V. però pure C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, § 3. Sul punto cfr. anche R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in F.P. LUISO-R. TISCINI-A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, p. 96 ss.

sempre e, soprattutto, non appare che così sia nell'ambito del licenziamento, ove figurano di certo ipotesi sicuramente ascrivibile all'annullabilità⁹¹⁸. In realtà, è spesso molto difficile comprendere se un certo atto costituisca esercizio illegittimo di un potere o si ponga al di fuori di ciò che quel potere consente: è il tema, d'altro canto, del confine tra eccesso e abuso del diritto (qui, potestativo).

In linea generale, sembrerebbe esservi una certa predilezione nella dottrina amministrativistica per l'idea che il potere sia sempre assegnato in modo lato, e che talvolta il suo esercizio possa essere illegittimo, e nella dottrina privatistica per il diverso binomio efficacia-inefficacia dell'esercizio del potere (dunque, esistenza-inesistenza del medesimo). Tuttavia, questo parallelo è solo tendenziale: là dove si parla di poteri sanzionatori o di licenziamento, in effetti, anche il diritto privato sembrerebbe ammettere la sussistenza di un potere che sorge indipendentemente da quei presupposti, che si riducono a valle al ruolo di indici del suo legittimo esercizio. Bisognerà, allora, considerare – ancora – le sanzioni che la legge collega all'esercizio di un potere: se il risarcimento o l'annullabilità (o forse anche la nullità)⁹¹⁹, bisognerà propendere per la tesi dell'esercizio invalido.

Quanto alle tesi che si oppongono a quelle processualiste, esse hanno rilevanza soprattutto con riferimento, da un lato, alla facoltà per il soggetto pregiudicato di proporre più azioni di annullamento consecutive (o procedere a una *emendatio libelli* dell'unica esperibile, se si ritiene che il suo diritto potestativo di annullamento sia unico) e, dall'altro lato, alla facoltà del recedente di rinnovare l'esercizio del suo potere per ragioni conosciute al tempo del primo esercizio e, ciononostante, non dedotte (e dunque non fatte oggetto di giudizio; v'è poi da considerare la possibilità di inserire nel giudizio stesso tali giustificazioni)⁹²⁰. Questi problemi vanno però oltre i miei fini: noto

⁹¹⁸ V. per tutti, oggi, C. CESTER, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 198 s.

⁹¹⁹ A dire il vero, nel diritto amministrativo la carenza in astratto del potere amministrativo dà luogo a nullità: ma si tratta di una forma di nullità che ingloba tutte le altre, e che abbraccia anche, ovviamente, l'inefficacia. Ne parlo *infra*. Sull'idea per cui il potere privatistico è per così spezzettato, mentre quello pubblicistico si presenta come un *unicum*, v. A. PIOGGIA, *Il giudice*, cit., p. 234. Sul potere pubblico e sul potere privato v. di recente anche G. POLI, *Potere pubblico*, cit., p. 115 ss.

⁹²⁰ In altri termini, e sempre con riferimento a un'azione di annullamento: potrà essere che il giudicato (di rigetto) impedisca di impugnare il recesso per vizi non fatti da subito valere, oppure che non contenga alcun accertamento in tal senso; inoltre potrà essere che il giudicato (di accoglimento) non consenta al recedente di far valere altre giuste cause di recesso in sede di ri-esercizio del potere, oppure che impedisca solo il ri-esercizio sulla base delle stesse cause poste a base del negozio annullato, oppure che non tocchi in alcun modo il ri-esercizio del potere, visto come atto del tutto nuovo. A me pare che il potere di annullamento in giudizio sia unico, ma con riferimento a ciascun negozio di recesso (e dunque ciò non precluda di impugnare successivi negozi di esercizio dello stesso potere); che il recedente non sempre possa integrare le giustificazioni poste a base del recesso (ma tale preclusione avverrà per ragioni d'ordine sostanziale, che impongono fin da subito una compiuta motivazione: v., «per tutti i casi di assoggettamento del rapporto di lavoro a norme limitatrici del potere di recesso del datore di lavoro», l'art. 2, comma 2, l. 604/1966, nella più recente formulazione, ma anche gli artt. 7, l. 604/1966, e 7, l. 300/1970; in giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. Lav., 12 marzo 2009, n. 6012, da cui le parole citate, e in

soltanto che, rispetto a essi, v'è una piena coincidenza tra processo civile e processo amministrativo⁹²¹.

La questione del *quantum* di risarcimento sarà risolta, con tutta evidenza, alla luce della diversa tesi che si prediliga. Ritenendo che il recesso in ipotesi illegittimo non possa ripetersi se non per ragioni nuove (non deducibili), esso si parametrerà a un risarcimento pieno del danno subito fino al momento in cui il rapporto contrattuale verrà ripristinato di fatto (si tratterà, dunque, di conferire le controprestazioni non attribuite, diminuite come noto dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*), oltre allo stesso risarcimento pieno anche per il tempo futuro, ove il ripristino del rapporto sia ormai impossibile (ovviamente, fino a quando il rapporto avrebbe avuto vita naturale e salvo di nuovo l'*aliunde*). Viceversa, ammettendo la rinnovabilità del recesso per ragioni anche già spendibili, il risarcimento sarà pieno solo per il primo lasso di tempo; per il secondo, invece, in caso di impossibilità di ripristino, dovrà essere svolto un giudizio 'prognostico'.

dottrina M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*³, cit., p. 300 ss. – e p. 172 per il diverso regime del licenziamento dei dirigenti –; potrebbe condurre a un'impostazione diversa la norma versata nell'art. 18, comma 6, l. 300/1970, come da ultimo modificata dalla l. 92/2012, ma non indugiero sul punto); che il recedente possa ri-esercitare il suo potere, adducendo ragioni nuove e non fatte valere, salvo che la legge non preveda specifiche e ulteriori decadenze (e salva una sempre possibile – tra privati, e non tra privato e p.a. – *Verwirkung*, che ad esempio nel licenziamento disciplinare si traduce nel principio di immediatezza), ma non possa ri-esercitarlo per le stesse ragioni già valorizzate (per questo profilo il giudicato di annullamento avrebbe indubbiamente efficacia conformativa: efficacia, a mezza via tra condanna e accertamento, latamente assimilabile a quella di una inibitoria, volta a sottrarre in parte un potere a un soggetto; a dire il vero, nel giudizio civile, ove mancano le forme dell'ottemperanza, quest'efficacia risulta un'arma spuntata, salvo a voler ravvisare una nullità simile a quella prevista per la violazione o l'elusione del giudicato amministrativo dall'art. 21-*septies*, l. 241/1990; su questi ultimi punti rinvio alla lettura – pur nella varietà di accenti – di F.P. LUISO, *Rinnovazione*, cit., p. 561 s., in commento a una sentenza che inquadrava questa nullità come invalidità per motivo illecito; B. SASSANI, *Impugnativa*, cit., p. 153 ss. (e poi tutto, a partire da p. 179, per la *pars construens*); S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 185 ss., 311 ss. e 320 ss., soprattutto 324 ss.; ID., *Il giudicato civile*, Torino, 1988, p. 207 s. I principi da applicare sono dunque, a mio avviso, molto simili a quelli che reggono il giudicato e l'ottemperanza nel processo amministrativo, su cui mi intratterò molto brevemente nell'ultimo paragrafo di questo lavoro. D'altro canto, proprio la *Verwirkung* di cui ho detto potrebbe costituire riflesso, nel rapporto tra privati, di quell'onere, che M. CLARICH, *Giudicato, passim* (v. oltre per puntuali indicazioni bibliografiche) imputa al procedimento amministrativo, di porre alla base dell'esercizio del potere tutte le ragioni deducibili fin da subito.

⁹²¹ Vale la pena di riprodurre integralmente il pensiero di C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, cit., p. 573: «se non si vorrà ammettere l'originaria inefficacia del licenziamento illegittimo ..., l'alternativa dovrà essere netta: ... ci si dovrebbe allora indurre a sviluppare anche in questa direzione il veduto parallelismo fra poteri del datore di lavoro e potestà pubbliche, esplicantesi in veri provvedimenti, dotati di eteronoma imperatività, ma soggette ad un sindacato giurisdizionale pervasivo e rivolto anche verso il futuro, come è quello del processo amministrativo. ... E saranno provvedimenti comunque capaci di caducare immediatamente il rapporto di lavoro a prescindere dal fatto che sussistessero i relativi presupposti e fosse stato ritualmente esercitato il potere ...; quanto capaci di degradarlo in ogni caso a fronte di una posizione di struttura analoga a quella da molti attribuita all'interesse legittimo (o quanto meno al suo aspetto 'reattivo' che viene in luce dopo la lesione dell'aspettativa ad un legittimo esercizio del potere)». Dissento, come si sarà ormai inteso, sul fatto che l'interesse legittimo abbia ad oggetto il «legittimo esercizio del potere».

Vale la pena di spendere alcune altre parole a proposito dell'azione di annullamento di diritto privato in tema di esercizio illegittimo di poteri.

Le norme sull'annullamento, che il legislatore può talvolta prevedere, costituiscono un'eccezione alla tutela solo risarcitoria dell'interesse legittimo. Vi sono però alcune ipotesi in cui, eccezionalmente, pur in mancanza di un dato legislativo in tal senso deve essere ritenuta esperibile un'azione di annullamento, alla luce di un'interpretazione sistematica e/o analogica (senza che, tuttavia, ciò possa mai – o pressoché mai – condurre a ritenere annullabile un provvedimento che sia in sé pregiudizievole, ma non frutto di una scorrettezza altrui). Inoltre, va tenuto presente che anche ai diritti potestativi – in ispecie a quelli a esercizio giudiziale – va applicata la teoria dell'eccezione di dolo⁹²².

Nessun annullamento potrà postularsi ove la scelta del legislatore sia esattamente nel senso dell'efficacia stabile dell'esercizio del potere, o comunque ove ragioni sistematiche per un annullamento non si diano: basti pensare a quel che accade ove sia esercitato un diritto di recesso senza il necessario preavviso. In tal caso sarà concesso unicamente un diritto al risarcimento del danno pari alla differenza tra la situazione attuale e quella che si sarebbe prodotta ove il preavviso fosse stato dato⁹²³ (salvo che non si ritenga che la necessità del preavviso abbia un'efficacia reale ed effettiva, e salvo che il legislatore non abbia già dettato un criterio per stabilire l'ammontare del risarcimento, anche indipendentemente dalla sussistenza di un danno⁹²⁴).

Da queste considerazioni potrebbe emergere, a mio avviso, un migliore inquadramento proprio per le vicende di recesso *ad nutum* che tanto hanno impegnato la dottrina negli ultimi anni. Probabilmente è da ritenere che, ove si ritenga lesivo della buona fede uno scioglimento del rapporto senza preavviso, il contraente che subisce il recesso possa agire in via risarcitoria⁹²⁵. Allorché, invece, il recesso è di per sé abusivo,

⁹²² V. la bibliografia *supra* citata.

⁹²³ Dunque, un danno differenziale pari ai disagi causati da un'interruzione brusca dei rapporti; oppure, in taluni casi, pari agli investimenti compiuti in prospettiva della permanenza del rapporto (ove la buona fede, più che richiedere un preavviso, non rende del tutto illegittimo un recesso per lo meno per un dato periodo di tempo).

⁹²⁴ Il problema dell'efficacia reale od obbligatoria del preavviso è stato molto discusso, in giurisprudenza, per l'art. 2118 c.c. (cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 21 maggio 2007, n. 11740, secondo cui «l'obbligo di dare il preavviso non ha efficacia reale ma soltanto obbligatoria perché il recedente è titolare di un diritto potestativo di sostituire al preavviso la relativa indennità»; la qualificazione come diritto potestativo potrebbe non essere del tutto corretta: il datore, conferendo efficacia immediata al recesso, andrebbe più che altro incontro all'obbligo di conferire l'indennità, ossia produrrebbe un atto lecito dannoso – e già sappiamo che l'indennità è comunque rimedio per il pregiudizio dell'interesse legittimo –).

⁹²⁵ Il risarcimento è sempre di un interesse negativo, perché riguarda utilità che già facevano parte del patrimonio (si deve notare che, a tal fine, l'adempimento futuro di obbligazioni non costituisce interesse positivo, poiché ci si sta ponendo su un piano diverso da quello del credito). Per tale ragione, mi sembra congruo che il risarcimento sia conteggiato sulla differenza tra stato reale e stato potenziale; fermo restando che, ove il recesso sia di per sé vietato (a prescindere da ogni preavviso), il risarcimento

nel senso che certe giustificazioni appaiano come contraddittorie o sleali (e a prescindere dalle ipotesi, su cui *infra*, del motivo illegittimo), si potrà agire per la sua caducazione, almeno qualora si ravvisi una lacuna nella legge, che impone un completamento del sistema rimediale⁹²⁶; e in tal caso potrebbe pure essere sollevata un'eccezione di dolo, se ne ricorressero gli estremi. Tale *exceptio*, poi, potrebbe essere ammissibile anche in casi di recesso *ex abrupto*, là dove il risarcimento che il recedente dovrebbe attribuire si riveli rimedio troppo distante nel tempo oppure ineffettivo, a fronte della debolezza contrattuale della controparte⁹²⁷.

In ogni caso, escluderei l'ipotizzabilità di un'azione inibitoria (necessariamente precedente al danno⁹²⁸) nei casi in discussione, e diversamente da quelli in tema di diritti di credito. Nell'ambito del diritto amministrativo la soluzione è sancita legislativamente: il codice del processo amministrativo esclude che il giudice amministrativo possa pronunciarsi su poteri non ancora esercitati. La soluzione dovrebbe, probabilmente, essere esportata al diritto civile e a quello del lavoro, giacché, fino al momento dell'esercizio del potere, manca l'interesse e soprattutto manca una lesione attuale e concreta. Anticipare il giudizio, d'altro canto, vorrebbe dire comprimere la libertà di esercizio del potere, che dovrebbe invece restare sempre piena (in conformità al modulo del diritto potestativo).

Diversamente, però, potrebbe ritenersi per tutti quei danni che sono arrecati dal titolare del diritto potestativo in tale veste, ma non nell'esercizio del potere (ad esempio, la divulgazione di informazioni riservate dell'altro soggetto): nel qual caso, ammettendo l'inibitoria preventiva, potrebbe chiedersi al giudice di proibire

sarà pari all'interesse positivo (*contra*, invece, M. DELLACASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, p. 6 ss.).

⁹²⁶ L'interprete ha ampi spazi, giacché in queste ipotesi non vi è alcuna predeterminazione legislativa. Per di più, potrà pure graduare i rimedi sulla base dei differenti tipi di contratto cui accedono, e della relazione tra le parti. Certo, nel farlo, dovrà pur sempre bilanciare le esigenze di certezza del diritto e quelle di giustizia concreta, e valutare se sussistano i margini per una reazione radicale dell'ordinamento, sul tipo dell'*exceptio doli*. In questo senso tradurrei le osservazioni di A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 128, secondo cui «alla polivalenza di contenuti regolamentari [della buona fede] deve corrispondere una polivalenza coercitiva»; «così ... la funzione integrativa della buona fede e le proprietà della clausola di correttezza consentono di ricondurre alle stesse norme di legge che la enunciano la fonte normativa dei rimedi di attuazione in forma specifica, nonché di riconoscere le ragioni ed il fondamento della atipicità di tali strumenti di tutela, quale risulta dall'applicazione giurisprudenziale».

⁹²⁷ Il riferimento va in particolare ai casi dei recessi da contratti di apertura di credito, oppure alle ipotesi di fidejussioni *omnibus* ove la banca conceda abusivamente credito al debitore principale: cfr. G. VETTORI, *L'abuso*, cit., p. 162, e M. DELLACASA, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 705 ss. Entrambi questi autori sottolineano come l'abuso possa declinarsi secondo una molteplicità di rimedi: ciò che, dogmaticamente, ho cercato di spiegare nel testo attraverso le varie categorie di rimedi per la lesione dell'interesse legittimo.

⁹²⁸ Dopo il perfezionamento del negozio o l'emanazione del provvedimento l'inibitoria non può ipotizzarsi: il danno si è ormai cristallizzato, e l'azione prende semmai le forme dell'annullamento in autotutela (rispetto alla quale un'inibitoria *pro futuro* è contenuta nell'effetto conformativo, come ho già detto).

anticipatamente una condotta (una specifica condotta⁹²⁹) che si prefiguri già come lesiva.

La lesione di beni da parte del titolare della posizione attiva, anche al di fuori dell'esercizio del diritto, fa sorgere anche qui il problema delle lesioni derivanti da atti tenuti in esecuzione di negozi di esercizio di poteri in realtà nulli (per un difetto intrinseco) o inefficaci (per la stessa mancanza del potere), o comunque derivanti dall'apparenza di questi negozi.

E anche qui, a mio avviso, può ben darsi che la tutela, in concorso con quella extracontrattuale, sia quella tipica degli interessi legittimi⁹³⁰: d'altro canto, vi è un comportamento scorretto⁹³¹ nell'ambito di un'attività posta in essere da un soggetto nella sua veste (o pretesa veste) di titolare del potere.

Con riferimento all'ipotesi del potere inesistente, è probabile che l'ordinamento non richieda, perché si abbia responsabilità, dolo o colpa grave, o comunque mala fede, in capo al soggetto asseritamente titolare del potere. In questa prospettiva sarebbe sufficiente che la lesione della buona fede – e dunque l'impossibilità ci conformarsi alla correttezza che in essa è insita – sia imputabile⁹³²; in assenza di questo requisito, residuerebbe tutt'al più un'azione a titolo aquiliano (o a titolo di inadempimento contrattuale, o di lesione di un diverso interesse legittimo⁹³³). Il che distingue quest'ipotesi rispetto a quella in cui un preteso creditore eserciti il suo asserito diritto: ma la differenza è del tutto giustificata, se sol si pensa che il potere

⁹²⁹ Anche ove si ammettesse l'inibitoria per l'esercizio del potere, dovrebbe supporre che il divieto riguardi solo una specifica forma di esercizio, in quanto lesiva della buona fede.

⁹³⁰ Ma, qui, essendo la tutela degli interessi legittimi solo accessoria (lo dimostra il fatto che la lesione in parola non riguarda il nucleo di questa posizione giuridica), la protezione aquiliana non subirà alcuna decurtazione per gli eventuali limiti temporali (termini di prescrizione o decadenza) o comunque di altro tipo previsti per il caso di azione volta a far valere gli interessi legittimi (ad esempio, la pseudo-pregiudiziale di cui dirò a breve, nonché l'eventuale giudizio di prognostico, che decurta il *quantum* di risarcimento ove sostanzialmente l'esercizio del potere fosse giustificato).

⁹³¹ A seconda delle evenienze scorretto potrà essere l'esercizio stesso del diritto potestativo (ove la nullità sia volta a proteggere chi versa in situazione di soggezione), oppure l'esercizio connesso al mantenimento di un'apparenza o all'esecuzione del negozio, nonostante la nullità o l'inefficacia.

⁹³² Qui, di nuovo, si porrà il problema di distinguere l'imputabilità connessa semplicemente all'esercizio (invalido o inefficace) del potere, e quella invece discendente dall'aver esercitato (invalidamente o inefficacemente) il potere e dall'aver mantenuto l'apparenza di un negozio o dall'aver eseguito il negozio, nonostante una valutazione diligente potesse dar conto della lesione della buona fede che si andava realizzando.

⁹³³ Così, nel caso di recesso da un contratto senza aver rispettato certi requisiti di esistenza del potere, si riterrà che il preteso esercizio del medesimo sia fonte di responsabilità per lesione di interessi legittimi (ad accogliere la tesi secondo cui essi nascono pure di fronte all'asserito esercizio del potere). Tuttavia, potrebbe pure esservi un risarcimento per aver determinato l'impossibilità della prestazione (non permettendo alla controparte contrattuale di eseguirla), o un risarcimento per aver leso un bene protetto a titolo extracontrattuale (si pensi a un recesso in virtù del quale una parte si riappropria del godimento di certi beni, che poi distrugge). Alla luce dei principi in parola andrebbero lette, allora, anche le disposizioni di cui all'art. 18, commi 1-3, l. 300/1970.

corrisponde a una situazione di forza e preminenza, cui debbono coincidere anche maggiori oneri di cautela.

Come nel caso del credito, però, bisogna anche qui ritenere che non vi sia la necessità, per chi subisce l'esercizio invalido o inefficace del potere, di agire giudizialmente per bloccare la pretesa altrui. Non vi è, dunque, una vera e propria pregiudiziale: e, tuttavia, in determinate circostanze potrà valutarsi *ex art. 1227*, comma 2, c.c. l'inerzia del soggetto passivo nel far valere le sue ragioni.

In tal modo, tra l'altro, la tutela degli interessi legittimi viene a occupare uno spazio che solitamente le è precluso: quello, cioè, popolato dagli atti di esercizio di poteri invalidi o inefficaci. Si è visto, in ogni caso, perché ciò avviene, e in che senso non possa ritenersi violato il principio della relatività delle situazioni giuridiche (ossia, la tendenziale non sovrapponibilità di diritto soggettivo e interesse legittimo).

Non si vuol dire, cioè, che nei casi in cui il potere manca, difettando i suoi presupposti d'esistenza, non si possano far valere diritti soggettivi della controparte in via aquiliana. Non vi è infatti alcun esercizio (seppur abusivo) del diritto a impedirlo. Tuttavia, la tutela degli interessi legittimi si aggiunge, anziché sostituirsi, a quella dei diritti soggettivi.

D'altro canto, ho già evidenziato come non sia sempre facile distinguere i casi in cui mancano i presupposti del potere, e quelli in cui invece un potere c'è, ma sono violate le condizioni d'esercizio poste a tutela della controparte: ipotesi che si riferiscono, rispettivamente, all'inefficacia e all'annullabilità (fermo restando che possono darsi anche casi di nullità del negozio di esercizio; anzi, nel diritto amministrativo, come visto, la carenza in astratto del potere è di norma vista come causa di nullità, e non di inefficacia, del provvedimento pubblico).

Così – riprendo ora alcuni punti che ho già toccato – soprattutto nel diritto del lavoro⁹³⁴ sorgono notevoli problemi, allorché si tratta di comprendere se si sia di fronte a poteri invalidamente esercitati o meno.

⁹³⁴ Come noto, il diritto del lavoro costituisce un campo di elezione per la verifica del concetto di interesse legittimo di diritto privato: tanto i problemi dei concorsi (e di quelli che denominerò interessi legittimi pretensivi positivi), a far data dalla famosa sentenza del 1979), quanto quelli dell'abuso dei poteri dei datori, ne fanno davvero un terreno fertile per lo studio della nozione (come dimostrano l'interesse della Bigliuzzi Geri, di Zoli e di Iannotta – di quest'ultimo autore, in particolare, v. di nuovo *Atti non autoritativi*, cit., p. 31 e 34, a proposito, rispettivamente, di concorsi, promozioni, note di qualifica, e di poteri disciplinari, di riorganizzazione aziendale, di trasferimento). A mio avviso, ciò dipende da una causa reale, da una causa solo apparente e da una storica. Quanto alla prima, il fatto è che nel diritto del lavoro, più che altrove, sussistono situazioni di superiorità, e in particolare ipotesi di diritti potestativi o poteri come quello direttivo (non è un caso se tutte e tre le più note trattazioni sui 'poteri privati' – le già citate opere di Lombardi, Bianca, Buoncrisiano – fanno tutte cenno al rapporto interno all'impresa), oppure ipotesi di trattative che conducono alla conclusione di contratti (concorsi privati). Quanto alla causa apparente, può sembrare che i poteri del datore di lavoro siano, come quelli della p.a., funzionalizzati a un preteso interesse collettivo (dell'impresa, dell'insieme dei lavoratori, e così via) o che siano comunque discrezionali (cfr. anche A. LENER, voce *Potere*, cit., p. 633 s.). Ciò non è vero (cfr. C. CESTER-M.G. MATTAROLO, sub *art. 2104 c.c.*, cit., p. 417 ss.): o, meglio, è vero che i poteri del datore di lavoro sono liberi, pur incontrando i limiti (come ogni potere) posti dall'interesse legittimo

Il discorso, a dire il vero, si estenderebbe pure ai profili del potere direttivo, di cui ho però già parlato: e, del resto, in quelle ipotesi è l'esercizio del credito a risultare potenzialmente abusivo o comunque lesivo di un interesse legittimo altrui.

Restando, allora, aderenti alle vere e proprie ipotesi di diritti potestativi, debbo riconoscere – come a suo tempo ho già accennato – che la posizione di superiorità⁹³⁵ del datore di lavoro mi sembrerebbe richiedere una ricostruzione dei suoi poteri in senso lato: ossia, come tendenzialmente esistenti verso il lavoratore, a prescindere da specifiche circostanze. Lo stesso di ciò che avviene nel diritto amministrativo⁹³⁶: ove, anzi, i poteri sono ancor più vasti, se si tiene mente che il difetto di competenza si traduce in nullità, e non inesistenza o inefficacia del provvedimento. Quest'idea, che pur potrebbe esser biasimata alla luce delle teorie che ribadiscono l'eccezionalità dei diritti potestativi rispetto all'uguaglianza tipica nel diritto privato, non mi pare erranea, se sol si pensa che di fronte al potere, esistente, l'interesse legittimo predispone un'elevata tutela, specie attraverso l'*exceptio doli*, e dal lato opposto consente però anche di mantenere rapida ed efficiente la gestione del rapporto. Per di più, mi sembra attesti la veridicità di quanto scrivo anche il parallelo con il diritto amministrativo, e il suo stesso avviarsi verso uno statuto nuovo, quasi di 'diritto privato particolare' (attraverso un moto di riavvicinamento, per mezzo del quale i 'diritti secondi' che regolano le posizioni di inferiorità dei privati – diritto del consumatore, diritto dell'imprenditore debole, diritto amministrativo – sembrano quasi essersi toccati). Ovviamente, questa considerazione vale per il rapporto privato-p.a., e non dal lato della stessa azione amministrativa, che è e resta retta da principi del diritto pubblico, rispetto ai quali il privato rimane assolutamente estraneo.

altrui; è vero anche che in determinate situazioni il titolare dell'interesse legittimo potrà sindacare la scelta del datore, perché compiuta in contrasto con le finalità collettive, ma solo perché ciò ridonda nella violazione della buona fede (il che presuppone che la buona fede recepisca una norma d'azione relativa alla funzionalizzazione del potere – questo è quanto tipicamente avviene nel diritto amministrativo – o imponga, per altra via, di giustificare in tal modo l'esercizio del potere). Ma il potere privato non è, in tal senso, discrezionale: non è mai imposto di bilanciare gli interessi e di tenere conto di quelli del lavoratore, in nome di un più alto interesse comune o collettivo. La funzionalizzazione-discrezionalità, oltre a rappresentare una convinzione erronea, risulta anche inutile: i limiti ai poteri derivano, infatti, dall'esterno (per cui il potere nasce solo in base a certi fatti che ne costituiscono, per l'appunto, fattispecie costitutiva) e dall'interno (si tratta della buona fede). Quanto alla causa storica, infine, mi riferisco al ponte tra diritto privato e pubblico che si è creato in occasione della privatizzazione dei rapporti di lavoro presso gli enti pubblici economici (da cui è derivata anche la giurisprudenza in tema di concorsi privati).

⁹³⁵ Tutti i poteri, in effetti, sono 'imperativi'; tuttavia, una vera e propria autoritarità vi è solo ove il potere sussiste a prescindere dai requisiti del suo esercizio (v. G. GUARINO, *Atti*, cit., p. 266 e 269 ss.). E tale autoritarità non può negarsi nemmeno nell'ambito del rapporto di lavoro, ove il datore è in una posizione senza dubbio di forza nei confronti del lavoratore. Il che, lungi dal diminuire le garanzie di quest'ultimo, impone di riconsiderarle alla luce dell'effettiva natura del rapporto.

⁹³⁶ Con alcune limitazioni, come ho già osservato: ad esempio, a mio avviso poteri, come quelli di iscrivere un soggetto in un albo, semplicemente non esistono, se mancano i presupposti.

Così, in particolare, nel caso di sanzioni disciplinari (conservative)⁹³⁷ nel rapporto di lavoro non mi sembrerebbe inesatto predicarne l'annullabilità, anziché la nullità. Tra l'altro, se ne dovrebbe far derivare una forma di pregiudizialità, tale per cui la mancata impugnazione della sanzione, finché possibile e utile, precluda⁹³⁸ il risarcimento del danno con essa evitabile⁹³⁹. Ovviamente, però, bisognerà fare la massima attenzione e non rendere eccessivamente arduo per il lavoratore l'esercizio delle sue ragioni: non sarebbe possibile richiedergli una domanda solerte solo per tutelare le ragioni del datore, ma non è nemmeno corretto consentire al lavoratore stesso condotte inutilmente dilatorie, volte solo ad aumentare il *quantum* risarcibile.

Queste osservazioni consentono anche di chiarire il ruolo, nell'ambito della problematica in esame, della sanzione della nullità per motivo illecito⁹⁴⁰. Essa, di per sé, attiene al negozio considerato come atto, e dunque non alla protezione della controparte (per questa ragione, dunque, eviterei di ricondurla ai casi di nullità di protezione). Molto interessante è evidenziare la logica sottostante a questa nullità: l'atto di esercizio del potere è un negozio, e come negozio la sua causa sta proprio nel realizzare il risultato (visto economicamente, e poi tradotto giuridicamente) che il potere consente di produrre. Il che coincide perfettamente, tra l'altro, con la realizzazione dell'interesse protetto dalla posizione giuridica. Può, però, avvenire che il motivo specificamente perseguito sia illecito, e che quindi il negozio d'esercizio sia

⁹³⁷ Cfr. però P. TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 22. La nullità, secondo la dottrina che la predilige (la maggior parte), deriverebbe da una 'carezza di potere' o comunque da violazione di norme imperative; per altri si tratterebbe di una 'inefficacia' dell'atto di applicazione della sanzione. Su questo tema, in generale, v. A. FONTANA, voce *Sanzioni disciplinari*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, §§ 1 ss.; L. MONTUSCHI, voce *Sanzioni disciplinari*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, XIII, Torino, 1996, §§ 1 ss.

⁹³⁸ Secondo Cass. civ., Sez. Lav., 30 marzo 2006, n. 7546, «l'impugnazione di una sanzione disciplinare è consentita, quando non sia ancora decorso il termine di prescrizione, sempre che il lavoratore non abbia posto in essere un comportamento positivo dimostrante acquiescenza», anche giacché «un interesse ad impugnare può sorgere quando alle stesse sanzioni viene collegato anche un più importante provvedimento, quale il licenziamento». Ciò non toglie che il lavoratore, a mio avviso, non può volgere a suo favore l'esistenza di un termine, dovendo per lo meno avvisare il datore (d'altro canto, l'acquiescenza potrebbe essere intesa proprio come una forma di *Verwirkung*). Di certo qui non vi è, di norma, un onere di impugnativa esteso come nel processo amministrativo (dovendo applicarsi in modo molto più cauto le previsioni di cui all'art. 1227 c.c., specie secondo comma).

⁹³⁹ Ci si potrebbe chiedere se lo stesso valga in materia di licenziamento illegittimo. La Cassazione ha deciso (Cass. civ., Sez. Lav., 5 febbraio 2010, n. 2676; Cass. civ., Sez. Lav., 10 marzo 2010, n. 5804) che la mancata impugnazione nel termine di decadenza previsto dalla legge preclude il risarcimento del danno. La questione, però, è solo parzialmente analoga a quella della pregiudizialità, che riguarda il caso di un risarcimento del danno chiesto a prescindere dall'attivazione di un rimedio specifico, e quindi con un – altrimenti evitabile – aumento del *quantum*. Tuttavia, di fatto, la necessità di 'impugnare il licenziamento' evita che si ponga la stessa necessità di postulare una pregiudizialità tra rimedi. Anche la pacifica risarcibilità autonoma del danno non patrimoniale causato dal licenziamento ingiurioso (su cui v. G. FRANZA, voce *Licenziamento ingiurioso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiornamento****, Torino, 2007, § 1 ss.) non tocca i problemi che vado discutendo nel testo.

⁹⁴⁰ Anch'essa particolarmente studiata in tema di licenziamento. Cfr. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*³, cit., p. 395 ss.

nullo. Ma, come ben si vede, il motivo rimane al di fuori dell'interesse: o, per meglio dire, lo specifica, cristallizzandosi nel negozio sol perché l'ordinamento consente che esso divenga rilevante (*ex art. 1345 c.c.*).

Ora, motivo illecito vi sarà quando il negozio di esercizio sia stato perfezionato al solo fine di discriminare, o fors'anche di produrre un danno senza averne nulla in cambio; ovviamente, la controparte – ove riesca a darne la difficilissima prova – se ne avvantaggerà. Non diversamente dovrebbe avvenire per il provvedimento amministrativo: la sua nullità per mancanza di causa, dunque, potrebbe forse essere intesa, a voler essere rigorosi, come illiceità di un motivo. Sennonché, entra qui in gioco il carattere di potestà del potere pubblico, che viene cioè esercitato per un interesse altrui (funzionalizzazione).

Dopo aver toccato alcuni gruppi di casi tipici dell'abuso, vorrei passare a considerare un ulteriore insieme che, seppur non particolarmente frequente, ha attirato l'attenzione della dottrina: in particolare d'oltralpe, ma anche italiana: mi riferisco alla cd. *Verwirkung*⁹⁴¹. Ne parlo qui, a proposito dei diritti potestativi, ma il discorso potrebbe – dovrebbe – abbracciare anche i diritti di credito.

Con tale istituto si vuole, essenzialmente, tutelare il soggetto passivo di un rapporto da condotte contraddittorie della controparte: in ispecie, ciò avviene ogni qual volta il primo possa confidare nel mancato esercizio, da parte del secondo, di un diritto, a causa di una prolungata inerzia che ciò abbia fatto legittimamente credere; e alla prolungata inerzia avvicinerei anche un altro comportamento che abbia avuto quest'effetto (come una assicurazione)⁹⁴². La condotta successiva, di esercizio del diritto, viene a essere contraria al *factum proprium*, e per questa ragione scorretta: vi è dunque l'esigenza – particolarmente sentita dalla dottrina tedesca, e meno da quella italiana – di reagire paralizzando l'esercizio del diritto.

⁹⁴¹ A proposito della quale v. (anche per la bibliografia tedesca) S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 722 ss.; F. FESTI, *Il divieto di 'venire contro il fatto proprio'*, Milano, 2007, p. 133 ss. (che si esprime contro la *Verwirkung*, dal punto di vista del nostro ordinamento); F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971 (la cui tesi, a mente della quale l'ordinamento italiano non conoscerebbe la *Verwirkung* e soddisferebbe le stesse esigenze di tutela tramite la rinuncia tacita, è accettata da M. SESTA, *Recensione a F. RANIERI, Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 824, e invece rigettata da S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit., p. 729). Sul divieto di *venire contra factum proprium*, oltre alla citata monografia di Festi, cfr. F. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, p. 77 ss.

⁹⁴² La *Verwirkung* vera e propria attiene solo al piano dell'inerzia; e su questa base S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit., p. 726 distingue proprio l'istituto tedesco dal *nemo venire contra factum proprium potest*. A me pare, però, che si possano entrambi assimilare e collegare a un unico, più ampio, principio; o comunque vedere nella *Verwirkung* un'applicazione del secondo (anche l'omissione, infatti, è un comportamento).

La tematica della *Verwirkung* richiede, a mio avviso, di distinguere tra diritto pubblico e diritto privato⁹⁴³: e per questa ragione ho rinviato sinora ogni cenno.

Il potere amministrativo ablatorio, di per sé, non è esercitato se non con provvedimenti, ossia atti pubblici che impegnano la p.a. Tutto quanto riguarda i comportamenti contraddittori dell'amministrazione attiene, per l'appunto, al piano comportamentale, e non a quello provvedimentale; per questa ragione il privato può dolersi della contraddittorietà sul piano risarcitorio, ma non può addurla a ragione del venir meno del potere amministrativo, o della patologia del provvedimento, salvo nei casi in cui l'affidamento suscitato in capo al privato non divenga rilevante, addirittura, sul piano dell'interesse pubblico concreto (così che l'emanazione di un provvedimento, con lesione dell'affidamento, costituisca essa stessa un atto invalido).

Viceversa, tra privati non v'è un interesse pubblico da salvaguardare; non v'è la necessità di ritenere inesauribile il potere per finalità pubblicistiche; non v'è l'esigenza di rinvenire un provvedimento perché si possa parlare di esercizio del diritto, potendo risultare significative di una modalità di uso del diritto anche le condotte inerti.

Per tale motivo, a me sembra che, nell'ambito del diritto amministrativo, l'esercizio di un potere ablatorio contraddittorio rispetto a un previo comportamento (o anche a un precedente provvedimento rimosso in autotutela o revocato) possa costituire un illecito, dal punto di vista dell'interesse legittimo, per aver fatto nascere un affidamento, poi tradito (un affidamento soggettivo, tutelato dall'interesse legittimo, ma da non confondere con la stessa posizione giuridica). In altri termini, a venire violata è la norma di buona fede che impone di non far nascere affidamenti inutili.

Viceversa, nel diritto privato l'esercizio di un diritto di credito o potestativo, che sia contraddittorio, risulta tenuto in violazione della norma di buona fede che impone di non esercitare il diritto in modo contrastante con la condotta (giuridicamente rilevante⁹⁴⁴) già tenuta. Per questa ragione l'ordinamento sanziona lo stesso nuovo esercizio del diritto (e non la combinazione di comportamenti, consistenti nel far nascere e nel tradire l'affidamento), che cagiona un danno pari allo stesso bene pregiudicato: infatti, si deve considerare che un'attività conforme a buona fede non avrebbe leso tale bene, essendo ormai irrimediabilmente venuta meno questa facoltà (sul piano della correttezza, anche se non su quello dello stretto diritto formale). Ecco,

⁹⁴³ Fermo restando che, in entrambe le ipotesi, l'affidamento derivante dal comportamento in parola non fa nascere *ex facto* un autonomo interesse legittimo; la sua tutela, viceversa, si inserisce nella più ampia dimensione della tutela della buona fede, per il tramite di un già esistente interesse protettivo.

⁹⁴⁴ Più che di rilevanza giuridica, però, dovrebbe forse parlarsi di necessità di tenere conto, nel diritto pubblico, dell'interesse pubblico complesso, e, invece, di possibilità, nel diritto privato, di considerare i soli interessi della controparte. In altri termini, nel primo caso la buona fede non può tenere conto solo della seconda condotta, contraddittoria con la prima tenuta, ma deve abbracciare l'interessa del comportamento, giacché, altrimenti, si verrebbe a condizionare l'azione amministrativa in virtù del riferimento all'interesse di una sola parte, e non alla luce dell'interesse pubblico complessivamente inteso.

tra l'altro, l'emergere di una *exceptio doli*⁹⁴⁵ a tutela del privato⁹⁴⁶ (perché tutto l'istituto finisce per tradursi in una tutela in forma specifica dell'interesse legittimo e dell'affidamento oggettivo, anziché in una risarcitoria dell'affidamento soggettivamente inteso).

Lo stesso – anticipo già – non potrà mai valere nel caso di interessi legittimi pretensivi: in tali casi, infatti, la contraddittorietà di un comportamento rileva unicamente dal punto di vista dell'affidamento soggettivo, il quale è tutelato solo in 'negativo' e mai in 'positivo'. In altri termini, è consentito chiedere il risarcimento di quanto si è perso a causa dell'affidamento, ma non di quanto si sarebbe ottenuto ove, sorto l'affidamento, non fosse stato leso.

8. Altri interessi legittimi protettivi: cenni

Sinora l'analisi degli interessi legittimi ci ha portato a postularne l'esistenza in capo a chi soffre l'esercizio (o il preteso esercizio) di diritti di credito o di diritti potestativi⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ Ci si è chiesti (ce ne informa S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit., p. 724) se «per potersi configurare la violazione del principio di buona fede sia necessario che il titolare conosca l'esistenza del proprio diritto, la violazione che esso ha subito o il ritardo che si è verificato nel suo esercizio», e la risposta è stata prevalentemente positiva (richiedendosi una *sichere Kenntnis*). La stessa questione potrebbe allora suonare così: è possibile difendersi con una *exceptio doli*, al di fuori di una colpa di colui che viola la buona fede? Probabilmente, più che indagare sulla colpa dovrà qui mantenersi il giudizio nell'alveo della buona fede stessa, e cioè ritenere non scorretto il comportamento di chi esercita la pretesa, pur in presenza di un affidamento altrui, ma al di fuori di una precedente conoscenza dell'esistenza della medesima (o quanto meno di una conoscibilità), oppure al di fuori di circostanze che non gli rendevano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (o che non l'hanno impedito oggettivamente, come potrebbe avvenire anche nel caso in cui l'ufficio postale perda una missiva).

⁹⁴⁶ A convalidare quest'idea, per cui la *Verwirkung* avrebbe effetti sul piano risarcitorio, e solo in seconda battuta si allargherebbe ai rimedi specifici, sta proprio il fatto che, là dove non c'è lesione della buona fede, non ci può essere *exceptio doli* – risultando, quest'ultima, ammessa non in tutti i casi di 'pregiudizio' dell'interesse legittimo, ma in quelli di 'lesione' da 'condotta scorretta' in un qualche modo ulteriormente qualificata –; così, se Tizio per lungo tempo non avvisa Caio di voler chiedere l'adempimento, e lo fa poi improvvisamente, Caio non potrà lamentarsi della contraddittorietà tra comportamenti, ove Tizio provi di aver coltivato con diligenza il credito, ma che le missive di costituzione in mora non erano state ricevute da Caio per causa a lui non imputabile.

⁹⁴⁷ Potremmo chiederci se l'indagine svolta conduce ad ammettere l'abuso del diritto come figura giuridica (secondo G. PINO, *L'esercizio*, cit., p. 22, ciò avrebbe un senso solo se l'abuso fosse qualcosa di più del mero rinvio a istituti che l'ordinamento già conosce, e soprattutto valorizzasse tecniche di etero-integrazione; sul punto v. pure M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, § 3, e poi di particolare interesse il § 8). Di certo, in tutti i casi che abbiamo scorso, vi è qualcosa che permette il non funzionamento di una scriminante: o, forse, già nell'ambito del giudizio di responsabilità aquiliana, o comunque formulando sempre in sede aquiliana una norma di protezione, o grazie alla nascita di un interesse legittimo. Questo 'qualcosa' non è probabilmente l'abuso in sé, che si limita a descrivere quanto avviene, ma la buona

Tuttavia, interessi legittimi protettivi sussistono anche in altre circostanze, che pur sono meno generali. Vale la pena di soffermarsi, seppur molto brevemente, su alcune tra esse.

Una prima ampia area tematica è quella dei provvedimenti collegiali adottati dagli organi delle persone giuridiche (o comunque dei soggetti collettivi)⁹⁴⁸. L'esempio più evidente è quello recato nell'art. 2377 c.c., ove ciascun soggetto dell'assemblea in una società per azioni gode di un interesse legittimo a ch  la maggioranza non eserciti i suoi poteri di voto (e dunque non sia presa una decisione collegiale) in modo non conforme alla sua volont  e comunque lesivo dei suoi interessi.

L'interesse   protettivo, come pure quello sotteso all'art. 1137 c.c. in materia condominiale⁹⁴⁹; la sua peculiarit  sta sul piano rimediale, in particolare l  dove si prevede, accanto all'azione caducatoria, una tutela risarcitoria in capo a coloro che non potrebbero agire per l'annullamento (giacch  non legittimati ai sensi del comma terzo dell'art. 2377 c.c.). La responsabilit , a mio avviso,   proprio da lesione dell'interesse legittimo, e il binomio tra tutela reale e risarcitoria (regole di propriet  e di responsabilit ) va risolto in quest'ottica, come pure ogni questione circa la necessit  dell'elemento soggettivo alla base della violazione in parola⁹⁵⁰ (e circa l'eventuale cumulo tra tutela caducatoria e risarcitoria⁹⁵¹).

fede, che opera attraverso l'intervento del legislatore, il quale le apre questo spazio correttivo e suppletivo-correctivo. L'abuso, quindi, pi  che una figura o un istituto, sembrerebbe essere una 'categoria concettuale' in cui inserire certe figure; esso si muove in modo frammentario, pur rievocando sempre taluni profili comuni. Ma non credo nemmeno che la risposta a tale «annoso interrogativo» (F. MACARIO, *Recesso*, cit., p. 1582); a questo punto, abbia alcuna importanza, se non quella definitoria.

⁹⁴⁸ V. S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, p. 298; M. BUONCRISTIANO, *Profili*, cit., p. 87 ss., spec. p. 137 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 707 ss. (anche con riferimento agli interessi legittimi); A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 881 ss. V. poi pure E. PELLECCIA, *Qualche considerazione sulla tutela delle minoranze nel diritto delle societ *, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Bruscuola e F.D. Busnelli, Torino, 2001, p. 183 ss., e gi  A. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti delle societ *, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 26 ss.

⁹⁴⁹ Mentre l'art. 1105, comma 4, c.c., che in tema di provvedimenti necessari per l'amministrazione della cosa comune consente di ricorrere al giudice, sembra tratteggiare un interesse legittimo pretensivo (al provvedimento necessario conforme alla propria volont ).

⁹⁵⁰ Il risarcimento   ammesso, come l'annullamento, in caso di violazione di legge o statuto. Svaluta l'elemento soggettivo chi ritiene che la responsabilit  discenda da un'obbligazione indennitaria nascente *ex lege* (cfr. A. NIGRO, *Tutela*, cit., p. 893); e la svaluta pure chi, postulando una responsabilit  aquiliana, postula una *culpa in re ipsa*. Ma, a mio avviso, il ragionamento da farsi   lo stesso che in tema di licenziamento: o si sostiene che il legislatore ha previsto un indennizzo, oppure si ammette che in queste ipotesi l'imputabilit  della violazione discende dal fatto stesso di aver adottato la delibera, e non dalla violazione di una sorta di obbligo di rispettare legge o statuto.

⁹⁵¹ D'altro canto, debbo notare come l'art. 2379-ter c.c. apra alla tutela risarcitoria anche in caso di nullit  della delibera, e pur per i casi di sua sanatoria. Tale risarcimento, a ben vedere,   proprio quello connesso al mantenimento o all'esecuzione di una delibera nulla (di un atto di esercizio di un potere nullo).

Troppo lontano porterebbe considerare tutti i poteri simili a quelli cui ho fatto riferimento. È sufficiente, allora, considerare come anche in questi casi si tratti proprio dell'esercizio di un potere (organizzativo), che incide su taluni soggetti (in quanto singoli), che si trovano legittimati a dolersene proprio in virtù della loro posizione (di membri dell'organo assembleare). La tutela delle minoranze, dunque, trova forma compiuta nell'interesse legittimo, interpretato come posizione giuridica volta a proteggere da comportamenti scorretti, pur senza assicurare un risultato.

Un ulteriore interesse legittimo protettivo potrebbe probabilmente immaginarsi in tutte quelle ipotesi in cui la legge ammette l'ingresso nella sfera giuridica altrui – per esempio, concedendo l'utilizzo di un bene protetto da un diritto assoluto –, senza però che vi sia un diritto di credito alla restituzione, in cui possa convogliarsi la tutela protettiva (ad esempio, la custodia). Si tratta di ipotesi in cui, per lo più, un soggetto gode a tempo, e in via esclusiva, di alcune delle facoltà comprese in un diritto assoluto altrui. Altro elemento necessario, però, sta nel fatto che vi sia un attuale rapporto contrattuale: solo così potrebbe, infatti, operare l'art. 1375 c.c., in questo caso fonte della posizione giuridica in parola.

Basti pensare a quel che accade nel caso in cui un soggetto abbia in concessione un marchio altrui per un dato uso, e ne abusi: è comunemente ammessa, oltre e accanto alla tutela per la contraffazione (art. 23 cod. propr. ind.), quella contrattuale, risarcitoria e risolutoria⁹⁵². A dire il vero, però, proprio l'ammissibilità di azioni anche caducatorie del vincolo lascia pensare che, in questi casi, il soggetto protetto possa vantare un vero e proprio credito, alla 'restituzione' (pur virtuale e immateriale) del bene alla scadenza del rapporto, senza che quest'ultimo abbia apportato danni o comunque abbia comportato un utilizzo scorretto del bene. Alternativamente, dovrà supporre che vi sia proprio un interesse legittimo protettivo, a un comportamento che non utilizzi il bene (protetto solo nei limiti dell'utilizzo corretto). La possibilità di agire anche *ex* art. 1453 c.c., diversamente da quanto avviene di norma per i meri interessi legittimi, dovrebbe spiegarsi proprio alla luce della vicinanza di quest'ipotesi rispetto a quella tipica della restituzione di beni concessi tramite contratti di godimento.

Un'altra dimensione dell'interesse legittimo protettivo è, come ho già scritto, rintracciabile allorché si ammetta che esso, come pure alcuni interessi pretensivi, possa nascere 'da contatto'. Come vedremo, nell'ambito degli interessi pretensivi quest'origine è funzionale anche a verificare il tipo di tutela; così, invece, non accade qui, ove la garanzia si limita sempre solo all'interesse negativo.

La necessità di ritenere sussistente quest'ultimo tipo di interessi protettivi sta nel fatto che, in assenza, non si comprenderebbero certe lacune di tutela, cui senza dubbio

⁹⁵² G.E. SIRONI, sub *art. 23 cod. propr. ind.*, in *Comm. al codice della proprietà industriale Vanzetti*, Milano, 2013, p. 489. Ipotesi simile è quella in cui un soggetto concede ad altri lo sfruttamento dei propri dati personali: ma, in tal caso, è forse preferibile una ricostruzione omogenea, che non distingua le varie fattispecie di tutela della *privacy*, e che le ascriva sempre alla responsabilità aquiliana.

bisogna sopperire: ne ho discusso in merito ai casi in cui viene esercitato un credito o un diritto potestativo in assenza della stessa posizione giuridica. E la protezione, qui, dev'essere tanto quella ordinaria, contro l'esercizio effettivo di queste posizioni giuridiche, quanto una ulteriore, discendente dal fatto che lo stesso creare un'apparenza di esercizio può procurare un danno.

Ovviamente questo contatto – come quelli alla base degli interessi pretensivi – è tale in tanto in quanto all'esterno possa essere così inteso; e, dunque, prescinde sia dalla sensibilità di ciascuna parte, sia da eventuali errori delle medesime, richiedendosi solamente che esso possa avere un certo significato (salva, tutt'al più, l'applicazione del principio per cui *falsa demonstratio non nocet*).

Non è tutto. A me pare che uno stesso interesse protettivo vada ammesso nell'ambito delle trattative, nei confronti del terzo che vi interferisca, e pure in alcuni casi di lesione del credito (meglio: di 'apparente' lesione del credito).

Peculiarità di queste ipotesi, che subito passo a considerare, è quella per cui non vi è un vero e proprio diritto, nemmeno supposto ma inesistente, contro il cui esercizio di reagisce; non vi è, dunque, un affidamento protetto a non subire i risultati negativi discendenti dall'esercizio del diritto, oltre agli altri comunque connessi.

Come meglio vedremo, nell'ambito delle trattative – che per forza di cose richiedono un contatto serio – ciascuno dei futuri contraenti è titolare di un interesse legittimo pretensivo che protegge oggettivamente il suo affidamento soggettivo.

Un'interpretazione riduttiva dell'art. 1337 c.c. potrebbe far ritenere che esso intenda riferirsi alle sole future parti del contratto⁹⁵³; tuttavia, ciò non terrebbe conto dell'eventualità che un terzo si insinui nelle trattative, provocando un danno che spesso è solo meramente patrimoniale (basti pensare al caso del dolo del terzo⁹⁵⁴). D'altronde, se le trattative costituiscono una situazione affidante, da cui può sorgere un interesse

⁹⁵³ V. ad esempio A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 45 (secondo cui il «dovere di comportamento secondo buona fede non può che fare capo alle parti, o loro rappresentanti o loro mandatari»); F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 85; U. CARNEVALI, *In tema di c.d. responsabilità da prospetto delle banche*, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1004; G. PATTI, sub art. 1337 c.c., cit., p. 26, nonché, più di recente, V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2011, p. 167. Viceversa, chi, come C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 159, testo e nt. 8, configura la responsabilità precontrattuale come tutela aquiliana della libertà negoziale non ha difficoltà nell'ammetterne la sussistenza anche in capo al terzo (così pure P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 512 ss., il quale però ne trae argomento per sottolineare l'irrilevanza della qualificazione della responsabilità come davvero precontrattuale o meramente aquiliana, alla luce della tesi che comunque riconduce la prima alla seconda). Tuttavia, il vantaggio così realizzato è solo apparente, giacché queste stesse tesi non chiariscono *quando e come* i terzi rispondano per lesione della libertà negoziale. La tesi tradizionale è sostenuta, seppur con alcuni distinguo, da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 517 ss. Di recente si è ampiamente soffermato sul problema in esame L. BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009, spec. p. 125 ss. Sul (diverso) concetto di 'parte' nel contratto v. G.B. FERRI, voce *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, §§ 1 ss.; sulla 'parte complessa', con opinioni discordanti, v. G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1996, p. 6 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 54 s.

⁹⁵⁴ A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 307, evidenzia la connessione.

legittimo, ciò non toglie che la stessa situazione possa avere rilievo (seppur in forma diversa) verso un soggetto, che sarà l'eventuale futura controparte contrattuale, e pure verso un terzo, che, pur 'partecipando alla negoziazione', non entrerà nel contratto. Insomma, non è qui di impedimento il concetto di 'parte del contratto', né quello di 'parte del rapporto giuridico', giacché, quanto al primo, le trattative sono cosa diversa dal contratto⁹⁵⁵ (e gli interessi legittimi che nascono non hanno fonte in un contratto) e, quanto al secondo, ben possono essere plurimi gli interessi legittimi sorti in virtù della negoziazione.

Preferibile è, dunque, una diversa interpretazione⁹⁵⁶ dell'articolo in esame, che ampli il novero dei soggetti tenuti al rispetto dell'obbligo di buona fede (ossia, del 'dovere legittimo'⁹⁵⁷).

Resta, però, da chiedersi chi è 'parte' delle trattative, pur non essendo futura 'parte del contratto': e a mio avviso tale può essere considerato solo chi è (o appare essere) a conoscenza della trattativa in corso, o comunque possa prendere conoscenza della negoziazione sulla base di elementi evidenti, senza alcuna ricerca specifica. Il primo requisito è elementare: senza essere messi a parte della trattativa, non si può ritenere di farne parte, tanto per un'elementare esigenza logica, quanto per non dilatare inopinatamente la responsabilità. Il secondo è volto semplicemente a far sì che un soggetto non possa addurre un'ignoranza manifestamente colpevole, che si tradurrebbe in una facile scusa e in un esonero della rimproverabilità sociale di un comportamento che, comunque, si basa sull'apparenza.

A questi elementi va equiparata anche la previsione di una futura trattativa, ove essa sia ragionevole, perché fondata su una certa normalità, nonché un'egualmente caratterizzata prevedibilità⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ Già secondo F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv. - teor. gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 892, nell'art. 1337 c.c. «sono chiamati 'parti' anche i soggetti, che partecipano alle trattative e che, come tali, non sono necessariamente anche contraenti».

⁹⁵⁶ Sostenuta, ad esempio, da V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1268 s.: «non è, dunque, la conclusione (eventuale) del contratto che individua (*ex post*) il riferimento soggettivo della disposizione, ma è il coinvolgimento e la partecipazione nelle vicende che precedono o possono precedere il contratto che giustificano l'assoggettamento alla regola di comportamento, imponendone il rispetto». V. pure G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *BBTC*, 1982, I, p. 21 (secondo cui la diversa tesi risponde a un vero e proprio «pregiudizio»). V. in particolare l'*Abs.* III del nuovo § 311 BGB; per la dottrina tedesca v., oltre a tutte le fonti che citerò in tema di responsabilità precontrattuale e affidamento (§ 2 del prossimo Capitolo) il lavoro, sebbene non recente, interamente dedicato al tema di L. DIERS, *Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo. Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an der Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?*, Welter im Kreis Soest, 1962, p. 7 ss., e, meno remoto ma sempre prima della modernizzazione, E. SCHMITZ, *Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, Berlin, 1980, p. 15 ss.; per il diritto attuale v. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*², Tübingen, 2012, p. 217 ss.

⁹⁵⁷ Volta per volta, nasceranno autonomi interessi legittimi: pretensivi negativi verso la futura controparte, protettivi verso i terzi.

A sua volta, poi, la responsabilità sorge verso ambo le parti di una trattativa già iniziata. Così, potrà sussistere verso un soggetto, contro cui viene usata violenza per indurlo a concludere il contratto, ma anche verso la sua controparte, che nulla sa della violenza e si vede annullato il contratto stesso (o, allo stesso modo, verso un soggetto che viene slealmente indotto a interrompere trattative ormai concluse, e pure verso la sua controparte che subisce questo recesso).

Ove la trattativa non sia già cominciata, la responsabilità (indipendentemente da ogni altra tutela penale o aquiliana, per esempio in caso di minaccia e di lesione della libertà personale) sorgerà nel momento in cui essa inizi (o, volendo, anche nella semplice prospettiva che essa inizi⁹⁵⁹).

In breve, a fronte dell'interesse legittimo riconosciuto a ciascuna parte nei confronti dell'altra, dev'essere riconosciuta anche la protezione di un ulteriore interesse legittimo verso tutti coloro che 'interferiscono': anzitutto, convincendo la controparte a non rispettare la tutela della posizione giuridica in questione, ma pure ingannando il futuro contraente, fornendogli informazioni errate o lacunose⁹⁶⁰, o addirittura muovendo violenza nei suoi confronti per indurlo a concludere un contratto.

⁹⁵⁸ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 169 («importante è che, la scorrettezza, ancorché temporalmente preceda la trattativa, sia funzionalmente mirata a questa e al relativo contratto»; l'autore, però, si riferisce a contatti tra le stesse parti che poi iniziaranno una trattativa per concludere tra loro il contratto). *Contra* A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 277, secondo il quale vi può essere anche *c.i.c. in incertam personam*. L'esempio è quello di un'attività dolosa diretta «a convincere una pluralità di persona dell'opportunità di concludere un contratto a certe condizioni». Ma anche qui non vedo come possa non esservi la prevedibilità: che non vuol dire 'individuabilità', ma significa che, sulla base del comportamento tenuto, è ragionevole pensare che determinati soggetti intenderanno quella situazione come affidante, apparendo essa obiettivamente come tale, e intavoleranno una negoziazione, o comunque cominceranno a 'confidare' (con atti materiali, e non solo psichici, cui ricollegare la nascita dell'interesse legittimo).

⁹⁵⁹ Il che non vuol dire legare il diritto al danno, giacché rimarrebbe distinta la situazione su cui si appuntano differenziazione e qualificazione e danno.

⁹⁶⁰ Nel qual caso potrebbe pure dirsi che nasce un diverso interesse legittimo sulla base di un rapporto di cortesia. La stessa ambivalenza è registrata in Germania, a proposito dei commi II e III del § 311 BGB. Essa va mantenuta, perché vi corrispondono due connotazioni diverse dell'interesse legittimo (ora solo protettivo, ora anche pretensivo), che possono a mio avviso convivere. Tornerò oltre sul punto, a proposito della responsabilità per false informazioni. Vi sarebbe da chiedersi se il pittore che autentica un quadro falso sia responsabile verso il terzo che lo acquista (mi riferisco, ovviamente, al caso De Chirico). Probabilmente la risposta da darsi è negativa, mancando qui lo stesso requisito dell'interferenza nella trattativa. Mi spiego: se fosse vero il contrario, il pittore risponderebbe verso chiunque acquista il quadro, e anche contro i successivi aventi causa. Ossia, verso tutta una platea di soggetti non solo non identificabili *ex ante*, ma anche non prevedibili (quante alienazioni ci saranno? quando sarà la prima?). Così facendo, si renderebbe il pittore garante, di fatto, dell'autenticità del prodotto verso chiunque ne venisse a contatto (mentre la sua responsabilità può sussistere solo verso il primo soggetto, acquirente inconsapevole). Diverso sarebbe, probabilmente, se il pittore avesse apposto la sua firma in combutta con il venditore. Non mi convince del tutto, invece, la pur autorevolissima spiegazione di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 129, che si fonda sulla *privity* del contratto. Del resto, è ben possibile che convivano rimedi fondati sul contratto e rimedi per lesione di interessi legittimi verso i terzi: così, ad esempio, nel caso del dolo del terzo, non in complicità col

Qui, dunque, non si tratta solo di predisporre una tutela per l'interferenza nel rapporto interesse legittimo-dovere di rispetto; vi è, più genericamente, un obbligo di non interferire in modo scorretto e pregiudizievole.

Quest'idea, a mio avviso, trova un addentellato normativo esplicito in Germania, nel comma III del nuovo § 311 BGB; ma pure in Italia è attestata dal *dictum* dell'art. 1337 c.c., che nell'imporre il dovere di buona fede per le 'parti', non specifica se si debbano intendere solo quelle del contratto, o più genericamente quelle delle trattative: come, per l'appunto, potrebbe essere preferibile⁹⁶¹.

In ogni caso, il risarcimento dovuto dal terzo in queste ipotesi dovrà limitarsi all'interesse negativo, inteso non come *chances* di concludere il contratto alle condizioni auspicate senza l'interferenza, ma come perdita subita a causa della trattativa inutile o dannosa (o del contratto stesso dannoso). Si dovrà applicare, cioè, la stessa logica che sovrintende all'interesse legittimo pretensivo negativo, così anche da supporre eventualmente una responsabilità solidale tra terzo e controparte, ove ne ricorrano le condizioni.

Tuttavia, questa argomentazione permette di osservare che l'ordinamento non apprezza l'interferenza nei rapporti altrui, sanzionandola nei modi che ho detto, e anzitutto facendo nascere un interesse legittimo protettivo da contatto (ossia, in tanto in quanto una parte entri in contatto con quella trattativa). La stessa *ratio* ricorre, però, anche in talune delle ipotesi in cui un terzo lede un diritto di credito⁹⁶².

venditore, che convince una parte a comprare un bene viziato. Le due domande restano distinte, avendo titoli diversi.

⁹⁶¹ Viceversa, non mi sembra possibile inglobare nel concetto di 'parti' i soggetti che semplicemente accompagnano le vere e proprie parti (come invece avveniva in Germania nel *Gemüseblattfall*; una diversa ricostruzione, però, potrebbe servirsi dell'idea per cui il contatto che fa nascere interessi legittimi può ridondare – come il contratto – a favore o a discapito di terzi, i quali si vedrebbero protetti da ulteriori interessi legittimi – pretensivi o protettivi –; questo accade di sicuro in altre fattispecie – futura madre che si rivolge al medico senza concludere un contratto e rapporto tra nascituro e medico –, ma probabilmente non nel caso in esame ora). Tuttavia, a me sembra che debba considerarsi risarcibile il riflesso che questo danno ha sul patrimonio della vera e propria parte: e non, per l'appunto, come 'danno riflesso', ma come vero e proprio danno che, seppur meramente patrimoniale, trova qui piena tutela. Ad esempio, ammesso che siano danni arrecati nell'ambito della veste di parti della trattativa quelli attinenti alla proprietà o alla salute di un soggetto che, entrato nei locali della controparte, scivola su una foglia di insalata o via dicendo, si potrebbe (dovrebbe) ritenere che la figlia, la quale accompagna il padre e si procura il danno, possa chiedere un risarcimento *ex art.* 2043 c.c., e però che il padre possa (nei limiti in cui sussista) chiedere il risarcimento per il danno che subisce a causa dell'incidente (spese sanitarie, perdite di tempo, etc.). Cfr. D. MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1981, p. 493 (che però manifesta i suoi dubbi al proposito).

⁹⁶² Ciò non deve stupire: la lesione del credito già in Roma poneva problemi di tutela, per il suo dimorare tra contratto e torto (cfr. P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, p. 99 s.), e ancor oggi è classificata tra i casi di pura perdita patrimoniale (cfr. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 21 ss.).

Ben noti sono i trascorsi dottrinali, e giurisprudenziali, che hanno portato ad ammettere questa protezione⁹⁶³, la quale è oggi normalmente estesa sia ai casi in cui il terzo rende impossibile, o temporaneamente impossibile, l'esecuzione della prestazione, sia a quelli in cui induce il debitore a non adempiere (o, perfino, colposamente fa sì che egli non adempia, come nelle ipotesi di doppia alienazione immobiliare⁹⁶⁴).

Se le prime fattispecie sono sicuramente relative a una tutela aquiliana, diversamente potrebbe forse ritenersi per le altre: così, tra l'altro, finendosi per superare taluni problemi posti da questo illecito, che sembrerebbe soltanto doloso⁹⁶⁵ (almeno nelle sue prime configurazioni giurisprudenziali).

Si potrebbe difatti ipotizzare⁹⁶⁶ che quanti vengono in contatto con un soggetto che è debitore, o, anche, che è astretto da un dovere di rispetto di un interesse legittimo, debbano rispettare la posizione di vantaggio della controparte: in altri termini, non appena entrino in una sfera di interferenza, venendo a conoscenza del peculiare *status* passivo di questo soggetto, siano essi stessi abbracciati dal dovere di rispettare un nuovo interesse legittimo. Anche qui, del resto, vi sarà la necessità che questo terzo sia a conoscenza dell'esistenza del credito (o ne preveda la futura esistenza), perché si possa ritenere che, con la sua attività, egli interferisca nella pretesa. E anche qui verrebbe da chiedersi se può essere sufficiente la conoscibilità e la prevedibilità: mi pare che sia da dare risposta positiva, nei limiti in cui, però, esse non comportino alcuna indagine, e siano per così dire evidenti (fermo restando che tutto si gioca sul piano dell'apparenza: così, se Tizio invita Caio a non adempiere, senza essere certo che questi abbia in essere un rapporto contrattuale con Mevio, non può ritenersi che manchi la conoscenza).

Contro questa tesi sembrerebbe facilmente opponibile il fatto che essa traduce un dovere tra soggetti distanti, i quali tra di loro non sono più che 'passanti', in un rapporto giuridico: e, però, giacché è nota l'interferenza al terzo, appare legittimo

⁹⁶³ Inutile ricordare i tristemente noti casi relativi alla squadra di calcio del Torino (casi Superga – Cass. civ., Sez. III, 4 luglio 1953, n. 2085 – e Meroni – Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174 –). Per una sintesi, v. F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 33 ss., nonché G. VISINTINI, *La lesione*, cit., p. 709 ss. In dottrina v. ovviamente F.D. BUSNELLI, *La lesione*, cit., *passim* (ma, ad esempio, p. 90). V. però anche, seppur con riferimento a un oggetto parzialmente diverso, A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972.

⁹⁶⁴ Riprendo il punto al § 6 del Capitolo secondo di questa Parte, ove mi interesso degli effetti protettivi post-contrattuali.

⁹⁶⁵ E recuperando in piena, in ambiente aquiliano, la pariordinazione tra dolo e colpa, che solo il legislatore può escludere (cfr. art. 833 c.c.). Sul punto v. *supra*, il § 5.

⁹⁶⁶ Al riguardo va menzionata la tesi (che è tuttavia diversa da quella che espongo nel testo, e non solo per la 'forma' dell'interesse legittimo) di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 116 (e ripresa a p. 519, nt. 163), secondo cui il terzo complice dell'inadempimento potrebbe essere chiamato a rispondere «quale partecipe della responsabilità del debitore». Anche secondo l'illustre autore «la complicità del terzo nell'inadempimento non può essere assimilata alla lesione del credito ad opera di un terzo» (*ivi*, p. 117).

discorrere di una vera e propria relazione, tra chi si insinua nel rapporto altrui, e chi sta dal lato attivo del medesimo. D'altro canto, l'affidamento di cui l'interesse legittimo è espressione non è psicologico o soggettivo, come più volte ho scritto (nemmeno, come vedremo, nei casi in cui nasce dal contatto, ossia *ex facto*).

Ciò non toglie che questo terzo debba rispettare la buona fede nei limiti effettivi di essa, anche per come declinati legalmente. E, dunque, questi con la sua condotta potrebbe ben impedire, o comunque far sì che il debitore non adempia, senza andar incontro a responsabilità: per esempio, non è di certo suo obbligo informarsi del momento in cui il debitore dovrà eseguire la prestazione, per evitare di fissare un appuntamento col debitore stesso in quel preciso momento, così impedendogli di fatto di adempiere. Non è nemmeno suo obbligo, una volta conosciuto questo orario, il fissare in un altro momento quest'appuntamento. Egli è tenuto, semmai, a non indurre il debitore a non eseguire la prestazione⁹⁶⁷ (esercitando una forza in tal senso, e non limitandosi a ratificare quanto già deciso da questi)⁹⁶⁸.

⁹⁶⁷ O comunque a non aiutare fattivamente il debitore a non adempiere. Un esempio proviene da una recentissima sentenza (Trib. Reggio Emilia, Sez. II, 16 giugno 2015, n. 964: vedila in *Contr.*, 2015, p. 969, con nota di A. PASSARELLA, *Cessione di azienda e divieto di abuso del diritto come principio generale del sistema*, p. 972 ss.). Nel caso a giudizio accadeva che una società, contro cui un creditore aveva ottenuto un titolo esecutivo, cedesse l'azienda a una nuova società, di fatto praticamente identica quanto a denominazione, oggetto sociale e compagine, al solo fine di eludere l'azione esecutiva. A fronte del precetto intimato, la nuova società proponeva opposizione, che tuttavia il giudice di merito rigettava, fondando la sua decisione (soprattutto) sul divieto di abuso del diritto. A mio avviso, sono due i principi che qui si cumulano: da un lato v'è di sicuro una lesione del credito da parte della nuova società; dall'altro v'è, probabilmente, un abuso nell'esercizio del diritto di opposizione (in cui si proietta il diritto d'azione). Tuttavia, questa seconda strada mi pare meno sicura, quanto meno perché l'abuso di un potere processuale dovrebbe riguardare una condotta altrettanto processuale, e non una sostanziale. La lesione del credito, dal canto suo, fornirebbe di certo tutela risarcitoria, ma imporrebbe di iniziare un nuovo giudizio per ottenere un nuovo titolo esecutivo. Salvo non ritenere che il creditore possa qui opporre un'*exceptio doli*, come rimedio in forma specifica atto a paralizzare una pretesa altrui (quella, negativa, di non essere tenuto in via obbligatoria) e, così, a soddisfare in via rapida le stesse esigenze di tutela cui presterebbe protezione il risarcimento. Ciò che l'eccezione di dolo ostacola, infatti, è proprio e nulla più che il prodursi di quel danno che dovrebbe essere riparato in seguito.

⁹⁶⁸ Non è lesione di questo interesse legittimo la trascrizione della compravendita di un immobile già venduto; lo è, però, se si è indotta la controparte a non adempiere. Sul punto, non senza connessioni con l'idea di buona fede, v. già V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., p. 102; L. CARRARO, *Valore attuale*, cit., p. 798 s. A dire il vero, secondo l'attuale giurisprudenza (cfr. F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 39 s.) la responsabilità del terzo nella doppia alienazione sorgerebbe con la sua mera conoscenza; il che può avere un senso, giacché qui il 'debitore', che tale non è, non potrebbe 'non adempiere' – non far avere piena proprietà: ossia toglierla – senza aiuto del soggetto cui si rivolge; in tal senso la trascrizione anteriore avrebbe sempre efficacia lesiva, e se vi fosse stata la conoscenza ci sarebbe pure la lesione buona fede. Non vi sarebbe mai però l'applicabilità dell'art. 2058 c.c., secondo l'idea diffusa in dottrina per cui, così facendo, si aggirerebbe il sistema della trascrizione (anche se, per vero, questo riguarda più le esigenze di certezza dei terzi; più fondata è una dimostrazione che si basi sull'art. 1380 c.c., anche senza volerne far derivare l'esclusione della sola conoscenza della previa alienazione dalle ipotesi di responsabilità: per il riferimento a questa disposizione v. P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 220 s.). Viceversa, l'induzione all'inadempimento è sempre dolosa: giacché il mancato adempimento non ha bisogno di un concorrente, e potrebbe essere causalmente imputabile anche alla sola astensione del debitore. Per tale ragione vi è bisogno di una

Proprio questa ricostruzione, dunque, potrebbe adattarsi ai casi di induzione all'inadempimento, o alla seconda alienazione di un immobile⁹⁶⁹, consentendo all'interprete di discriminare le ipotesi di responsabilità del terzo, da quelle che non la involgono. Ma i casi sono ben numerosi⁹⁷⁰: basti pensare alla responsabilità di un soggetto che, nell'ambito di una gara pubblica, fornisce false informazioni all'amministrazione per ottenere l'aggiudicazione a scapito di un altro concorrente. In tale ipotesi, le false informazioni concretano una sicura scorrettezza⁹⁷¹, che obbliga a

maggiore efficacia causale dell'apporto del terzo, che dovrà aver, per l'appunto, convinto dolosamente a non adempiere (e non solo essersi mostrato disposto a concludere un contratto con il debitore, incompatibile con il pregresso vincolo). Costituisce lesione del credito, e non di un interesse legittimo, l'uccisione del debitore, pure se successiva al momento in cui vi è conoscenza del credito, e salvo che non sia intenzionalmente volta a impedire l'adempimento (nel qual caso vi sarebbe un concorso di titoli di responsabilità). Ciò deriva dal fatto che l'interesse legittimo in parola protegge da 'un'attività di un soggetto che nell'interferire direttamente su di un rapporto non arrechi un risultato sfavorevole'; se il terzo, per caso, provocasse la morte del debitore, non si starebbe muovendo in quella zona di fisiologica interferenza, nel cui ambito si esercita la protezione dell'interesse legittimo. La ricostruzione proposta potrebbe dare forma, poi, a quella distinzione, già da tempo elaborata in dottrina (v. per esempio P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità*, cit., p. 218, il quale poi giunge a limitare fortemente i casi di responsabilità del terzo 'complice'), tra ipotesi in cui il comportamento del terzo «consist[e] in un'attività contrattuale», e ipotesi in cui invece consiste «in un'attività materiale».

⁹⁶⁹ A mio avviso vi è la necessità di supporre la sussistenza di due interessi legittimi, uno verso il venditore, uno nei confronti del secondo compratore: l'interferenza del terzo, qui, sarebbe in un rapporto di interesse legittimo (protettivo). A proposito di questa qualificazione, però, rinvio al § 6 del Capitolo secondo di questa Parte.

⁹⁷⁰ Tra tutti, però, ve ne sono alcuni di più complessa sistemazione. Mi riferisco alle ipotesi in cui è il debitore a subire il comportamento del terzo, il quale, lungi dal rendere impossibile (o inesigibile) la prestazione, la fa divenire viceversa solo più difficile, senza però causare un danno alla persona o ai beni del debitore (ad esempio, Tizio si è obbligato verso Caio a recuperare un anello caduto in un lago, e Mevio, per errore, lo sospinge ancora più a fondo). In tal caso, a dire il vero, non credo venga in luce un problema di lesione del credito: che, d'altro canto, non emerge nemmeno nell'ambito dell'art. 1585, comma 2, c.c. (v. B. GARDELLA-TEDESCHI, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica*, Milano, 2008, p. 335). Probabilmente, la soluzione va ricercata in un'applicazione analogica di quest'ultima norma, o di quella di cui all'art. 1916: il debitore (là: il creditore-detentore) può agire in nome proprio facendo valere interessi altrui (nell'esempio, Caio avrebbe avuto un diritto al risarcimento del danno, ove Tizio non si fosse già obbligato; essendosi Tizio già vincolato, Caio non subisce danno, ma lo stesso interesse deve ritenersi trasmesso a Tizio). Ovviamente, ove non si dia nemmeno per tale via un danno ingiusto, risulterà irrisarcibile la perdita. Altrimenti, dovrà seguirsi l'indicazione che formula C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 169, per un caso non molto dissimile (danno subito dal datore che deve pagare ex art. 2110 c.c. le retribuzioni al lavoratore, il cui infortunio è ascrivibile a colpa di un terzo), ossia quella di applicare l'art. 2041 c.c.

⁹⁷¹ Il che induce a chiedersi se anche la p.a. possa vantare un interesse legittimo verso il privato (interesse che sarebbe, però, di diritto privato probabilmente). Genericamente, potrebbe darsi risposta positiva con riferimento a tutti i titolari di diritti potestativi (si tratterà di interessi protettivi, presumibilmente); e così forse avviene anche per la p.a. (fermo restando che, come altrove detto, solitamente la scorrettezza del privato rileva solo nell'ambito del suo interesse legittimo, e per bloccare la tutela che esso offre). Il ruolo istituzionale che essa riveste, però, impedisce di ritenere che il privato possa essere considerato responsabile ogni qual volta abbia semplicemente errato, seppur anche con colpa grave, a fornire certe informazioni: una scorrettezza vi sarà solo ove il privato abbia dolosamente occultato o falsificato, in modo tale da ingannare perfino l'amministrazione, certi dati. Il risarcimento, a sua volta, si commisurerà o ai costi di un nuovo procedimento, o a quanto la p.a. dovrà attribuire ad altri

risarcire il danno causato all'altro privato. Tuttavia, il ruolo istituzionale rivestito dalla p.a. fa sì che non debbano essere considerate slealtà le mere omissioni, anche dolose, o le falsità, anch'esse pure dolose, finché non si traducano in intenzionali falsificazioni del reale, tale da indurre in errore, per l'accortezza con cui sono predisposte, anche un soggetto particolarmente preparato e attento, cui sono rimessi tra l'altro anche i necessari controlli⁹⁷².

Continuando in questa veloce rassegna, debbo ora considerare un punto che sinora ho passato sotto silenzio: nella mia ricostruzione dell'interesse legittimo, infatti, l'elemento della discrezionalità – centrale in talune altre tesi⁹⁷³ – ha un ruolo abbastanza limitato, comparando solo nell'ambito dell'attività amministrativa (e più che altro per fornirla – nel caso dell'interesse legittimo pretensivo, come vedremo – del carattere di eventualità).

Ciò discende, a mio avviso, dal fatto che quest'attività è funzionalizzata a un dato interesse, come ogni potestà; ma, a ben vedere, questo dato è solo incidentalmente connesso con la posizione di interesse legittimo. Mi spiego: come illustrerò oltre, ove manchi la discrezionalità amministrativa, potrebbe subentrare un obbligo della p.a.; ma ciò che in questi casi muta è solo in apparenza il dato attinente alla discrezionalità in sé. Centrale è, invece, un altro problema: precisamente, quello dell'eventualità della soddisfazione del privato.

Ove essa permanga tale, non vi è diritto soggettivo (di credito), ma interesse legittimo. E, così, ben si vede come la funzionalizzazione non sia assolutamente elemento imprescindibile, assieme alla discrezionalità, per sussistere la sussistenza della nostra posizione giuridica. Anzi, a ben vedere, nel caso di un atto amministrativo il potere è esercitato nell'interesse pubblico, e non in quello del destinatario: per cui la destinazione a tale interesse davvero non ha nulla a che vedere con l'interesse legittimo.

Il discorso svolto non contraddice un altro rilievo, ossia che la funzionalizzazione è elemento tipico delle situazioni giuridiche note come 'potestà', ove effettivamente è attribuito un potere (inteso ora come diritto potestativo, ora come generica situazione di superiorità, comprensiva di più poteri e facoltà) da esercitarsi nell'interesse altrui: nell'interesse pubblico o in quello di un diverso soggetto.

Esse, a loro volta, dovrebbero essere intese come situazioni giuridiche nel cui ambito si sovrappone un potere e un dovere: così, nel caso di potestà pubblica, il

privati a titolo risarcitorio (ma potrebbe entrare in gioco pure l'art. 2055 c.c.), o alla stessa lesione di un interesse pubblico (di cui la p.a. è portatrice).

⁹⁷² Mi pare, in effetti, che qui il problema dell'efficacia lesiva della condotta riguardi più la sussistenza di una violazione della buona fede, che quella del nesso causale. Quanto ai problemi di giurisdizione, potrebbe – seppur forzatamente – ritenersi che questi interessi legittimi siano attratti alla cognizione del g.a.

⁹⁷³ Cfr. lo scorso § 6.

dovere è quello di soddisfare l'interesse pubblico (che non è soggettivizzato in un ente contrapposto alla p.a.). Spiegherò nel § 12 del prossimo Capitolo che un criterio per verificare la sussistenza degli interessi legittimi pretensivi positivi (tratto proprio dalla ricognizione del diritto pubblico, ma di cui l'interesse pubblicistico non rappresenta che un'applicazione) sta nel valutare se vi sia un'attività doverosa (nelle forme di una posizioni giuridica soggettiva o comunque di un dovere di attivarsi) che ha un riflesso immediato in un soggetto qualificato in modo giuridicamente rilevante (in virtù dei principi dell'ordinamento) e non protetto da un diritto di credito⁹⁷⁴.

Ecco che, palesamente, la stessa situazione si verifica nel caso dell'esecutore testamentario, ove vi è un potere-dovere – di nuovo senza che il titolare del soggetto esista (il *de cuius*)⁹⁷⁵ – e una platea di terzi che 'subiscono l'affidamento': ossia che non possono che sperare nell'esatto adempimento di questa potestà. L'oggetto finale di questi interessi legittimi sarebbe la più rapida e spedita esecuzione delle disposizioni testamentarie, nel modo più favorevole a eredi e legatari (oppure, a voler vedere in senso diverso questi interessi legittimi, il loro contenuto sarebbe la protezione dai danni, garantita nei limiti del rispetto della buona fede da parte dell'esecutore: buona fede che richiamerebbe i principi di gestione non dolosa né colposa, ai sensi dell'art. 709, comma 2, c.c.). All'azione risarcitoria si sommerebbero speciali rimedi inibitori-specifici (art. 710, comma 1, c.c.: l'esonero dell'esecutore altro non è che una specialissima forma di inibitoria preventiva).

I problemi si pongono allorché, invece, si va a verificare la posizione dei minori nei confronti dei genitori⁹⁷⁶, pur spesso riportata all'interesse legittimo. Essa, infatti, è denotata da inevitabili peculiarità: a parte il contenuto necessariamente non patrimoniale dell'interesse dei minori, balza all'occhio come il soggetto titolare dell'interesse da soddisfare è lo stesso soggetto che dovrebbe essere titolare dell'interesse legittimo, con una strano confusione tra 'diritto' (posizione corrispettiva al 'dovere' di cui alla potestà) e 'interesse legittimo'.

La difficoltà è palese, e deriva dal fatto che, nel caso di potestà nei confronti dei minori, colui verso cui è esercitata la potestà è in condizioni di inferiorità e debolezza,

⁹⁷⁴ La natura di interesse legittimo deriverebbe anche dall'assenza di un vincolo diretto; in altri termini, il 'dovere' di cui la potestà è infarcita non è un obbligo, ma uno di quei doveri che come vedremo (§ 12 Capitolo secondo) rendono necessaria una certa attività, rispetto alla quale un soggetto, in posizione particolarmente qualificata, può vantare un interesse legittimo (sempre che non gli sia riconosciuta la tutela piena di un diritto soggettivo: il che, però, non avviene mai, ove non siano definite con esattezza le modalità del contegno, o comunque sia riservato uno spazio di libertà).

⁹⁷⁵ Cfr. l'art. 703 c.c.: «l'esecutore testamentario deve curare che siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto». In dottrina (anche per posizioni differenti) v. G. VICARI, *L'esecutore testamentario*, in *Tratt. breve successioni e donazioni Rescigno*², Padova, 2010, I, p. 1307 ss.

⁹⁷⁶ I quali per certo godono di una potestà: v. C. COSSU, voce *Potestà dei genitori*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, §§ 1 ss. Nulla cambia oggi, nonostante il nuovo testo di legge (dopo la riforma del 2012-2013: cfr. art. 316 c.c.) parli di 'responsabilità genitoriale', con formula che suona solo più moderna.

e dev'essere per ciò stesso aiutato (mentre nell'ipotesi dell'esecutore la funzione è attribuita per la mancanza del titolare dell'interesse da salvaguardare). Così, i minori divengono assieme 'creditori' di una prestazione – *rectius*, aspirano all'educazione, all'istruzione e all'assistenza –, e contemporaneamente si debbono difendere dai poteri attribuiti per eseguirla. Effettivamente, non si potrebbe supporre che gli stessi siano dotati di interessi protettivi, giacché l'aspirazione è comunque tipicamente volta a una 'prestazione'; né di interessi pretensivi, giacché non è eventuale la prestazione che debbono ricevere, e nemmeno eventuale è la soddisfazione (soltanto la modalità della prestazione lo è).

Volendo ricorrere comunque alla figura degli interessi legittimi pretensivi, bisognerebbe ravvisarne la finalità (protetta eventualmente) nell'interesse all'educazione e la cura nel modo più conforme alle aspettative che emergono di momento in momento in capo al minore⁹⁷⁷. Così, si supporrebbe che codesta posizione si specifica, di volta in volta, a seconda degli interessi del minore (non replicando per questo un affidamento 'soggettivo', ma venendo solo *per relationem* riempita di contenuto).

Ma, ancora così facendo, le particolarità resterebbero così numerose, da far ritenere che si tratti di una posizione diversa. Anzitutto, anche alla buona fede dovrebbe sostituirsi un diverso parametro (giacché la buona fede nei rapporti patrimoniali è cosa ben diversa dalla correttezza endofamigliare). In secondo luogo, la non patrimonialità imporrebbe di distinguere – come si fa normalmente tra obbligo e obbligazione⁹⁷⁸ – tra interesse (patrimoniale) legittimo e interesse personale legittimo.

Per di più, se la *ratio* della potestà sta nel fatto che il minore non potrebbe, da solo, provvedere ai suoi interessi (altrimenti essa sarebbe incostituzionale), è da credere che non possa emergere un suo interesse ulteriore – rispetto a quello al mero esercizio della potestà, ovviamente corretto –, su cui costruire un interesse legittimo. In altri termini, la potestà sarebbe analoga all'esecuzione di un 'obbligo di mezzi', e ciò soddisferebbe l'interesse del minore, a un 'corretta cura dei suoi interessi'. Né qui si andrebbe incontro alla critica, per cui non vi è un interesse alla correttezza: qui, invero, vi è *solo* un interesse alla correttezza, diversamente da quanto avviene nei veri e propri casi di interessi legittimi, giacché non sarebbe possibile rinvenire un qualsiasi altro bene che si ponga oltre il confine dell'obbligo di mezzi, avente a oggetto la cura.

Il tutto si spiega con ancor maggiore evidenza, se si tiene mente a questo dato: di fronte alla p.a., il cittadino potrebbe avere il provvedimento favorevole, cui aspira, se solo la p.a. si decidesse a emanarlo (per quanto incorrendo in una illegittimità); il bene

⁹⁷⁷ Non mi convince appieno l'idea, pur talvolta sostenuta in dottrina, per cui l'interesse del minore è protetto indirettamente o cumulativamente rispetto all'interesse della famiglia. Ovvio che i genitori terranno in conto anche degli altri membri della famiglia stessa, ma non per effettuarne un vero e proprio bilanciamento.

⁹⁷⁸ Cfr. per tutti A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni*⁹, cit., p. 46.

della vita finale esiste, ma non è garantito. Di fronte ai genitori, il figlio che volesse percorrere un certo percorso di studi non può vedere, in quest'aspirazione, un interesse autonomamente protetto: giacché il suo interesse vero è quello a ch  un soggetto decida per lui (seppur nel rispetto delle sue inclinazioni). L'interesse finale cozzerebbe con questo diverso bene della vita, che   quello tutelato – ed   tutelato integralmente –.

Il fatto che, poi, i genitori godano nell'esercizio della potest  di una certa discrezionalit ⁹⁷⁹ non sarebbe diverso, in quest'ottica, da quanto avviene nel caso del medico che deve prestare i suoi servizi: non si tratta di soppesare pi  interessi, ma di tutelarne efficacemente uno (quello del minore). Se poi si mettesse l'accento sul fatto che il giudice non pu  intervenire e sindacare appieno questa discrezionalit  (ma solo nei limiti, comunque larghi, degli artt. 333 s. c.c.), sostituendosi *in toto* anche al di fuori di ipotesi di abuso, si rileverebbe senza dubbio un dato caratteristico, che coincide con una sorta di 'riserva' che l'ordinamento concede ai genitori; ma, ancora, la differenza rispetto all'ipotesi dell'obbligazione di mezzi del medico sarebbe solo quantitativa, e non qualitativa.

Probabilmente, in questo caso non si tratta di interessi legittimi, ma di veri e propri 'diritti'⁹⁸⁰: la cui prestazione   specificata anche dall'obbligo, per la controparte, di tenere conto delle capacit , delle inclinazioni e delle aspirazioni – ossia degli interessi – del minore (pena un difettoso 'adempimento')⁹⁸¹. La prospettiva dell'interesse legittimo, infatti, appare viziata da un errore di prospettiva.

D'altro canto,   palese come la tutela, in questi casi, sia affidata principalmente agli strumenti previsti negli artt. 330 e 333 c.c. (ove l'abuso rimanda all'idea di uno scorretto esercizio dei poteri genitoriali, che ben potrebbe essere lesivo pure di un 'diritto' altrui, posto su di un piano equiparato – se non addirittura sopraelevato – rispetto al potere).

⁹⁷⁹ Santi ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 180: «ogni funzione   potere pi  o meno discrezionale».

⁹⁸⁰ Di recente A.C. PELOSI, voce *Potest *, cit., § 1, sostiene per  che « non pare utile prospettare un diritto soggettivo del figlio a pretendere l'esercizio della potest  da parte dei genitori». La ragione, a mio avviso, sta per  pi  nei particolari mezzi di tutela, che rendono questo 'diritto' assolutamente *sui generis*, tanto da averne fatto dubitare una tutela risarcitoria (che, se ammessa, ondeggia tra la responsabilit  contrattuale e quella aquiliana: v. G. FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilit  civile*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 399; sul punto non pu  non richiamarsi il noto studio di S. PATTI, *Famiglia e responsabilit  civile*, Milano, 1984, che forse per primo ha scalfito l'immunit  di cui godevano i rapporti endofamigliari). F. BOSETTI, *Interesse legittimo di diritto privato e profili patrimoniali nel rapporto tra genitori e figli*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Bruscutiglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001, p. 115, ritiene invece che la tutela della sfera patrimoniale del figlio possa attuarsi o riconoscendogli un diritto soggettivo all'integrit  patrimoniale, o un interesse legittimo di diritto privato: forse, per , vi   anche la possibilit  di immaginare un diritto, pi  che all'integrit , alla corretta amministrazione (salvo poi chiedersi se codesto diritto sia patrimoniale o meno, e se possa essere tutelato – oltre che nelle forme dell'art. 334 c.c. – anche in via risarcitoria, come a me pare preferibile).

⁹⁸¹ Cfr. art. 315-*bis* c.c.

La diversa ricostruzione, in termini di interesse legittimo, sarebbe poi funzionale – in linea del tutto teorica – a offrire una tutela ai minori di stampo inibitorio che, se può essere stata una delle ragioni alla base di certe tesi sostenute quasi cinquant'anni or sono⁹⁸², mi sembra oggi poco necessaria, a fronte dell'evoluzione della società e dei costumi (e nonostante il moto che ha portato a sottrarre la famiglia dall'area di immunità di cui in passato godeva).

Meglio allora, forse, continuare a parlare di 'diritto dei minori', a fronte della sovrapposizione, in essi, della posizione di soggezione, di quella di 'credito' e della titolarità dell'interesse cui è funzionalizzata la potestà. D'altro canto, volendo, potrebbe anche su questa base procedersi all'ampliamento dei rimedi del minore.

L'eccezionalità di questa ipotesi rende, infine, palese il dato da cui partivo: ossia, che l'interesse legittimo è posizione giuridica ben più ampia, e ben diversa, rispetto ai casi in cui un soggetto è in situazione di soggezione rispetto a un potere funzionalizzato; che manifestazioni di queste potestà sono ben rare, e di certo non ricorrono né nell'ambito dei più normali rapporti obbligatori e contrattuali, né nel diritto societario o del lavoro.

⁹⁸² Mi riferisco alla tesi della Bigliuzzi Geri (che lo ammette espressamente nella sua voce del *Digesto* dedicata al tema). V. pure C. MARTORANA, *A proposito di esercizio abusivo della potestà e tutela del minore*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Bruscuola e F.D. Busnelli, Torino, 2001, p. 101.

CAPITOLO SECONDO

INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO NEGATIVO

SOMMARIO: 1. Problemi generali dell'affidamento pretensivo. – 2. Responsabilità precontrattuale e tutela dell'affidamento in Germania. – 3. Responsabilità precontrattuale e tutela dell'affidamento in Italia. – 4. Le fasi dell'interesse legittimo precontrattuale e contrattuale: *a)* dal contatto serio al contratto. – 5. *b)* l'avvenuta conclusione di un contratto. – 6. *c)* interessi legittimi in costanza di contratto e dopo il contratto. – 7. L'interesse legittimo pretensivo negativo al di fuori della dimensione contrattuale: *a)* contratti nulli. – 8. *b)* rapporti di cortesia ... – 9. ... e integrazione tra principio dell'autonomia privata e tutela dell'affidamento. – 10. *c)* responsabilità per false informazioni. – 11. *d)* responsabilità del medico. – 12. Contatto 'serio' e contatto 'sociale'.

1. Problemi generali dell'affidamento pretensivo

Conclusa l'indagine sull'interesse legittimo protettivo nel diritto privato e in quello amministrativo, restano ora da passare in rassegna le caratteristiche più salienti di quello, invece, pretensivo.

Di esso posso subito descrivere un dato saliente: se l'interesse protettivo imita i diritti assoluti – o, meglio, tutti gli interessi protetti aquilianamente –, offrendo però una tutela maggiore per varie ragioni (di stampo contrattuale, allargata fino al danno meramente patrimoniale e alla *chance*, e così via), l'interesse pretensivo assomiglia più alle pretese, ossia ai diritti relativi (di credito). In realtà, su una immaginaria linea, se ai due poli si situano diritti assoluti e relativi, gli interessi legittimi stanno nella metà: quelli protettivi vicini ai diritti assoluti (*rectius*: agli interessi rilevanti *ex* 2043 c.c.), quelli pretensivi vicino ai relativi. Essi, infatti, offrono una protezione appena minore rispetto a quella dei diritti di credito: non tutelando un risultato in modo certo, ma solo eventuale, e predisponendo una tutela risarcitoria cui si affianca una sorta di condanna che, come vedremo, vale solo per una sottospecie di interessi pretensivi (quelli 'positivi') e, pur essendo comunemente ammessa nel processo amministrativo (dove va sotto il nome di 'effetto conformativo del giudicato' e, oggi, abbraccia pure la cd. 'condanna pubblicistica *ex* art. 34, comma 1, lett. c], cod. proc. amm.), non ha cittadinanza in quello civile. O, per meglio dire, non ha una sua precisa conformazione: ma dev'essere, per esigenze di tutela, sicuramente ammessa.

Non è possibile scendere nei dettagli e nell'analisi delle singole figure – con speciale attenzione alla distinzione tra interessi pretensivi 'negativi' e 'positivi' –, senza

risolvere contestualmente il problema forse più rilevante che l'interesse legittimo pretensivo⁹⁸³ pone: ossia, quando un soggetto possa dirsi munito e quale sia la tutela che esso offre⁹⁸⁴. Si tratta, infatti, di tematiche che si snodano parallelamente e, anzi, si incrociano di continuo.

La fattispecie che probabilmente più può evocare l'immagine di un interesse legittimo pretensivo, e da cui è quindi bene iniziare l'indagine, è quella delle trattative contrattuali, nell'ambito delle quali le parti confidano vicendevolmente in un comportamento che possa, da un lato, tenerle indenne da ogni danno e, dall'altro, fare loro concludere il contratto (assegnando, per l'effetto, certe utilità): l'affidamento, in linea generale, sembra mirare proprio al bene della vita che il contratto potrà assegnare⁹⁸⁵. Vero è che non poche distinzioni sovengono in proposito: allorché le parti si propongono di concludere un accordo di scambio, pochi sono i problemi; la questione, invece, si complica in molti altri casi. Di essi converrà parlare dopo aver chiarito la struttura di quest'interesse, come converrà parlare oltre anche delle vicende cui va incontro quest'interesse legittimo, a far data dalla conclusione del contratto. A meri fini espositivi seguirò, nei prossimi paragrafi, l'*iter* di conclusione del contratto, e poi di vita del medesimo, nel descrivere l'interesse legittimo che sorge nelle trattative; passerò poi a verificare la sussistenza (e le peculiarità) di questa posizione al di fuori del rapporto tra futuri contraenti.

⁹⁸³ La domanda è parallela a quella, cui ho cercato di rispondere già, in merito alle situazioni in cui sorge un interesse legittimo protettivo. In dottrina, si è chiesto quando l'ordinamento (tanto il diritto pubblico quanto quello privato) riconosce un «interesse materiale» nella forma dell'«interesse legittimo» L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 245 ss., giungendo a una risposta (*ivi*, p. 257) diversa da quella che ho già parzialmente dato e che darò a breve (l'autore enumera, infatti, «il contratto ... il regolamento negoziato ... il regolamento unilaterale ... la legge ... un atto di autovincolo»; a mio avviso, l'interesse legittimo nasce sempre da una situazione di fatto, che la legge rende rilevante, e mai da un accordo – il quale può semmai far sorgere la situazione di fatto legittimante –, e che la situazione di fatto può rilevare o per la presenza di un diritto di credito o potestativo altrui, che impone di proteggere chi deve o chi versa in soggezione, o per la sussistenza di un'altra asimmetria o situazione di potere che consente a un soggetto di limitare la libertà altrui o comunque ledere interessi altrui, o per l'emersione di un interesse a un risultato positivo tutelato solo eventualmente in virtù della specifica situazione in cui complessivamente versano due parti o, infine, per l'essersi creato, tra le parti, un contatto qualificato nei modi previsti dalla legge – come dimostra un'interpretazione spesso analogica o che muove dai principi, in mancanza di dati normativi espliciti e univoci –: a tal riguardo ho cercato di individuare *supra* i requisiti di qualificazione e differenziazione che debbono essere rispettati perché nasca un interesse legittimo protettivo, e ora farò lo stesso per quello pretensivo – negativo e positivo –).

⁹⁸⁴ Non sarà inutile notare come preoccupazioni per lo meno analoghe animino la ricerca relativa alla risarcibilità del danno da mera perdita patrimoniale svolta da M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit. (per questa considerazione v. p. 45).

⁹⁸⁵ Fin da subito preciso: l'affidamento non ha ad oggetto (mediato) la posizione giuridica che il contratto assegnerà, ma il bene della vita che codesta posizione assicurerà. In altri termini, l'interesse legittimo mira alla soddisfazione dell'interesse finale, materiale, che entrerà nella sua conformazione pratica (empirica) e non giuridica nella causa del contratto (nell'accordo pattizio che l'ordinamento dota di giuridicità, e che risulta dalla combinazione tra vantaggi e modalità della loro attribuzione, le quali andranno a comporre la struttura giuridica del contratto, pur risultando originariamente specificazioni pattizie dei vantaggi predetti). Chiarirò oltre queste osservazioni.

Tra questi, esiste di certo un affidamento tutelato: ciò emerge chiaramente dall'art. 1337 c.c. La disposizione chiave in tema di responsabilità precontrattuale, che impone alle parti di una trattativa di comportarsi secondo buona fede, costituisce a ben vedere l'addentellato normativo che consente di ritenere protetto giuridicamente l'affidamento 'da contatto' (e di comprendere quando e in che modo lo sia). La stessa previsione, però, non chiarisce le modalità in cui si esprime la tutela, ed è noto quanto questo punto abbia impegnato la dottrina italiana (e non solo) negli ultimi decenni.

Il dato normativo recato dall'art. 1337 c.c., pur così scarno, è dunque quello principale in tema di tutela dell'affidamento (pretensivo): ed è da esso che l'interprete deve muovere la sua indagine, per comprendere come avvenga questa protezione e fino a dove si estenda⁹⁸⁶. Il problema, come si può intuire, è molto delicato, per una molteplicità di ragioni. Da un lato, infatti, le ipotesi che sovengono – dalla responsabilità precontrattuale all'affidamento in un'attività promessa in via non vincolante e a quello nell'esattezza di un'attività, pur non dovuta, liberamente eseguita – sono estremamente varie e molte tra esse sono state oggetto di dibattito acceso negli ultimi anni⁹⁸⁷, proprio in vista della possibilità di applicarvi le regole della responsabilità contrattuale per il tramite della figura dell'obbligazione senza prestazione. Dall'altro, e

⁹⁸⁶ L'interesse legittimo precontrattuale costituisce il prototipo di quello da contatto; a partire da esso, e applicando analogicamente i principi sottesi alla sua nascita nell'ambito delle trattative, va costruita la figura in parola e vanno rinvenuti i presupposti che ne assicurano la nascita. Non è un caso se lo stesso viene affermato, sempre con riferimento alle trattative, dai fautori dell'obbligazione senza prestazione: cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-II, Milano, 2009, p. 238. L'idea, soprattutto, è propugnata da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 469.

⁹⁸⁷ In Germania esse sono per lo più fatte coincidere con l'area del danno meramente patrimoniale. Su questo cfr. M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento*, cit.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 99 ss. e 444 ss.; G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno resp.*, 1998, p. 729 ss.; S. MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., p. 349 ss.; A. DI MAJO, *Il problema*, cit., p. 297 ss.; ID., *Discorso generale*, cit., p. 27 ss. In ottica comparatistica v. C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, cit., p. 493 ss.; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*³, Wien-New York, 2009, p. 1409 ss.; F. TORTORANO, *Il danno meramente patrimoniale*, cit.; AA.VV., *Pure economic loss in Europe*, edited by M. Bussani and V.V. Palmer, Cambridge, 2003. A mio avviso vi sono, anche nell'area della responsabilità precontrattuale e in generale in quella da affidamento, danni che possono risultare già tutelati in via aquiliana. Quanto all'interesse legittimo, che nella mia prospettiva dà forma alla protezione dell'affidamento (e alla tutela della buona fede 'allo stato puro'), lo abbiamo visto con riguardo all'art. 2087 c.c.; ma lo stesso ragionamento potrebbe estendersi ai danni arrecati da un trattante all'altro con riguardo a beni protetti da diritti assoluti (ad esempio, la proprietà di una cosa data in custodia), e così via. Tuttavia, la responsabilità da lesione dell'affidamento, anche mentre abbraccia questi danni, se ne distanzia, giacché resta una responsabilità per danno meramente patrimoniale: nel senso che discende da una 'mera condotta' (pur quando questa coincide con un comportamento lesivo di beni 'altri' e 'già protetti'). Inoltre, nell'area occupata dall'interesse legittimo risulta facile che non vi sia una preesistente tutela aquiliana: nell'ambito di quello protettivo, ciò dipende dall'esistenza di un'eccezione *iure sed iure feci*; nell'area di quello pretensivo proprio dal fatto che l'aspirazione a una prestazione, di per sé, si collega per definizione a un danno meramente patrimoniale. A tutto ciò si aggiunga un'ulteriore considerazione: nella zona 'tra contratto e torto' vi è una incidenza molto forte (per ragioni su cui mi soffermerò oltre) del danno da falsa informazione, che, a sua volta, rappresenta ontologicamente un danno arrecato al solo patrimonio.

da un punto di vista più teorico, la difficoltà di rispondere all'interrogativo che ho posto ha impegnato la dottrina – anzitutto tedesca, e poi anche italiana – negli ultimi decenni, costituendo anzi uno dei problemi più salienti in punto di responsabilità per lesione dell'affidamento (quale che fosse la ricostruzione scelta per la medesima).

Converrà, in particolare, ripercorrere anzitutto le discussioni che hanno affaticato gli studiosi d'oltralpe, per poi indugiare sulle soluzioni proposte dalla dottrina italiana. Trattando della dottrina tedesca, mi soffermerò prima, per comodità, sull'evoluzione che ha portato a riconoscere un'estesa tutela dell'affidamento e sulle sue caratteristiche e, subito dopo, sui confini (a dire il vero ancora dibattuti) entro cui essa viene oggi riconosciuta.

2. Responsabilità precontrattuale e tutela dell'affidamento in Germania

Il nostro discorso deve prendere le mosse dalla costruzione, elaborata in Germania da Stoll, relativa agli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*)⁹⁸⁸.

Lo sviluppo di questa idea portò in due direzioni, ambedue di grande rilievo per la nostra tematica: anzitutto, si propose un collegamento tra *culpa in contrahendo* e *Vertrauenshaftung*, ossia responsabilità per lesione dell'affidamento⁹⁸⁹; in secondo luogo,

⁹⁸⁸ V. il § 4, del Capitolo secondo, della Parte Prima.

⁹⁸⁹ Il punto merita una breve parentesi storica (in ottica comparatistica invece v. G. ALPA, *Responsabilità precontrattuale - II] Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 1 ss.). A forgiare la *culpa in contrahendo*, come noto, è stato R. VON JHERING (*Culpa*, cit., p. 1 ss.; vedine la traduzione italiana di F. PROCCHI – dal titolo *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005 – con sua *Nota di lettura*, e v. pure ID., *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto)informazione e la presunzione assoluta di culpa in capo al venditor*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, nonché oggi ID., *Licet emptio non teneat. Alle origini delle moderne teorie sulla cd. culpa in contrahendo*, Padova, 2012, spec. p. 5 ss. e 189 ss., anche per complete indicazioni bibliografiche; nella letteratura di lingua tedesca v. almeno D. MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo*, in *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, 1986, p. 169 ss.), che traeva spunto dalla compravendita (nulla) di cose sacre, per farne derivare una responsabilità del venditore per non aver informato la controparte (dal punto di vista della *Interessenjurisprudenz*, il proposito dell'autore era quello di non lasciar sfornito di tutela colui che accoglieva una dichiarazione frutto di errore). Tale responsabilità sorgeva *ex contractu*: il contratto, infatti, pur nullo, avrebbe fatto nascere *Verbindlichkeiten anderer Art*. Il BGB riprendeva questa forma di responsabilità, in specie ai §§ 122 e 179 (e ai §§ 307 e 309 *a.F.*), limitandola tuttavia a casi specifici e dunque evitando di prevederla in forma generale, e lasciando alla scienza giuridica il compito di elaborare un principio corrispondente; e la dottrina si adoperava proprio per creare un principio generale volto alla protezione dell'altro contraente (R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 366). Di esso restava però discussa la qualificazione dogmatica: in particolare, venne criticata tanto la fonte negoziale di questo risarcimento (che nemmeno oggi è accettata dal § 311a BGB, su cui *infra*, il quale infatti prevede la validità del contratto pur con oggetto impossibile e il risarcimento di un interesse positivo), quanto la spiegazione in termini delittuali (tramite l'*actio de dolo*, in tanto in quanto esperibile); la dottrina, nel corso dei decenni, si volse sempre più verso la costruzione di una responsabilità per lesione dell'affidamento (una *Vertrauenshaftung*, ora ricostruita come veramente contrattuale, ora come 'terza via'), venendo via via

evitata l'idea di una *culpa in contrahendo* – *rectius*, di un rapporto obbligatorio – nascente *ex contractu* (dal vero e proprio contratto cui la trattativa mirava, sebbene nullo, come postulava Jhering, o in tanto in quanto efficace, secondo la diversa teoria di F. LEONHARD, *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse*, Göttingen, 1896, p. 5 ss., ripresa in ID., *Verschulden beim Vertragsschlusse*, Berlin, 1910, spec. p. 42 ss.; *a fortiori*, se inteso come accordo pattizio volto a far nascere un rapporto [oggi si direbbe solo di protezione], secondo un iper-volontarismo pur sostenuto, in un passato abbastanza lontano, da H. SIBER, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, in *Jber. Jb.*, 1921, p. 258 ss. [ma v. p. 260 per l'idea di una *Übernahme einer primären Pflicht*], e da H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes*, Berlin-Leipzig, 1931, p. 225 ss. [ma, in realtà, nella visione di quest'autore la vera e propria *c.i.c.* sarebbe stata la *Erklärungshaftung*, e la finzione di un contratto – per la precisione di un *Erhaltungsvertrag* – era volta a sostenere questa teoria], nonché nella dottrina italiana da G. FAGGELLA, *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1906, p. 271 ss., spec. p. 299 ss., e A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, p. 35 – quest'ultimo ricordato da C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, nt. 15 –, e più recentemente da una parte della dottrina tedesca con riguardo ai rapporti di cortesia, come chiarirò oltre; anzi, lo stesso superamento delle tesi soggettivistiche – secondo un itinerario tipico degli ultimi decenni dell'Ottocento, connesso all'abbandono delle radici idealistiche-hegeliane della Pandettistica, e che si può altrove riscontrare: così nella nozione di diritto soggettivo e nella riscoperta del diritto oggettivo, così nell'affacciarsi della *Grundfolgentheorie* accanto alla *Rechtsfolgentheorie*, così nel concetto, a dire il vero di poco posteriore, di *Geschäftsgrundlage* al fine di accantonare le derive subiettivistiche della *Voraussetzung* quale condizione implicita – viene emblematicamente rappresentato da B. WINDSCHEID, il quale ancora nella quinta edizione delle sue *Pandette* – *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁵, II, Stuttgart, 1879, § 307, p. 175, nt. 5 – sosteneva che «jeder Vertragsschließende einstehe muß für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf den Erwerb eines Forderungsrechts aus dem Vertrag, insofern dieser Erwerb eines Forderungsrechts aus dem Vertrag, insofern dieser Erwerb durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kenne verpflichtet ist. Er muss für die Folgen dieses Vertrauens einstehe, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat, durch diese Bestimmung übernimmt er die Garantie für die Folgen desselben», mentre nella sesta – *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁶, II, Frankfurt a.M., 1887, § 307, p. 183 s., nt. 5 – affermava chiaramente: «ich selbst habe in den früheren Ausgaben den ausgestellten Satz auf eine stillschweigende Garantieübernahme zurückgeführt. Hiergegen haben sich Andere erklärt ..., und auch ich möchte jetzt für diese Construction nicht mehr eintreten»; e ancora: «die Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung beruht nicht auf seinem Willen, sondern das Recht legt sie ihm ohne seinem Willen auf. Das Recht ist es, welches will, daß der Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muß verlassen können, daß auf sie ein Vertrag durch Annahme entstehen könne bez. daß durch sie ein Vertrag zu Stande gekommen sei»). Particolarmente interessanti risultano, allora, le tesi sviluppate già nell'Ottocento che variamente si richiamavano alla *bona fides* e al principio di affidamento: secondo F. EISELE, *Ueber Wichtigkeit obligatorischer Verträge wegen mangels an Willensübereinstimmung der Contractanten*, in *Jber. Jb.*, 1887, spec. p. 472 s., i contratti si basano sulla comunicazione di una volontà a un altro soggetto, e il commercio richiede che ciascuno dei contraenti possano confidare sul fatto che la dichiarazione è conforme all'interno volere; questo principio derivante dalla buona fede regge tutto il traffico giuridico, tanto che l'ordinamento non potrebbe mancare di far nascere una garanzia legale per tutelare l'affidamento in parola. Anche per J. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*³, Jena, 1904, p. 30 s., «die Sicherheit des Verkehrs fordert, daß der gutgläubige Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muß verlassen können, daß dieselbe dem Willen des Erklärenden entspricht»; tuttavia, ciò non avrebbe portato a ritenere legato il dichiarante da una manifestazione del volere non conforme al suo intento, ma semmai avrebbe condotto a ritenerlo responsabile per aver deluso il *Vertrauen* della controparte. Queste ricostruzioni, che pure intuivano il rapporto tra affidamento e responsabilità precontrattuale, non definivano esattamente in cosa consistesse il primo e dunque quando nascesse la seconda. Altri autori (tra tutti H. STOLL, *Haftung*, cit., spec. p. 543 s.) cercarono di fondare quest'idea attraverso il riferimento a una dichiarazione unilaterale, con cui una parte si sarebbe dichiarata pronta a negoziare e dunque avrebbe fatto nascere un rapporto obbligatorio (il quale, definito come *Organismus*, sarebbe sopravvissuto alla conclusione del contratto, ma con modifica dei suoi elementi). La sistemazione definitiva, però, si ebbe con il notissimo saggio di K.

si diede vita al concetto di *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*, ossia di rapporto obbligatorio privo di doveri (primari) di prestazione⁹⁹⁰.

Gli spunti sottesi a queste ricostruzioni vennero poi raccolti e portati a compimento da colui che elaborò, tra gli studi recenti, la più completa indagine sull'affidamento, ossia C.-W. Canaris⁹⁹¹.

Per lo studioso, gli obblighi di protezione si inserirebbero tutti in un *Schutzverhältnis*⁹⁹², in un rapporto obbligatorio, di fonte legale⁹⁹³, nascente con l'inizio delle trattative (o comunque dal contatto negoziale, su cui v. *infra*) e indipendente, nella sua esistenza, dalla conclusione di un valido contratto⁹⁹⁴. Ciò non escluderebbe, in ogni caso, l'unitarietà del rapporto obbligatorio, pur nella diversità delle sue due anime, di prestazione e di protezione (dandosi, tra l'altro, pure la possibilità di un *Schuldverhältnis*

BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in *AcP*, 1950-1951, p. 501 ss., ma spec. p. 507 s., il quale costruì la responsabilità precontrattuale come violazione di un rapporto obbligatorio sorto ai sensi del § 242 BGB attraverso la «Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens» (con l'importantissimo appunto per cui «die Notwendigkeit und Fruchtbarkeit der Unterscheidung zwischen Verpflichtung kraft Willenserklärung und kraft Inanspruchnahme des Vertrauens erweist sich weiter daran, daß auf die Vertrauensverpflichtung die Grundsätze über Willensmängel, Form, Wirksamwerden, Genehmigung und auch die Vorschriften über Stellvertretung nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar sind»). Riepilogano questo percorso (offrendo molti altre dettagli, su cui non ho potuto indugiare), tra gli altri: F. PROCCHI, *Licet*, cit., p. 239 ss.; R. RAISER, *Schadenshaftung bei verstecktem Dissens*, in *AcP*, 1927, p. 19 ss.; K. SCHERRER, *Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen*, Winterthur, 1930, p. 6 ss.; H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*, cit., p. 50 ss.; W. BROCK, *Das negative Vertragsinteresse*, Berlin, 1902, p. 48 ss. e 149 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 39 ss.; R. EHRLICH, *Die Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragschluß im spätgemeinen und im bürgerlichen Recht*, Berlin-Neukölln, 1933, p. 7 ss.; G. DÖMPKE, *Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen*, Breslau-Neukirch, 1933, p. 2 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 3 ss. e 122 ss.; C. CASTRONOVO, *Ritorno*, p. 679 ss.; ID., *Vaga culpa*, cit., p. 1 ss.; L. MANNA, *Buona fede*, cit., p. 298 ss.; I. FARGNOLI, *Culpa in contrahendo e azioni contrattuali*, *ivi*, p. 439 ss.; M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 154 s., nt. 53, e EAD., sub art. 1337 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 468 s., nt. 93.

⁹⁹⁰ Oggi v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*⁴, cit., § 9 I, p. 106; l'idea compare a partire dalla quinta edizione.

⁹⁹¹ Mi riferisco alla monografia *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, che però si interessa principalmente di fattispecie di affidamento per così dire 'positivo', e tutelato 'in forma specifica'. Ma, con riguardo a quanto scrivo nel testo, v. già e soprattutto C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., p. 475 ss. (l'autore ammette a p. 477 il suo debito alla teoria di Larenz e a quella di Ballerstedt). Per le prime applicazioni giurisprudenziali delle tesi di Canaris, cfr. G. HOHLOCH, *'Vertrauenshaftung' – Beginn einer Konkretisierung?*, in *NJW*, 1979, p. 2369 ss.

⁹⁹² C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., p. 478.

⁹⁹³ C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., p. 476.

⁹⁹⁴ C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., p. 481, con alcune precisazioni.

privo di una di esse⁹⁹⁵). La lesione della parte protettiva del rapporto darebbe luogo al risarcimento di un interesse negativo⁹⁹⁶.

La responsabilità per lesione dell'affidamento avrebbe titolo, dunque, nella lesione di un rapporto unitario di protezione⁹⁹⁷, avente fonte legale, costituito da doveri di protezione volti a tutelare l'interesse all'integrità dei beni giuridici (ad eccezione del bene costituito dalla prestazione), sorto prima del contratto e destinato a sopravvivere alla sua conclusione⁹⁹⁸. E esso si porrebbe quale fonte autonoma di responsabilità (eventualmente in concorso con il contratto), come *dritte Spur*, nell'ambito di una tripartizione della responsabilità in cui, accanto a quella contrattuale e a quella aquiliana, troverebbe spazio questo *tertium genus*⁹⁹⁹.

La tesi di Canaris fa confluire nella responsabilità per *culpa in contrahendo*¹⁰⁰⁰, oltre i casi di trattativa in senso stretto, la responsabilità del mediatore, di certi professionisti, per false informazioni o la *Prospekthaftung*.

Quest'idea, pur con taluni adattamenti, è stata ora introdotta nel BGB a seguito della riforma del 2002: prima di soffermarci su di essa, non sarà inutile notare come le stesse fattispecie, che secondo la tesi di Canaris dovrebbero essere qualificate come responsabilità per lesione dell'affidamento, siano state inquadrare diversamente da una parte della dottrina, che ha prediletto una ricostruzione in termini extracontrattuali (la duplicità di posizioni, come si può notare, riproduce lo stesso dibattito che si è avuto negli ultimi decenni in Italia).

Tali opinioni, formatesi sulla base di uno spunto del maestro di Canaris, ossia Karl Larenz¹⁰⁰¹, miravano a ricostruire in modo duttile e aperto il sistema di responsabilità aquiliana: che risulta invece essere in Germania fondato su di una rigorosa tipicità. In particolare, il suggerimento era quello di riferire la discussa, e già

⁹⁹⁵ C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., p. 480, testo e nt. 42; sul «gesetzliches ‚Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht‘» v. anche ID., *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 539.

⁹⁹⁶ C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., p. 477.

⁹⁹⁷ C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 807 s.

⁹⁹⁸ C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 822.

⁹⁹⁹ C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 812 e 821. Ma v. già H. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 125 s., secondo cui «das Schuldverhältnis begründet unter den Parteien ein Vertrauensverhältnis», e «die Schutzpflichten ... stehen nicht unter dem Austauschgedanken, für sie gilt allein der Vertrauensgedanke».

¹⁰⁰⁰ Avvalendosi del concetto di responsabilità per lesione dell'affidamento; è stato però contestato che in tutti i casi di *culpa in contrahendo* vi sia un vero e proprio affidamento da tutelare (v. K. LARENZ, *Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo*, in *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, Berlin, 1975, p. 400 ss.; *contra*, C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 827: il punto è soprattutto quello degli obblighi di 'conservazione' dei beni altrui, risolto tramite il concetto di *Anvertrauenshaftung*; cfr. pure E. SCHMITZ, *Dritthaftung*, cit., p. 29 ss.).

¹⁰⁰¹ Cfr. K. LARENZ, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht*, in *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Döle*, 1, hrsg. von E. von Caemmerer, A. Nikisch und K. Zweigert, Tübingen, 1963, p. 189.

ampiamente menzionata, categoria degli ‘obblighi del traffico’ (ossia delle *Verkehrspflichten*) al secondo Absatz del § 823 BGB, anziché al primo. Questi obblighi, che la giurisprudenza tedesca ammette esistere e che impongono a certi soggetti di prevenire ed evitare situazioni di pericolo, venivano per così dire spostati di sede soltanto per motivi d’ordine tecnico¹⁰⁰², senza che si giungesse al risultato di dare tutela a beni diversi rispetto a quelli elencati nel § 823 I. Viceversa, per quella parte della dottrina che coltivò questa proposta, il ‘trasloco’ veniva a comportare effetti ben più ampi, portando ad ascrivere alla responsabilità extracontrattuale varie fattispecie imputate, tradizionalmente¹⁰⁰³, a quella precontrattuale, o comunque da lesione dell’affidamento.

Quanto all’irrisarcibilità del danno meramente patrimoniale, in particolare¹⁰⁰⁴, si proponeva di riattrarre all’area extracontrattuale, tramite le *Verkehrspflichten*, la

¹⁰⁰² Il discorso di Larenz era, tra l’altro, inserito in un più vasto contesto, ove veniva proposta una soluzione compromissoria per il problema della *Rechtswidrigkeit*, volta a mediare tra le teorie che riducono quest’ultima al *Verletzungserfolg* – o, meglio, alla *Handlung* che a esso conduce – e quelle che la ravvisano nel *Verstoß gegen ein Verhaltensgebot oder -verbot*, distinguendo a tal fine tra *unmittelbare Eingriffen* e *mittelbaren Beeinträchtigungen*. K. LARENZ, *Rechtswidrigkeit*, cit., p. 193; sul tema cfr. pure K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 2¹³, cit., p. 364 ss., e G. WAGNER, sub § 823 BGB, cit., Rn. 7, ove la tesi in parola è definita *herrschende Meinung*).

¹⁰⁰³ Secondo E. VON CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 57 s., solo per comodità e per esigenze di tutela. I problemi, come noto, afferivano principalmente alla protezione dai danni meramente patrimoniali e alla necessità di aggirare la prova liberatoria di cui al § 831 BGB sul danno arrecato dagli ausiliari (cfr. C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 802; K. LARENZ, *Bemerkungen*, cit., p. 403 arrivava perfino ad affermare che «man sollte daher, wenn künftig der § 831 dem § 278 BGB angeglichen wird, erwägen, die Fälle der Verletzung eine Erhaltungspflicht aus dem Bereich der Haftung für *culpa in contrahendo* ... wiedere herauszunehmen und in den Bereich zu verweisen, in den sie ihrer sachlichen Struktur nach gehören: in den des Deliktsrechts»). Inoltre, ma in tono minore, vanno ricordati – come ostacoli pratici che la dottrina tedesca si proponeva di superare – il termine di prescrizione e l’onere della prova, il primo più breve e il secondo addossato al danneggiato nel caso di responsabilità aquiliana (v. U. HUBER, *Leistungsstörungen*, cit., p. 737).

¹⁰⁰⁴ Mentre i quesiti pratici che il § 831 BGB poneva, e che sembravano portare necessariamente a un ampliamento della responsabilità precontrattuale per poter tutelare efficacemente i beni (già tipicamente tutelati) dei soggetti nell’ambito delle trattative, venivano in larga parte superati tramite l’ampio riconoscimento di *Verkehrspflichten* volte alla tutela dei beni e pure del mero patrimonio altrui (in molti di questi casi, l’ampliamento della risarcibilità tramite le *Verkehrspflichten* evitava già di per sé l’applicazione del § 831 BGB: cfr. C. VON BAR, *Verkehrspflichten*, cit., p. 264 s.) e per mezzo della creazione di apposite *Organisations-* e *Aufsichtspflichten*; inoltre, restava sempre la proposta di riforma legislativa (così D. MEDICUS, *Verschulden*, cit., p. 490 s. e 494). A tal riguardo, va menzionata pure la ricostruzione di U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bieberstein und P. Schlechtriem, Tübingen, 1978, p. 865 ss., che contrapponeva non più *Leistungspflicht* e *Schutzpflicht*, ma *Leistungspflicht* e *allgemeine Verkehrspflicht* (salvi i casi in cui la protezione afferisce già alla prestazione: come nel caso dell’obbligazione del medico), ritenendo che «die Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht innerhalb der schuldrechtlichen Sonderverbindung besondere Haftungsfolgen auslöst (Gehilfenhaftung nach § 278 BGB, Verjährung nach § 195 BGB usf.)», e che questi casi «in einem zeitgemäß fortentwickelten Deliktsrecht besser aufgehoben wären als in Recht der Vertragsverletzungen» (ID., *Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1977, p. 320 – ma v. già p. 318 per la nostra tematica –: «die Rechtsfolge der schuldrechtlichen Sonderverbindung liegt insoweit nicht darin, daß den

responsabilità per false informazioni e altre forme simili, escludendo tanto le finzioni contrattualistiche, quanto la responsabilità per affidamento come *genus* (cui far afferire anche quella per *culpa in contrahendo*)¹⁰⁰⁵. La proposta veniva motivata diversamente dagli studiosi: si è, ad esempio, immaginato¹⁰⁰⁶ di aggiungere in via interpretativa un nuovo III *Absatz* ai primi due del § 823 BGB, così da raccogliere talune evoluzioni giurisprudenziali relative all'estensione della responsabilità extracontrattuale nelle parti speciali del diritto privato; si è contestata¹⁰⁰⁷ la tesi della responsabilità per lesione dell'affidamento (in realtà nella sua versione di 'responsabilità da contatto sociale', su cui v. subito oltre) in quanto, se da un lato essa risulterebbe insufficiente a fornire tutela, dall'altro rischierebbe d'essere eccessiva¹⁰⁰⁸, finendo per apparire preferibile un inquadramento di certe peculiari ipotesi nella *Berufshaftung* (ossia della responsabilità professionale) di stampo extracontrattuale¹⁰⁰⁹ per violazione delle *Verkehrspflichten* cui rimanderebbe il § 823 II¹⁰¹⁰; infine, si è criticata l'ascrizione di certi doveri alla responsabilità contrattuale¹⁰¹¹ senza però distaccarsi dalla teoria della responsabilità per

Verkäufer eine besondere, sonst nicht bestehende Pflicht trifft, sondern darin, daß die Verletzung einer auch ohne die schuldrechtliche Sonderverbindung bestehenden allgemeinen Verkehrspflicht, wenn sie innerhalb einer schuldrechtlichen Sonderverbindung vorkommt, besondere Haftungsfolgen auslöst, die außerhalb der Sonderverbindung nicht eintreten würden»; v. poi pure ID., *Leistungsstörungen*, cit., p. 737 s.). Non molto dissimile la ricostruzione, oggi, di U. BALZ, *Die vertragliche Erfüllung im System der privatrechtlichen Haftung*, in *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010*, im Gem. mit R. Richardi und J. Wilhelm, hrsg. von T. Lobinger, Tübingen, 2010, spec. p. 46 ss. (a p. 49, poi, si afferma che «soweit nicht in selbständigen Sondertatbeständen geregelt, ist die Verkehrshaftung heute einheitlich auf § 823 Abs. 2 BGB zu stützen»). Nettamente nel senso della responsabilità extracontrattuale R. THIEMANN, *Culpa in contrahendo – ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen, 1984, p. 148 ss.

¹⁰⁰⁵ Cfr. in particolare C. VON BAR, *Zur Haftung*, cit., p. 729 s. (dello stesso autore, cfr. l'importante monografia *Verkehrspflichten*, cit., p. 204 ss., e in riferimento v. pure la recensione, in parte dissenziente, a firma di H. STOLL, apparsa in *RebelsZ*, 1982, p. 591 ss.; v. anche C. VON BAR, *Entwicklungen*, cit., p. 171 s., nonché ID., *Vertrauenshaftung ohne Vertrauen*, *ZGR*, 1983, p. 512, ove l'autore – riecheggiando l'opera di Schiller – si chiede «ob nicht auch hier [nell'ambito del danno meramente patrimoniale] der Mohr (die Vertrauenshaftung) seine Schuldigkeit getan habe und gehen sollte»; sulla responsabilità per consigli errati delle banche verso i non clienti cfr., ovviamente in senso opposto, C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 1⁴, in *Großkommentar Staub HGB*, München, 2005, p. 65 ss.).

¹⁰⁰⁶ Questa l'idea di H.-J. MERTENS, *Deliktsrechts und Sonderprivatrecht - Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen*, in *AcP*, 1978, p. 227 ss. (soprattutto p. 231 ss.; ma v. pure ID., *Verkehrspflichten und Deliktsrecht*, cit., p. 399 s.).

¹⁰⁰⁷ K. HUBER, *Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bieberstein und P. Schlehtriem, Tübingen, 1978, p. 359 ss.

¹⁰⁰⁸ K. HUBER, *Verkehrspflichten*, cit., p. 376.

¹⁰⁰⁹ K. HUBER, *Verkehrspflichten*, cit., p. 378 ss., 383 ss.

¹⁰¹⁰ K. HUBER, *Verkehrspflichten*, cit., p. 377 e 380.

¹⁰¹¹ Il riferimento va a Ha. STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, in *AcP*, 1976, p. 151, nt. 21, secondo cui l'esito dogmatico rappresenterebbe «kein Ruhmesblatt der deutschen Zivilrechtsdogmatik».

affidamento, di cui veniva solamente mutata o comunque specificata la base normativa¹⁰¹² e limitata l'area di operatività¹⁰¹³.

Soprattutto, però, contro la tesi di Canaris sono state sollevate alcune critiche¹⁰¹⁴ che appaiono molto simili a quelle che la dottrina italiana ha riservato alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, su cui tornerò oltre, ma che vale la pena di elencare sin d'ora: in particolare, è stato sottolineato il circolo cui condurrebbe la ricostruzione della *Vertrauenshaftung*, stante il quale l'affidamento sarebbe fonte e al tempo stesso oggetto di una speciale forma di responsabilità¹⁰¹⁵, ed è stata evidenziata la difficoltà di distinguere tra responsabilità per lesione dell'affidamento e tutela aquiliana e contrattuale, affermando soprattutto – quanto alla prima differenziazione – che sarebbe impossibile escludere l'esistenza di un affidamento, seppur latamente inteso, anche in casi tipici di responsabilità extracontrattuale, come quelli degli incidenti stradali¹⁰¹⁶.

Già nel § 5 dello scorso Capitolo ricordavo la possibilità di introdurre gli 'obblighi del traffico' nel nostro ordinamento e di fondarvi una responsabilità per il danno da mera perdita patrimoniale; qui, basti allora ricordare la dura obiezione di Canaris a questa teoria¹⁰¹⁷ e, rinviando al § 8 per le possibili repliche a quanti hanno

¹⁰¹² Precisamente rinvenendone il fondamento nel § 242 BGB e includendo nella fattispecie le promesse unilaterali non vincolanti, aventi per ciò stesso carattere quasi-contrattuale e non contrattuale: cfr. Ha. STOLL, *Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, p. 741 ss., e spec. 764 per la responsabilità da false informazioni e p. 773. Su tutto questo v. pure G. HOHLOCH, *Vertrauenshaftung*, p. 2372 s., e la critica di C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 812 s., su cui torneremo *infra*. Sulla polemica accennata cfr. inoltre G. WAGNER, sub § 823 BGB, cit., Rn. 290 ss, e Rn. 305 ss.

¹⁰¹³ Ha. STOLL, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bierbenstein, P. Schlechtriem, Tübingen, 1978, p. 453 s., affermava infatti che molte delle ipotesi tradizionalmente ascritte alla responsabilità precontrattuale potessero essere già, e meglio, risolte in via extracontrattuale, evitando di ricreare nell'ambito delle trattative una clausola generale di risarcibilità di qualsiasi danno.

¹⁰¹⁴ Formulate da E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., p. 418 ss.

¹⁰¹⁵ Cfr. E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., p. 420 s.; la critica è identica a quella di C. VON BAR, *Vertrauenshaftung ohne Vertrauen*, ZGR, 1983, p. 500, e simile a quella di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 192, secondo cui – nell'obbligazione senza prestazione – la buona fede sarebbe al tempo stesso fonte e criterio di responsabilità; v. pure la risposta di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 468, nt. 58.

¹⁰¹⁶ Cfr. E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., p. 421 ss.; in merito alla prima differenziazione viene richiamato l'argomento che K. LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „sozialer Kontakt“*, in MDR, 1954, p. 517 s. (su cui v. *infra*) sviluppava contro la teoria del 'contatto sociale' – l'impossibilità di escludere l'esistenza di un affidamento, se latamente inteso, anche in casi tipici di responsabilità extracontrattuale, come quelli degli incidenti stradali –. Riprende l'argomento oggi M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 182 (ma v. pure p. 200 e 204).

¹⁰¹⁷ C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 798 ss. V. pure D. MEDICUS, *Zivilrecht und Umweltschutz*, in JZ, 1986, p. 780.

criticato la *Vertrauenshaftung*, ribadire come, in esito a questo itinerario di pensiero¹⁰¹⁸ il legislatore della *Modernisierung* del 2002, abbia per molti profili recepito le tesi di Canaris, prevedendo ai nuovi commi II e III del § 311 la nascita di un rapporto con gli obblighi di cui al § 241 II (a seconda della terminologia usata, si dirà che si tratta di un *Schutzverhältnis* o di un *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* comprensivo di *Schutzpflichten* e *Nebenpflichten*) in caso di trattative (intese in senso stretto, come vere e proprie negoziazioni), di *Anbahnung* di un contratto e di contatti pseudo-negoziali, e pure tra persone che non coincidono con le parti del contratto (da un lato, chi fisicamente accompagna una parte nei locali in cui si concluderà il contratto; dall'altro, chi «in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst»).

Con la riforma non si è invece presa una netta posizione a proposito della ricostruzione di Canaris della *Vertrauenshaftung* quale fonte autonoma di responsabilità. Vero è che si parla di *culpa in contrahendo* nei termini di «Schuldverhältnis» (cfr. ancora §§ 241 II, 311 II e III BGB), contraddicendo in questo senso la teoria della *dritte Spur*¹⁰¹⁹; tuttavia, vero è anche che l'idea della sopravvivenza del rapporto di protezione unitariamente considerato alla conclusione del contratto non è stata confutata¹⁰²⁰ (nemmeno ove si è previsto che dal contratto avente oggetto impossibile sorgano comunque effetti obbligatori¹⁰²¹).

¹⁰¹⁸ A proposito del quale v. oggi J.D. HARKE, sub § 311 II, III BGB. *Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, herausgegeben von M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, II, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil. §§ 241-432*, Redaktion R. Zimmermann, Tübingen, 2007, p. 1550 ss.

¹⁰¹⁹ J.D. HARKE, sub § 311 II, III BGB, cit., p. 1558. Sulla *dritte Spur* v., più di recente, C.-W. CANARIS, *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, cit., p. 220 s.

¹⁰²⁰ Cfr. sul punto W. ERNST, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, Rn. 38; G. BACHMANN, sub § 241 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, cit., Rn. 109 (secondo cui «während manche den Geltungsgrund der Schutzpflichten im Vertrag erblicken, rekurrieren andere auf ein neben dem Vertrag und unabhängig von ihm existierendes einheitliches gesetzliches Schutzpflichtverhältnis»); W. FIKENTSCHER-A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, cit., § 7 3 Rn. 39 (ove però si propende, piuttosto che per la teoria di Canaris dell'*einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis*, per la *Umschlagtheorie*, secondo cui «schlagen die Schutzpflichten mit Vertragsschluss in vertragliche Pflichten um»). V. pure E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*⁵, München, 2007, Rn. 81, p. 38 («der [heute durch § 311 Abs. 2 und 3 iVm. § 241 Abs. 2 abgesegete] Gedanke einer gesetzlichen Haftung für Schutzpflichtverletzungen eröffnet somit eine ‚dritte Spur zwischen Delikts- und Vertragshaftung«).

¹⁰²¹ Cfr. il nuovo § 311a BGB; v. già C.-W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, p. 500 e 505 s., e ID., *Contentuti*, p. 16 s.; qui, infatti, vi è un *Vertrag ohne primäre Leistungspflicht*, da cui sorge un obbligo di prestazione 'secondario', ossia risarcitorio, calcolato qui non su un interesse di protezione, per ciò stesso negativo, ma su una prestazione – per quanto impossibile – e, dunque, su un interesse positivo; la riforma non ha dunque una volta per tutte ammesso che il rapporto di protezione, in caso di contratto valido, sia assorbito dal rapporto obbligatorio da esso nascente, ponendosi accanto all'obbligo di prestazione; a parte questo dilemma, v. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 65, secondo cui le *Schutzpflichten* avrebbero comunque di sicuro sempre origine legale e non contrattuale (il piano, si badi, è carico di equivocità: per intenderci, è vero che l'integrazione *ex art. 1175 c.c.* avviene *ex lege*, anche per chi crede che essa sia volta a rendere 'esplicito' ciò che è 'implicito' nella volontà contrattuale, secondo

Se appare comunque palese la virata del legislatore del 2002 verso la responsabilità da affidamento¹⁰²², resta ancora non del tutto chiaro l'inquadramento di taluni casi più complessi, come quelli in cui un professionista lede con la sua attività gli interessi di un soggetto che, però, non entra in rapporto alcuno con lui (si pensi alla perizia di un architetto, richiesta dal venditore e poi consegnata da questi al compratore, che in seguito si rivela errata). Secondo alcuni, in particolare, se ne occuperebbe l'*Abs.* III del § 311 (se non addirittura l'*Abs.* II, n. 3, su cui v. subito); secondo altri, invece, si tratterebbe di un caso di *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*¹⁰²³.

Così brevemente ricordata l'evoluzione che ha portato alle attuali disposizioni in tema di responsabilità precontrattuale, passo a considerare l'esatta ampiezza di queste previsioni: ovvero, ad analizzare se e quando una tale responsabilità – e, più in generale, un *Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. II* – possa dirsi sussistente, alla luce dell'attuale dettato del BGB, anche al di fuori di vere e proprie trattative intese in senso proprio.

In quest'ambito, infatti, è sicuro che si ponga una tale responsabilità: qui, anzi, il problema¹⁰²⁴ – come poc'anzi rilevato – è quello di considerare l'esatta perimetrazione soggettiva delle trattative, così da comprendere l'esatto significato dell'*Abschnitt* III del § 311 BGB, e di delimitarne l'area di operatività rispetto a quella del contratto con effetti protettivi del terzo.

Al di fuori, però, della vera e propria negoziazione e della *Anbahnung* di (dell'«instradamento» verso) un contratto (nn. 1 e 2 dell'*Abschnitt* II) restano tutte quelle altre situazioni in cui un qualche affidamento potrebbe effettivamente presentarsi, e in

la nota teoria di U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 132; dunque, gli «obblighi di protezione» sorgerebbero, in quest'ottica, *ex lege*, ma indirettamente anche *ex voluntate*; ciò non ha però nulla a che vedere con l'idea di Canaris, che costituisce un'iperbolica accentuazione dell'origine legale: v. lo stesso C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 4, il quale, allorché si propone di dimostrare l'«origine legale degli obblighi di protezione», e non contrattuale, così aggiornando una precedente opinione – su cui v. ID., *Obblighi di protezione*, cit., p. 135 s., nt. 48; L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 369; A. DI MAJO, sub *artt. 1173-1320 c.c.*, p. 125 s., nt. 15 –, non mostra nemmeno di condividere l'idea della *dritte Spur*, anzi avverte che nella critica a Canaris si è annidato «un equivoco»).

¹⁰²² Secondo R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 366, la *Modernisierung* avrebbe però decretato, una volta per tutto, che fonte degli obblighi precontrattuali è la legge, e non l'affidamento; tuttavia, a me pare che ciò non valga appieno da confutazione, giacché la fonte legislativa non può non essere qualificata (e non può non esserlo come responsabilità da affidamento).

¹⁰²³ Cfr. V. EMMERICH, sub § 311 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, Rn. 195 ss., nonché B. SCHINKELS, *„Dritthaftung“ von Gutachtern in Deutschland und England im Lichte der VO Rom II*, in *JZ*, 2008, p. 273 s. V. già sul punto C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 1⁴, cit., p. 69; ID., *Die Reichweite*, cit., p. 206 ss.

¹⁰²⁴ Oltre a quello relativo all'esatta distinzione tra i nn. 1 e 2 del § 311 BGB: ma si tratta di questione puramente teorica (F. FAUST, *Schadenersatz*, in P. HUBER-F. FAUST, *Schuldrechtmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002, p. 70), che probabilmente va risolta nel senso di un rapporto tra *genus* e *species* (e precisamente il n. 1 come *species* del n. 2; cfr. anche V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 44).

particolare l'intero ambito dei rapporti di cortesia o comunque delle prestazioni non assegnate in esecuzione di un'obbligazione (nemmeno apparentemente o pretesamente esistente). Risulta così particolarmente interessante comprendere quale sia l'esatto significato della formula legale, che collega la nascita di un rapporto di protezione anche alla sussistenza di un 'contatto pseudo-negoziale' (n. 3).

Per farlo è necessario ancora una volta ripercorrere questo itinerario, la cui prima tappa può essere rinvenuta in un famoso scritto di Dölle, risalente agli anni Quaranta dello scorso secolo, nell'ambito del quale si contestava la tesi (di Haupt) del 'rapporto contrattuale di fatto', venendo viceversa sostenuta l'opinione per cui, per fondare obblighi di protezione anche al di fuori delle trattative, non sarebbe stato necessario postulare la sussistenza di contratti di fatto: sufficiente, infatti, sarebbe stato riconoscere che la fonte di questi obblighi è il mero *sozialer Kontakt*¹⁰²⁵ (pur con un accorgimento: tali obblighi si sarebbero modulati, quanto ad ampiezza e misura, alla luce del corrispondente *Zweck*¹⁰²⁶; ne deriverebbe, ad esempio, l'esclusione di qualsiasi onere di diligenza nell'ambito dei semplici incontri tra amici¹⁰²⁷).

La tesi è stata criticata¹⁰²⁸, negli anni successivi, da Karl Larenz, il quale ha osservato che un *sozialer Kontakt* così ricostruito, pur poggiando nelle ambizioni dell'autore su di un principio codistico (idoneo a colmare una lacuna legislativa), sarebbe in questa sua sproporzionata estensione privo di appiglio normativo e, soprattutto, tenderebbe ad ampliarsi al punto da assorbire l'intera responsabilità aquiliana. In particolare, un 'contatto sociale' di tal fatta potrebbe presentarsi sempre, tanto che non residuerebbero più casi di responsabilità extracontrattuale: in capo al pedone che attraversa la strada presso un incrocio, infatti, potrebbe nascere un affidamento nei confronti dell'autista della vettura cui il semaforo rosso intima di fermarsi (*a fortiori* è criticata l'esclusione, proposta da Dölle, dei meri inviti tra amici

¹⁰²⁵ H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, p. 73 ss., in critica alla tesi di G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941 (resa manifesta soprattutto alle p. 84 s.; cfr. pure E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., *Rn.* 79, p. 36 s.). Secondo l'eminente studioso la responsabilità in parola non sarebbe sorta da 'rapporti contrattuali di fatto' (su cui, nella nostra dottrina, v. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353 ss., e in Germania v. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*³, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, p. 95 ss.), ma da un *sozialer Kontakt* (p. 73). Per definire quest'ultimo Dölle trae spunto da un ragionamento induttivo (basato sul 'sentimento giuridico') e lo connota con il riferimento a uno *Zweck* (uno 'scopo': p. 74, 77 e 84). Il contatto farebbe nascere un minimo di affidamento, mentre lo *Zweck* ne delimiterebbe l'ambito (non venendo abbracciati gli illeciti che hanno un rapporto solo occasionale con la ragione del contatto) e la misura.

¹⁰²⁶ H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, cit., p. 77 e 84.

¹⁰²⁷ H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, cit., p. 77.

¹⁰²⁸ K. LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „sozialer Kontakt“*, in *MDR*, 1954, p. 517 s. (su cui v. pure C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., p. 478, nt. 26; cfr. anche K. LARENZ, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht*, in *JuS*, 1965, p. 378). Come ho già scritto, l'obiezione è stata ripresa (e ampliata) da E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, p. 421 ss.

dall'area del contatto sociale: a voler restare nell'ottica di quest'ultimo studioso, afferma Larenz, questa perimetrazione è insostenibile).

L'estinzione della responsabilità aquiliana è certamente un esito da cui rifuggire: la soluzione di Larenz è di limitare oltremodo l'area del contatto sociale. Pur non disconoscendo che le norme sulla *culpa in contrahendo* possono subire una *Erweiterung*, l'autore ne delimita i confini, di modo da farvi rientrare soltanto i contatti che nascono «auf der Ebene des Geschäftsverkehrs»¹⁰²⁹: da un lato, le vere e proprie trattative; dall'altro, i contatti con i 'clienti potenziali' (chi entra in un negozio e, senza aver ancora parlato con il gestore, subisce un danno).

Proprio al riguardo può, incidentalmente, ricordarsi come proprio alla responsabilità per lesione degli obblighi di protezione precontrattuali erano stati riferiti, dalla giurisprudenza, taluni casi simili, in cui un potenziale cliente o un suo accompagnatore aveva subito danni (alla salute o alla proprietà di un bene) a causa di un insidia presente nel negozio, o comunque nei locali della controparte (ad esempio, per essere scivolato su una foglia di insalata che non era stata raccolta dai commessi di un supermercato)¹⁰³⁰. Quest'esito, che per certi versi può apparire esagerato (ma che ora, come visto, ha ricevuto consacrazione legislativa), dipendeva più che altro dalla necessità di evitare la prova contraria che il § 831 BGB (corrispondente al nostro art. 2049 c.c.) ammette nell'ambito della responsabilità per fatto dei propri dipendenti, e che viceversa il § 278 BGB (in tema di responsabilità contrattuale) non prevede (ampliando, tra l'altro, anche la figura di ausiliari, della cui attività si risponde, giacché vengano annoverati anche quelli 'indipendenti')¹⁰³¹.

Tornando alla critica di Larenz, v'è da rilevare che, forgiando quale fonte di questa specifica di responsabilità la figura del «gesetzlichen Schuldverhältnis aus Vertragsverhandlung oder sonstigem geschäftlichen Kontakt», essa forniva la base

¹⁰²⁹ K. LARENZ, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 518.

¹⁰³⁰ Al riguardo possono ricordarsi i noti casi del *Linoleumteppich*, delle *Bananenschalen* e del *Gemüseblatt*: su cui cfr. V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., *Rn.* 65; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*⁴, cit., § 9 I, p. 110; ID., *Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo*, in *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, Berlin, 1975, p. 400 ss.; C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 540, per il concetto di *Anvertrauenshaftung*, ripreso anche in ID., *Norme*, cit., p. 827; R. THIEMANN, *Culpa*, cit., p. 17 ss. V. pure M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 140 e 201 ss.

¹⁰³¹ Dunque, la preferenza per una responsabilità contrattuale era dovuta molto pragmaticamente alla necessità di superare i limiti del § 831 BGB sulla responsabilità per *culpa in eligendo* per ausiliari, cui non è soggetto il § 278 BGB: cfr. C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 802; critico E. VON CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 56 ss. – anche se basandosi tra l'altro su una limitazione soggettiva della responsabilità che oggi appare superata – e pure K. LARENZ, *Bemerkungen*, cit., p. 401 s., che faceva notare come, in questi casi, un vero e proprio 'affidamento' non vi fosse – obiezione cui per l'appunto replicava Canaris con il concetto di *Anvertrauenshaftung* – e che codeste ipotesi dovessero essere risolte solo temporaneamente, in attesa di una riforma del § 831 BGB, tramite la figura della *culpa in contrahendo*; conforme D. MEDICUS, *Culpa in contrahendo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 575 (oltre alle opere citate *supra*): ma v. oggi, come accenato nel testo, il nuovo § 311 II BGB, su cui E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., *Rn.* 91, p. 41 s. V. pure W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 84 ss.

dogmatica per quelle che, oggi, sono divenute le fattispecie dei nn. 1 e 2 del § 311, Abs. II.

La dottrina, però, non è rimasta ferma a questi assunti, e ha cercato di giustificare un ambito più ampio per gli obblighi di protezione, recuperando proprio l'idea del 'contatto'. Un autore, ad esempio, ponendosi sulla scia della tesi di Dölle, ha ritenuto che il contatto produca obblighi (di protezione), a patto che esso sia «gezielt» e «gewollt»¹⁰³².

Un altro studioso¹⁰³³, invece, si è attestato su una posizione mediana, ritenendo che i precetti della *culpa in contrabendo* e della buona fede (§ 242 BGB) sarebbero utilizzabili – in virtù di una *Lücke*¹⁰³⁴ – oltre il loro ambito. La responsabilità extracontrattuale dovrebbe limitarsi, in tal senso, a regolare i rapporti tra terzi; ove, invece, vi fosse una *Sonderverbindung* nascerebbero obblighi di protezione: ciò che avverrebbe, in particolare, ove vi fosse un contatto («gezielt» e «gewollt», ma soprattutto) tra «bestimmte Personen»¹⁰³⁵. In critica tanto all'opinione di Dölle, quanto a quella di Larenz¹⁰³⁶, lo studioso afferma che il contatto non è meramente sociale, ma non richiede nemmeno di essere negoziale (estendendosi, dunque, anche ai veri e propri *Gefälligkeitsverhältnisse*¹⁰³⁷). Semmai, la negozialità del contatto renderà più penetranti gli obblighi che ne derivano¹⁰³⁸.

Altra dottrina¹⁰³⁹, invece, ha distinto, da un lato, i casi di posizioni di garanzia (che, se nel diritto penale fondano i reati omissivi impropri, in quello civile darebbero luogo a pretese al risarcimento del danno contrattuale; poco rilevante è ritenuta la qualificazione di queste vicende come 'contatti sociali' da cui si originano obblighi giuridici) e, dall'altro, le ipotesi in cui sussiste, nell'ambito delle cortesie, un obbligo di diligenza (la cui lesione obbliga al risarcimento secondo le norme delle obbligazioni).

Le tesi più ampie sono state, però, criticate da Canaris, il quale ha posto a fondamento della *Vertrauenshaftung*, anziché il § 242 BGB, varie altre norme del codice

¹⁰³² P. SCHWERDTNER, *Der Ersatz des Verlustes des Schadensfreiheitsrabattes in der Haftpflichtversicherung - zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Gefälligkeitshandlungen und Rechtsgeschäften*, in NJW, 1971, p. 1675.

¹⁰³³ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 649 ss.

¹⁰³⁴ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 651.

¹⁰³⁵ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 651; v. la contrapposizione – p. 652 –, non più tra negozio e delitto, ma tra «die Haftung aus unerlaubter Handlung und die Haftung aus der Verletzung einer konkreten Verpflichtung gegenüber einem bestimmten anderen», e v. pure la formula sintetica – p. 654 –, secondo cui un rapporto obbligatorio v'è anche «wo bestimmte Personen zueinander in einen tatsächlichen sozialen Vertrauenskontakt getreten sind».

¹⁰³⁶ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 652.

¹⁰³⁷ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 652 s.

¹⁰³⁸ W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 653.

¹⁰³⁹ W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 84 ss.

tedesco¹⁰⁴⁰ e, soprattutto, ha invitato a delimitare in modo scrupoloso le fattispecie da cui può nascere una tale responsabilità¹⁰⁴¹, sottolineando la necessità che gli obblighi di protezione discendano sempre ‘dalla legge’, e non ‘dal mero fatto’. Quest’osservazione impone di anticipare alcuni concetti, al fine di evitare una confusione terminologica: anche chi riteneva sufficiente un contatto ‘fattuale’ non escludeva necessariamente la fonte ‘legale’ degli obblighi¹⁰⁴². In questo senso la critica di Canaris assume il senso di evitare la creazione di una ‘clausola generale’ di affidamento, e dunque limitare la nascita di una *Vertrauenshaftung* solo ai casi tipicamente previsti dall’ordinamento, onde evitare che l’ammissione di obblighi di protezione ogni qual volta la buona fede parrebbe richiederlo¹⁰⁴³ scardini l’intero sistema giuridico della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La *Vertrauenshaftung* sarebbe, in conclusione, responsabilità «kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr»: il che consentirebbe di restringerle le maglie, ma contemporaneamente di ampliarla rispetto alle trattative intese nel senso più ristretto¹⁰⁴⁴.

Discorso in parte diverso deve farsi con riguardo al presente.

Nel dettaglio, il nuovo *Absatz* II prevede che un obbligo di protezione nasca non solo nei casi classici di *culpa in contrabendo*, ma pure ove le parti diano avvio a una relazione che, pur non potendosi qualificare trattativa, potenzialmente potrebbe diventare negoziale (apertura di un negozio ai clienti: l’ipotesi ricorda l’unica che, per

¹⁰⁴⁰ C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*, in *Bankrecht - Schwerpunkte und Perspektiven. Festschrift für Herbert Schimansky*, hrsg. von N. Norr, H.-J. Lwowski und G. Nobbe, Köln, 1999, p. 50 ss.

¹⁰⁴¹ C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., p. 59: «bei deren Entwicklung muss selbstverständlich behutsam vorgegangen und demgemäß, soweit es sich um die hier allein zur Diskussion stehende Schadensersatzhaftung handelt, grundsätzlich der Anschluss an gesetzlich geregelte Tatbestände oder an den gesicherten Kernbereich der *culpa in contrabendo* gesucht werden». L’importanza di questa espressione sintetica, anche con riguardo alle tesi che la Modernisierung farà propria, è sottolineata da A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts [la resistibile ascesa del ‘contatto sociale’]*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 89 s., testo e nt. 47.

¹⁰⁴² W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 651.

¹⁰⁴³ A livello sociale: da qui l’equivoco, a mio avviso, tra fonte legale e fattuale dell’affidamento. Altro discorso, ancora, è quello relativo all’interesse legittimo che ho definito *ex facto*, su cui v. oltre.

¹⁰⁴⁴ C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 442 ss.; *ivi*, p. 444, si aggiunge: «denn bei diesen richtet sich das Vertrauen auf einen zukünftigen rechtsgeschäftlichen Akt – sei es, dass dieser sich in einem Erfüllungsgeschäft erschöpfen soll, sei es, dass der vorherige Abschluss eines entsprechenden obligatorischen Vertrages in Aussicht gestellt wird –, und daher ist auch hier das Merkmal des ‚rechtsgeschäftlichen Kontakts‘ ausnahmslos erfüllt, da folgerichtig ja zumindest die ‚Anbahnung‘ einer rechtsgeschäftlichen Beziehung gegeben ist»; cfr. pure C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 1⁴, p. 9 – «die Vertrauenshaftung ist daher zwar Haftung kraft Gesetzes und nicht kraft Rechtsgeschäfts, aber doch immerhin Haftung kraft rechtsgeschäftlichen Kontakts oder kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr» – e *Rn.* 91, p. 68). Per una serie di *Fallgruppen*, cfr. *ID.*, *Norme*, cit., p. 809 ss. (a p. 827 s. si riprende l’idea per cui l’affidamento nasce da un contatto negoziale o comunque dalla «partecipazione al traffico negoziale», cioè da un contatto non diretto ma comunque «orientato’ ... verso l’esterno»); K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*¹⁴, cit., § 9 I, p. 122 ss. (ma anche le p. precedenti).

Larenz, era di contatto sociale giuridicamente rilevante e non rientrante nella c.i.c.) e, infine, là dove tra le parti vi sia un ‘contatto simile a quello negoziale’¹⁰⁴⁵.

Quest’ultima ipotesi riguarderebbe, secondo una interpretazione, i casi di consigli dati dalle banche a soggetti che clienti non sono, precludendo la nascita di obblighi di protezione in tutte le altre ipotesi di *Gefälligkeitshandlungen*; più in generale, atterrebbe secondo parte della dottrina a «Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter, Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter sowie vor allem Kontakte ..., bei denen noch kein Vertrag angebahnt», anche se a talune di queste ipotesi provvederebbero già l’*Absatz* II alla lettera b) e il III¹⁰⁴⁶.

Parte – minoritaria – della dottrina patteggiava per una interpretazione più ampia, ad esempio distinguendo tra rapporti di cortesia, idonei a far nascere affidamento e responsabilità ai sensi del § 311 II BGB, e mere cortesie, più o meno corrispondenti con quei rapporti che sono privi di patrimonialità¹⁰⁴⁷.

Molto interessante, anche per quello cui si accennerà più avanti, quella proposta interpretativa avanzata, a mente della quale «werden nur solche Situationen erfasst, in denen jemand einem anderen die Gefährdung seiner Rechtsgüter aufgrund freiwilliger Entscheidung in gleicher Weise ermöglicht, wie es bei einem Rechtsgeschäft der Fall wäre»¹⁰⁴⁸, e ancor più un’altra, secondo cui «der ‚ähnliche geschäftliche Kontakt‘ ist denkbar weit gefasst und im Grunde nur negativ abgrenzbar: Außen vor hat zu bleiben, was sich im rein Gesellschaftlichen (Sozialen) abspielt, was ‚Gefälligkeit‘ ist.

¹⁰⁴⁵ Cfr. V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 43. La dottrina più sincera (v. I. KOLLER, *Recht der Leistungsstörungen*, in I. KOLLER-H. ROTH-R. ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, 2002, p. 64, ammette l’oscurità della norma).

¹⁰⁴⁶ V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 49; più ristretta, invece, l’opzione interpretativa di C. GRÜNEBERG, *Einleitung vor § 241 BGB*, in *Palandt Kommentar*⁷¹, München, 2012, Rn. 8, p. 252, che però ammette una più ampia libertà del giudice nella ricerca del *Rechtsbindungswille*, e così anche quella di M. LÖWISCH-C. FELDMANN, sub § 311 BGB, in *J. von Staudingers Kommentar*, neubearb. 2013, Berlin, Rn. 109, p. 43; più flessibile, invece, la soluzione proposta da G. BACHMANN, sub § 241 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, cit., Rn. 125, in ogni caso però – Rn. 126 – nel rispetto del carattere negoziale o tutt’al più quasi-negoziale richiesto dal § 311 Abs. II Nr. 3. Per C.-W. CANARIS, *Contentuti*, cit., p. 27 s., il testo della lettera c) è volto a mettere un freno alla «proliferazione delle ipotesi di mero contatto cd. ‘sociale’» (e il III comma, dal canto suo, recepirebbe ipotesi elaborate da dottrina e giurisprudenza «in tema di responsabilità per *culpa in contrahendo* dei terzi»; cfr. in termini anche ID., *Die Reform*, cit., p. 520, ove – oltre ad ammettersi l’oscurità della disposizione – si individua un parziale collegamento tra l’ipotesi del contatto quasi-contrattuale e quella del III *Absatz*).

¹⁰⁴⁷ H. SCHACK, *BGB - Allgemeiner Teil*¹⁴, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013, Rn. 197, p. 66.

¹⁰⁴⁸ D. OLZEN, sub § 241 BGB, in *J. von Staudingers Kommentar*, neubearb. 2015, Berlin, Rn. 406, p. 253. Cfr. pure H.P. WESTERMANN-P. BYDLNSKI-R. WEBER, *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil*⁸, München, 2013, Rn. 2/31, p. 36, che distinguono le cortesie da cui nasce affidamento a seconda della rilevanza patrimoniale della materia cui attengono

Die Abgrenzung verläuft parallel zur Abgrenzung zwischen Rechtsgeschäft und Gefälligkeit»¹⁰⁴⁹.

In sintesi, chi ritiene che il legislatore della *Modernisierung* si sia occupato, al già menzionato § 311 Abs. II. Nr. 3, dei rapporti di cortesia, ne deduce il più delle volte la limitazione della tutela dell'affidamento ai soli casi di *Gefälligkeitsverhältnisse* che postulano un qualche contatto quasi-contrattuale: così, quello tra banche che danno consigli gratuitamente a soggetti che non sono clienti, ma non quello tra genitori e vicini di casa che badano ai bambini dei primi¹⁰⁵⁰. D'altro canto, la disciplina della responsabilità extracontrattuale nel primo caso non offrirebbe protezione sufficiente (si tratta di un danno meramente patrimoniale); tutt'al contrario avverrebbe invece nella seconda ipotesi¹⁰⁵¹.

Quest'esito, cui è pervenuta la dottrina tedesca, non deve stupire¹⁰⁵². Se essa non ha utilizzato tutte le potenzialità del concetto di *Schuldverhältnis ohne (primäre) Leistungspflicht*, come invece è in parte avvenuto in Italia, non è difficile coglierne la ragione: da un lato, il timore di una indebita estensione della responsabilità contrattuale o comunque per affidamento; dall'altro, la costruzione della responsabilità precontrattuale soprattutto come *Erklärungshaftung*¹⁰⁵³. Proprio quest'ultimo punto

¹⁰⁴⁹ R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 371 (v. pure 369 ss.: la disposizione del numero 3 abbraccia le altre due ipotesi, rendendone inutile la previsione).

¹⁰⁵⁰ M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*¹⁰, München, 2012, § 28 Rn. 21, p. 316 s.; E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 38, p. 22, Rn. 79, p. 37, Rn. 90, p. 41.

¹⁰⁵¹ A mio avviso la disposizione (come qualsiasi intervento del legislatore), non ha sopito la questione: e ciò a prescindere dalla difficoltà di definire il concetto di «ähnliche geschäftliche Kontakte», che potrebbe facilmente venire interpretato più o meno estensivamente (cfr. R. BORK, *Allgemeiner Teil*⁸, Tübingen, 2011, p. 266; d'altro canto, si è visto parlando di *pVV* come proprio una lacuna legislativa sia stata, ai tempi, causa di progresso dottrinale: ciò che lascia pensare che, nonostante il monito di I. Calvino, espresso nelle sue *Lezioni americane*, l'esattezza non sia, se riferita alla legislazione, sempre un valore). Vero è, in effetti, che alla luce della sua storia la previsione in esame sembra aver voluto regolare esaurientemente il campo dei rapporti di cortesia, precludendo il sorgere di nuove incertezze. Tuttavia, dal punto di vista sistematico resta ancor oggi ammissibile (in quanto non espressamente contraddetta) la prospettiva di quanti vorrebbero una fonte negoziale per i meri obblighi di protezione nell'ambito delle cortesie (riprenderò più avanti questo punto). Inoltre, potrebbe pur sempre argomentarsi a favore del carattere non onnicomprensivo della previsione di cui al § 311 BGB (se ne potrebbe affermare la natura meramente esemplificativa o comunque proporre una applicazione analogica).

¹⁰⁵² Per la sostanziale identificazione «tra obbligazione senza prestazione e *culpa in contrahendo*» nella dottrina tedesca v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 474, nt. 71.

¹⁰⁵³ Così massimamente in H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*, cit., p. 132 (vedi infatti la critica di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 278), ma il punto è tipico nella dottrina tedesca: v. C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 130. Lo dimostrano, tra l'altro, i problemi dinnanzi ai quali si è trovato Canaris allorché gli si è opposto che gli 'obblighi di conservazione' (quelli volti a proteggere beni già autonomamente tutelati in via aquiliana) non sarebbero rientrati in una responsabilità per affidamento, necessariamente limitata alla *Erklärungshaftung* – cfr. C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 539 ss. – (l'affidamento di Canaris, che normalmente è 'alla correttezza di una informazione', doveva divenire, nella *Anvertrauenshaftung*, affidamento nell'esposizione dei propri beni a pericoli, e dunque a non subire perdite), e lo attesta pure il fatto che solo nell'ordinamento italiano è stata possibile un'evoluzione

dimostra che difficilmente si sarebbe potuto estendere il modello in parola al di fuori delle trattative, e in genere al di fuori di contatti negoziali o pseudo-negoziali, ove domina per l'appunto la responsabilità da informazioni rese. La letteratura tedesca, imbrigliata tra gli obblighi di informazione, non ha dunque sfruttato le potenzialità delle creazioni giuridiche cui aveva dato vita; e a questo risultato ha contribuito anche l'idea per cui l'affidamento alla base della responsabilità precontrattuale, per lo meno secondo la concezione di Canaris, avrebbe riguardato un evento presente o passato¹⁰⁵⁴, e non un possibile risultato futuro¹⁰⁵⁵.

3. Responsabilità precontrattuale e tutela dell'affidamento in Italia

Il dibattito giuridico sulla responsabilità contrattuale è iniziato, sulla spinta della dottrina tedesca, già sotto il vigore del vecchio codice¹⁰⁵⁶.

Il dato normativo più saliente, a tal riguardo, era offerto dall'art. 36, cod. comm., il quale prevedeva la revocabilità della proposta e delle revoca, ma assoggettando il revocante al risarcimento del danno «se essa giunge a notizia dell'altra parte dopoché questa ne ha impresa l'esecuzione».

Fin da subito, però, assumeva importanza molto rilevante la natura della responsabilità precontrattuale, che sembrava porsi a mezza via tra quella aquiliana e quella contrattuale¹⁰⁵⁷.

dell'obbligazione senza prestazione come quella proposta da Castronovo, tramite la quale si sono abbracciati casi di 'contatto sociale qualificato'.

¹⁰⁵⁴ Mentre la diversa visione di Dölle, che ho già menzionato, rifacendosi al concetto di *Zweck* si sarebbe avvicinata maggiormente all'idea di un affidamento verso uno scopo futuro, e non a caso finiva per aprire le ristrette maglie del contatto come fonte di un rapporto di protezione. V. nuovamente C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., p. 59, che pone l'accento sulla necessaria derivazione *ex lege* della *Vertrauenshaftung*, e non semplicemente *ex contractu*: nel senso, intendo, per cui l'interprete si sarebbe dovuto mantenere fermo all'analogia con la disciplina della *culpa in contrahendo* tratta dai §§ 122, 179, 307 a.F., 309 a.F. Anche per H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, cit., p. 81 ss., a dire il vero, l'idoneità del contatto a essere fonte del rapporto sarebbe derivata *ex lege* (d'altronde, non può che essere così, in un ordinamento informato al positivismo), ma grazie a una costruzione dell'interprete volta a riempire alcune *Lücken* (e a fondare non una responsabilità negoziale, com'era per Haupt, ma sociale). In questo senso l'idea di Dölle apriva al contatto, come fonte dell'affidamento, mentre la tesi di Canaris restringeva alla legge.

¹⁰⁵⁵ Prima di passare a considerare l'approccio dell'ordinamento italiano ai problemi che pone la responsabilità precontrattuale e, più genericamente, la tutela dell'affidamento, vorrei sottolineare come l'evoluzione tedesca cui ho fatto riferimento sia stata di recente oggetto di attenzione da parte di A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 77 ss., e di C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 133 ss. (ove, tra l'altro, l'illustre autore sostiene che anche l'area della cortesia sia abbracciata in Italia dall'obbligazione senza prestazione). Le conclusioni degli autori sono opposte; e di ciò ci occuperemo *infra*, al § 12.

¹⁰⁵⁶ V. però F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 8, nt. 9, secondo cui gli scrittori italiani sono rimasti indifferenti «sotto il vecchio codice nei confronti del problema della responsabilità precontrattuale». Così pure G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, p. 1.

Il nuovo codice, che dedica una disposizione esplicita alle trattative (art. 1337 c.c.), prevedendo poi molte applicazioni della *culpa in contrahendo* (in particolare gli artt. 1338 e 1398; ma al nostro ambito afferiscono anche, seppur in termini diversi, gli artt. 1328, 1494, 1578, 1812, 1821, 1892, 1893, e non solo) lasciava alla dottrina la sistemazione dogmatica del nuovo istituto. La base normativa, però, sollevava la scienza giuridica dalla soluzione di altri difficili problemi, quale quello del fondamento vero della responsabilità precontrattuale: l'esistenza di una previsione di legge forniva soluzione, e impediva fughe in avanti come quelle provate dalla dottrina tedesca, che nello stesso torno di anni dell'approvazione del codice forgiava l'idea di *sozialer Kontakt* come fonte del rapporto obbligatorio protettivo¹⁰⁵⁸.

Nel corso dei decenni, l'importanza della responsabilità precontrattuale è aumentata a dismisura: se, inizialmente, essa era stata un po' trascurata, tanto che si finiva per ritenere esaurito quasi tutto il suo ambito di applicazione nella norma recata dall'art. 1338 c.c.¹⁰⁵⁹, con il passar del tempo si è ampliata la platea di doveri afferenti all'art. 1337 c.c. e, dunque, all'obbligo delle parti di comportarsi «secondo buona fede»¹⁰⁶⁰ (sin da subito riconosciuta come 'buona fede oggettiva'¹⁰⁶¹).

Essi, rispetto alle tesi che li riducevano a una schiera, più o meno folta, di obblighi di comunicazione, sono stati concretizzati anche quali obblighi di custodia, conservazione e segreto¹⁰⁶²; così, la dottrina ha finito per riconoscere unanimemente la

¹⁰⁵⁷ V. F. PROCCHI, *Licet*, cit., p. 363 ss., ove l'autore riassume le tesi del Giorgi, del Chironi e del Polacco; il secondo, in particolare, richiamava il concetto windscheidiano di garanzia legale; il terzo, invece, distingueva varie fattispecie, facendone afferire talune alla responsabilità aquiliana, e altre a quella contrattuale (già prima ho accennato alle teorie del Faggella e del Verga). V. pure L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 348 ss., R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1337 c.c.*, in *Comm. Sciaoloja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 200 ss., e M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, p. 4 ss.

¹⁰⁵⁸ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1337 c.c.*, cit., p. 203 (e, ma solo implicitamente, L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 268).

¹⁰⁵⁹ Cfr. la Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale del Libro delle Obligazioni del 1941 e la Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, rispettivamente ai §§ 164 e 612. V. anche M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 10 s. e 51 s. Di recente E. PELLECCCHIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 497 s.

¹⁰⁶⁰ Così già L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 274.

¹⁰⁶¹ V. per tutti L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 270 ss., M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 14, e R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1337 c.c.*, cit., p. 204, testo e nt. 1 per indicazioni bibliografiche.

¹⁰⁶² Cfr. L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 278 (obblighi di comunicazione, informazione, custodia e conservazione); F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 42 (obblighi di informazione, custodia e segreto); G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 77 (obblighi di informazione e di avviso, di custodia, segreto, conservazione, «di non condurre trattative parallele», «di non ritardare eccessivamente la trattativa senza motivo o adducendo ragioni pretestuose», «di non formulare *ex abrupto* proposte palesemente inaccettabili al fine di indurre ... l'altra parte a recedere»); V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 169 ss. (obblighi di informazione, chiarezza, segreto e

«posizione sistematica derivata» dell'art. 1338 c.c. rispetto alla disposizione precedente¹⁰⁶³.

Contestualmente, si è rinnovata la discussione circa la natura della responsabilità in parola, che ha visto nuovamente contrapporsi fautori della tesi aquiliana e propugnatori di quella contrattuale¹⁰⁶⁴.

Fortemente incline a sostenere la natura contrattuale della responsabilità era Luigi Mengoni, che in una famosa nota richiamava l'attenzione sull'esistenza di due sole forme di responsabilità, sulla previsione degli artt. 1337 s. c.c. di un «obbligo *inter partes*», sul principio per cui, se «una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio» e sulla necessità di una «costruzione unitaria della responsabilità per le violazioni commesse nello svolgimento delle trattative o all'atto della formazione del contratto»¹⁰⁶⁵. Egli finiva per sostenere la qualifica di questo particolare rapporto obbligatorio, «concepito come rapporto complesso, secondo la teoria moderna dell'obbligazione», quale 'rapporto precontrattuale', avente fonte nella terza categoria gaiana (gli altri atti e fatti di cui all'art. 1173 c.c.); al suo centro, quale «elemento essenziale della fattispecie», vi sarebbe stato proprio l'affidamento. Anche valorizzando l'attrazione alla disciplina della responsabilità contrattuale, altri studiosi hanno poi ipotizzato che nella *c.i.c.* ricadano doveri di varia natura (e non solo quello di non rompere ingiustificatamente trattative avanzate), quali quelli di informazione, di segreto

custodia); P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 497 (obblighi di informazione, segretezza, collaborazione).

¹⁰⁶³ R. SACCO, *Il contratto invalido*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*³, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 596 (che pur mostra d'avere un'opinione in parte diversa). V. pure G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 63 s. (con soluzione però complessa).

¹⁰⁶⁴ Va però ricordata l'opinione di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 83, secondo cui la preferenza per l'una o l'altra ricostruzione si sarebbe ridotta «ad una decisione e preferenza di gusto». Lo stesso autore, tra l'altro, mostrava di condividere il collegamento tra responsabilità precontrattuale e tutela dell'affidamento (ma come 'affidamento nella validità di un contratto già concluso'). Ma nella visione del Betti la questione di 'gusto', se non erro, era indicativa della difficoltà di trovare argomenti di valore *tranchant* in un senso o nell'altro (dipendendo, la soluzione, piuttosto da una complessiva idea del sistema); viceversa, svaluta la stessa questione sulla natura della responsabilità A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 208 s. Sulle tesi esposte in dottrina e in giurisprudenza in merito alla natura della responsabilità v. D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999, p. 106 ss.

¹⁰⁶⁵ L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 267 ss. Lo segue G.B. PORTALE, *Informazione societaria*, cit., p. 25. Per la natura contrattuale anche G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1108; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 102; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 126 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 284 ss. e 752 ss.; C. CASTRONOVO, *La Cassazione*, cit., p. 1233 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1112 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione*, cit., p. 1955 ss. V. pure A. DE CUPIS, *Il danno*³, I, cit., p. 120 s.

e di custodia¹⁰⁶⁶. In tutte queste occasioni si farebbe valere la violazione di obblighi di buona fede, e non la lesione di interessi rilevanti in ambito aquiliano.

Per contro, altra parte della dottrina ha ritenuto che la responsabilità precontrattuale sia di tipo extracontrattuale, ponendosi al fianco di quella prevista dall'art. 2043 c.c. (il che, già di per sé, pone problemi notevoli di collegamento) o coincidendo del tutto con questa.

Questa scelta è motivata, per solito, affermando che l'art. 1337 c.c. rende ingiusto il danno arrecato alla 'libertà negoziale'¹⁰⁶⁷, la quale viene contestualmente elevata a bene rilevante in ottica aquiliana. Ma, palesemente, questa ricostruzione – che tende ad avvalersi dell'interpretazione dell'art. 2043 c.c. come clausola generale¹⁰⁶⁸, o comunque come norma aperta alla tutela di diritti più o meno ipostatizzati (com'è quello alla 'libertà negoziale') – svaluta il ruolo della responsabilità precontrattuale¹⁰⁶⁹: essa, per quanto riguarda gli aspetti di segreto e custodia, va a sovrapporsi pienamente a interessi già protetti aquilianamente indipendentemente dalla regola dell'art. 1337 c.c.; viceversa, mantiene un certo ambito di operatività per la sola sanzione della mancata informazione (ai sensi dell'art. 1338 c.c. o in caso di contratto valido, specie nell'ambito del dolo incidente) e del recesso ingiustificato dalle trattative¹⁰⁷⁰.

Solo una parte minoritaria della dottrina, invece, ha condiviso l'idea di un terzo tipo di responsabilità¹⁰⁷¹: contro di questa si è fatta valere l'idea che «nel diritto privato

¹⁰⁶⁶ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 42 e 115 ss.

¹⁰⁶⁷ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 155. Non mi convince l'idea secondo cui «nelle trattative le parti devono certo comportarsi secondo buona fede, ma devono anche comportarsi con diligenza»: la diligenza, infatti, o è metro per definire il contenuto di un'obbligazione (di mezzi), o è parametro su cui stabilire l'entità dello sforzo richiesto onde evitare l'impossibilità di una prestazione; in entrambi i casi la si può applicare anche agli obblighi discendenti dalla buona fede, visti in senso descrittivo come singoli momenti di un più complesso debito o di un dovere legittimo. Mai, però, esiste una diligenza 'pura', scissa cioè da un contenuto precettivo. Segue il Bianca V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 179. Aderiscono alla tesi aquiliana: P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 481; G. PATTI, sub *art. 1337 c.c.*, cit., p. 45; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*², II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Padova, 2010, p. 568; A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 264 ss. (che a p. 287 accosta il 1337 c.c. ad altre previsioni, che abbiamo prima visto essere norme di protezione, arrivando finanche sul punto di accostarle – ma su questo l'autore non prende posizione – agli interessi legittimi: p. 292); F. CARRESI, *Il contratto*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, 736,

¹⁰⁶⁸ R. SACCO, *La preparazione*, cit., p. 244, infatti, avvicina in questo il sistema italiano a quello francese (v. poi p. 260 ss.).

¹⁰⁶⁹ Tant'è che P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 481 s., arriva a dire che «la responsabilità precontrattuale potrebbe dunque operare benissimo nel nostro ordinamento anche in assenza di una disciplina specifica», avendo natura aquiliana e potendo, in assenza di norme speciali, ricadere nell'ambito dell'art. 2043 c.c.

¹⁰⁷⁰ Non è un caso se questo è l'esito cui giunge la giurisprudenza, che per l'appunto predilige la tesi aquiliana; cfr. R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., p. 596.

¹⁰⁷¹ Così, prima di accogliere la teoria aquiliana, R. SACCO, *Culpa*, cit., p. 86. V. anche M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 107 ss. (spec. p. 117 ss.); V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1270.

non [è] ipotizzabile un terzo genere di responsabilità al di fuori dell'alternativa tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana»¹⁰⁷².

La giurisprudenza¹⁰⁷³, dal canto suo, ha tradizionalmente sposato la tesi della responsabilità aquiliana; nel 2011 due note sentenze di Cassazione (n. 24438 e 27648¹⁰⁷⁴) hanno dato l'impressione di un notevole *revirement*, che però non vi è stato. Già dall'anno successivo, e sino a oggi, la Suprema Corte ha assorbito la responsabilità precontrattuale in quella extracontrattuale¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷² V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 158.

¹⁰⁷³ Anche la giurisprudenza europea patteggiava per la natura extracontrattuale. Il riferimento va, come noto, a Corte Giust., 17 settembre 2002, in causa C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi s.p.a. c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*; oggi v. anche il regolamento detto 'Roma II', n. 864/2007, e specialmente l'art. 12, il quale ascrive la responsabilità precontrattuale a quella aquiliana, ma regolandola in un capo a parte, assieme ad arricchimento ingiustificato e *negotiorum gestio*, e richiamando la legge del contratto concluso o che sarebbe stato concluso (v. pure il considerando n. 30, secondo cui «la *culpa in contrahendo* ai fini del presente regolamento è una nozione autonoma e non dovrebbe necessariamente essere interpretata ai sensi del diritto interno. Essa dovrebbe includere la violazione dell'onere di informare e l'interruzione delle trattative contrattuali. L'articolo 12 comprende solo le obbligazioni extracontrattuali che presentano un collegamento diretto con le trattative precontrattuali. Ciò significa che, se durante le trattative precontrattuali una persona subisce lesioni alla sfera personale, si dovrebbero applicare l'articolo 4 o altre disposizioni pertinenti del presente regolamento»). Il risultato è, nei fatti, incerto (cfr. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa*, cit., p. 42 ss.), e testimonia una soluzione compromissoria: che, però, si avvicina più di quanto all'apparenza non sembri all'idea di una 'terza fonte di responsabilità'. V. pure C. CASTRONOVO, *Sul significato di 'materia contrattuale' e 'materia di illeciti civili' nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 517 ss.

¹⁰⁷⁴ I due precedenti in questione sono ancora più interessanti, alla luce del fatto che attengono a fattispecie di responsabilità precontrattuale della p.a.: quasi che la vicinanza con il tema degli interessi legittimi (e dunque della responsabilità per contatto sociale, secondo la tesi di C. Castronovo) fosse tale, da indurre per osmosi una nuova qualificazione della responsabilità per scorrettezza nella fase pre-negoziale. Il che, da un lato, comprova l'assurdità dell'atteggiamento della giurisprudenza, la quale, abdicando a uno sguardo complessivo, finisce per applicare un modello unitario (l'obbligazione senza prestazione) più per settore, che con rigore; dall'altro, dà conto della connessione delle ipotesi di responsabilità precontrattuale della p.a. con i problemi dell'interesse legittimo pubblicistico (e, più in genere, della connessione tra *c.i.c.* e interesse legittimo): tema su cui tornerò nel § 1 del prossimo Capitolo. Sulle decisioni menzionate (Cass. civ., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438; Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648) v. C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela*, cit., p. 1949 ss. (e non è nemmeno un caso che le due sentenze ricalchino, in buona parte, gli avvertimenti in punto di natura della responsabilità che lo stesso C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione*, cit., commentando le ordinanze 6594 ss. del 2011 della Corte, aveva svolto), e C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1234 ss. Di recente cfr. il contributo di C. TENELLA SILLANI, *Brevi note circa la natura della responsabilità precontrattuale secondo la Cassazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1377 ss. (ove si sottolinea chiaramente la contraddittorietà dell'atteggiamento giurisprudenziale che accoglie la costruzione dell'obbligazione senza prestazione solo per metà).

¹⁰⁷⁵ V. già Cass. civ., Sez. Un., 27 febbraio 2012, n. 2926 (ma, lì, si trattava di applicare le norme europee e dunque un concetto 'autonomo' di responsabilità precontrattuale; in ogni caso la Corte dà mostra di aderire all'orientamento tradizionale). V. allora, e soprattutto, Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4382; Cass. civ., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4802. Di recente T.A.R. Piemonte-Torino, Sez. II, 28 luglio 2015, n. 1238. Un cenno al problema anche nella sentenza n. 21255/2013 (causa Cir-Fininvest, su cui v. *infra*; v. le p. 104 ss. del dattiloscritto). In giurisprudenza va menzionata pure (anche se non si interessa della problematica ora in parola) la sentenza Cass. civ., Sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526, a mente della quale «la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura

Come noto, la dottrina degli ultimi anni si è in particolare interessata all'estensione degli obblighi di informazione e al loro rapporto con il dolo incidente (nonché alla distinzione tra norme di validità e di responsabilità). D'altro canto, sul solco di un percorso già aperto dalla letteratura tedesca, i nostri studiosi si sono interrogati circa la possibilità di qualificare come precontrattuale l'eventuale responsabilità di soggetti, che, pur a vario titolo, partecipano alle trattative, ma che sono 'terzi' rispetto alle future parti di un contratto. Viceversa, il dibattito circa la natura della responsabilità nei rapporti di cortesia – che pur sembrava, a un certo punto, esser stato ricondotto a quello della responsabilità precontrattuale¹⁰⁷⁶ – ha perso di vigore.

Come in Germania, anche in Italia è stato invece dedicato il massimo interesse a quell'«area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale», che la dottrina ha ricollegato ora all'una, ora all'altra forma di tutela risarcitoria, in base a scelte che rispecchiano una visione complessiva dell'ordinamento e, in particolare, delle due forme di responsabilità. Mi riferisco, nuovamente, a quelle due scuole di pensiero, che si distinguono tra l'altro – e soprattutto – per il modo di intendere l'ingiustizia del danno (e in generale il ruolo dell'art. 2043 c.c.) e il meccanismo attraverso cui opera nel nostro sistema la buona fede. Da un lato, vi è chi, rinvenuta nell'art. 2043 c.c. una 'clausola generale', ascrive le ipotesi di danno in parola, e la stessa responsabilità precontrattuale, alla responsabilità aquiliana; dall'altro chi, interpretata la disposizione in modo rigoroso, si trova a dover ampliare l'area dominata dalla responsabilità precontrattuale intesa come contrattuale, servendosi a tal fine della costruzione degli 'obblighi di protezione' e dell'obbligazione come rapporto complesso, da cui viene sottratta la pretesa, residuando solo un'«obbligazione senza prestazione».

Al centro delle due visioni della responsabilità 'di confine' vi è, pur sempre, l'affidamento (il quale, d'altro canto, era già stato posto dalla dottrina al centro della norma versata nell'art. 1337 c.c.¹⁰⁷⁷); ma opposti sono i modi per ritenerlo rilevante. Ora, infatti, esso è inteso come oggetto di protezione; ora, invece, come fonte della stessa. In questo senso, la prospettiva dell'interesse legittimo da contatto (il quale non nasce dalla buona fede, ma da una specifica situazione regolata legislativamente, e al

ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere, per le parti, di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto». Sul punto v. le note di I.L. NOCERA, *Responsabilità precontrattuale anche per sola violazione dell'obbligo di lealtà reciproca*, in *Dir. giust.*, 2012, p. 456 ss., e di F. DELLA NEGRA, *Tutela dell'affidamento e dichiarazioni precontrattuali*, in *Contr.*, 2013, p. 176 ss.

¹⁰⁷⁶ Cfr. per tutti A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 259 ss., anche per rimandi bibliografici. Prospettiva opposta (e, cioè, per la distanza tra rapporti di cortesia e responsabilità precontrattuale) in R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 106.

¹⁰⁷⁷ Così già L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 370.

cui interno opera la buona fede come parametro del comportamento – e, di riflesso, quale fonte di regole –) può effettivamente sciogliere alcuni quesiti¹⁰⁷⁸, sottraendosi alle critiche sollevate reciprocamente dai sostenitori delle due scuole di pensiero menzionate.

La discussione è stata aperta (o, meglio, impostata nella sua complessità) da un noto saggio di F.D. Busnelli¹⁰⁷⁹, il quale, rilevato come negli stessi anni pure in Germania si stesse abbandonando la soluzione contrattuale o pseudo-contrattuale per sanzionare gli illeciti afferenti alla zona ‘tra contratto e torto’, con preferenza per un inquadramento extracontrattuale¹⁰⁸⁰, proponeva di forgiare un nuovo tipo di responsabilità aquiliana, basato sull’affidamento. Tra i connotati specifici di questa forma di tutela si sarebbero dovuti annoverare «la centralità dell’affidamento», che «postula un collegamento tra due (o più soggetti)»; l’imputazione a titolo di «colpa» (pur con accorgimenti per le prestazioni di cortesia, o per quelle implicanti problemi di speciale difficoltà, nonché per i casi in cui risulta applicabile il principio *res ipsa loquitur*). Ma il dato davvero centrale – e che va messo in connessione con quanto, a suo tempo, avevo detto in merito alla sentenza n. 500/1999 e all’adesione prestata proprio alle tesi di Busnelli¹⁰⁸¹ – sta nel fatto che, per l’illustre studioso, a essere risarcibile – *id est*, a concretare il requisito dell’ingiustizia del danno – è un interesse materiale che esprime un «affidamento incolpevole»; in altri termini, questo «criterio ... orienta la selezione nel senso della qualificazione dell’interesse leso»¹⁰⁸², che dev’essere «una situazione di affidamento oggettivamente valutabile»¹⁰⁸³. Escluso che in questo caso vi sia un

¹⁰⁷⁸ La mia opinione è nel senso che la responsabilità per lesione di un interesse legittimo sia un *tertium genus*. Ciò ho scritto basando la mia persuasione su elementi simili a quelli che convincevano Canaris di questo esito, e in particolare fondando la mia convinzione sulla necessità di costruire un istituto ‘autonomo’ e una posizione giuridica ‘prima’, che per ciò stesso abbisogna di una sua forma di responsabilità e in genere di un proprio sistema rimediabile, non mutuabile *aliunde* (e, anche se positivamente mutuato, di per sé ‘autonomo’). In questo senso, però, l’‘autonomia’ che predico mi sembra molto distinta da quella cui accenna (per poi negarla) C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 448.

¹⁰⁷⁹ F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., p. 539 ss. (da cui cito; in replica v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 498). Il saggio è oggi anche in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, p. 321 ss. Al riguardo v. pure E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 248 ss., e EAD., *Riflessioni*, cit., p. 2425 ss.

¹⁰⁸⁰ In questo senso vengono citati gli studi, che ho già menzionato, di von Bar e di Picker.

¹⁰⁸¹ Rinvio al § 2 del Capitolo primo della Parte Prima.

¹⁰⁸² Non è un caso che Busnelli richiami «una dimensione ‘relazionale’ che evoca lo schema concettuale elaborato in dottrina per definire la rilevanza dell’interesse legittimo nel diritto privato», rinviano in nota allo studio della Bigliazzi Geri.

¹⁰⁸³ Le parole, citate da Busnelli, sono ancora una volta di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit.: e non è casuale che qui riemerge proprio il pensiero dell’autorevole studioso in tema di responsabilità precontrattuale.

«formale rapporto giuridico» rinvenibile *ex ante*¹⁰⁸⁴, Busnelli suppone che venga «in considerazione ... un collegamento informale spesso ricostruibile solo *ex post*», il cui criterio sarebbe offerto dal canone della «destinarietà ragionevolmente prevedibile».

L'affidamento, in quest'ottica, è 'oggetto di tutela': o, meglio, in un giudizio sull'ingiustizia *ex* 2043 c.c. di tipo relazionale¹⁰⁸⁵, si richiede che l'interesse protetto emerga nelle forme di un 'affidamento'.

Viceversa, nell'ottica di C. Castronovo l'affidamento, ove ritenuto rilevante dalla legge in virtù di un contatto precontrattuale o di un contatto sociale qualificato, farebbe nascere un vero e proprio rapporto obbligatorio, dalla natura peculiarissima: un'obbligazione senza prestazione¹⁰⁸⁶. Per meglio dire, all'affidamento sorto in base a

¹⁰⁸⁴ Questo è il punto che lascia più perplessi, giacché proprio il paragone con l'interesse legittimo di diritto privato fonda una conclusione differente; per non dire che l'affidamento, in quanto tale, evoca l'idea di rapporto (non solo perché soggetto alla buona fede, ma perché impone di verificare la sussistenza – preesistenza o per lo meno contestualità: v. il § 10 – di una situazione affidante e di un effettivo affidamento). Ovvio che, nella mia ottica, sarà necessario – in questi casi – rinvenire davvero un rapporto. Ma non è tutto. A mio avviso l'affidamento può fungere da oggetto (simbolico) di tutela solo nell'ambito di una responsabilità *sui generis*, in cui la responsabilità è legata non all'ingiustizia di un danno (danno-evento), come avviene nell'art. 2043 c.c., ma all'illiceità di una condotta (e allora l'affidamento segnerà il risultato finale sperato, e la buona fede porrà regole di condotta, nel percorso verso un'eventuale soddisfazione, che, se lese, potranno dar luogo a un risarcimento). E, in ogni caso, anche ammettendo un giudizio *ex* art. 2043 c.c. di tipo relazionale basato sulle norme di buona fede, non sempre l'affidamento diverrebbe 'oggetto della lesione'. Quest'esito potrebbe avere una sua ammissibilità (pur in un'ottica diversa dalla mia) ove il danneggiante abbia fatto nascere lui stesso l'affidamento (comunque contrario M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento*, cit., p. 73 s.; ma a mio avviso non è del tutto illegittima l'idea di un affidamento soggettivo, nato e obiettivizzatosi in capo a un soggetto, che rientra poi nel suo patrimonio: probabilmente l'opinione di Maggiolo deriva dal rendere oggetto dell'affidamento l'attività attuale corretta, e non la correttezza di un'informazione o il risultato futuro, com'è per Busnelli per lo meno negli studi sull'interesse legittimo che hanno anticipato la sentenza n. 500/1999); ma di certo non ove l'affidamento preesista alla sua azione. In tale ultima evenienza l'affidamento si deve ridurre a metro (del tutto oggettivo) per valutare la lesione di taluni interessi, così come avviene nell'ambito della violazione di interessi legittimi di diritto pubblico (cfr. anche *supra*, Capitolo primo, § 6). Ciò che, d'altro canto, rispecchia *in toto* la differenza tra interessi legittimi pretensivi negativi e positivi. Questo discorso, tra l'altro, fa vedere sotto una luce ancora nuova la tesi di Busnelli in tema di lesione di interessi legittimi pretensivi: secondo l'autorevole studioso non è mai la semplice violazione di questa posizione a essere risarcita, ma semmai la lesione dell'interesse sottostante; la tutela giuridica nei termini di interesse legittimo ha solo il fine di indicare il parametro attraverso cui condurre il giudizio (comparativo) di ingiustizia. Ma, oltre a ciò, è necessario che l'interesse sottostante esprima un 'affidamento'. Il requisito in parola, a ben vedere, non ha lo stesso ruolo che nella vera e propria 'responsabilità da affidamento'; qui, piuttosto, è in linea con quell'itinerario di pensiero tipico della scuola pisana, che ho già tracciato e che rimanda a F.D. BUSNELLI, *Perdita*, cit., c. 47 ss., spec. 51 s., di svalutazione della *chance*.

¹⁰⁸⁵ Basti richiamare quanto detto nel § 4 del Capitolo primo di questa Parte.

¹⁰⁸⁶ Aveva già ricondotto l'obbligo di buona fede nelle trattative al *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 288 s. (ma cenni anche in G. CATTANEO, *Buona fede*, cit., p. 627). Oggi v. C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione*, cit., p. 238. La tesi, con tutti i suoi elementi di innovatività (specie in tema di fonte dell'obbligazione senza prestazione) va comunque riferita a C. CASTRONOVO. Essa, già accennata in *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione bancaria*, in *BBTC*, 1993, I, p. 319 s. (ma v. pure C. CASTRONOVO-F. REALMONTE, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative nel diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni*, in *Jus*, 1996, p. 89 ss.),

certi contatti – tra cui quelli precontrattuali e quelli caratterizzati dalla natura professionale parte – la legge ricondurrebbe la nascita di obblighi di buona fede.

L'obbligazione senza prestazione si presenta come rapporto obbligatorio, modellato su quello forgiato da Larenz sulla base delle intuizioni di Stoll, contenente solo obblighi di protezione, ma privo della sua parte di prestazione. Per tale ragione la tesi di Castronovo non è accoglibile, se si rigetta l'idea della natura complessa del rapporto obbligatorio (come io ho fatto).

La novità¹⁰⁸⁷ della tesi brevemente richiamata, rispetto agli omologhi tedeschi, è evidente: l'affidamento non è qui quello che sorge nell'ambito di un contatto negoziale o pseudo-negoziale, giacché esso può nascere anche in base al mero 'contatto sociale qualificato', com'è quello tra chi esercita una professione che richiede particolare attenzione e cura, nonché formazione e preparazione, e il privato¹⁰⁸⁸. Lo *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* è importato, ampliandone notevolmente l'area di impiego rispetto a quanto avviene nell'ordinamento che ne ha visto la nascita. Ovvio che le critiche, portate a quest'idea, si sono concentrate soprattutto sulla difficoltà di creare un parametro sicuro in base al quale ritenere sorta una «obbligazione senza prestazione»¹⁰⁸⁹.

trova compiuta sistemazione in *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss., poi rifluito, con varie aggiunte, in *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 443 ss. Di recente Castronovo è tornato sul tema, in *Ritorno*, cit., p. 679 ss., e in *La relazione*, cit., p. 55 ss., e oggi in *Eclissi*, cit., *passim*. Si soffermano sulla figura creata da Castronovo, e sulla responsabilità 'da contatto' nell'applicazione giurisprudenziale successiva, tra gli altri, L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 3 ss.; EAD., *Inadempimento dell'obbligazione senza prestazione*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, p. 103 ss.; A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2012; F. CIMBALI, *La responsabilità da contatto*, Milano, 2010; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; A. THIENE, *Nuovi percorsi*, cit., p. 208 ss.; EAD., *Inadempimento*, cit., p. 317 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento*, cit., p. 675 ss.; E. SCODITTI, *Dal contatto sociale*, cit. Criticamente, v. soprattutto: E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 255 ss.; L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 331 ss.; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 142 ss.; M.R. CURSI, *L'eredità*, cit., *passim* (secondo cui già in epoca romana si erano ammesse *actiones in factum* per la tutela contro danni meramente patrimoniali – ma v. C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 687 –, e soprattutto per il collegamento *l'actio de dolo* – su questo v. già *supra*, § 2).

¹⁰⁸⁷ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 468 ss. Secondo l'illustre autore, «la concezione del rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione ... è stata fino a oggi completamente condizionata dalla qualificazione del fatto come trattativa precontrattuale». «La conseguenza che ne è derivata è insoddisfacente per eccesso o per difetto», e va corretta intuendo che il modello generale è l'obbligazione senza prestazione, e non la *c.i.c.*

¹⁰⁸⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 475: la «responsabilità del medico che non sia obbligato alla prestazione nei confronti del paziente, ma che certo per il suo *status* professionale è in grado di suscitare in quest'ultimo quell'affidamento in misura rilevante».

¹⁰⁸⁹ Le quali, comunque, nascerebbero ai sensi dell'art. 1173 c.c. (ossia in base a atti o fatti idonei a produrle: cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 467). Lo stesso referente normativo non esiste per gli interessi legittimi. Ma qui ve ne sono altri, e di ben più forti: vi è tutta la disciplina dell'interesse legittimo pubblicistico, da cui trarre principi per la ricostruzione dogmatica; vi è poi la norma costituzionale, che pone diritti soggettivi e interessi legittimi sullo stesso piano, lasciando intuire che anche i secondi possano nascere in situazioni disparate, che dev'essere l'interprete a rinvenire.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha accettato¹⁰⁹⁰ la teorica dell'obbligazione senza prestazione. E ciò suscita tanto più clamore, in quanto gli stessi giudici hanno continuato a predicare la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, rifiutando di fatto di aderire alla stessa tesi, cui in altro ambito dichiaravano di prestare consenso (la responsabilità precontrattuale dovrebbe infatti ricadere nell'ambito di quella per contatto sociale, costituendone una *species*, seppur la più importante – anche alla luce del fatto che attraverso lo studio di essa si può pervenire induttivamente a ricostruire il *genus* –¹⁰⁹¹).

Ma, in fondo, anche questo consenso non è mai stato pieno: le sentenze, che specie in tema di responsabilità medica, hanno fatto riferimento al concetto di obbligazione senza prestazione ne hanno forzato le peculiarità, fino a renderla semmai una 'prestazione senza obbligazione'. Si tratta di un processo che ho già delineato¹⁰⁹² con riferimento all'interesse legittimo, ma che corrisponde a un fenomeno di ben più ampia portata; tant'è che la reazione dell'ideatore della figura in parola non si è fatta attendere¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *La Cassazione*, cit., p. 1234. Per le applicazioni giurisprudenziali v. l'analisi di L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., *passim*.

¹⁰⁹¹ Tanto più che lo stesso C. CASTRONOVO, in varie occasioni (v. *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 530), ha mostrato dissenso rispetto a una costruzione troppo ampia della responsabilità precontrattuale (prediligendone una più ristretta, specie rispetto a quella che ho additato nel § 7 del Capitolo primo di questa Parte), reputando che l'estensione della previsione recata nell'art. 1337 c.c. sottenda il tentativo (mosso sulla scia della dottrina tedesca) di ascrivere certe fattispecie alla responsabilità contrattuale: tentativo che troverebbe migliore esito, ove si ravvisasse la fonte di altrettante obbligazioni senza prestazione non in una trattativa, ma in un contatto sociale.

¹⁰⁹² Nel Capitolo primo della Parte Prima (§§ 3-4).

¹⁰⁹³ Mi riferisco a C. CASTRONOVO, *Ritorno*, p. 706. La giurisprudenza civile, senza avvedersene, ha confuso il concetto di obbligazione senza prestazione con quello di prestazione senza obbligazione (che, invece, è una *negotiorum gestio*, e richiede la sussistenza dei relativi presupposti), se non perfino con quello di 'rapporto contrattuale di fatto' (su cui v. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti*, cit., p. 353 ss.; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia*, cit., p. 430 ss.; C. ANGELICI, voce *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 1 ss.): così, in un certo senso, riportandosi in un tempo ancora precedente agli scritti di Dölle (che, si ricorderà, criticava l'idea di Haupt di *faktische Vertragsverhältnisse*). V. L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 39 s., nonché L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 355 ss. Una obiezione simile è stata portata da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 467, nt. 56, all'opera di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., *passim*, il quale a sua volta criticava la tesi dell'obbligazione senza prestazione, ritenendo che in essa in realtà vi fossero gli estremi di varie prestazioni. L'idea, che è certo molto più raffinata di quella giurisprudenziale, e ricorda quei tentativi ricostruttivi compiuti nel diritto amministrativo da Orsi Battaglini e Ferrara (su cui v. il Capitolo primo della Parte Prima), non è però del tutto persuasiva, giacché confonde aspetti della condotta (in questo senso, ma solo descrittivamente, 'obblighi') e 'prestazioni'; perché vi sia una prestazione non è sufficiente (né necessario) che vi sia una regola di condotta, ma vi è bisogno che un certo comportamento sia posto in essere per soddisfare un interesse altrui (anche, a mio avviso, al di fuori di un vincolo obbligatorio: il concetto tedesco di *Leistung*, e soprattutto lo studio di H. WEITNAUER, *Die Leistung*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bierbenstein, P. Schlechtriem, Tübingen, 1978, p. 255 ss.). D'altro canto, potrebbe qui rievocarsi, una volta di più, l'idea per cui non vi può essere interesse a un comportamento solo strumentale, come il rispetto della buona fede (questa critica viene rivolta, ma a mio avviso non del tutto giustamente, da E.

Se questo è il punto della dottrina italiana¹⁰⁹⁴, risulta manifesto come la figura dell'interesse legittimo, per come ho proposto di ricostruirla, si porrebbe a metà tra le tesi di Busnelli e di Castronovo, ove si dimostrasse – come credo – che proprio questa posizione può dar conto delle esigenze di tutela contro i danni che si manifestano nell'area della responsabilità precontrattuale e, più genericamente, in quella zona di confine tra contratto e torto.

Da un lato, infatti, si tratterebbe di prevedere una terza forma di responsabilità (pur se modellata su quella contrattuale); dall'altro, invece, di evitare la ricostruzione in termini di 'obblighi di protezione'. Ma il vero punto saliente, cui dedicherò la massima attenzione, sta nel verificare *quando* un interesse legittimo può dirsi sorto (ciò che, in definitiva, mi allontanerà tanto dall'idea di affidamento di Busnelli, quanto da quella di contatto sociale di Castronovo) e *come* esso tuteli il suo portatore (in particolare, quale sia il suo oggetto).

4. Le fasi dell'interesse legittimo precontrattuale e contrattuale: a) dal contatto serio al contratto

L'interesse legittimo pretensivo nascente da contatto gode di notevoli peculiarità¹⁰⁹⁵.

NAVARRETTA, *Riflessioni*, cit., p. 2427, anche alla teorica dell'obbligazione senza prestazione). La mancanza di prestazione nella figura coniata da C. CASTRONOVO è di recente sottolineata dall'autore stesso (in *La relazione*, cit., p. 65 s.) con parole colorite, che si adattano bene anche al mio ragionamento (e al carattere di 'eventualità' dell'interesse legittimo): non è «plausibile che creditore sia considerato senz'altro il cittadino, a meno che non lo si voglia considerare un cliente della pubblica amministrazione. Fosse vero questo, però, dovrebbe valere anche in tale ambito il detto comune secondo cui il cliente ha sempre ragione».

¹⁰⁹⁴ Di recente ha dedicato la sua attenzione al tema dell'affidamento anche C. AMATO: in *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, *passim* (ove molteplici riferimenti al *common law*); *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 389 ss. (ove si distingue tra 'casi facili', 'dubbi' e 'difficili'; v. anche p. 410 s.); voce *Affidamento (tutela dell')*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2012, §§ 1 ss.

¹⁰⁹⁵ Anche C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 491 ss., parla di fattispecie di affidamento artificiali e naturali (distinguendole a seconda che sia stata la disciplina legale o un fatto concreto a far nascere l'affidamento); la sua prospettiva, però, è differente, poiché l'autore guarda, più in generale, anche – ad esempio – ai casi di affidamento nascenti da apparenze giuridicamente rilevanti (ad esempio, registri), e a quelli derivanti in generale da una qualsiasi diversa fonte (v. per una classificazione delle fattispecie di *Vertrauenshaftung* *ivi*, p. 526 ss.). Io, invece, non mi interesso, in questa sede, dell'affidamento che può aver prestato – sempre a titolo di esempio – chi acquista da un erede apparente o da un simulato acquirente, oppure chi paga a un creditore apparente, oppure ancora chi ha fiducia nelle risultanze di registri pubblici e sulla base di questo compie certi atti. Il fatto è che, in molte di queste ipotesi, la legge a mio avviso trae spunto dall'affidamento (del resto, sul collegamento tra buona fede ed apparenza v. anche E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 72 ss.), ma lo tutela in modo diverso da quanto avviene nell'interesse legittimo: nel caso di acquisti da soggetti solo apparentemente titolari del diritto, consentendo addirittura che si produca un acquisto *a non domino* o

comunque che risulti inopponibile una patologia negoziale; nell'ipotesi del creditore apparente, ammettendo che il debitore si liberi tramite l'esecuzione della prestazione, a prescindere da qualsiasi scorrettezza del vero creditore (e pure di quello apparente); infine, in molte altre fattispecie, su cui non mi posso dilungare, ammettendo che l'affidamento giochi un ruolo, che non è quello, tuttavia, che esso tipicamente riveste nell'interesse legittimo. D'altro canto, è più che palese il fatto che, nei casi di apparenza tipicamente menzionati (erede e creditore apparenti), la tutela giuridica avviene a svantaggio di un soggetto altro rispetto all'atto compiuto, che potrebbe non trovarsi per alcuna ragione in situazione di colpa, e che nemmeno può dirsi tenuto a 'garantire' l'effettività della situazione di fatto: la tutela dell'affidamento, dunque, ha una *ratio* e si dispiega secondo modalità totalmente differenti da quelle che vado considerando (sull'apparenza, e sul rischio di confusioni e sovrapposizioni che porta con sé, cfr. A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, § 2, il quale, definita l'apparenza come «l'apparire dell'irreale come reale dentro un campo di pubblica esperienza, in virtù di rapporti socialmente riconosciuti di significazione non simbolica», ne deduceva la delimitazione rispetto al possesso (come posizione tutelata, o nell'ambito degli acquisti *a non domino*), alle dichiarazioni e ai titoli simboleggianti situazioni giuridiche, e soprattutto rispetto alla volontà negoziale, sottolineando come «da alcuni si è tentato di definire il problema dei rapporti tra volontà e dichiarazione, specie con riguardo ai terzi, appunto, come fenomeno di apparenza e si è affermato che l'apparenza si insinua spontaneamente nel dissidio fra volontà e dichiarazione»: «l'equivoco è alimentato dalla concezione che propone di spiegare il negozio giuridico in termini di affidamento, dato che l'apparenza si considera un caso esemplare di tutela della buona fede dei terzi»; sull'esclusione delle situazioni di apparenza dall'affidamento, inteso in senso tecnico – ma comunque in accezione diversa dalla mia –, v. pure V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 176 ss., e R. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, §§ 1 ss. Ne discende, tra l'altro, una diversa ricostruzione – rispetto a quella di Canaris – relativamente al 'tempo' delle fattispecie di affidamento: a mio avviso, l'interesse legittimo protegge sempre un evento futuro; secondo l'autore tedesco, l'affidamento riguarda (di norma) un'apparenza e un affidamento presente (per le particolarità dell'affidamento riferito al futuro nell'ottica dello studioso v. *ivi*, p. 495 e poi 543 s., anche con riferimento alla promessa di matrimonio). Così, tra l'altro, pure V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 175, nonché G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 64. Con ciò non voglio però escludere che queste ultime situazioni siano rilevanti: esse lo sono, seppur in forme diverse rispetto a quella che vado considerando, e a essa ontologicamente irriducibili. Potrà, infine, anche accadere che un affidamento soggettivo nella validità di un atto o nella non contraddittorietà di un comportamento sia preso in considerazione dall'ordinamento anche per mezzo di un interesse legittimo (ciò che avviene specialmente nel caso di danno da provvedimento illegittimo favorevole); ma ciò discende dal fatto che il mancato avviso o la contraddittorietà della condotta concretano di per sé lesione della buona fede, rilevante grazie alla (previa) presenza di un interesse legittimo. Al riguardo, possono recuperarsi alcuni spunti di M. MAGGIOLÒ, *Il risarcimento*, cit., p. 62 s., a ulteriore specificazione di quanto ho scritto: «nel negozio il principio dell'affidamento, se inteso in senso stretto, indica la tutela di uno stato di fiducia sull'inesistenza di eventi che potrebbero condurre all'invalidità dell'atto, mentre in senso più ampio il principio raccoglie anche le disposizioni sull'apparenza giuridica, nelle quali il giudizio si dirige ad apprezzare se la situazione di fatto sia obiettivamente idonea a suscitare un affidamento. In ambito negoziale, il principio dell'affidamento serve così a porre il soggetto la cui fiducia è tutelata nella situazione giuridica che corrisponde a quanto supposto dallo stesso soggetto [*positiver Vertrauensschutz*]. Il principio dell'affidamento, invocato nella prospettiva della tutela contro il danno meramente patrimoniale, opera invece nel senso in cui si è parlato di *negativer Vertrauensschutz*, facendosi riferimenti alla possibilità che l'affidamento generi una pretesa risarcitoria» (di cui, in nota, si nota la declinazione in termini di interesse negativo; le espressioni tedesche sono sempre di Canaris, e vogliono distinguere interesse positivo e negativo). A mio avviso, l'affidamento 'positivo' di cui si parla, che reclamerebbe tutela in forma specifica, non può essere avvicinato all'interesse legittimo, giacché, più che costituire un istituto, una categoria o una posizione giuridica, è un principio dell'ordinamento che informa a sé varie norme (e che penetra pure, come vedremo oltre, nel principio della volontà, al fine di adattarlo). L'affidamento 'negativo' di Canaris sarebbe quello a una condotta corretta (v. pure *ivi*, p. 69 s.) oppure – se bene intendo – quello a non essere disturbato nella propria posizione per mezzo della creazione di un affidamento inutile o dannoso. Sennonché il primo non esiste (anche se in tal senso si esprime pure A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 262, che individua nell'art. 1337 c.c. «non ... un affidamento in senso

Esso, in particolare, non nasce in virtù della posizione in cui si trova un soggetto di fronte a un altro soggetto, che *ex lege*, in base alla sua differenziazione e qualificazione, è intesa come fonte di interesse legittimo. Viceversa, la posizione in esame abbisogna – per l'appunto – di un contatto: di una situazione di fatto cui si ricollegano, qui, la differenziazione e la qualificazione¹⁰⁹⁶.

Il contatto, a sua volta, non può venire inteso come qualsiasi generica vicinanza tra due soggetti, abbisognando invece di essere specificato nei modi che vedremo. In prima approssimazione, posso già anticipare che è richiesto un contatto 'serio', il quale è presente – anzitutto, e per esplicita indicazione legislativa – tra le parti di una trattativa¹⁰⁹⁷.

proprio bensì un'aspettativa che ha per oggetto esclusivamente la buona fede oggettiva della controparte in occasione di quel determinato contatto sociale)), il secondo invece rappresenta il *quantum* del risarcimento di un interesse legittimo pretensivo negativo, ma non l'oggetto (eventuale) della tutela. Va, dunque, ribadito che l'affidamento è sempre a un risultato futuro, tutelato solo eventualmente; che esso protegge (nei limiti della buona fede) da danni che – nel caso di interesse legittimo da contatto – possono essere pari all'inutile o dannoso sorgere dell'affidamento; che, infine, un affidamento nella validità di un atto o nella non contraddittorietà di un comportamento possono penetrare nella tutela di un interesse legittimo (l'abbiamo visto per la *Verwirkung*, lo vedremo per l'art. 1338 c.c.), ma come voci di danno a esso interne, o meglio come ipotesi di lesione di specifiche regole di buona fede.

¹⁰⁹⁶ In realtà, tutti gli interessi legittimi nascono per volontà di legge (l'ho notato anche in merito alla diatriba tra Dölle e Canaris, che in realtà è trasversale rispetto al problema che ora mi pongo). La distinzione in esame (che, pur distanziandosene, può per taluni profili ricordare quella di P. KREBS, *Sonderverbindung*, cit., p. 167 s., tra i casi in cui è centrale la «freiwillige und zweckgerichtete Begründung des Rechtsverhältnisses» e quelli in cui «Grundlage der Sonderverbindung» è la «objektive Situation»), che assume un senso pratico nell'ambito degli interessi pretensivi (giacché incrocia quella tra interessi pretensivi positivi e negativi) risulta da ciò: interessi legittimi *ex lege* sono quelli che sorgono in tanto in quanto una parte abbia assunto una certa posizione, dovendosi poi semmai verificare differenziazione e qualificazione dell'interesse addotto dalla controparte (situazione legittimante su cui sorge l'interesse legittimo) o comunque della posizione della controparte; interessi legittimi *ex facto* sono quelli che sorgono in virtù di un contatto tra le parti non altrimenti qualificato e che, dunque, proteggono dal tempo e dalle spese perse, e dalle occasioni mancate, per aver confidato in questo contatto (sulla dimensione oggettiva dell'interesse legittimo si incastra, ma al solo fine di determinare l'entità del danno, una dimensione soggettiva e, direi quasi, psicologica). Si tratta, dunque, di una fonte rispetto alla quale differenziazione e qualificazione risultano non tanto importanti: o, meglio, esse si declinano in modo del tutto peculiare. Si trova in una situazione tale (fonte di interesse legittimo) colui che può confidare nella realizzazione di un risultato (nell'attribuzione di un bene) in virtù della serietà con cui la controparte agisce, come dirò a breve. L'interesse legittimo da contatto, dunque, nasce in virtù di condotte delle parti, che direttamente fanno nascere un affidamento, recepito dall'ordinamento; l'interesse *ex lege* in virtù della situazione in cui le parti si trovano, già predefinita *ex ante* come affidante (ovviamente, non rileverà qui, giusta la volontà di legge, la condotta con cui le parti si sono immesse in quella situazione). In questo senso mi pare sia da sciogliere il contrasto tra quanti ritengono che la responsabilità per lesione dell'affidamento nasca sempre da una condotta specifica (tra i tanti, B. HEIDERHOFF, *Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht*, in *ZEuP*, 2008, p. 781) e chi invece postula il contrario (v. C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 127, nt. 92; riprenderò poi il punto, ove parlerò del 'contatto sociale' in Italia).

¹⁰⁹⁷ Mi chiederò in seguito quando davvero vi è una 'trattativa' o per lo meno una fase di 'formazione' del contratto (art. 1337 c.c.).

Da questa prima indicazione si traggono alcuni dei corollari che assistono l'interesse legittimo pretensivo da contatto¹⁰⁹⁸.

L'affidamento in parola potrebbe risultare molto diverso da quello protetto dall'interesse legittimo, ove lo si intendesse come affidamento soggettivo. E, invece, ogni posizione giuridica va avulsa dal coefficiente psicologico che pur ne forma la base standardizzata; e così in particolare avviene per l'interesse legittimo, che è *facultas*

¹⁰⁹⁸ La qualificazione in parola, che fa leva sulle peculiarità dell'interesse legittimo (tutela solo eventuale di un interesse finale, la cui soddisfazione è rimessa all'attività di un'altra parte, che è tenuta solo a osservare le regole della buona fede), mi pare superi le difficoltà tanto delle tesi contrattualistiche, quanto di quelle aquiliane, relative alla responsabilità precontrattuale. Circa le prime, si è detto che esse non terrebbero conto del fatto che «tutti i doveri generici della vita di relazione si concretano in comportamenti doverosi nei confronti di coloro con cui si entra in contatto», e che «l'obbligazione è posta a carico di un soggetto determinato per soddisfare un particolare interesse individuale ... mentre l'obbligo generico è posto a carico dei consociati per tutelare interessi della vita di relazione» (v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 158, e pure V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 177). Se ciò è vero, non tiene però conto che, in presenza dei requisiti di qualificazione e differenziazione, la legge può assicurare anche una maggiore protezione, la quale anzi sembra più in linea con l'esistenza di un rapporto tra le parti e con l'imperativo della buona fede. D'altro canto, non vedo come non possa supporre l'individualità dell'interesse di colui che entra in trattative. Così, tra l'altro, vengono evitati gli inconvenienti che le teorie extracontrattuali lasciano emergere. Da un altro punto di vista, debbo evidenziare come la dottrina abbia già, in talune occasioni, rinvenuto interessi legittimi anche nell'ambito delle trattative private (oltre alla tesi della Bigliuzzi Geri, su cui v. *infra*, e che concentrava la sua attenzione però sul recesso dalle trattative stesse). Mi riferisco a E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 154 s.: «il fenomeno che corrisponde [nel diritto privato] a quello degli interessi legittimi sussiste: «lo ritroviamo ... nell'ipotesi, o almeno in talune ipotesi di annullamento dei negozi giuridici. Anche qui, vi sono regole legali dell'esercizio del potere (che è potere di autonomia negoziale privata, per lo più attribuito solo a due soggetti che si trovino d'accordo, ossia che consentano all'insorgenza delle obbligazioni che su ciascuno ricadono): come quella che le parti debbono avere capacità di intendere e volere (art. 1425) o che il consenso deve formarsi in modo spontaneo e cosciente (art. 1427 e ss.). Anche qui, l'osservanza di tali regole, che corrispondono alle norme d'azione, comporta automaticamente il soddisfacimento degli interessi che specificamente esse tutelano; talché qualora il soggetto sia, al tempo del negozio, capace e la sua determinazione si formi in modo spontaneo e cosciente, non si può andare a vedere se, tuttavia, il suo interesse materiale sia stato scarsamente o per nulla soddisfatto. D'altronde, questa medesima indagine è ugualmente irrilevante nell'ipotesi contraria ...: l'incapacità (legale) ed i vizi della volontà comportamento l'annullamento anche se dal punto di vista materiale (economico, in genere) l'interesse del soggetto (legalmente) incapace, o vittima di errore, violenza, dolo, non sia stato pregiudicato». Alcune precisazioni sono necessarie. Anzitutto, anche a non voler rinvenire nell'autonomia un 'potere', il risultato non cambierebbe, risultando sussistente un affidamento (pretensivo, però, e non protettivo). In secondo luogo, le norme che Capaccioli cita non sono norme di azione, ma semmai declinazioni della buona fede che, da un lato, individuano il comportamento corretto di un soggetto, dall'altro ammettono la controparte ad annullare il negozio allorché si presentano certe circostanze. Non si tratta, dunque, di procedimentalizzazione dell'attività privata. Quanto all'ultimo punto, e cioè all'annullamento, vero è che il legislatore ammette la caducazione del negozio sempre e comunque, indipendentemente dal vantaggio o meno che esso arrechi. Ma ciò non impone di ritenere difforme l'interesse legittimo privato da quello pubblico: in entrambi i casi vi è un affidamento che, se pregiudicato da un atto, può in certe circostanze condurre all'annullamento del medesimo; il pregiudizio vi è ogni qual volta l'atto non soddisfa l'aspirazione al bene finale. Da ultimo, va accettata l'idea (*ivi*, p. 155) per cui il giudicato sull'annullamento di diritto privato è molto diverso da quello del giudice amministrativo, mancando dell'effetto conformativo: ma ciò dipende anche e soprattutto da considerazioni relative all'efficacia *erga omnes* o solo *inter partes*, alla fonte dell'interesse legittimo (da contatto o da posizione legalmente individuata, nel senso che s'è detto) e alle peculiarità del giudizio di ottemperanza.

confidendi, senza che però si ponga la necessità di qualsivoglia intenzione mentale del soggetto tutelato.

Lo stesso, dunque, avverrà nel caso dell'interesse legittimo da contatto, la cui peculiarità sta, semmai, nel fatto che l'affidamento – sempre e comunque oggettivo – nasce ed evolve in virtù di un affidamento, stavolta soggettivo (ma obiettivamente rilevabile¹⁰⁹⁹).

Così, quando scriverò che Tizio, in virtù della promessa (non contrattuale, non vincolante) di Caio di portarlo a Roma, confida in quest'attività, non vorrò riferirmi allo *status* psicologico di Tizio: questi, infatti, confida sì psicologicamente, ma in base a questo *può confidare* (*facultas confidendi*), ossia può attendersi un certo comportamento conforme a buona fede. Il che individua necessariamente un dato oggettivo e legale, giacché il *quantum* di tutela di un soggetto non può dipendere dagli stimoli mentali e dalla coscienza di questo stesso soggetto. Tanto più che le norme, che prendono in considerazione l'affidamento, non rinviano meramente alla psiche soggettiva, ma tengono conto della 'legittimità' dell'affidamento: il che non significa altro, se non che l'affidamento è tutelato in quanto (oltre a risultare da dati obiettivi, sebbene riferibili al singolo) si oggettivizza in una regola legale, e così facendo, pur traendo spunto dalla soggettività, venga giuridicizzato e attratto in una situazione legalmente definita¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁹ Il che rende ammissibile (com'è ovvio) che un interesse legittimo da contatto nasca anche verso e a favore di enti. In tal caso si supporrà che il comportamento di certi organi possa impegnare l'ente dal punto di vista della creazione di una situazione affidante, e anche per quanto riguarda la disponibilità a prestare fiducia.

¹¹⁰⁰ A dire il vero, l'espressione 'legittimo affidamento' è entrata nell'uso linguistico attraverso l'operato della Corte di Giustizia, e soprattutto nel diritto costituzionale europeo e in quello amministrativo (cfr., tra tante, Corte Giust., 19 settembre 2002, in causa C-336/2000, *Republik Österreich c. Martin Huber*; v. anche G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in www.sna.gov.it); essa indica l'affidamento di un privato in un comportamento o in atto presente, e sanziona il comportamento contraddittorio della controparte (che viola il *nemo venire contra factum proprium potest*, v., ad esempio, i casi di *Verwirkung* – che però, come ho detto a suo tempo, hanno notevoli peculiarità, e d'altro canto sono gli unici che davvero sanzionano rigorosamente il principio del *nemo venire* –, danno da provvedimento amministrativo favorevole ma illegittimo, forse pure la fattispecie dell'art. 1338 c.c.; certamente le ipotesi di cui all'art. 21-*nonies*, l. 241/1990 – ove anzi l'affidamento legittimo è preso in considerazione per impedire l'annullamento, anche se sul piano dell'interesse pubblico concreto –). Anche la dottrina civilistica, del resto, quando parla di 'legittimo affidamento' spesso lo riferisce a fatti contestuali, e non futuri (v. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 73 e 75; v. pure C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 125, secondo cui però l'affidamento va riferito non a un fatto, ma «al contegno di buona fede del recedente»: ma questa prospettiva può essere criticata sulla base degli stessi argomenti che ho esposto, nei confronti delle tesi che riducono l'interesse legittimo ad aspirazione a una condotta conforme alla legge – in sintesi, non è la conformità a buona fede a rappresentare l'interesse di una parte –). In questo senso, l'affidamento legittimo non solo viene inteso in senso soggettivo, ma diviene anche, e più radicalmente, differente da quello di cui alle trattative, e in generale da quello nascente da contatto e idoneo a tradursi in interesse legittimo, che mira sempre a un risultato futuro. Nell'ottica che ho scelto per questo lavoro, il 'legittimo affidamento' (*le legitimate expectations*), com'è inteso dalla giurisprudenza europea, viene a costituire soltanto uno specifico profilo degli interessi legittimi: così avviene, come vedremo, nell'ambito del danno da revoca o annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo favorevole ma illegittimo; così è nei casi, già visti, di una *Verwirkung* di diritto privato che di fatto estingue un potere o un credito (ne preclude l'esercizio conforme a buona

Ciò comporta, dunque, che l'interesse legittimo pretensivo in parola nasca da un contatto, e in virtù dell'affidamento (soggettivo) che quest'ultimo ha prodotto, ma abbia un contenuto che si distanzi da quello psichico-soggettivo. Il che può essere espresso anche in altri termini: l'affidamento protetto non è quello del soggetto tutelato, ma quello che sarebbe ragionevole prestare in una data situazione, alla luce delle caratteristiche della medesima e alla luce delle indicazioni legislative (che possono conformare il contenuto dell'interesse legittimo)¹¹⁰¹.

fede); così è, infine, là dove vi è un 'particolare' affidamento, o nella validità di un atto (art. 1338 c.c.) o nell'avanzatezza delle trattative (le 'trattative serie' – v. per una rassegna della giurisprudenza G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 27 s. –, ove non è più permesso un recesso ingiustificato: ed è ovvio che, collegata la serietà all'esistenza stessa della trattativa, come dato che connota un certo contatto, si deve ritenere che non esiste una 'trattativa non seria', e che la maggiore 'serietà' non sta a significare la nascita di un 'legittimo affidamento', ma semmai l'ispessimento degli obblighi di buona fede – e, d'altro canto, una tutela più piena, seppur sempre eventuale, dell'affidamento-interesse legittimo –; nel senso, invece, di un affidamento su di un fatto presente, oltre ai già citati Grisi e Turco, v. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 493, secondo cui la sanzione contro il recesso ingiustificato si ispira al principio per cui *nemo potest contra factum proprium venire* – ma questo è semmai il motivo ispiratore della regola, e nulla dice circa il modo in cui opera –; probabilmente, poi, era questa l'ottica dello Jhering per i casi di *Widerruf der Offerte*: v. C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 55 s.). Ciò detto, a me pare che la locuzione 'legittimo affidamento', indicando un affidamento che deve nascere in modo serio, in virtù di un'attività di controparte, e che dev'essere tutelato secondo buona fede, possa essere stipulativamente adottata per descrivere più in generale tutti gli affidamenti soggettivi: anche quelli che non trovano tutela all'interno di una più vasta posizione giuridica (ad esempio, si pensi all'affidamento nella validità di un atto amministrativo favorevole), ma che direttamente si traducono in una situazione giuridica (così nel caso di interessi legittimi pretensivi da contatto). In esso, infatti, è più difficile – anche se non impossibile – rinvenire un affidamento in un'attività futura altrui (ed è più facile supporre che il comportamento, considerato nell'insieme, costituisca una lesione della buona fede, idonea a violare la parte protettiva di un interesse legittimo).

¹¹⁰¹ Il punto è fondamentale: l'interesse legittimo nascente *ex facto* non è teleologicamente orientato a un interesse fisso, ma invece mobile. Soprattutto, esso ha un rapporto molto stretto e forte con l'affidamento soggettivo. Ora, è da dire che l'interesse legittimo resta definibile quale 'affidamento' in un senso oggettivo e non psicologico, non mutando la sua natura a seconda delle situazioni in cui nasce. Tuttavia, ciò che muta è l'individuazione dell'interesse (e, di conseguenza, dell'oggetto e dell'ambito di tutela): il quale, come in tutte le posizioni giuridiche, resta 'individuale' e cionondimeno 'oggettivo', ma i cui perimetri si confanno alla situazione di fatto. In altri termini, il soggetto che si avvicina, in virtù del contatto, a un altro soggetto, potrebbe soggettivamente confidare in qualsiasi cosa: ma razionalmente può contare nel profittare di un certo bene o di un certo servizio (magari a fronte di un prezzo). Questo risultato finale, che sorge dal contatto e dal comportamento di controparte razionalmente inteso, alla luce però delle specifiche soggettive di chi lo recepisce, diviene l'interesse finale su cui si modella l'interesse legittimo pretensivo negativo (da contatto). Esso si specifica via via che la trattativa prosegue, acquisendo elementi ulteriori e caratterizzazioni più circostanziate. A dire il vero, queste indicazioni di massima vanno poi declinate alla luce della specifica disciplina legislativa. In particolare, dovrà ritenersi che gli errori (nell'ambito delle trattative) non riconosciuti o riconoscibili, o comunque non emersi al di fuori della sfera psichica soggettiva, non incidano sul contenuto dell'interesse (mentre gli errori che tali sono, o che sono comuni, hanno rilievo anche nella definizione dell'interesse finale, che ne assumerebbe i profili; così rispondo ai dubbi, su cui v. anche *infra*, di G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 66). Si potrebbe anche supporre, a dire il vero, che l'interesse legittimo declini il suo oggetto anche a prescindere dalla riconoscibilità di un errore (e pur sempre, però, in base a circostanze oggettive che rendano possibile comprendere lo *status* psichico del soggetto tutelato); e che, però, tale interesse legittimo non sia tutelato – in forma specifica, tramite l'annullamento – ove una tale riconoscibilità manchi (in realtà, questo duplice profilo non è che quella contrapposizione tra criterio della consequenzialità e criterio del temperamento, elaborata da F. SANTORO PASSARELLI,

D'altro canto, l'oggetto – e l'interesse finale tutelato, pur solo eventualmente – dalla posizione giuridica in parola non è stabile, potendo mutare di veste, in virtù dell'evoluzione del contatto.

Tutto questo, poi, si riflette sulle modalità di tutela della nostra posizione giuridica. Questa, infatti, proteggerà l'aspirazione verso l'acquisizione di un bene (senza lesioni della sfera giuridica del soggetto titolare dell'interesse legittimo causate da scorrettezze), come ogni interesse pretensivo; tuttavia, la violazione delle norme di buona fede assumerà una connotazione molto peculiare.

Quanto alla parte 'protettiva' della situazione in esame, non vi è molto da dire, giacché essa – sempre – tutela interessi negativi (con questo non voglio accedere alla teoria degli obblighi di protezione, come ho già spesso ripetuto, ma solo servirmene a fini descrittivi). Il punto essenziale si pone, invece, con riferimento all'area 'pretensiva', ossia quella occupata dall'aspirazione al bene inteso in senso stretto.

Le regole di buona fede, infatti, non imporranno mai, qui, di non rifiutare, in date circostanze, l'assegnazione del risultato finale: in altri termini, tra le regole di buona fede che potranno essere violate non vi sarà mai quella che 'impone di assegnare un dato bene', o, ancora meglio, di 'non negarlo alla luce delle specifiche circostanze'.

La correttezza, semmai, sanzionerà 'l'aver fatto nascere inutilmente un affidamento in un risultato futuro'. Perché la buona fede possa spingersi a sindacare sulla necessità di attribuire il bene finale, o sulla possibilità di negarlo (o di non

Dottrine general⁹, cit., p. 147 s., e soprattutto riproposta da V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 248 s. [che cita dalla quinta edizione]; ma la prima ricostruzione che ho proposto, a dire il vero, potrebbe anche declinarsi diversamente, ipotizzando che l'oggetto dell'interesse legittimo sia individuabile solo in base alla combinazione tra credenza dell'errante obiettivizzata in comportamenti rilevabili e riconoscibilità della stessa). Viceversa, nel caso di dolo incidente (come dirò), l'interesse si dovrà confare proprio alle diverse condizioni e agli estremi del contratto immaginati soggettivamente dalla parte (le 'diverse condizioni' cui si riferisce l'art. 1440 c.c. non sono quelle a cui astrattamente il *deceptus* avrebbe contrattato per appropriarsi di un certo bene, ma quelle a cui credeva di contrattare: ad esempio, se Tizio crede di comprare oro e invece compra argento, non potrà dire che per una certa somma avrebbe comunque acquistato anche argento; viceversa, se crede di comprare oro per 5 anziché per 10 come in realtà è, perché proprio su questo punto è stato ingannato, potrà dolersi delle diverse condizioni). Ciò non vuol dire, però, che l'interesse finale muti a seconda del vizio del consenso in cui incorre la parte (o della slealtà commessa dalla controparte): il che sarebbe un argomentare sicuramente erroneo e vittima di un errore di successione logica. Viceversa, bisognerà integrare *ex ante* questi profili, di modo da costruire una sola figura di interesse legittimo (e, a monte, un solo interesse finale protetto). Ovvio che, però, l'analisi della situazione di fatto porterà l'interprete, per comodità, a sottolineare certi profili a discapito di altri. Così, dovrà ritenersi che un interesse legittimo pretensivo negativo possa sorgere con un *telos* generico (un bene latamente inteso a fronte di un sacrificio vago), e che poi si specifichi. Nelle more di questo processo potrà avvenire che siano violati obblighi di informazione, i quali però trovano un'eco nell'interesse finale: così, l'affidamento potrà tramutarsi da quello a un generico bene a quello a un bene X ritenuto adeguato sulla base delle informazioni fornite dalla controparte. Ancora: nel caso in cui sia un consumatore a contrattare (per quanto la trattativa qui si riduca di norma a un istante ideale), il suo affidamento sarà a bene X assegnato secondo modalità non abusive (e ciò varrà pure se il bene attribuito contrattualmente sia, a causa di un vizio del consenso, un altro). Si badi, infine, che la costruzione e la specificazione dell'interesse non costituisce indice della lesione della buona fede: ossia, non per forza, una volta mutato l'interesse finale, dovrà ritenersi lesa anche la buona fede.

attribuirlo in tutta la sua ampiezza), l'interesse legittimo dev'essere sorto *ex lege* (salve alcune peculiarità che vedremo a breve). Ove ciò avvenga, infatti, la controparte non potrà limitarsi a risarcire ciò che il soggetto tutelato ha perso per aver confidato: se la regola di condotta violata imponeva, in ipotesi, di attribuire il bene, o di non negarlo in base a una certa motivazione, il danno conseguenza non può che essere pari al valore del bene finale perso (tutt'al più venendo parametrato secondo la tecnica della *chance*).

Del resto, l'aver ritenuto che la buona fede si ispira all'etica, ma viene filtrata dall'ordinamento, ha come corollario proprio questo: e, cioè, che risultano insindacabili 'in positivo' il rifiuto di contrarre, o le altre condotte precontrattuali che precludono l'ottenimento del bene oggetto di affidamento, giacché questo si porrebbe in netto contrasto con la libertà contrattuale, che il sistema giuridico mostra di voler proteggere pienamente. La tutela dell'interesse legittimo pretensivo negativo è ammessa, per l'appunto, solo 'in negativo': non per ciò che si sarebbe potuto ottenere con una condotta ispirata a buona fede, ma per ciò che si è perso a causa della scorrettezza. Detto in altri termini: la regola di buona fede si proietta sempre sul divieto di far nascere affidamenti inutili o dannosi, mentre non rileva in sé la specifica condotta lesiva (ad esempio, l'abbandono delle trattative avanzatissime). Questa non è mai considerata autonomamente, ma sempre per il riflesso che ha sulla dannosità e inutilità dell'affidamento. E l'esito è – lo ripeto per chiarezza – imposto dal fatto che l'interesse legittimo qui è sorto in virtù di un contatto, e come tale sarebbe potuto anche non sorgere; e non *ex lege*, in virtù della specifica posizione rivestita dalle parti.

Allorché è lesa la norma di buona fede che vieta di rifiutare il bene, se non per un giustificato motivo, la tutela quindi non si commisurerà al valore del bene perso, ma al valore di tutto quanto non si è ottenuto a causa dell'affidamento: è, come noto, la teoria jheringhiana dell'interesse negativo¹¹⁰². Ciò avviene perché, in realtà, a risultare

¹¹⁰² «Das Interesse des Käufers läßt sich in unserem Verhältniß in doppelter Weise denken: einmal nämlich als in Interesse an der Aufrechterhaltung des Contracts, also an der Erfüllung – hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er im Fall der Gültigkeit des Contracts gehabt haben würde – und sodann als in Interesse am Nichtabschluß des Contracts – hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äußere Thatsache des Contractsabschlusses gar nicht vorgekommen wäre. Einige Beispiele werden diesen Unterschied, den ich der Kürze wegen mit positivem und negativem Vertragsinteresse bezeichnen will, klar machen» (così R. VON JHERING, *Culpa*, cit., p. 16). Per la prima metà del Novecento v. K. SCHERRER, *Das negative Vertragsinteresse*, cit., spec. p. 48 ss. Oggi, in limitatissimi casi, la giurisprudenza tedesca riconosce il risarcimento di un interesse positivo; mentre di norma limita il risarcimento per *c.i.c.* all'interesse negativo (cfr. V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., *Rn.* 199, 205, 210 s.). Al tema dell'interesse negativo, da noi, è dedicata l'opera di C. TURCO, *Interesse negativo*, cit. (spec. p. 44 ss. sulla concezione dello Jhering; e poi p. 282 per una sintesi della tesi proposta); cfr. pure ID., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 165 ss. V. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III³, cit., p. 175 s.; V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 179 s.; R. SACCO, *La preparazione*, cit., p. 262 ss.; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 89 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 519 ss.; M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 91 ss.; G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 253, nt. 17; M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente*, cit., p. 58; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 173 ss.; F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale - I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 9 s. (non condivido l'esempio a p. 10: a mio avviso nel caso in cui

violata è la norma che impone di non far nascere affidamenti inutili o dannosi o comunque che non verranno rispettati, e non quella che richiede, una volta sorto l'affidamento, di attenersi a esso¹¹⁰³.

Questa seconda ipotesi occorre là dove si tratti di interesse pretensivo 'positivo', su cui mi soffermerò più avanti, e che trova il suo modello nel rapporto tra privato e p.a. (ove si tratti di poteri il cui esercizio può ampliare la sfera del primo). L'altra, invece, si presenta nei casi di interesse pretensivo che chiamerò convenzionalmente 'negativo', e che altro non è se non quello nascente da contatto.

Dunque, nell'interesse pretensivo negativo un soggetto mira a un bene, e la legge protegge questa aspirazione, seppur solo nei limiti dell'interesse negativo, ossia di ciò che si è perso a causa dell'affidamento (soggettivo) prestato nell'attività di controparte (e tutelato in modo oggettivo).

Una siffatta tutela 'speculare', appunto per negativo, richiede di calcolare il risarcimento sulle perdite subite a causa dell'affidamento inutile; ma, a mio avviso, essa preclude di risarcire più di quanto si sarebbe avuto ove l'affidamento fosse stato soddisfatto, ossia più dell'interesse positivo (misurato al momento della lesione)¹¹⁰⁴.

L'aspirante acquirente «abbia subito venduto quel bene a un terzo ricavando un guadagno di 10», mentre successivamente il venditore non stipula più il compromesso, nonostante le trattative fossero ormai giunte al termine, l'acquirente non avrà diritto al risarcimento di 10: potrà domandare di essere tenuto indenne da tutto quanto dovrà sborsare per risarcire il terzo, e per il resto chiederà, come sempre, il risarcimento per le spese fatte e le occasioni perse); A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione: il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, p. 76 s. V. poi anche G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 334 ss., il quale ritiene che l'interesse negativo non sia «espressivo di un unico, determinato concetto» (ciò su cui non sono d'accordo: il concetto è bensì unico, ma sono differenti le circostanze in cui è chiamato a operare), e A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 792 ss., secondo il quale interesse negativo e positivo sono «semplici formule descrittive» (non molto dissimile l'idea di A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 210 ss.). La ragione per cui il risarcimento del danno, nel caso in cui la p.a. illegittimamente non conceda l'aggiudicazione, è commisurato all'interesse positivo – come vedremo nel § 2 del prossimo Capitolo – sta proprio nel fatto per cui, mentre lì si tratta di un interesse legittimo pretensivo positivo (all'aggiudicazione), qui si discute di interessi pretensivi negativi. Nessuna eccezione alla regola della responsabilità precontrattuale, dunque. Su questi punti v. pure G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 135 ss., e ID., *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno resp.*, 2008, § 8.

¹¹⁰³ A dire il vero, la distinzione tra tipo di interesse tutelato è stata di recente criticata (cfr. A. LUMINOSO, *La lesione*, cit., p. 792 ss.; v. inoltre, anche per i riferimenti bibliografici, F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1145); e, però, a me la distinzione pare ancora in vita, e ben salda. Le ragioni della sua critica derivano, invece, o da incomprensioni sull'ambito della tutela precontrattuale (ossia, di un interesse legittimo) ove il contratto vi sia, oppure dalla possibilità che l'ordinamento stesso ritenga di esaltare la tutela di un interesse legittimo pretensivo negativo, facendola coincidere con l'interesse positivo stesso (lo vedremo meglio oltre).

¹¹⁰⁴ Così, di recente, C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione*, cit., p. 239; M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente*, cit., p. 61 ss. V. pure le citazioni in C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 19, nt. 14, e in A. SAGNA, *Il risarcimento*, cit., p. 101. *Contra* la maggior parte dottrina più recente (in antitesi rispetto a quella più risalente): G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 338 s.; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 372 s. e 389 s.; V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 118; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1274; F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 151; M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 98 s.; G.

PATTI, sub *art. 1337 c.c.*, cit., p. 87 s.; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1124 ss. Vale la pena indugiare sugli argomenti addotti da questo autore. Vero è che, come si nota, che all'inizio della trattativa si può supporre (normalmente si suppone) di non investire in essa più di quello che si guadagnerà dal contratto, e che però, a causa di eventi vari, si finisca per spendere più di quanto non si guadagnerà; e ciononostante si concluda comunque il contratto, per non perdere definitivamente le somme investite. Ma si aggiunge: è anche possibile che ci si proponga di comprare un bene non per speculazione, e che dunque l'interesse positivo sia pari, di fatto, a zero, risultando talvolta addirittura negativo. Gli asserti sono pregevoli, ma non confutano la mia idea. In un'ottica di *danno*, in cui (allo stato dell'ordinamento) non entrano considerazioni relative al valore affettivo dei beni, non potrà che valutarsi la differenza tra la situazione del danneggiato *così com'è*, e confrontarla con quella *ipotetica* senza il danno. Orbene, la teoria dell'interesse positivo impone di individuare la situazione ipotetica cancellando astrattamente dal mondo l'esistenza stessa della controparte contrattuale: la situazione diversa è quella in cui si sarebbe trovata la controparte se, al posto di trovarsi dinnanzi a sé il danneggiante, avesse scelto di agire altrimenti. Dunque, e lasciando per il momento da parte il limite massimo che ho individuato, se Tizio avesse speso 20 per una trattativa con Caio, che lo porterà a concludere un contratto neutro come guadagno, il risarcimento non sarà pari a 0, ma pari alla situazione in cui si sarebbe trovato se, anziché trattare con Caio, fosse restato inerte (giacché Tizio non riesce a provare di aver perso altre occasioni d'affare): dunque, dovrebbe essere pari a 20. Si dirà: ma l'interesse positivo – limite massimo – è 0. L'interesse positivo è il soddisfacimento finale delle aspirazioni di un soggetto. In altri termini, è la situazione in cui si sarebbe trovato Tizio, se Caio l'avesse esaudito: e, cioè, con una spesa di 20 e un contratto che vale 0. Sembrerebbe, dunque, che le spese fatte per le trattative restino sempre a carico del soggetto che le pone in essere, ove il contratto non sia vantaggioso. Sennonché un contratto, qualsiasi contratto, per il fatto stesso di portare con sé dei 'costi di transazione', ha un valore, come ha dimostrato l'analisi economica del diritto: e tale valore (corrispondente proprio alle spese, in termini di tempo e denaro, in questione) va inglobato nell'interesse positivo. In definitiva, solo un contratto che produce uno svantaggio di 20 potrebbe precludere un risarcimento: ma ciò discende dal fatto che già la mancata conclusione del contratto ha economicamente beneficiato il soggetto leso, che potrà vendere il suo bene a prezzo di mercato, spendendo per le nuove trattative la somma che ha risparmiato (grazie al mancato perfezionamento del vincolo pregiudizievole). Altri problemi si pongono, in realtà, con riguardo alle occasioni perse. Il fatto è che un trattante potrebbe rinunciare ad altre occasioni che, pur essendo singolarmente meno convenienti, non si escludono tra loro (ad esempio: vendere singoli appartamenti anziché un intero palazzo), e complessivamente sono più convenienti; tuttavia, ogni volta che gli si presenta una nuova occasione, si decide a lasciarla perdere, perché (singolarmente) è meno vantaggiosa. Non mi sembra, però, che sia fuori luogo applicare qui il limite massimo in parola. Se il nostro trattante ha perso occasioni, è stato perché ha legittimamente scelto di seguire una strada, che gli sembrava più propizia. Se, invece, vi fosse stato costretto, sarebbe tutelato (come vedremo nel testo) da un interesse legittimo protettivo, non soggetto a limite alcuno. Se, ancora, fosse stato ingannato, la sua tutela vedrebbe, come massimo, quel risultato finale cui crede di addivenire. Nel caso di trattativa 'maliziosa' sembrerebbe incongruo limitare il risarcimento: la soluzione, qui, sta nel fatto che la lesione della buona fede, in queste ipotesi, si produce nel momento stesso in cui inizia la trattativa; in quel momento l'interesse legittimo ancora non ha specificato il suo oggetto, che rimane nebuloso. Se lo si vuol già vedere come pretensivo, si dirà che esso è pari al massimo profitto ottenibile; viceversa, potrebbe anche valutarsi solo la sua entità protettiva, non soggetta ad alcun limite di risarcimento. Se, semplicemente, la controparte tardasse nella conclusione del contratto, o recedesse dalle trattative ormai giunte a conclusione, si dovrebbe valorizzare il fatto che l'interesse legittimo pretensivo negativo, ove vede tardata la sua soddisfazione a causa di una violazione della buona fede, si estingue e rinasce con oggetto parzialmente mutato: per cui il limite positivo dovrebbe essere calcolato, di volta in volta, su ciascun interesse legittimo. Il principio del limite, in ogni caso, esprime tutto il suo rilievo nei casi dei vizi incompleti (su cui v. *infra*), nonché in quelli delle prestazioni di cortesia. In ultimo, vi è un caso peculiare da considerare (cui ho già accennato): quello in cui un trattante, confidando nella buona riuscita della trattativa ormai giunta al termine, abbia promesso il bene da acquistare a un terzo, vincolandosi alla nuova alienazione. In tal caso l'interesse positivo, inteso come limite, dovrà considerare tutta la situazione in cui si sarebbe trovato il trattante se la sua aspirazione fosse stata esaudita (compresa, dunque, la possibilità di adempiere al nuovo contratto: il guadagno ottenibile e il danno arrecato al terzo e da risarcire). Il risarcimento dell'interesse negativo comprenderà, invece, oltre a spese fatte e occasioni

Proprio questa, d'altronde, è una delle ragioni che impongono di distinguere interessi legittimi protettivi e pretensivi negativi, ossia l'applicazione di un massimo di tutela coincidente con il risultato sperato. Quest'osservazione non esclude che, ove si tratti di lesione di beni 'altri', il limite in parola non funzioni¹¹⁰⁵; ma dove ci si riferisce alla prestazione intesa in senso stretto, se non operasse si consentirebbe al soggetto tutelato un inammissibile vantaggio¹¹⁰⁶.

Tornando alla necessità di proteggere solo 'in negativo' l'interesse legittimo da contatto, vale la pena di sottolineare nuovamente come tale conclusione si giustifichi anche alla luce del fatto che il mero contatto non può imporre di assegnare il bene finale, giacché, se così fosse, si finirebbe per creare un vincolo contrattuale o comunque obbligatorio in una fase dominata invece dall'autonomia privata. Non vi potrà essere, dunque, nemmeno un giudizio in termini di *chances* perse a causa della condotta illecita (*chances*, presumibilmente, di godere del bene finale grazie a una condotta corretta); tutto, invece, si basa sul dovere di non far nascere affidamenti (da contatto) inutili e dannosi¹¹⁰⁷.

Il che, tra l'altro, permette già di anticipare un punto essenziale: ossia, la differenza tra principio dell'affidamento e principio dell'autonomia privata. Il contratto, infatti, si basa – per quanto siano state proposte altre teorie – sulla volontà, elemento centrale del consenso, e non sull'affidamento di ciascuna parte¹¹⁰⁸. Anche a

perse, il danno di cui si dovrà indennizzare il terzo. Tornando ai riferimenti bibliografici, debbo menzionare P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 542, che cerca una soluzione compromissoria. Non praticabile, secondo la dottrina che l'ha commentata, la via indicata da G. VISINTINI, *La reticenza nei contratti*, Padova, 1972, p. 393 ss., ossia quella di valorizzare l'art. 1225 c.c. onde limitare l'entità del risarcimento dell'interesse negativo a quello positivo. Rilevava la possibilità che l'interesse negativo superasse quello positivo già O. BÄHR, *Ueber Irrungen beim Contrahiren durch Mittelspersonen*, in *Jber. Jb.*, 1863, p. 306 (ma concludendo: «sicherlich können beide niemals mehr fordern, als was ihnen kraft des für wahr angenommenen Contracts zukam»). V. anche i §§ 122, 179 307 a.F., 309 a.F. BGB (ma la dottrina tedesca li ha interpretati in senso restrittivo: cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 541; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 403 – che nota come le norme in esame non afferiscano alla *c.i.c.*: ma l'affermazione sconta una certa rigidità, perché, se così è, è solo in tanto in quanto tali disposizioni, più che basarsi sulla colpa, regolano altrettante garanzie –). Per l'ordinamento tedesco v. Ha. STOLL, *Tatbestände*, cit., p. 436, testo e nt. 4, nonché K. LARENZ, *Bemerkungen*, cit., p. 419.

¹¹⁰⁵ P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 543.

¹¹⁰⁶ Il punto è stato molto studiato in tema di responsabilità precontrattuale.

¹¹⁰⁷ V. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa*, cit., p. 18. Il punto si comprende bene se si pone mente alla promessa di matrimonio, da molti raffigurata come un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *sui generis*.

¹¹⁰⁸ Cfr. C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 414, a mente del quale: «auch daß die Selbstbestimmung gerade in dieser Form, also durch die Befugnis zu rechtlicher Gestaltung und rechtlicher Selbstbindung gewährleistet wird – was keine Selbstverständlichkeit ist, sondern im Gegenteil ein zentrales Problem der Lehre von der Privatautonomie bildet –, läßt sich nicht mit dem Vertrauensgedanken in Verbindung bringen». Inoltre, a p. 415, l'autore osserva che, a voler fondare il principio di libertà contrattuale sulla sola tutela dell'affidamento, il primo ne uscirebbe snaturato, ma soprattutto si eliminerebbe qualsiasi differenza tra istituti giuridici privatistici: tutto ciò che è norma di diritto civile infatti è volto ad assicurare la protezione, in un senso latissimo, dell'affidamento e dei traffici.

voler vedere nella teoria dell'autonomia privata alcuni elementi propri dell'affidamento, in particolare là dove l'ordinamento ritiene valido il contratto nonostante errori non essenziali, riserve mentali e così via dicendo, è da ribadire la differenza tra questi ambiti tematici.

Il contratto richiede l'accordo e comunque la volontà; la conclusione non si ha allorché ciascuna parte può contare sull'esecuzione di una prestazione, ma nel momento in cui entrambe dichiarano seriamente di 'volere'. Ciò non toglie che vi sia un'area di sovrapposizione tra principi della volontà e dell'affidamento – *rectius*: di integrazione¹¹⁰⁹ –, giacché è di tutta evidenza che il perfezionamento del vincolo per mezzo della volontà privata, come pure il mancato perfezionamento o la successiva caducazione del medesimo per vizi intrinseci, può alternativamente soddisfare o ledere lo stesso affidamento di ciascuna parte.

Approfondirò oltre alcuni di questi spunti; per ora mi limito ed evidenziare come, sia che si parli di negozio come volontà degli effetti, sia che se ne parli come regolamento di interessi, alla sua base si deve rinvenire un atto di volontà. Volontà che, oggi, nel nostro ordinamento non è di certo soggettivamente intesa, ma è quella oggettiva, socialmente percepibile: si tratta di un concetto normativo, che pure è normalmente sovrapponibile a quello naturalistico¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁹ La tutela del privato, difatti, richiede la combinazione dei diversi istituti, che pure rappresenta l'esito di un difficile meccanismo di incastri.

¹¹¹⁰ Che la volontà sia un concetto normativo, è una delle idee alla base dello studio di V. PIETROBON, *Errore*, cit., spec. p. 14, 61 e poi 245 ss. (più di recente, invece, v. A.M. BENEDETTI, *Autonomia*, cit., p. 22 ss.). L'illustre autore, comunque, non rinuncia a rinvenire in questo concetto normativo un nucleo effettivamente conforme alla volontà (dichiarata) del singolo, onde non ritenere che il codice abbia del tutto ripudiato la teoria della volontà (ciò che non è da lui creduto: semmai, sarebbe l'affidamento ad avere affinato e aggiustato la teoria della volontà, diremmo, dal di dentro). La spiegazione si basa sulla ricostruzione della volontà dei singoli contraenti non tanto come diretta agli effetti – a essere diretto agli effetti è, semmai, il regolamento comune, la 'comune volontà' –, ma come partecipazione a un regolamento di un conflitto di interessi. Anzi, tale partecipazione – alla luce delle norme sull'errore ostativo – potrebbe anche ridursi all'intenzione di prendere posizione (anche per rifiutarlo) su un regolamento non esattamente individuato (per errore sul contratto, o sul destinatario; per questi profili v. *ivi*, spec. p. 245 ss.). L'idea è suggestiva, però lascia aperto un problema: se ne dovrebbe ricavare, ad esempio, che in caso di errore sulla serietà il contratto sia nullo, giacché una parte voleva prendere posizione sul regolamento. Ma, a mio avviso, non può trattarsi in modo peggiore l'errore (ostativo) sulla serietà, rispetto a quello che porta un contraente ad accettare, anziché rifiutare, lo stesso negozio. Non è questa la sede per prendere posizione su di una così complessa questione. Mi limiterò ad alcune brevissime osservazioni. Può essere convincente l'idea per cui ciascuna parte 'partecipa' a un regolamento comune (così da distinguere la disciplina dell'errore rispetto a quella recata nell'art. 1366 c.c.: cfr. *ivi*, p. 246, 249 ss. e 261 ss.; l'esito, poi, è anche l'esclusione dal nostro ordinamento dell'ipotesi del *Dissens*; *ivi*, p. 288). Tuttavia, nemmeno una siffatta volontà di partecipazione ha in sé, a mio avviso, un nucleo reale (corrispondente a un 'dichiarato'), che, per quanto ridotto a un 'osso di seppia', ne giustificherebbe per l'appunto il nome di 'volontà' (e che provocherebbe la nullità del negozio, se assente). Piuttosto, io credo che il negozio sia esistente (ancorché nullo) in tutti i casi in cui vi sia un simulacro di volontà, ossia una partecipazione a un regolamento comune (come dirò più avanti) seria e soprattutto riferibile a un soggetto. Contratto è quindi ogni accordo serio (due o più partecipazioni serie, riferibili a due o più soggetti, a un comune programma sono un accordo serio) diretto a realizzare un'operazione economica (v. anche § 8 per la continuazione di questo discorso).

L'ingresso della logica dell'affidamento nel problema della *Privatautonomie*, pur non fondando quest'ultima su tale principio, fa sì che la volontà, idonea a far sorgere il vincolo, sia quella socialmente percepibile: basta questa perché 'esista' un contratto (mi mantengo fedele all'idea che distingue inesistenza e nullità¹¹¹¹). Così, d'altro canto, la stessa logica delimita la nullità per carenza del consenso a casi radicali¹¹¹², in cui l'apparenza *prima facie* è subito sconfessata da una realtà che evidenzia inequivocabilmente la carenza di volontà, e riduce gli altri vizi del consenso ad altrettante ragioni di annullabilità del contratto¹¹¹³, tra l'altro ritenendoli rilevanti solo a ben determinate condizioni.

Questa volontà individuale è *interamente* un concetto normativo, che può non corrispondere a nulla di reale. Anzi, è un simulacro che richiede tutt'al più un'apparenza, corrispondente a (quel che a prima vista, apparentemente sembra essere) un'intenzione non mossa da forza altrui, da violenza, non proveniente da un infante, e così via (tutto ciò provocherebbe, nella mia ottica, inesistenza). Non per questo, però, la *Willenstheorie* avrebbe esaurito la sua forza: essa è ancora dominante, nonostante le infiltrazioni del principio di affidamento. Lo dimostra, a mio avviso, il fatto che la volontà di cui si parla, per quanto frutto di un'astrazione normativa, non è una *factio* che nasconde dell'altro (l'affidamento di controparte), ma – tendenzialmente, come ogni concetto normativo – corrisponde all'effettiva volontà (viceversa, proprio per la sussistenza di una *factio* si esprimeva, aderendovi, O. BÄHR, *Ueber Irrungen im Contrabiren*, cit., p. 405). A tal riguardo, si è di recente chiesto R. SACCO, voce *Negozio giuridico (I agg.)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2014, § 22: «se il valore della libertà del traffico si lega alla volontà perché adottare il principio della dichiarazione? La risposta è la seguente: il principio della dichiarazione ha un senso non perché si oppone al principio della volontà, ma perché, sacrificando questo principio della volontà in un numero di casi che si spera modesto e trascurabile, rende spedito, agevole e garantito il funzionamento del principio in tutta la massa dei casi normali nei quali volontà dichiarata e volontà interna coincidono». Sulle finzioni v. A. GAMBARO, voce *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 342 ss., S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, §§ 1 ss., nonché J. ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*², Frankfurt a.M., 1969. Di poi, una volta formatosi il regolamento contrattuale, esso varrà come 'volontà unica', quale neutra 'tregua' (secondo la nota tesi di Durkheim, ripresa da S. RODOTÀ, *Conclusioni*, cit., p. 271, e v. oggi, ma per verificare la validità di un altro modello, P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 ss.) tra le parti. Se A intende X e B intende Y, ma dal testo contrattuale risulta Z, è possibile che entrambi si siano ingannati, ma ciò non toglie che, qualora in via interpretativa non sia possibile dare la prevalenza all'una o all'altra supposizione di significato, valga proprio Z. Da quanto detto nel testo non si deve però dedurre che anche alla base dell'art. 1333 c.c. vi sia per forza di cose un accordo; il tema, viceversa, deve restare estraneo, a mio avviso, da queste considerazioni – per cui può benissimo ritenersi che il 'contratto' di cui alla previsione citata sia in realtà un negozio (si ricordi, a tal fine, il famosissimo studio di Benedetti), mancando un 'accordo'; e, tuttavia, resta il fatto che l'«accordo» resta un concetto normativo –.

¹¹¹¹ V. *infra*, § 9.

¹¹¹² Si suole parlare della dichiarazione scherzosa o *docendi causa*, del contratto concluso dal soggetto totalmente incapace di intendere e volere, della violenza fisica, che forse andrebbero meglio elencate come casi di inesistenza (e forse vi rientra pure la simulazione). L'art. 1325, n. 1), c.c. fa riferimento, più in generale, al requisito dell'«accordo». A prescindere dai casi che ho già detto, esso viene in luce soprattutto nell'ambito di contratti plurilaterali o con parti soggettivamente complesse. Tornerò oltre su questa previsione.

¹¹¹³ Al punto che debbono considerarsi tali anche i più gravi errori ostativi (Tizio intendeva scrivere 'no', e non vincolarsi, e per errore, magari del suo domestico, trasmette un messaggio con la scritta 'sì'; Tizio vorrebbe continuare le trattative e, senza rendersene conto, con la sua dichiarazione conclude il contratto). Qui, come nei casi di violenza, viene specialmente in luce l'affidamento 'a non subire invasioni nella propria sfera giuridica'. L'annullabilità – tra l'altro – non discende qui

A sua volta, il principio di tutela dell'affidamento svolge un ruolo integrativo fondamentale proprio nei casi in cui non adatta già, a monte, la teoria della volontà. Da un lato, infatti, esso consente di giustificare le azioni di annullamento per vizi del consenso e per incapacità; dall'altro, ove fosse prevista un'azione di caducazione del vincolo contrattuale o addirittura la nullità del medesimo a causa di una volontà formata in modo viziato, ma senza che la controparte se ne potesse accorgere e a causa della negligenza del soggetto così protetto, il principio dell'affidamento consentirebbe di ritenere risarcibile il danno arrecato a chi confidava prima nella conclusione (valida) del contratto, e poi nella validità del medesimo. Quanto a quest'ultimo punto, v'è però da dire che il nostro ordinamento ha, di norma, già integrato l'affidamento nella teoria della volontà, a tal punto da non rendere di fatto rilevanti i vizi della volontà colpevolmente addebitabili alla parte tutelata e sconosciuti all'altra.

Chiusa questa parentesi, posso iniziare il discorso sugli interessi legittimi pretensivi negativi, soffermandomi prima sui problemi posti dalle trattative per la conclusione di un contratto, da cui discenda un effetto reale od obbligatorio (e dunque avente un'efficacia costitutiva o tutt'al più preclusiva); nel prossimo paragrafo mi interesserò, invece, di altre situazioni latamente assimilabili, cui si può estendere il ragionamento.

Quando al momento in cui sorge l'interesse legittimo, per ora, basterà avvertire che esso, nei casi descritti dall'art. 1337 c.c., richiede una 'trattativa' (dovendosi intendere come endiadi la duplice espressione «svolgimento delle trattative» e «formazione del contratto»), ossia richiede quel contatto che si ha allorché due parti mirano ad attribuirsi beni o servizi attraverso uno strumento contrattuale.

Non è necessario che le parti siano al corrente del fatto che il loro rapporto potrà tradursi in un contratto, né che immaginino che tipo di contratto andranno a concludere: e questo in consonanza con la teoria della sufficienza della volontà empirica (ossia, della prescindibilità dalla volontà degli effetti giuridici).

Come, però, è necessario che le parti avvertano il senso della coazione giuridica allorché perfezionano l'accordo contrattuale, e dunque che concludano tale accordo 'seriamente'¹¹¹⁴, così è essenziale che le medesime 'trattino', ossia si rendano conto (o, quanto meno, sembrino all'esterno rendersi conto) della possibilità che vengano scambiati taluni beni o servizi (l'ipotesi paradigmatica a cui farò riferimento è quella del contratto a prestazioni corrispettive, ma nulla cambia per gli altri negozi, ove si tratterà della 'attribuzione di vantaggi')¹¹¹⁵. Anche qui, in fin dei conti, gioca un ruolo evidente

inevitabilmente (anticipo concetti che chiarirò in seguito) da una scorrettezza; essa, dunque, è prevista anche per il mero pregiudizio arrecato dal contratto all'interesse legittimo, indipendentemente da una valutazione di contrarietà alla buona fede della condotta.

¹¹¹⁴ Sul passaggio tra il senso della coazione giuridica e la serietà della volontà v. alcuni cenni nel § 8.

¹¹¹⁵ Tornerò dopo sul punto.

la serietà, intesa non solo come antitesi dello scherzo o del gioco, ma più latamente nel senso di intenzione effettiva, e non solo programma, immaginazione, proposito futuro, e via dicendo¹¹¹⁶. La trattativa, dunque, è di per sé seria, perché anticipa la costituzione di un vincolo giuridico (che richiederà di sicuro l'intenzione di essere giuridicamente legati): e dove non c'è serietà non c'è, radicalmente, trattativa. Con questo, ovviamente, non intendo riferirmi a quel momento delle trattative indicato normalmente con l'attributo 'serio', nel quale il recesso ingiustificato diventa di per sé lesivo della buona fede; viceversa, uso questa terminologia in senso diverso (non posso però farne a meno, a causa del parallelo con il contratto¹¹¹⁷).

Come avevo già notato nel § 8 dello scorso Capitolo, poi, è diffusa – in dottrina – l'idea che l'art. 1337 c.c., nell'imporre un obbligo di buona fede durante le trattative alle «parti», non si riferisca solo alle future parti del contratto, ma genericamente a tutti coloro che partecipano a questa fase a vario titolo. Rinvio, sul punto, a quanto ho già scritto.

La vera difficoltà, però, sta nel comprendere quale sia l'esatta estensione dell'interesse legittimo. Questo, infatti, nascerà di certo con un oggetto generico, ma ben presto si verrà a specificare, a causa di quel moto continuo che connota le trattative e che porta ciascuna parte a modificare e limare le sue aspettative.

Per questa ragione, a me sembra preferibile non ritenere che l'interesse legittimo abbia un contenuto fisso, pari al massimo dell'aspirazione di un soggetto, ma che esso stesso muti il suo oggetto in relazione alla gamma di possibilità contrattuali cui ambisce la parte.

In altri termini, diversamente da quanto avviene per gli interessi legittimi che nascono *ex lege* (e in parte pure rispetto agli altri da contatto), l'interesse pretensivo tipico delle trattative ha un oggetto per così dire mobile, il cui contenuto nasce in virtù dell'affidamento letto in termini soggettivi, poi giuridicamente tradotto, e si sviluppa sempre in virtù dell'aspirazione del soggetto titolare.

Così, potrà avvenire che Tizio 'confidi in un'attività di Caio che gli farà avere un certo servizio genericamente inteso per una somma solo vagamente individuata', e che, continuando la negoziazione, il contenuto si identifichi più specificamente

¹¹¹⁶ Ovviamente l'intenzione non è qui quella tipica del contratto (altrimenti si sarebbe già giunti alla conclusione), ma quella di voler entrare in contatto e di accettare di farlo in vista della presumibile conclusione del contratto (ossia della seria assegnazione di beni e servizi).

¹¹¹⁷ In realtà quest'ambiguità di linguaggio si spiega, a mio avviso, tenendo conto che, un tempo, l'unico obbligo di buona fede che la dottrina rinveniva nel corso delle trattative era quello di non recedere ingiustificatamente da esse, ove fossero divenute per l'appunto serie (vicine alla conclusione). Il che spiega perché si parlasse di 'serietà': solo da quel punto sorgeva, di fatto, un obbligo di buona fede e, dunque, un affidamento tutelato.

nell'interesse ad avere il servizio X per una somma determinata tra 100 e 120, e così via dicendo¹¹¹⁸.

Ma non è tutto: bisogna, infatti, anche precisare che l'oggetto dell'interesse legittimo può essere individuato con riferimento ai beni finali che il contratto assegnerà, visti nella loro consistenza pre-giuridica (materiale), e non nelle posizioni giuridiche che il contratto attribuirà. Ciò risponde alla visione, secondo cui le parti non debbono prevedere specificamente le conseguenze giuridiche dell'accordo, ma solo quelle economiche. Tuttavia, questo modo di parlare ha solo un valore descrittivo: è vero, infatti, che l'affidamento in cui consiste l'interesse legittimo, pur avendo fonte per così dire soggettiva, è sempre oggettivo, e dunque a nulla vale osservare che le parti non intendono, non possono o non hanno i mezzi per tradurre giuridicamente gli effetti empirici in giuridici. L'ordinamento, cui spetta identificare il contenuto dell'interesse legittimo, può e anzi deve svolgere quest'operazione.

Accettando questa visuale, non resta che ritenere che l'affidamento abbia ad oggetto, in prima battuta e magari anche in via solo implicita, la conclusione di un dato contratto¹¹¹⁹; in seconda battuta, e tramite il perfezionamento del vincolo, l'assegnazione di certi beni e servizi secondo talune modalità (le condizioni contrattuali, infatti, non possono non tradursi in modalità di attribuzione – e dunque in specificazioni – dell'interesse finale, riguardato nella sua materialità¹¹²⁰).

¹¹¹⁸ V. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 38, secondo cui «il fine ... essenziale e principale di chi tratta, è la 'rappresentazione' preventiva del contenuto del futuro contratto: suo 'interesse' è che questa 'rappresentazione' sia il più possibile aderente alla realtà». A mio avviso, però, questo è uno solo dei profili dell'interesse legittimo (che aspira non tanto all'aderenza tra ipotizzato e reale, ma all'effettiva attribuzione di ciò su cui si confida).

¹¹¹⁹ *Contra*, pur dando conto dell'opinione prevalente (che è nel senso per cui l'interesse tutelato dalla disciplina sulla *culpa in contrabendo*) è l'«affidamento legittimo e ragionevole risposto dalle parti nella conclusione del contratto *in fieri*»; v. C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione*, cit., p. 229, che parla di «affidamento ... sull'effettiva conclusione», G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 64 ss. (e in parte pure F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 54 s.). Al fondo dell'obiezione, però, vi è un diverso modo di intendere l'affidamento: ora come vero e proprio diritto, ossia garanzia di un risultato certo, ora come aspirazione protetta solo parzialmente. Quanto all'altra obiezione, per cui, «in quest'ottica, il concetto di affidamento acquist[a] valenza rappresentativa di un mero stato d'animo», v'è da dire che, come vado dimostrando nel testo, l'affidamento tende invece a un risultato obiettivamente percepibile; il suo oggetto è sì soggettivamente definito, ma sulla base di apparenze oggettive (cfr. G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 26), e in virtù poi di un processo di astrazione, che definiscono l'interesse finale protetto.

¹¹²⁰ Ciò deriva, tra l'altro, dalla mia persuasione che la causa altro non sia che l'assetto di interessi pregiuridico (l'operazione economica in senso lato), giuridicamente rilevante entro i confini (e però anche nell'estensione minima) determinati dall'ordinamento. Tali interessi, che corrispondono a 'vantaggi economici' (beni della vita) si specificano secondo le modalità di attribuzione dei beni, già in ottica pre-giuridica (è diverso godere del 'bene x in cambio del bene y', o del 'bene x assegnato secondo certe modalità in cambio del bene y'): anche le condizioni giuridiche, infatti, precipitano in risultati fattuali. Questa convinzione non mi pare lontana dalla tesi di A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 229 ss. (che, però, parlava di rapporto tra 'interessi' e 'struttura'; mentre io modifico, solo parzialmente, l'intuizione, ritenendo che pure la struttura abbia un rilievo pre-giuridico, e che sia il vantaggio stesso derivante dal rapporto tra interesse primario e modalità

Inoltre, non può non tenersi conto della natura bivalente del contratto, il quale non solo permette di acquisire valori, ma anche vincola ad attribuirli (o comunque a rispettare un regolamento). Per questa ragione l'affidamento, che pure ha un nucleo forte pretensivo, ha anche una seconda parte, di tipo protettivo: la quale, lungi dal circondare il risultato favorevole, se ne mette a parte¹¹²¹. In altri termini, nella fase delle trattative vi è sia l'aspettativa verso un certo risultato futuro (attribuito in esecuzione di un contratto), sia quella a non subire un risultato negativo (ogni contratto ha in sé pure un vincolo, idoneo a modificare la sfera giuridica del soggetto), che si pone a lato dell'interesse strettamente pretensivo, e non solo come sua condizione specificativa¹¹²².

Proverò a spiegarvi con alcuni esempi.

Tizio offre a Caio di concludere un certo contratto, ingannandolo dolosamente su taluni profili. Caio confida in un certo risultato positivo, cui la conclusione e l'esecuzione del contratto lo porterà (così crede): tale è l'affidamento protetto legalmente, che individua l'oggetto dell'interesse legittimo (d'altro canto, esso è sicuramente riconoscibile all'esterno, giacché è frutto di un inganno visibile). Tuttavia, allorché vi sia la conclusione del contratto, che inevitabilmente condurrà ad attribuzioni economiche difformi (o comunque non in linea con i fini, anche secondari, di Caio, ossia con i suoi motivi), apparirà evidente la lesione dell'interesse

della sua attribuzione). Quanto alla sempre maggior specificazione dell'affidamento nascente dal contatto, cfr. anche Salv. ROMANO, voce *Buona fede*, cit., p. 683 s.: «in sede di trattativa, e sempre restando inteso il principio delle libertà di esercizio del potere di contrarre, gli atti si precisano come quelli logici della conclusione: sono rappresentazioni offerte e accettate con acquisizione progressiva di dati di accertamento. La buona fede domina in questa fase preliminare del procedimento nel senso di un dovere di presentazione in conformità della realtà e non solo di una realtà generica ma di quella specificamente aderente alla causa del contratto, e cioè di quel particolare scambio che si intende effettuare e che a volta può richiedere competenze, situazioni di legittimazione, del tutto personali».

¹¹²¹ Che dire, invece, del caso in cui la p.a. inizia d'ufficio (e così a prescindere da una pur necessaria istanza) un procedimento volto ad attribuire un'utilità al privato, il quale però, a causa dell'esito favorevole, perde dei sussidi pubblici, per lui molto più vantaggiosi? Il provvedimento è illegittimo, ma è favorevole, seppur solo in via astratta. Qui il discorso è – relativamente – meno complesso: il privato ha a disposizione la tutela di un interesse positivo, considerato astrattamente, la cui soddisfazione tuttavia non deve ledere gli altri suoi interessi connessi; ove ciò avvenga, vi sarà di sicuro una lesione dell'interesse legittimo. A mio avviso si potrà, poi, pure agire per l'annullamento del provvedimento. Ciò non deve far pensare, però, che nell'interesse pretensivo positivo, che sorge *ex lege*, l'interesse finale – l'oggetto – debba essere individuato individuando lo stato delle cose e la situazione in cui si trova il soggetto attivo. Viceversa, gli interessi nascenti *ex lege* hanno una dimensione oggettiva: e difatti anche in questo caso la prospettiva, in base alla quale si ritiene 'favorevole' un certo procedimento, è oggettiva. Lo stesso, d'altro canto, può ritenersi con riferimento a un credito: esso è sempre una posizione di vantaggio (anche quando la stessa attività, che risulta garantita, sia per lo stesso creditore fonte di un detrimento: si pensi al caso in cui Tizio si trova, magari a causa di un contratto concluso con violenza, creditore di un *facere* verso Caio, consistente nella demolizione della sua abitazione).

¹¹²² Sempre avviene, infatti, che l'interesse legittimo pretensivo costituisca l'affidamento in un'attività che potrebbe eventualmente attribuire il bene X senza lesioni della sfera giuridica altrui; qui, però, deve intendersi in senso diverso questa circostanza, e precisamente affiancando alla parte pretensiva (come testé descritta) un ulteriore nucleo protettivo.

legittimo. Caio si troverà infatti vincolato, a causa di una scorrettezza altrui, da un contratto che non voleva davvero¹¹²³.

Nel caso di violenza¹¹²⁴ può invece sostenersi che il soggetto, entrato in contatto con colui che esercita la minaccia, confidi in un'attività a risultato favorevole imprecisato (anzi: questo primo nucleo potrà anche sbiadire, fino a scomparire) e contestualmente a un'attività che non leda i suoi interessi. Ovvio che, nella maggior parte dei casi, questa ulteriore dimensione non si rende palese, restando nell'ombra: tanto che ho sinora parlato di questo interesse legittimo come pretensivo, e così continuerò a fare.

La duplice anima può però emergere palesemente in alcune situazioni. Dato per assunto che anche il minore, che conclude un contratto, sia dotato di questi due interessi legittimi (*rectius*: di questo duplice interesse legittimo), è certo che, là dove egli sia stato ingannato, risulterà attivabile sia la tutela del dolo, sia quella dell'incapacità d'agire. Entrambe possono, d'altro canto, corrispondere a una slealtà della controparte; la prima, però, potrebbe condurre anche solo a un risarcimento (dolo incidente) per difformità tra il contratto concretamente concluso e quello astrattamente divisato dal minore; la seconda, invece, porterà sempre all'annullamento (salvi i casi di cui all'art. 1426 c.c.¹¹²⁵).

In tutte queste situazioni nel momento della conclusione del contratto, che è quello in cui dalla garanzia eventuale si passa a quella totale – dalla buona fede alla fede piena, per parafrasare un titolo molto noto –, gli affidamenti individuali scompaiono, lasciando spazio a posizioni giuridiche per così dire 'formali', e non più 'informali'. L'elasticità dell'interesse legittimo viene sostituita, cioè, dal rigore del diritto soggettivo (pur mitigato dalla buona fede); l'oggetto dell'interesse legittimo si traduce nella causa del contratto, ossia nell'operazione economica programmata e da realizzare, che è unica per entrambe le parti, com'è unica la volontà comune.

¹¹²³ Altra questione si pone quando, nelle more delle trattative, Caio scopra il dolo, e ciononostante concluda comunque il contratto, seppur a condizioni riviste, per aver ormai perso altre occasioni migliori. In tal caso potrà infatti riservarsi di agire per il danno precontrattuale (badando a far sì che il suo comportamento non concreti un'implicita rinuncia).

¹¹²⁴ Varie sono le ipotesi in cui si può apprezzare questa dimensione, in cui l'affidamento è alla 'mancata conclusione del contratto', ossia all'assenza del vincolo: si pensi al caso in cui Tizio spedisce a Caio una missiva in cui erroneamente accetta, anziché rifiutare, una proposta contrattuale.

¹¹²⁵ In tal caso, dunque, si dirà che non vi è stata slealtà della controparte; oppure, ove si ritenga assente una scorrettezza anche in altri casi di annullabilità del contratto concluso dal minore, si sopprimerà che il mero pregiudizio, altrimenti idoneo ad annullare l'atto, non lo sia più, per indicazione legislativa, qualora sia presente il dolo del minore (mentre non potrà negarsi tutela all'affidamento della controparte nella validità del contratto). Anticipando alcune osservazioni che svolgerò oltre, anticipo già che nel caso di annullamento per incapacità non credo vi sia mai lesione dell'affidamento altrui (ossia, del soggetto contro cui è chiesto l'annullamento); nell'unico caso in cui vi potrebbe essere, e dunque si porrebbe la questione di un suo risarcimento, il legislatore è intervenuto già in seno all'azione di annullamento, precludendola (art. 1426 c.c.). *Contra* F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 58 s.

Prima, però, di considerare il momento del perfezionamento del vincolo e tutto ciò che segue, vale la pena di soffermarsi ancora sulle vere e proprie trattative¹¹²⁶.

Orbene, nel corso di questa fase il soggetto tutelato potrà contare sul rispetto della buona fede da parte dell'altro futuro (eventuale) contraente: in particolare, potrà reagire contro le lesioni di suoi interessi 'altri' (si tratta di ciò che comunemente va sotto il nome di violazione di obblighi di segreto, di custodia¹¹²⁷, e così via¹¹²⁸).

Potrà poi contare sull'adempimento (in senso atecnico) di specifici obblighi di informazione¹¹²⁹, specie quando la legge – come spesso avviene oggi nell'ambito del

¹¹²⁶ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 42 ritiene che i doveri precontrattuali siano sempre e solo di informazione, di custodia e di segreto. Questa tripartizione, a mio avviso, può in linea di massima esser tenuta ferma (seppur non tiene conto, ad esempio, della violenza: che infatti viene esclusa dallo spettro dell'art. 1337 c.c. – v. p. 62 –); tuttavia, va evidenziato come i doveri di informazione, in realtà, si riferiscono a una molteplicità eterogenea di circostanze: infatti, si potrebbe postulare un tale dovere anche per sanzionare l'intresso in una trattativa maliziosa, oppure l'interruzione ingiustificata di una trattativa che volge al termine, e così via, ossia per tutto un insieme di situazioni che, più facilmente, possono venire riferite direttamente al dovere di buona fede di 'non creare un affidamento inutile' (specificato nei termini della negoziazione maliziosa, oppure ingiustificatamente interrotta, etc. etc.).

¹¹²⁷ Da cui sorgerà, si vuol dire, anche l'obbligo di restituzione (così F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 99). Tuttavia, accedendo all'idea per cui dall'interesse legittimo nascono solo obblighi risarcitori, si dovrà piuttosto supporre che si tratti di un'azione inibitoria successiva, volta a far cessare il danno: salvo non ritenere che tale tutela specifica non sia affidata semmai a un normale contratto di comodato. Un altro punto di perplessità è quello della possibile sovrapposizione tra tutela precontrattuale e contrattuale, ove si qualifichi come vero e proprio contratto l'accordo in virtù del quale vengano forniti certi oggetti a titolo di prova o addirittura per anticipare l'immissione della controparte nella disponibilità del bene (così come avveniva nel caso deciso da Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2012, n. 4382: v. la nota di M. MATTIONI, *Contratto 'interinale' concluso durante una trattativa e responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1166 ss.).

¹¹²⁸ I quali, a mio avviso, si estendono anche agli 'obblighi di conservazione', ossia al dovere di non far subire danni alla controparte a beni già tipicamente protetti (secondo, soprattutto, i noti casi del *Linoleumteppich*, delle *Bananenschalen* e del *Gemüseblatt*, che ho già citato). L'estensione in parola non mi pare insensata, per quanto di essa l'ordinamento italiano non abbia la necessità che avverte quello tedesco (specie in vista dei problemi posti dal § 831 BGB, di cui ho già detto). Il fatto è che, ammessa una sfera protettiva anche nell'interesse legittimo pretensivo (tanto positivo quanto negativo), ne discende immancabilmente anche quest'obbligo di protezione. Non condivido dunque l'affermazione di F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 42 s., nt. 15, e più ampiamente 79 ss. (ma v. anche L. MENGONI, *La parte generale*, cit., p. 287, e C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 473).

¹¹²⁹ L'entità di questo dovere di trasparenza e di informazione discende dalle circostanze, ed è dunque rimessa alla clausola generale di buona fede. Tutt'al più, l'interprete potrà farsi carico di ricostruire, per ciascuno specifico settore, e anche sulla scorta delle indicazioni legislative, delle linee guida per i giudici, anche attraverso la tecnica dei *Fallgruppen*, tenendo conto dell'indicazione per cui «l'autonomia è campo, allo stesso tempo, di collaborazione e di competizione: la prima è garanzia di ordine, la seconda alimenta lo slancio vitale del sistema» (sono parole di Pedrazzi, riportate da F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 45). Non mi sembra, per contro, accettabile la critica di H. EIDENMÜLLER-F. FAUST-H.C. GRIGOLEIT-N. JANSEN-G. WAGNER-R. ZIMMERMANN, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, in *JZ*, 2008, p. 544 s., secondo cui «das im DCFR präsentierte Ensemble von Generalklausen (Art. 3:101; Art. 3: 102; Art. 3:103 [del libro II]) läuft auf das Gegenteil hinaus, nämlich auf eine Vertiefung der Unsicherheiten und auf pauschale Ausdehnung»; mentre la stessa obiezione potrebbe aver ragione d'essere, nei limiti in cui imputa un'eccessiva estensione degli obblighi di informazione, perfino ai contratti *b2b* (ma la duttilità della clausola generale

diritto del consumatore – specifichi la buona fede e la coniughi in questo modo (declinazione legale da tenere ben distinta, si badi, dalle ipotesi in cui la legge collega a un dato affidamento da contatto la tutela del vero e proprio interesse positivo: v. oltre). Più difficile, però, è comprendere come possa venire tutelato chi vede lesi siffatti obblighi: presumere semplicemente un risarcimento sembrerebbe del tutto inadeguato. A me pare, invece, che, allorché un obbligo di informazione sia previsto, l'interesse legittimo arricchisca di conseguenza il suo contenuto (ad esempio: affidamento in un'attività che potrebbe far avere il bene X a fronte del bene Y sulla base di un'esausta informazione¹¹³⁰). Ove esso venga lesa, accadrà qualcosa di tipico degli interessi legittimi da contatto: la violazione resterà rilevante, ma la posizione giuridica continuerà a esistere, mutando il suo oggetto, ove residui un interesse del titolare¹¹³¹.

Tale permanenza dell'interesse è *in re ipsa* in queste ipotesi: per cui la lesione dell'obbligo di informazione non dovrebbe comportare l'estinzione totale della situazione di tutela. A essa si ricollegherà, in ogni caso, un obbligo risarcitorio, ove si dimostri che il ritardo nel fornire l'informazione causi un danno patrimoniale (o non patrimoniale, se ammesso). Inoltre, potrà poi supporre che il soggetto tutelato, accortosi della mancanza dell'informazione, possa in determinate circostanze (ad esempio, lesione grave, ripetuta, non corretta) sciogliersi dalla trattativa addebitandone le spese a controparte.

Del tutto diverso dovrà essere il discorso quando, in seguito alla mancata informazione, si sia pure concluso il contratto: tornerò però oltre su questo argomento, parlando dei 'vizi incompleti' del contratto.

mi sembra escluda questo rischio; sul punto comunque v. C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 126). Sul vicino tema delle asimmetrie informative come fonte di possibile distorsione del mercato v., tra una bibliografia ormai amplissima, M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 641 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 241 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti 'reticolari'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.; H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten*, München, 2001. Affronta il tema del dovere di informazione dal punto di vista dell'analisi economica del diritto A.M. MUSY, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 611 ss.

¹¹³⁰ Ancora meglio: l'affidamento, a un risultato ancora generico, potrà specificarsi, ma sempre resterà a un certo bene (a uno scambio tra beni) attribuito sulla base di un'esausta informazione.

¹¹³¹ L'esempio più semplice è questo: Tizio confida nel fatto che Caio lo porti a Roma; Caio non soddisfa questo affidamento. Ove Tizio abbia perso il suo interesse (ad esempio, egli doveva partecipare a un appuntamento), la posizione sarà definitivamente venuta meno; viceversa, ove residui questo interesse, essa avrà parzialmente mutato il suo oggetto (ad esempio, riferendosi a una nuova data), e la lesione consumata resterà però rilevante a fini risarcitori (come se si trattasse di una sorta di ritardo).

In ultimo, vengono in luce le violazioni della buona fede consistenti nell'aver interrotto una trattativa ormai giunta al termine¹¹³², nonché i casi di trattative

¹¹³² L'idea ricorre già in G. FAGGELLA, *Dei periodi contrattuali*, p. 299 ss., seppur sulla base di motivazioni non accettabili (che debbono però essere calate nella temperie culturale dell'epoca, ancora dominata dall'imperativo della volontà), connesse a un tacito accordo precontrattuale (che assomiglia, guardando retrospettivamente, più al contratto che impone di negoziare secondo buona fede). V. poi F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 51 ss. (con tesi molto restrittiva, per cui responsabilità vi sarebbe solo nella trattativa già *ex ante* programmata come inutile); L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 250 s. (molto ampiamente); C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 167 ss. (secondo cui vi è un «limite delle trattative oltre il quale il contraente può confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto»); V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 173 s. (secondo cui la rottura è illecita «dopo che si sia consolidato il giustificato affidamento di controparte nella conclusione del contratto», e ove non vi sia «giusta causa»); R. SACCO, *La preparazione del contratto*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*³, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 236 ss. (che richiama le tesi giurisprudenziali); da M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 27 ss. (per cui si combinano, nella fattispecie, «assenza di una giusta causa o di un apprezzabile motivo» e «ragionevole affidamento»). G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 69 ss.; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 20 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 486 ss.; G. PATTI, sub *art. 1337 c.c.*, cit., p. 53 ss. Di recente G. AFFERNI, *Il quantum*, cit., p. 27 ss., nonché ID., *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 470 ss., ha acutamente sostenuto (ma a mio avviso non persuasivamente) che «dalla responsabilità precontrattuale da atto illecito», che l'autore ricollega alla trattativa maliziosa, «[debba] essere distinta invece la responsabilità da recesso ingiustificato dalla trattativa. Questo diverso tipo di responsabilità è una responsabilità da atto lecito dannoso (o da affidamento)». Alla luce di quest'idea si giustifica anche una (probabile) limitazione del risarcimento al solo danno emergente, in base al principio sotteso agli artt. 1328 c.c. e 21-*quinquies*, l. 241/1990 (e in generale all'indennizzo da atto lecito, la cui misura è stabilita equitativamente). Cadendo questa tesi, cade anche questo suo (possibile) corollario). Sul punto v. pure, per gli intrecci tra la trattativa e l'interesse legittimo di diritto privato, L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 246 (EAD., voce *Buona fede*, cit., p. 177 s.s., finiva per distinguere nella responsabilità precontrattuale forme diverse di responsabilità: una contrattuale oggettiva, per la rottura delle trattative, in virtù della protezione affidata a un interesse legittimo; una aquiliana oggettiva, ove «non sia questione di rapporti», come per la «mancata comunicazione di una causa di inefficacia dell'atto»; una contrattuale soggettiva, nelle ipotesi di cui all'art. 1338 c.c.). Interessanti le ipotesi in cui una parte distrugge il bene, rendendo impossibile (*rectius*: inutile) continuare la trattativa. Non vi è qui recesso; e pure vi è violazione dell'imperativo di buona fede, di non dar luogo a un contatto inutile (o di non renderlo *ex post* inutile). Anche se la trattativa non era avanzata, in questi casi la bizzarria del comportamento, che non è retto da alcun valido motivo, neppure soggettivo (come il semplice desiderio di non alienare più), sembrerebbe comportare la responsabilità del trattante. Si discute, inoltre, del *quantum* risarcibile in queste ipotesi. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 251, si riferisce alle perdite subite per aver sopportato costi e abbandonato altre trattative, visto lo stadio avanzato delle trattative poi interrotte. Vi è chi ritiene, invece, che i danni ammontino solo a quelli subito a causa di un recesso senza preavviso: v. G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 107, per il quale «sarebbero ... risarcibili le sole spese che il contraente in buona fede abbia sostenuto dopo e a causa del sorgere dell'affidamento, con esclusione di quegli eventuali esborsi effettuati anteriormente a tale momento e cioè in una fase in cui entrambi i trattanti potevano liberamente esercitare il loro potere di recesso». Anche per G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 471, «nella responsabilità per recesso ingiustificato dalla trattativa devono essere risarcite le sole spese sostenute e le perdite subite a partire dal momento in cui si è verificato l'affidamento nella futura conclusione del contratto». A mio avviso, il recesso ingiustificato rende risarcibile un danno commisurato a tutte le perdite subite, sin dall'inizio della trattativa, giacché la rende del tutto e fin dall'inizio inutile e inconcludente (seppur per mezzo di una valutazione complessiva); d'altronde, a pensare diversamente si dovrebbe ritenere che lesa è la regola di buona fede che impone di avvertire per tempo, e non quella che non permette il recesso ingiustificato (la quale, a sua volta, è emanazione del principio in virtù del quale non debbono essere creati affidamenti inutili o dannosi, che domina tutto l'interesse legittimo pretensivo negativo). La contraria opinione, ancora, mi pare frutto di una ipostatizzazione degli obblighi di protezione: che, a mio avviso, non costituiscono veri e propri

maliziose¹¹³³, ossia iniziate già nell'ottica di non concluderle (e magari solo per carpire segreti altrui). In tutte queste ipotesi la buona fede sanziona¹¹³⁴ l'aver fatto sorgere un

'obblighi', nemmeno nell'ambito dell'interesse legittimo, ma semplici aspetti di un più complesso 'dovere legittimo'. Diverso è il discorso se è lesa la regola di buona fede che impone di essere chiari: e, così, se un trattante dimentica di dire alla controparte di non voler più continuare la trattativa, e lo comunica solo in ritardo (cfr. G. PATTI, sub *art. 1337*, cit., p. 74 e 92). La tesi contraria a quella che sostengo, però, ha del vero: e, precisamente, v'è da tenere conto che, più avanzate sono le trattative, più è probabile che siano state fatte spese o perse occasioni; e, ciononostante, il limite massimo dell'interesse risarcibile (rappresentato da quello positivo) non varia mai. Ciò è del tutto comprensibile: finché le parti restano nella trattativa, esse mostrano di averne convenienza (quanto meno per recuperare certe spese). Ove, allora, vi sia un tentennamento contrario a buona fede di un trattante che, a un passo del contratto, pare tirarsi indietro, e poi un definitivo rifiuto di contrarre, la posta di danno relativa alle perdite subite nel periodo di incertezza non incontrerà il limite dell'interesse positivo. Un importante fenomeno indagato dalla giurisprudenza degli ultimi anni (mi riferisco al cosiddetto 'preliminare di preliminare', la cui nullità era stata predicata da Cass. civ., Sez. II, 2 aprile 2009, n. 8038; successivamente, la questione era stata deferita alle Sezioni Unite – cfr. R. MAZZARIOL, *Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2014, I, p. 735 ss. –, le quali con sentenza 6 marzo 2015, n. 4628 hanno ammesso questa figura, seppur con taluni distinguo; v. C. CICERO, *Il contratto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto 'a tutele crescenti'*, in *Riv. not.*, II, 2015, p. 608 ss.; A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1067 ss.) potrebbe essere ascritto a quest'ambito, seppur con i necessari adattamenti. Infatti, se è vero che un preliminare risulta poco sensato, se volto a concludere un ulteriore preliminare (giacché tanto varrebbe qualificarlo semplicemente come preliminare), meno inopportuna è una diversa raffigurazione: ora come 'minuta', ora come 'accordo teso a negoziare'. Nella prima ipotesi si tratterebbe semplicemente di un documento che dà conto della maturità delle trattative, agevolando la prova in caso di recesso ingiustificato (e dunque la facoltà di chiedere un risarcimento ai sensi dell'art. 1337 c.c.); nella seconda, viceversa, di un accordo teso a creare l'obbligo di negoziare secondo buona fede su una base già predefinita (così andando oltre il mero 'accordo parziale', su cui v. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 259). La sanzione, in quest'ultimo caso, atterrebbe eccezionalmente all'interesse positivo, giacché dall'accordo in parola nascerebbero interessi legittimi pretensivi positivi (*rectius*: l'accordo porrebbe le parti in una data situazione, cui sono ricollegabili queste posizioni). Ciascuna parte potrebbe chiedere un risarcimento nei termini della *chance* di concludere un certo contratto (per ciascun testo, una certa *chance*, con calcolo dunque dell'integrale sulla curva di probabilità, in un piano cartesiano ove le ascisse rappresentano probabilità e le ordinate il guadagno ottenibile per mezzo di uno specifico contenuto contrattuale). I futuri contraenti, infatti, possono derogare alla regola per cui non è richiedibile il risarcimento dell'interesse positivo nell'ambito delle trattative, così come possono far venire meno la loro libertà, concludendo il contratto vero e proprio. Così, d'altro canto, mi sembra possano risolversi i dubbi di G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 478 ss. Si badi, nel nostro caso non viene creato un interesse legittimo da contratto; il contratto si limita a creare la situazione cui la legge ricollega un interesse legittimo.

¹¹³³ V. G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, *passim*. Alla trattativa maliziosa può accostarsi quella intrapresa senza aver controllato di avere i mezzi per concludere il contratto (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 168, che però combina questo principio con quello per cui entro un certo limite delle trattative il recesso sarebbe sempre libero). V. pure G. PATTI, sub *art. 1337 c.c.*, cit., p. 73. V. pure R. SACCO, *La preparazione*, cit., p. 239 s., con la precisazione, però, che l'interesse legittimo non si tramuta da «affidamento nella prossima conclusione» a «fiducia nella serietà della trattativa» (con spostamento del suo oggetto dalla soddisfazione di un interesse futuro alla stabilità e veridicità di un'apparenza attuale); l'affidamento è sempre a qualcosa che attiene al tempo a venire, e la lesione della buona fede, anche nel caso della trattativa maliziosa, attiene a esso. Solo, in queste ipotesi, la violazione della buona fede avrà già iniziato a consumarsi dall'inizio della negoziazione (se la controparte cambierà idea, e vorrà concludere il contratto, la stessa lesione diverrà irrilevante, non essendovi stato alcun danno-conseguenza; i problemi, comunque, attengono qui più alla prova, che al piano del diritto).

affidamento che si è rivelato, o che da subito è stato, inutile, imponendo quindi un risarcimento del danno¹¹³⁵.

¹¹³⁴ Il discorso che ho così aperto potrebbe far sorgere un dubbio: non si tratta qui di *abuso* di una posizione giuridica, così come lo era nell'ambito di (molti) interessi legittimi protettivi? La risposta è negativa. Della libertà non vi può essere abuso, semplicemente perché la libertà stessa, di per sé e salvi i casi di cui sopra ho detto estesamente, non può fungere da scriminante (come non può servire per il giudizio di ingiustizia del danno). La 'libertà negoziale', dunque, non può essere oggetto d'abuso; altro discorso è che qui, come altrove, sorgano interessi legittimi. Ma l'abuso, ripeto, non c'entra, così come non ha nessun ruolo là dove vi sono norme di protezione (*Schutzgesetze*) che sanzionano una condotta che non è tenuta nell'esercizio di un diritto (si ricordi, infatti, la differenza tra l'art. 833 c.c. e l'art. 2600 c.c.). *Contra* G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, spec. p. 8 ss. (che ritiene più pregevole l'altra obiezione, per cui non vi è abuso di libertà negoziale se esso ha alla sua base un accordo e dunque il consenso dell'avente diritto; ma, a mio avviso, tale critica non è condivisibile, da un lato perché essa porterebbe semmai alla liceità della condotta, e, dall'altro, perché nell'ambito dell'interesse legittimo non giocano alcun ruolo le 'cause di giustificazione', essendo tutto dominato – esattamente come nelle *Verkehrspflichten* – dal giudizio sull'illiceità della condotta); F. DI MARZIO, *Divieto*, cit., p. 28 s. («se il potere di dettare le condizioni contrattuali si realizza nella imposizione di condizioni inique ... neppure potrebbe fondatamente sostenersi che in tali casi si abusa di un potere di fatto e non della semplice libertà di contratto»; v. anche le p. successive per altre osservazioni). V. però G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di 'abuso dell'autonomia contrattuale')*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 296 (il quale, tra l'altro, ricorda l'accostamento compiuto da Siebert e da Benvenuti tra 'abuso di potere' e 'sviamento di potere': il che è senza dubbio corretto, quanto all'osservazione per cui vi è un potere efficacemente, e però illegittimamente, esercitato; tuttavia, questo parallelo non sarebbe del tutto condivisibile, ove lo si volesse spingere oltre le intenzioni degli autori, fino a far ritenere che l'eccesso di potere stimoli ragionamenti simili a quelli cui dà adito il dovere di rispettare la buona fede – cfr. il § 1 del prossimo Capitolo –), nonché G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 763. D'altro canto, di 'abuso della libertà' come tema vago, benché suggestivo, parlava già A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 249, a proposito della violazione della promessa di cortesia; e il riferimento non è casuale, come non è causale la tutela offerta, qui come nel caso del vero e proprio abuso, dagli interessi legittimi: quel che voglio dire, cioè, è che l'abuso di libertà non esiste, anzitutto perché la libertà non è situazione che potrebbe fornire un'eccezione *facti, sed iure facti*. Ciò non toglie che nell'ambito dell'esercizio delle libertà possano sussistere fattispecie che, replicando quelle tipiche di abuso, danno luogo formalmente a una mancata tutela aquiliana, per inesistenza della situazione lesa o per sussistenza della causa di giustificazione in esame; nel qual caso può sovvenire la tutela degli interessi legittimi (o di una norma di protezione). Questa, a mio avviso, la ragione che esclude un 'abuso della libertà' (su cui v. pure G. PINO, *L'esercizio*, cit., p. 9). Non va però sottaciuto che all'abuso della libertà P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., *passim*, ma già p. 236 s., e poi 261 ss., dedicava speciale attenzione. Su questi temi v. R. SACCO, *L'abuso delle libertà contrattuali*, in *Diritto privato*, 1997, p. 217 ss.

¹¹³⁵ Mentre, come noto, l'art. 1328 prevede solo un indennizzo da atto lecito (cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 74 s.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 268 ss.). In concreto, dunque, il recesso dalle trattative può essere atto lecito, atto lecito produttivo di obbligo di indennizzare, atto illecito perché contrario alla buona fede. Come vedremo, qualcosa di simile accade nell'ambito delle gare pubbliche. Il fatto è che, in questi casi, l'interesse legittimo è pregiudicato, ma non è lesa da una condotta difforme a buona fede, per cui viene meno il carattere di ingiustizia del danno (ma l'indennizzo in parola può ritenersi comunque rimedio per il pregiudizio in parola; di «più rigorosa tutela» offerta dall'art. 1328 c.c. per il promissario parla F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 292). La necessità che colui che riceve la proposta sia in buona fede ricorda la disposizione versata nell'art. 21-*quinquies*, l. 241/1990, e applica il principio di cui all'art. 1227, comma 2, c.c. all'obbligo di indennizzo.

5. b) l'avvenuta conclusione di un contratto

Addivieniamo ora, per l'appunto, al caso in cui il contratto (un contratto) sia stato concluso (ma alcuni dei cenni che farò possono applicarsi anche all'ipotesi in cui una parte, ad esempio resasi conto del dolo, receda dalle trattative: in tal caso è ovvio, infatti, che sarà la controparte a dover risarcire il danno per aver speso denaro e perso occasioni inutilmente nella fase preparatoria del contratto¹¹³⁶).

Se sin qui ho parlato semplicemente di violazione della buona fede e conclusione del contratto: bisogna però combinare questi riferimenti con i rimedi sicuramente a disposizione del privato in caso di dolo, violenza o errore giuridicamente rilevanti ai fini della patologia negoziale.

Il problema che vado a esaminare permette di riguardare, da una prospettiva in parte nuova, molti degli argomenti che la dottrina civilistica degli ultimi dieci anni ha particolarmente discusso: in particolare, il rapporto tra norme di responsabilità e norme di validità; l'esistenza di vizi incompleti del contratto; la contrapposizione tra rimedi specifici e risarcitori. Ma andiamo con ordine.

Può ben avvenire che il contratto sia stato concluso, nonostante una lesione della buona fede. L'ordinamento appresta vari rimedi per quest'evenienza: anzitutto, permette in determinate occasioni di annullare il contratto. Questo rimedio, sicuramente specifico (restitutorio), ha però due peculiarità: anzitutto, non è richiesto che ad esso si accompagni una lesione della buona fede¹¹³⁷; in secondo luogo, esso non

¹¹³⁶ R. SACCO, *La preparazione*, cit., p. 241 s.; V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 174. Non dissimile è il principio, versato nell'art. 81, comma 2, c.c., per cui è assimilata al recesso abusivo (là: rifiuto di matrimonio) la condotta di chi dà scorrettamente causa al recesso. V. oltre sulla promessa di matrimonio.

¹¹³⁷ Basti pensare al caso dell'errore comune (se si segue l'idea che esso non richiede la riconoscibilità, e limitatamente a queste ipotesi; v. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 323 s.), o alla violenza del terzo (che non sempre concreta lesione della buona fede da parte dell'altro contraente). C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 122, in critica a C. TURCO, *L'interesse negativo*, cit., p. 189, annovera pure l'errore inescusabile, ma comunque riconoscibile o riconosciuto e non corretto dalla controparte (nonché qualsiasi tipo di errore bilaterale; a proposito della linea giurisprudenziale che tuttora non richiede, in queste ipotesi, la riconoscibilità, v. l'opinione dissenziente di P. BARCELONA, *In tema*, cit., p. 78 s., al termine di un vasto e noto contributo, in cui, indagata la tematica dell'errore, si giungeva alla conclusione per cui la riconoscibilità non corrisponde né all'inosservanza di un onere, né alla violazione un obbligo – il che è certamente corretto; quanto all'obbligo, ciò non vuol dire che la riconoscibilità, quando non vi fosse riconoscimento e comunicazione dell'errore, non coincida con una violazione della buona fede, ma piuttosto che l'annullabilità non è un rimedio risarcitorio, in forma specifica, per tale eventuale violazione –). Non so se quella dell'errore inescusabile, però, davvero non sia una lesione della buona fede: non mi pare che l'inescusabilità renda meno colpevole (nel senso di: sleale) la condotta altrui (invece, per la scusabilità come «condizione di risarcibilità del danno negativo» si pronuncia L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 212, e poi p. 314 – ma v. p. 320 –; di recente richiede la scusabilità anche in casi di vizi del consenso P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1391). La mia diversa soluzione dipende dal diverso inquadramento della responsabilità, che a mio avviso in questi casi non discende dall'art. 1338 c.c., ma dal precedente art. 1337 c.c. (e, infatti, v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 65 s.). In tal senso, a me pare che giustamente solo dove il contratto è nullo o inefficace operi la norma di cui all'art.

consente di norma di godere dell'interesse positivo (ciò che è di regola escluso nei casi in esame), né di avere una piena reintegrazione di quello negativo.

Indagiamole separatamente.

Quanto alla prima, essa riproduce quel che si è visto in linea generale a proposito dell'interesse legittimo: l'ordinamento può tutelare quest'ultimo anche da un pregiudizio causato da un atto, in cui non si concreta un comportamento lesivo della buona fede. Così, per quanto ci riguarda, si può osservare che la difformità tra quanto aspirato durante le trattative e quanto assicuratosi con il contratto consente, ove ricorrano le circostanze previste dalla legge, di sciogliersi dal vincolo.

Con riguardo alla seconda, è ovvio che la caducazione del contratto non consente di soddisfare l'interesse finale ai beni, ma solo di far venire meno il vincolo, in piena consonanza con quanto tutelato dagli interessi legittimi pretensivi negativi.

Vale la pena di soffermarsi brevemente sulle singole ragioni di annullamento.

Nel caso di violenza, la lesione attiene all'affidamento protettivo (il secondo nucleo dell'interesse legittimo precontrattuale). Anche per questa ragione si spiega perché l'ordinamento non distingue una violenza determinante da una incidente: tutte le forme di violenza sono idonee a caducare il contratto (e, anzi, permettono solo

1338 c.c., la quale prevede la «colpa della parte che ha confidato nella validità del contratto» come «criterio di esclusione dell'obbligo della controparte di comunicare le cause di invalidità ad essa note o conoscibili» (e non, come ritiene C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 134 ss., quale parametro di imputazione causale e di determinazione e misura del danno): solo in tal caso può operare un principio di 'compensazione delle colpe' o (meglio) può ritenersi esonerata una parte dagli obblighi informativi, giacché può supporre che l'altra parte conosca o possa venire a conoscere la causa di invalidità o inefficacia; viceversa, là dove vi è un errore colui che l'ha riconosciuto o può riconoscerlo è sempre tenuto a salvaguardare la sfera altrui (salvo che, per la platealità dell'errore, non finisca per venir meno la stessa riconoscibilità, e ferma restando l'applicabilità dell'art. 1227, comma 1, c.c.). D'altro canto, la contraria tesi non spiega perché il dolo sia sempre tale anche se (e *a fortiori* se) compiuto verso un soggetto intellettualmente debole (come la truffa penale rimane tale anche in questi casi: cfr. R. SACCO, *La volontà*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*³, I, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 569 s.; e, allora, al fondo di questa diversa ricostruzione c'è pure il differente ruolo che mi è parso giusto assegnare al dolo, confinandolo al vero e proprio raggio intenzionale). Più in generale, può accadere che un soggetto, caduto in errore, comunichi una certa intenzione contrattuale (si tratterà di contratto concluso *inter absentes*) che, palesemente, non è conforme al suo intendimento (per errore ostativo o pure motivo); in tal caso non vi è di certo lesione della buona fede. Questa, semmai, si consumerebbe (potrebbe consumarsi) ove la controparte chiedesse l'esecuzione del contratto (e rileverebbe sotto forma di un abuso del diritto, salvo non voler supporre che a essere leso sia – anche – l'interesse legittimo precontrattuale, fin da subito – per esser sopravvissuto, con oggetto parzialmente diverso, alla conclusione del contratto – o comunque retroattivamente, una volta che si sia riespanso con l'annullamento dell'atto). D'altro canto, la dottrina (v. sempre L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 326 ss.) si è posta il problema della tutela di chi riceve la dichiarazione viziata (magari anche unilaterale), e non sappia se può far affidamento su di essa. Le soluzioni offerte (potere di impedire la formazione del negozio; perfezionamento ritardato del medesimo) non mi sembrano appaganti. A mio avviso il soggetto in parola dovrà, dal momento in cui si accorge del vizio, informare la controparte (anche ove essa sia in errore scusabile), chiedendole se vorrà ratificare il negozio; quest'ultima non potrà rispondere dubitativamente, perdendo altrimenti la tutela offerta dall'ordinamento (d'altro canto, la caducabilità avviene tramite l'esercizio di un potere, a sua volta soggetto a *Vervirkung*). Viceversa, l'ipotesi in cui non è palese il vizio assomiglia a quella del 'provvedimento amministrativo illegittimo favorevole' (anzi, in tal caso, anche ove il vizio fosse manifesto il privato non avrebbe strumenti per stimolare la p.a. a decidersi sul provvedimento).

questa tutela). Una volta venuto meno il vincolo, sarà ovviamente possibile chiedere anche il risarcimento dell'ulteriore danno, il quale verrà a mio avviso accordato *ex art.* 1337 c.c., e non 1338 c.c.¹¹³⁸ Più difficile rispondere alla domanda circa la pregiudizialità tra i due rimedi, su cui però è meglio rinviare ogni cenno.

Ora, di norma, accadrà che la violenza concreti anche lesione dell'interesse legittimo per scorrettezza (e non solo pregiudizio cristallizzatosi nel contratto). In tal caso è scontato ammettere il risarcimento; semmai è da chiedersi se esso possa essere chiesto anche in via aquiliana. A mio avviso dovrebbe darsi risposta positiva, ammettendo che la libertà di autodeterminarsi, anche in sede contrattuale, sia lesa da una minaccia altrui¹¹³⁹.

Tuttavia, è ben possibile che così non sia. Può accadere, infatti, che la controparte contrattuale non sia a conoscenza del vizio del consenso, perpetrato dal terzo. Il risarcimento dovrà essere chiesto, in tal caso, proprio al terzo, e per lesione della libertà, oppure – e forse più convincentemente – per lesione da parte del terzo di un interesse legittimo¹¹⁴⁰.

Per ogni protezione dell'affidamento, leso dalla conclusione stessa del contratto, vi è però il pregiudizio dell'affidamento dell'altra parte, che prima nelle trattative, e poi soprattutto nel perfezionamento del vincolo, può contare. Qui appare la complessità dell'interesse precontrattuale, che non solo muta il suo oggetto, ma è pure in capo a soggetti che stanno l'uno di fronte all'altro, condizionandosi a vicenda. Così, alla luce delle disposizioni sulla violenza, è da ritenere che non sia tutelato l'affidamento non solo di chi la mette in atto, ma anche di chi contrae con colui che la subisce da un

¹¹³⁸ Disposizione, quest'ultima, che dovrebbe riservarsi alle ipotesi in cui davvero è violato l'onere di avviso sull'invalidità del contratto: in altri termini, nei casi in cui il contratto è nullo o inefficace. Vi torno a breve.

¹¹³⁹ A diverso risultato, ovviamente, dovrà pervenire chi non crede nel concorso tra forme di responsabilità. Quanto alla tutela penale, essa è ovviamente ammissibile; ma anche questo punto richiede di risolvere un problema a monte, ossia quello – su cui v. il § 4 dello scorso Capitolo – del tipo di tutela che offre l'art. 185 c.p. Si noti, però, che a mio avviso la libertà lesa qui è quella di 'autodeterminarsi', in senso generale, che verrebbe violata da qualsiasi forma di minaccia. Non c'entra, invece, l'inganno o addirittura la mera colpa; la libertà non è infatti quella di 'negoziare', ma più genericamente quella personale.

¹¹⁴⁰ Già ho speso alcune parole su questo punto, che varrà la pena di riprendere. Il problema che spesso la dottrina si è posta, ossia quello della lesione del credito – e così dell'interesse legittimo – potrebbe trovare soluzione duplice, a secondo che il terzo abbia reso del tutto o parzialmente impossibile la prestazione (o il rispetto dell'interesse legittimo), o abbia invece convinto la controparte a non adempiere (a violare l'interesse legittimo). Nel secondo caso il terzo, che per forza di cose è a conoscenza del rapporto giuridico *inter partes*, vedrebbe nascere in capo a sé l'obbligo di rispettare un ulteriore interesse legittimo, stavolta protettivo. Nell'ipotesi in parola, però, il terzo non induce a non adempiere o a violare. Tuttavia, anche in questo caso può ritenersi che il terzo violi l'affidamento 'a che egli non interferisca nelle trattative'. Caso simile, e ugualmente valutabile, è quello in cui il terzo provoca l'annullabilità del contratto: qui la tutela spetterebbe anche al contraente che subisce la caducazione del contratto (ovviamente, se non partecipe della scorrettezza).

terzo; egli potrà vedere interrotte le negoziazioni o caducato il contratto, non potendosene lamentare verso la controparte, ma solo verso il terzo.

Passo ora a considerare il dolo, che pone questioni particolarmente interessanti. Questo vizio del consenso, anzitutto, non può non comportare (tanto nella sua dimensione dolosa, quanto – se ammessa – in quella colposa¹¹⁴¹) una scorrettezza: che, anche quando proviene dal terzo¹¹⁴², è sempre rilevante.

¹¹⁴¹ Mi riferisco all'evoluzione dottrinale che, oggi sempre più, vede nel 'dolo' contrattuale una scorrettezza non per forza di cose qualificata dal 'dolo' come intenzione di nuocere o comunque di raggirare (così A. GENTILI, voce *Dolo – I* *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 3 s.; più di recente v. pure ID., *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in *Tutele rimediali in tema di obbligazioni*, a cura di L. Garofalo, Torino, 2015, p. 321 ss.; *contra* la letteratura più risalente: A. TRABUCCHI, voce *Dolo [diritto civile]*, in *Nov.mo Dig.*, VI, Torino, 1960, p. 151; C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo [diritto civile]*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 746). A dire il vero, vi è una certa ambiguità già a livello terminologico, non essendo chiaro se sia, in tal caso, sufficiente la colpa vera e propria, o se si tratti per lo meno di un dolo eventuale (v. P. LAMBRINI, *Dolo generale*, cit., p. 117; correttamente M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 225 s., nt. 117). Probabilmente, però, non è questo il linguaggio migliore per descrivere il fenomeno, che si lascia comprendere soltanto quale scorrettezza precontrattuale che causa una falsa percezione in un contraente, e che richiede una condotta commissiva od omissiva, traducendosi in un raggiro, al quale può però essere sottesa pure una semplice disattenzione o comunque può essere aliena una vera e propria volontà di ingannare. Ora, è vero che, come si è notato, il dolo colposo non si confonde con il dolo omissivo, che verrebbe in rilievo in presenza non solo di un generico dovere di correggere l'errore (ché anche l'errore, come vizio del contratto, può tradursi in una scorrettezza), bensì (e per lo meno) di un obbligo (legale) già esistente *ex ante* di fornire un'ampia informazione (o come elemento di un più ampio dolo commissivo; su tutto questo cfr. E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Tratt. Roppo*, IV-1, Milano, 2006, p. 271 s., A. GENTILI, voce *Dolo*, cit., p. 2, nonché la monografia di G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., ove si parteggia per una tesi ampia, mentre la dottrina meno recente, come A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 526 ss., e ancora F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 67, ne escludeva ogni rilievo; a dire il vero in molte di queste fattispecie omissive sbiadisce l'*animus* e con esso l'intenzionalità, cui però deve restarsi ancorati, secondo quanto dirò subito, nonostante ciò finisca per rendere molto più ardua la prova dell'invalidità). Tuttavia, ove si ammettesse il dolo colposo, si dovrebbe ampliare a dismisura pure l'ambito del dolo omissivo (così E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, cit., p. 271), finendo anche per sovrapporre (in larga parte) questo vizio del consenso all'errore (C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza dell'errore del deceptus*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 386; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1050; spunti già in V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., p. 92) e per ammettere un'estesa annullabilità del contratto (in altri termini, dinnanzi a una scorrettezza precontrattuale l'annullabilità sarebbe veicolata dal dolo, e l'errore costituirebbe rimedio residuale). Probabilmente, il punto è che le scorrettezze che verrebbero abbracciate dal 'dolo colposo' potrebbero trovare migliore sede nella repressione di altri vizi del volere (così, l'errore) o semplicemente nell'ambito della tutela risarcitoria (che di certo non richiede l'intenzionalità: cfr. per tutti F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 46) nonché oggi, per il tramite della concessione di recessi di pentimento al consumatore, da esercitarsi entro un termine dilatato in caso di violazione degli obblighi di informazione (ciò che, come vedremo, potrebbe anche, tra l'altro, non escludere l'eventuale tutela risarcitoria). La rilevanza del 'dolo colposo' verrebbe così relegata all'ambito della prova del raggiro: in talune circostanze, infatti, sarà arduo per il contraente raggirante dimostrare di non aver avuto l'intenzione (la quale, per quanto soggettiva, traspare ovviamente da un comportamento oggettivo: cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*², in *Tratt. della responsabilità civile Franzoni*, I, Milano, 2010, p. 391). Questa ricostruzione mi sembra più conforme con la disciplina legislativa, che mostra di voler contenere la caducabilità del vincolo negoziale, e che comunque collega inequivocabilmente il dolo al 'raggiro'; del resto, essa mi pare anche più rispettosa della distinzione tra dolo ed errore (basti pensare al caso in cui un contraente si avvede della falsa rappresentazione della controparte, di cui può supporre l'origine nel raggiro di un terzo: a voler rinvenire traccia del dolo, magari nel caso in cui la controparte chieda rassicurazioni sui fatti che mal si rappresenta, si

Essa, d'altro canto, non consente mai alla controparte di far valere un suo affidamento per contrastare il potere (giudiziale) di annullamento, o per farvi derivare un risarcimento del danno (ovvio che, chi si trova ad aver compiuto una scorrettezza, non può trarne tutela).

Quel che più rileva è la duplicità di rimedi previsti dall'ordinamento. Come noto, la legge prevede ora l'annullamento del contratto, ora un semplice risarcimento del danno, a seconda che il dolo sia stato o meno determinante del consenso.

Preciso subito che il significato del dolo 'determinante' è ben diverso da quello dell'errore 'determinante'¹¹⁴³. Se è vero, infatti (art. 1430 c.c.), che l'errore risulta essenziale anche quando è sulla quantità (e, ad esempio, sul prezzo)¹¹⁴⁴ ed è

svalcherebbe il precetto dell'art. 1439, comma 2, c.c.; sulla tendenza moderna a sovrapporre parzialmente dolo ed errore v. R. SACCO, *Considerazioni conclusive*, in *La vendita 'porta a porta' di valori mobiliari*, a cura di M. Bessone e F.D. Busnelli, Milano, 1992, p. 181). Cfr., del resto, H.C. GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, 1997 p. 16 s. (secondo cui si potrebbe discutere sulla sufficienza del dolo eventuale, alla base della *arglistige Täuschung*, ma non della colpa), nonché C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 163 e 665. V. però pure V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 170 s. e 761 ss., il quale, mentre allarga molto l'ambito della responsabilità per omessa o erronea informazione, amplia anche lo spazio del dolo negoziale (mentre mantiene con evidenza uno spazio tra vizio del consenso e scorrettezza E. DAMIANI, *Informazioni precontrattuali e responsabilità*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, p. 174). Non mi convincono, invece, le tesi di R. SACCO, *La volontà*, cit., p. 549 ss.: in particolare, se è vero che ai sensi dell'art. 2043 c.c. dolo e colpa sono equiparati, ciò non vuol dire che lo siano anche ai fini della disciplina del dolo negoziale (tanto più che, dal punto di vista della lesione della buona fede, è appunto la correttezza a sancire quali condotte debbono essere tenute; da quello, invece, dell'annullabilità del negozio, il problema è di fattispecie, e riguarda i presupposti dell'invalidità, che nulla hanno a che fare con la responsabilità aquiliana); inoltre, non ritenere annullabile il contratto in assenza di una condotta intenzionale non vuol dire non sanzionare il soggetto in colpa (proprio perché può rilevare anche l'errore, oppure possono emergere profili risarcitori). Quanto all'idea per cui il raggio 'colposo' sarebbe conforme alla tradizione storica (da ultimo in P. LAMBRINI, *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in *Tutele rimediali in tema di obbligazioni*, a cura di L. Garofalo, Torino, 2015, p. 325 ss.), non lo posso negare: ma ciò non vuol dire che il dolo, come vizio del contratto (che ha seguito una sua propria evoluzione, riassunta da M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 37 ss. – da correggere, però, là dove [p. 39] segue la critica interpolazionistica in merito alla natura arbitraria dell'*actio de dolo*: v. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, p. 54 –), non consista oggi in una condotta intenzionale; viceversa, l'osservazione della studiosa impone di abbracciare nella direttiva dell'art. 1337 c.c. anche condotte solo colpose. V., infine, M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 225.

¹¹⁴² Ci si dovrà domandare se, in tal caso, l'artificio rilevi nell'ambito di un interesse legittimo tra l'ingannato e il terzo, autonomamente nato in base al contatto (come in ogni caso di informazioni aventi un oggetto serio: v. oltre), o in quello di un interesse legittimo sorto in virtù della consapevole interferenza del terzo nelle trattative.

¹¹⁴³ La differenza tra *dolus causam dans* e *dolus incidens* affonda nel diritto comune (cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, p. 670), e ha ben altro scopo rispetto a quella tra errore determinante o meno (ove il requisito serve piuttosto a stringere le maglie del vizio della volontà).

¹¹⁴⁴ In realtà la norma contenuta nell'art. 1430 c.c. è ben più complessa. Nella parte in cui sottintende un errore delle parti nella mera indicazione di una cifra, ossia un mero errore in un'operazione aritmetica, la disposizione replica la regola di cui all'art. 1362 c.c. (o comunque detta una regola di esecuzione del contratto; cfr. per la prima, e tradizionale, tesi L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 523; per la seconda A. DI MAJO GIAQUINTO,

‘determinante’, deve ritenersi che anche ove una parte abbia creduto di contrattare per un prezzo inferiore o superiore di quello praticato (che non avrebbe accettato) il contratto sia annullabile per errore, salvo il potere della controparte di proporre la rettifica. Viceversa, l’art. 1440 c.c.¹¹⁴⁵ si riferisce a un dolo ‘non determinante’ anche nel caso in cui, senza i raggiri, il contratto «sarebbe stato concluso a condizioni diverse»: ovvero, e ad esempio, a un prezzo inferiore. Se il significato fosse lo stesso, però, non si comprenderebbe come un dolo possa essere non determinante¹¹⁴⁶: giacché un dolo, in assenza del quale la volontà del contraente si sarebbe formata in modo esattamente identico, è semplicemente irrilevante (in quanto ininfluenza).

Se ne deve dedurre, a mio avviso, che il ‘determinante’ di cui alla disciplina del dolo vuol riferirsi al fatto che, senza l’artificio, la parte ingannata non avrebbe mai concluso il contratto, ovvero – di norma – non si sarebbe procurata il bene¹¹⁴⁷. Nel caso dell’errore, invece, il ‘determinante’ sta proprio a significare che, senza il vizio della volontà, non si sarebbe concluso ‘quel’ contratto, come storicamente determinato¹¹⁴⁸.

L’esecuzione, cit., p. 169, nt. 165). Nel caso, viceversa, in cui le parti (o una) abbiano fatto affidamento sulla cifra indicata nel dare il consenso contrattuale, allora si tratterebbe di un vero e proprio errore (e non solo di un errore per così dire ‘materiale’). In questo caso la rettifica avrebbe un suo senso; la legge la prevedrebbe però, eccezionalmente, quale unico rimedio. Solo nel caso di errore essenziale sulla quantità si avrebbe un’ipotesi di errore causa di annullamento. Per questa lettura cfr. V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 422 ss. (ma già 416 ss.); cfr. pure E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, cit., p. 242 e, per la giurisprudenza, Cass. civ., Sez. II, 20 marzo 1995, n. 3228; in senso parzialmente diverso E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, p. 99.

¹¹⁴⁵ Su questa previsione vedi almeno C. CASTRONOVO, *Vaga culpa*, cit., p. 4, nt. 5; T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in *Actio in rem e actio in personam*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, p. 611 ss.; ID., *Dolo incidente: quantum risarcitorio e natura della responsabilità*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1192 ss.; F. PIRAINO, *Intorno*, cit., p. 1144 ss. (il quale, tra l’altro, in nota si sofferma sullo «sparuto ... novero delle pronunce che vi hanno fatto ricorso»); M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 123 ss.

¹¹⁴⁶ V. L. MENGONI, *Metus causam dans e metus incidens*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, e oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011 (da cui citerò), p. 558: «il concetto di dolo incidente ... è il risultato di un procedimento di astrazione. Anche in questa ipotesi i raggiri sono stati determinanti del consenso *quale fu in concreto manifestato*; ma il complesso delle circostanze, che hanno accompagnato la conclusione del contratto, lascia indurre una volontà potenziale, la quale si sarebbe presumibilmente manifestata *nisi dolus incidisset*». V. pure G. D’AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 117 ss.

¹¹⁴⁷ V. anche F. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 68, e A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 317, nt. 173. Le spiegazioni tradizionali solitamente ritengono che il dolo incidente sia quello che riguarda profili accessori (A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 175 s.) oppure che sia quello non ha costituito la ragione unica del negozio (cfr. C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo*, cit., § 5: «se invece oggetto del dolo è una circostanza non essenziale, o secondaria, o comunque esso non costituisce la causa unica o principale del negozio ...»). Ma, se così fosse, nel primo caso nulla vieterebbe di ritenere che si tratti di un vizio determinante del consenso (di ‘quel’ consenso), mentre nel secondo, se non fosse determinante, addirittura non avrebbe alcun effetto.

¹¹⁴⁸ Nel senso che chi è caduto in errore dovrà dimostrare che, ove avesse avuto una percezione chiara della realtà, non avrebbe concluso ‘quel’ contratto: ma avrebbe, ad esempio, accettato solo delle diverse condizioni. Ovviamente, ciò varrà solo se vi sia un effettivo divario (non, ad esempio, se si

Il che è perfettamente in linea con il trattamento più rigido, verso la controparte, del dolo (il dolo, si badi, è sicuramente un vizio più grave dell'errore: sia ontologicamente, sia per il trattamento che riceve: si pensi solo al fatto che rende rilevante un errore sui motivi). Quest'affermazione va spiegata.

La disciplina dell'errore consente di sciogliersi da un vincolo ogni qual volta il contraente incappato nella falsa rappresentazione possa dolersi di una difformità tra quanto protetto dall'interesse legittimo e quanto invece garantito dal contratto, purché vi sia (oltre alla riconoscibilità) la prova che l'errore cada su certi elementi. In particolare, ove esso riguardi determinate circostanze, si deve pure dimostrare che, senza di esso, il contraente non avrebbe mai concluso 'quel' contratto, e cioè a quelle determinate condizioni (si tratta di tutte le lettere dell'art. 1429 c.c., tranne l'ultima – l'errore sulla natura o sull'oggetto non può che essere determinante –, e dell'ipotesi di errore sulla quantità).

La disciplina del dolo non solo consente di sciogliersi dal vincolo nelle ipotesi in cui esso sia del tutto inutile, perché a nessuna condizione lo si sarebbe accettato (in tal caso, il *deceptus* vuole anzitutto trovarsi a non esserne più vincolato, e aspira solo di conseguenza a chiedere il risarcimento dell'ulteriore danno: questo è proprio ciò che la legge gli consente, prevedendo l'annullabilità del contratto solo *ex* art. 1439 c.c.), ma permette pure di adeguare il vincolo nelle ipotesi in cui esso non collimi con quanto creduto in fase di trattativa.

La difformità tra l'aspirazione protetta dall'interesse legittimo e il contratto concluso, dunque, concreterà una lesione dell'interesse legittimo stesso, prodotta sia dal contratto in sé considerato, sia dalla condotta (sicuramente scorretta) di controparte. Essa, però, non consentirà l'annullamento nei casi dell'art. 1440 c.c., non tanto per penalizzare il *deceptus* rispetto a quanto avviene in caso di errore, ma per concedergli una facoltà aggiuntiva.

Nell'ipotesi in cui l'ingannato avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse¹¹⁴⁹, la legge viene in suo aiuto, e anziché consentirgli di sciogliersi dal vincolo e chiedere il risarcimento del danno, gli impone – e, quindi, gli permette – di chiedere solo il risarcimento del danno. Tale risarcimento, in astratto, dovrebbe parametrarsi all'interesse negativo, calcolato sulla situazione in cui si sarebbe trovato il soggetto leso senza la trattativa e senza il vincolo dannoso: se Tizio compra per 10, credendo di acquistare per 5, un bene in vendita altrove a 5, il risarcimento dovrebbe essere pari a 5; se Tizio compra, invece, per 10 un bene che vale 8, ma che il contraente crede di acquistare per 5, il risarcimento sarebbe pari soltanto a 2, oltre eventualmente alle spese che non si sarebbero sopportate e alle occasioni favorevoli che si sarebbero

lamentasse un ricarico del prezzo infimo). V. anche G. D'AMICO, *Regole di validità e principio*, cit., p. 125 ss.

¹¹⁴⁹ Senza che cambi la natura del contratto: dunque, sarà questa la tutela ove l'oggetto dell'interesse legittimo constasse di un prezzo minore; non sarà questa ove il prezzo fosse così irrisorio da tramutare il contratto in vendita *nummo uno*.

sfruttate. Ma se l'ammontare fosse calcolato su queste basi, si dovrebbe tornare a dire che l'art. 1440 c.c. si ritorce contro il *deceptus*, il quale sarebbe meglio tutelato in caso di errore mero, quanto meno nelle ipotesi in cui non avrebbe acquistato il bene per un valore pari o superiore a quello di mercato (ove potrebbe chiedere l'annullamento, tutt'al più procurandosi altrove il bene, e però sperando anche nella rettifica del contratto¹¹⁵⁰).

Il fatto è che, nel caso di interesse negativo, non si valuta mai la *chance* che si avrebbe avuta di concludere un contratto, con la controparte, a condizioni più vantaggiose, giacché – anche qualora la lesione della buona fede si cristallizzi in un contratto – ci si può lamentare verso l'altro contraente di aver fatto nascere un affidamento inutile e dannoso (per le spese fatte e le occasioni perse e anche per la permanenza attuale di un vincolo contrattuale sfavorevole), ma non ci si può dolere di aver concluso a condizioni inique o inaccettabili¹¹⁵¹. Il frodato, cioè, non potrà provare che, in assenza del raggio, avrebbe convinto la controparte a concludere a condizioni diverse, o che avrebbe avuto una probabilità di farlo.

Tuttavia, la norma versata nell'art. 1440 c.c., a mio avviso, ha voluto proprio superare questi principi generali. Essa avrebbe, cioè, inteso assicurare un risarcimento dell'interesse non più negativo, ma positivo¹¹⁵²: in altri termini, ciò che è un interesse legittimo pretensivo negativo, diverrebbe positivo, limitatamente ai profili in considerazione, proprio in ragione dell'avvenuta conclusione del contratto¹¹⁵³. Lo

¹¹⁵⁰ L'idea che la rettifica possa essere applicata anche fuori dall'ambito dell'errore, sostenuta da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 680, non mi persuade, giacché va contro l'intenzione del legislatore, che è stata quella di non ammettere questo potere in capo a chi ha ingannato o ha esercitato violenza sulla controparte (oppure si è avvalso del raggio altrui, o semplicemente ha concluso un negozio con un soggetto da altri minacciato). R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., p. 590 s., esclude l'interpretazione analogica, ammettendo però un'eccezione di dolo, in talune circostanze, nei confronti di colui che esercita un potere di annullamento.

¹¹⁵¹ Lo stesso avviene in caso di interruzione ingiustificata delle trattative. La giurisprudenza francese ha sottolineato bene questo profilo (C. CASTRONOVO, *Vaga culpa*, cit., p. 18).

¹¹⁵² Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 668. Secondo P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 545, il dolo incidente assicura la giustizia contrattuale. Può essere: anzi, esso va anche oltre, e assicura una giustizia contrattuale per così dire 'individuale', cui non mancano effettivamente profili di danno punitivo. Anche secondo A. SAGNA, *Il risarcimento*, cit., p. 281, si tratta di una «lesione particolare ed autonoma non identificabile nell'interesse negativo in senso stretto ma nell'interesse positivo». V. pure T. DALLA MASSARA, *Dolo incidente: quantum risarcitorio*, cit., p. 1192 ss., p. 1193 (in commento a Cass. civ., Sez. III, 29 marzo 1999, n. 2956). A questo risultato portano pure le considerazioni di A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 317, nt. 173. Secondo G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1137 s., si tratterebbe di un interesse negativo, ma da parametrarsi all'«ipotetico interesse 'positivo' che sarebbe sorto in capo al soggetto se il regolamento contrattuale fosse stato definito in assenza del dolo» (il che è perfettamente logico nella prospettiva, che però non accolgo, di una prova, data dal contraente raggirato, relativa al contenuto del regolamento 'senza il dolo').

¹¹⁵³ L'ordinamento consente in linea generale che un interesse legittimo pretensivo negativo abbia un'anima pure positiva, ogni volta in cui non si limita a sanzionare la nascita dell'inutile contatto, ma vuole pure garantire, seppur solo eventualmente, il vero e proprio risultato finale. In tal caso la legge prenderà in considerazione l'affidamento nato in virtù del contatto non solo in forma generica, ma pure

diventerebbe, si badi, per un istante ideale: non appena compiutasi la trasformazione, esso risulterebbe leso. Il risarcimento, dunque, dovrà parametrarsi alla differenza tra l'aspirazione di una parte e quanto davvero concluso¹¹⁵⁴: ossia, e proprio, all'interesse finale protetto dall'interesse legittimo.

come situazione su cui introdurre la protezione (diretta, seppur eventuale) dell'interesse finale. A mio avviso lo stesso avviene, già in fase di trattative, per quanto riguarda la discriminazione contrattuale (su cui v., con soluzioni diverse, che danno rilievo anche al fatto che la contrattazione sia preceduta da un'offerta al pubblico o pure alla diffusione in un certo mercato ristretto di pratiche discriminatorie, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 203 ss.; U. BRECCIA, sub art. 1322 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 104 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.; B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *NGCC*, 2012, p. 186 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.; D. MAFFEIS, *Il divieto di discriminazione*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1563 ss., e spec. p. 1587 s. e 1590 ss.). In altri termini, colui che durante le negoziazioni si ritira da esse solo per motivi etnici, razziali o religiosi va incontro alla lesione di un interesse legittimo, che in questa dimensione appare non solo pretensivo, ma pure positivo. Ciò non vuol dire che uno dei soggetti sia tenuto a contrattare o a contrarre con la parte che a lui si rivolge; piuttosto, impone di ritenere che, se in pari circostanze la negoziazione si sarebbe avviata e si sarebbe conclusa a certe condizioni, lo stesso deve avvenire qualsiasi sia il colore della pelle dell'altra persona. Questo non deve sconcertare: piuttosto, va tenuto entro margini molto ristretti. I quali, d'altronde, si traducono in una prova quasi impossibile per il soggetto discriminato (come del resto la dottrina giuslavoristica nota a proposito del licenziamento intimato discriminatoriamente; la prova sarà, il più delle volte, fornita tramite il confronto con la situazione del soggetto danneggiante dopo la lesione: ad esempio, ove si provi che questi abbia concluso lo stesso contratto, non *intuitus personae*, con un diverso soggetto, che forniva garanzie di adempimento analoghe, alle stesse condizioni proposte, vi sarà stata discriminazione). La lesione in parola permetterà di agire, dunque, per un interesse positivo: anzitutto in forma inibitoria (anche d'urgenza), secondo quanto dirò degli interessi legittimi pretensivi positivi nel diritto privato; in secondo luogo, e ove la tutela inibitoria non risulti più utile (il bene è stato ormai concesso ad altri), in via risarcitoria (ma non per applicazione dell'art. 2058, là dove esclude il r.f.s. in caso di impossibilità o eccessiva onerosità – così D. MAFFEIS, *Il divieto*, cit., p. 1591 –, bensì perché l'interesse legittimo si è ormai estinto per lesione definitiva, e dunque si pone solo una questione risarcitoria). La conclusione cui giungo è imposta, a mio avviso, dalle fonti europee e da quelle interne, che tutelano dalle discriminazioni anche sul piano del diritto privato; inoltre, la tutela di un mero interesse negativo sarebbe il più delle volte del tutto inidonea (fermo restando che, in pari situazioni, di fatto spetterà alla parte lesa la scelta se attivare la parte negativa o quella positiva dell'interesse legittimo). Proprio su queste idee si è basata la Corte di giustizia europea, allorché ha sancito il principio per cui la violazione dei principi in materia di discriminazione non può comportare, nell'ambito della responsabilità precontrattuale – si trattava della domanda di assunzione di due assistenti sociali presso un istituto di pena – il solo risarcimento dell'interesse negativo, ma deve estendersi a quello positivo (il riferimento va a Corte giust., 10 aprile 1984, in C-14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*). In ultimo, avverto che la mia idea va collegata alla tutela predisposta dall'art. 44, d.lgs. 286/1998, e dall'art. 28, d.lgs. 150/2011, i quali prevedono forme di tutela inibitoria (con ordine di rimozione degli effetti) e risarcitoria, tramite il veloce rito previsto dall'ultima disposizione citata (v. anche M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 439 ss.). A dire il vero, anche qualora si interpreti la disciplina come fonte di una 'norma di protezione' vigente in ambito extracontrattuale, è da dire che la tutela viene assorbita, nei casi in esame, da quella dell'interesse legittimo (dovendosi però, probabilmente, rispettare il rito previsto dall'art. 28).

¹¹⁵⁴ L'interesse negativo, qui, si dovrebbe invece commisurare allo stato del soggetto senza il contratto (e le trattative). Viceversa, non è necessario provare che contratto si sarebbe concluso se il *deceptus* avesse scoperto il dolo e di conseguenza convinto la controparte a perfezionare il vincolo a diverse condizioni: da un lato, infatti, tale prova potrebbe essere impossibile (o comunque ridursi a una dimostrazione in termini di *chances*); dall'altro, essa non è richiesta dalla legge. Né, a tal fine, si deve immaginare che il codice presuma (in modo relativo o assoluto) che il contratto sarebbe stato concluso a

Se è così, però, non può ritenersi che il dolo incidente costituisca il paradigma dei ‘vizi incompleti’¹¹⁵⁵. Essi, che pur sono una categoria dogmatica di sicura cittadinanza, si troverebbero meglio rappresentati in altre circostanze: ossia, tutte le volte in cui vi è una lesione dell’interesse legittimo che l’ordinamento non tutela attraverso l’annullamento del contratto (anche, eventualmente, per tutelare in forma specifica l’affidamento della controparte). Ma in caso di dolo non si assisterà a un’applicazione di questa teorica: mentre né in caso di violenza, né di errore potrà parlarsi di un vizio solo ‘incidente’ che non dia luogo all’annullamento del contratto, ma che permetta il risarcimento dell’interesse positivo, mancando il riferimento normativo a tal riguardo necessario¹¹⁵⁶.

quelle diverse condizioni (come talvolta ritiene la giurisprudenza: v. A. SAGNA, *Il risarcimento*, cit., p. 285). Si tratta, infatti, dello stesso mutamento dell’interesse legittimo, da negativo a positivo, a imporre questo risultato: la controparte, infatti, dal momento della conclusione del contratto – e contemporaneamente a esso – si trova a non poter rifiutare il perfezionamento dello stesso (alle condizioni volute dal raggirato) se non per motivi legittimi; tra questi non figura senz’altro il fatto di voler contrarre a diverse condizioni; la stessa avvenuta conclusione dimostra una volta per tutte che, salvo per le condizioni inaspettate, il raggirante avrebbe voluto quel contratto. Per questa ragione, le formule che solitamente la dottrina usa per definire il *quantum* di danno nel caso del dolo incidente non mi sembrano del tutto appaganti: il «minor vantaggio» o «maggior aggravio economico conseguente alla diversa determinazione del contratto per effetto dell’intervento doloso» (cui si riferisce C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 667) impone di confrontare il contratto concluso con un’ipotetica diversa situazione (ripeto, di difficilissima prova: e che dire poi del caso in cui non si riuscisse a dimostrare che la controparte, che ha ingannato, avrebbe accettato le differenti condizioni?), mentre il risarcimento va parametrato esattamente all’aspirazione protetta; le «utilità perse dalla vittima per avere contrattato alle condizioni suggerite dall’inganno» (così V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 770) non precisa se tali utilità sono quelle che sarebbero derivate da una contrattazione senza dolo, o proprio da quel contratto che il *deceptus* immaginava di concludere.

¹¹⁵⁵ Anzi, dovrebbe riconoscersene la natura eccezionale (così L. MENGONI, *Metus*, cit., p. 558). Ne è invece il «prototipo» secondo V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 771, e il «modello» per M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 16 (v. pure p. 127 ss., ove comunque si aderisce alla tesi mengoniana: v. spec. p. 129; il fatto è che, per l’autrice, la norma può essere ritenuta eccezionale, ma non lo è dal punto di vista della convivenza tra validità del contratto e responsabilità precontrattuale). Vizio incompleto, in un certo senso, è il dolo del terzo non conosciuto dalla controparte. In tal caso il risarcimento, però, dovrebbe avere ammontare differente, e precisamente pari – sempre – al solo interesse negativo (soltanto ove ricorrano gli estremi dell’art. 1440 c.c. potrebbe presupporre una responsabilità solidale).

¹¹⁵⁶ Quanto all’errore, militano le ragioni che ho esposto nel testo, e che differenziano un eventuale errore ‘incidente’ (che in realtà è ‘determinate’, come errore) da un errore che concreta un ‘vizio incompleto’. Quanto alla violenza, la soluzione a mio avviso è logica, più che positiva: chi subisce la violenza non confida in un risultato positivo eventuale che non conosce, ma è semmai leso nel suo interesse a non concludere contratti sotto minaccia (si ricordino i due nuclei dell’interesse legittimo precontrattuale). D’altro canto, se la ragione fosse d’ordine positivo, dimorando nella maggiore gravità della violenza, non si capirebbe perché il contraente minacciato non può semplicemente far valere il rimedio che più gli aggrada. Sul punto v. G.B. FUNAIOLI, *La teoria della violenza nel negozio giuridico*, Roma, 1927, p. 29 s., secondo cui al fondo dell’esclusione di una violenza incidente vi sono ragioni logiche; viceversa, L. MENGONI, *Metus*, cit., p. 555 ss., pur ammettendo che concetti come quello del dolo incidente sono frutto di un’astrazione, e che una violenza incidente sarebbe di difficile ricorrenza pratica, ritiene che sia solo una motivazione positiva (l’eccezionalità della norma recata nell’art. 1440 c.c., non suscettibile di interpretazione analogica) a impedirne la rilevanza nel nostro ordinamento; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 85 s. (per cui è remota, anche se pur sempre ipotizzabile,

A questo punto, però, debbo compiere una precisazione, soprattutto alla luce degli intendimenti della più recente dottrina e della giurisprudenza degli ultimi anni, che tendono ad ampliare sempre più le maglie del dolo incidente. Un soggetto potrebbe essere indotto dolosamente a concludere un certo contratto che, in ipotesi, non solo non avrebbe concluso alle condizioni praticate, ma che nemmeno può essere adattato in via strettamente risarcitoria a quelle erroneamente credute: ad esempio, Tizio suppone di comprare per 50 il bene X, anziché quello Y, o di vendere per 5 il fondo Z non edificabile, che in realtà lo è. Tizio, infatti, non solo non ha comprato il bene X per 50, ma non lo avrebbe nemmeno acquistato per quella somma, e non può ottenere in via risarcitoria l'adattamento delle condizioni contrattuali a quelle immaginate (che costituiscono il nucleo dell'interesse protetto). Cionondimeno, il nostro Tizio potrebbe aver avuto un interesse ad acquistare il bene Y, magari per 5 (pari, o anche inferiore, al suo prezzo di mercato), o a vendere il fondo, di cui ha scoperto l'edificabilità, per 50. Si potrebbe ritenere che anche in tali casi sia attivabile la tutela dell'art. 1440 c.c.¹¹⁵⁷, la quale non si parametrerebbe nemmeno sull'interesse positivo, ma su una diversa misura (che si dovrebbe ritenere sancita legislativamente).

A me pare preferibile, però, concludere nel senso che ipotesi del genere concretino un dolo determinante, e non solo incidente¹¹⁵⁸: anche perché l'altra idea finirebbe per tradursi non solo in un risarcimento del danno 'punitivo' nei confronti dell'artefice dell'inganno (nessun dubbio che egli vada 'punito': ma le sedi sono altre, e in particolare quella penale), ma soprattutto nel risarcimento di un danno impossibile da predeterminare e di fatto demandato, nel suo ammontare, proprio al *deceptus*, cui

una violenza tesa a far concludere un contratto voluto a condizioni deteriori – sul che concordo, senonché il punto non è questo: il problema è che la violenza, una volta esercitata, toglie qualsiasi rilievo, già da un punto di vista logico, a un affidamento diretto a un risultato positivo, venendo protetto solo l'interesse a non subire danni).

¹¹⁵⁷ Secondo G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale per violazione di un obbligo di informazione*, in *Danno resp.*, 2010, § 4, si dovrà far riferimento al prezzo che «sarebbe stato pagato se fosse stato noto il vero stato delle cose (prezzo ipotetico)». Ma l'epilogo è nel senso per cui «normalmente la vittima della violazione non riesce a dare questa prova». Meglio, a mio avviso, serrare i ranghi del dolo incidente, e rinvenirlo solo nelle ipotesi di cui parlo nel testo, in cui – tra l'altro – la prova in questione è molto più semplice. L'autore, poi, propone altri due criteri: l'uno, che si risolve in quello di cui ai vizi 'incompleti'; il secondo, invece, che richiede un più complicato calcolo, in cui rientra un'ulteriore fattore (il prezzo reale, oltre al valore reale e al valore ipotetico). Tuttavia, nessuno di questi mi pare appagante: il primo, perché poco tutelante; il secondo, perché legato all'estemporaneità di un prezzo pagato diverso da quello ipotetico (mentre, per il resto, si risolve nel criterio che ho prima indicato).

¹¹⁵⁸ Se proprio lo si volesse vedere come dolo incidente, bisognerebbe comunque risarcire un interesse positivo, da calcolarsi come il vantaggio che l'altro contratto avrebbe attribuito, cui dovrebbe aggiungersi il risarcimento per l'aver subito un diverso contratto (questo da parametrarsi stando al valore di mercato del bene acquistato). La soluzione, però, finirebbe pure per danneggiare il contraente protetto, che potrebbe preferire lo scioglimento dal vincolo. Inoltre, essa finirebbe per far divenire il dolo quasi sempre incidente, giacché chi conclude un contratto, venendo ingannato, solitamente suppone di aderire a un diverso regolamento (o sulla base di dati fattuali differenti) rispetto a quello perfezionato.

sarebbe rimessa l'indicazione della cifra a cui avrebbe comprato, in via del tutto ipotetica, il bene in questione¹¹⁵⁹.

Il punto deriva probabilmente da un equivoco: nei casi in esame la richiesta del mero risarcimento non coinciderebbe con una domanda *ex art.* 1440 c.c., ma con una di risarcimento del danno *ex art.* 1439 c.c., formulata a prescindere dall'annullamento. Così, Tizio potrebbe, anziché annullare il contratto di acquisto del bene Y, chiedere il risarcimento per 'contratto dannoso', ossia per aver perso occasioni più proficue di spesa del suo denaro, che magari gli avrebbero portato un profitto e gli sarebbero costate di meno, oltre che per aver speso più del necessario per un certo oggetto il cui valore di mercato è inferiore (questa voce si calcolerà sottraendo il prezzo di mercato a quello pagato)¹¹⁶⁰. Tizio, inoltre, chiederebbe la differenza di valore tra quanto ricevuto per la vendita del fondo Z, in realtà edificabile, e quanto avrebbe potuto ottenere.

Si potrebbe concludere che questo è il vero dolo incidente, ribaltando la prospettiva da cui si è partiti. Ma questo non mi sembra accettabile, proprio perché si finirebbe per supporre che proprio i casi di dolo, in cui un soggetto immagina di procurarsi un bene per una cifra inferiore al valore di mercato (o a condizioni diverse da quella accettate), rimarrebbero senza sanzione adeguata (il *deceptus* finirebbe per accontentarsi della differenza tra il valore del bene e il prezzo pagato, pur non avendo mai voluto contrarre alle 'nuove' condizioni); viceversa, ritenere che i danni si debbano parametrare sempre alle diverse condizioni di contratto a cui si sarebbe acquistato (o venduto) porterebbe, come scrivevo, a un danno punitivo, nei casi in cui il *deceptus* avrebbe concluso quel contratto a un prezzo che, pur non irrisorio, è inferiore a quello normale.

Se è giusto quanto ho scritto, bisogna dedurre che in caso di dolo si potrà chiedere l'annullamento del contratto ogni qual volta senza i raggiri non si sarebbe semplicemente contrattato a condizioni diverse, ma non si sarebbe voluto in alcun modo concludere un accordo per procurarsi quel bene o quel servizio: nel senso che a causa dei raggiri si è creduto di procurarsi un bene o un servizio diversi, o di soddisfare esigenze differenti (ossia motivi personali diversi). L'interesse protetto dal nostro interesse legittimo è dunque totalmente dissonante: ad esempio, Tizio confida di avere

¹¹⁵⁹ Viceversa, il risarcimento in questione deve sempre appuntarsi su valori obiettivi, o comunque obiettivamente determinabili a partire dalla soggettiva visuale del raggirato. Mi riferisco, ancora una volta, alla necessità che il risarcimento sia rapportato a ciò che l'interesse legittimo protegge (pur in forma eventuale) come interesse finale. V. del resto v. pure F. PIRAINO, *Intorno*, cit., p. 1153, e poi 1157, secondo cui nel caso di dolo è possibile «risalire ... al contenuto specifico della deformazione del contenuto del contratto». Ma per giungere a quest'esito a me pare ultroneo il riferimento (p. 1155) alla necessaria intenzionalità del dolo.

¹¹⁶⁰ Resta, questo, un interesse negativo, proprio perché è calcolato sul danno (rispetto ai prezzi di mercato) che un contratto può provocare. *Contra* M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 180 ss., secondo cui la prospettiva dei vizi incompleti impone di rivedere il concetto di interesse negativo, vedendolo «in positivo», come interesse (o pretesa) ad un altrui comportamento, conforme agli obblighi in cui, volta a volta, si specifica la clausola generale di buona fede».

mele ed invece sono pere¹¹⁶¹. Viceversa, non può essere chiesto l'annullamento ove a causa dei raggiri si è creduto di procurarsi quel bene o quel servizio ma a condizioni diverse da quelle praticate (prezzo più basso, assenza di certe clausole, e così via¹¹⁶²): nel qual caso non v'è il potere della controparte di rettificare il contratto, ma dovranno essere risarciti tutti i danni (in modo da portare il *deceptus* nella posizione in cui sarebbe stato se il suo interesse legittimo fosse stato pienamente, con riguardo ai profili di errore causato dal dolo, soddisfatto).

Questa analisi richiederebbe di concludere in merito alla pregiudizialità tra annullamento e risarcimento: rinvio però a poco più avanti quest'esame. Prima di passare a considerare proprio questi profili, nonché quelli dei vizi incompleti (assieme al rapporto tra norme di validità e di responsabilità e alla 'pregiudizialità civile'), continuerò in questa breve rassegna dei vizi del consenso.

Quanto all'errore, è palese come l'ordinamento cerchi di confinarlo (quale causa di invalidità) a determinate ipotesi, le quali non sempre si accompagnano a una lesione della buona fede¹¹⁶³, ma che sempre sono in funzione di rimedio per il pregiudizio dell'interesse legittimo.

Nel caso dell'errore avviene, comunque, che vi sia una discrepanza tra l'interesse protetto in sede di trattativa, pur sempre eventualmente, e quello garantito dal contratto: discrepanza che si cristallizza nel contratto stesso.

Ciò detto, ci si può domandare se colui che è incorso in errore possa, ove il vizio del consenso si accompagni a una scorrettezza, chiedere il risarcimento del danno anziché impugnare il contratto: e vale la pena di chiederselo anche con riguardo alla violenza e al dolo.

Con riferimento all'errore, a me sembra che la soluzione negativa sia imposta, oltre che dall'applicazione di un principio generale e residuale, dalla previsione circa la rettifica¹¹⁶⁴ dell'errore (art. 1432 c.c.¹¹⁶⁵): ove la si potesse aggirare formulando solo una

¹¹⁶¹ V. R. SACCO, *La volontà*, cit., p. 573 (che, però, non distingue il risarcimento in caso di dolo incidente da quello della diversa ipotesi di dolo determinante e contratto convalidato – o comunque non annullato –) e 625.

¹¹⁶² Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 770.

¹¹⁶³ Si pensi, ad esempio, all'errore comune non riconoscibile, o a quello ostantivo.

¹¹⁶⁴ La rettifica *ex art. 1432* è secondo i più un atto negoziale recettizio di esercizio di un diritto potestativo (volto a evitare l'annullamento; di recente R. DI RAIMO, sub *art. 1432 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2011, p. 132), idoneo a modificare unilateralmente il regolamento contrattuale (lo nota G. MARINI, *Il contratto annullabile*, in *Tratt. Roppo*, IV-1, Milano, 2006, p. 424; V. pure V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 237 e, implicitamente in questo senso, pure R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., p. 593, e M. FRANZONI, sub *artt. 1425-1426 c.c.*², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, p. 60). A qualcuno è parso difficile ricostruire in questo modo la rettifica, giacché la legge parla di 'offerta' (che sembrerebbe semplicemente aprire un procedimento volto alla conclusione di un nuovo contratto), ma a favore della tesi in parola sta l'osservazione per cui il contraente, che 'offre' la rettifica, non abbisogna di alcun consenso della controparte per mantenere il contratto rettificato. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 679; E. QUADRI, *La rettifica*, cit., p. 35; V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 232 (anche se con una limitazione – p. 237 – non condivisibile); V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 801 (con qualche ambiguità). Si

domanda risarcitoria, essa sarebbe paralizzata e svuotata del suo senso (che consiste nell'assegnare un diritto potestativo, finché non sia 'derivato pregiudizio' secondo l'indicazione legislativa). La prevalenza del rimedio caducatorio su quello risarcitorio dovrà comporsi, probabilmente, applicando l'art. 1227, comma 2, c.c., per come adattato dall'art. 30 cod. proc. amm.¹¹⁶⁶

Tale limite, però, non s'impone alla violenza e al dolo¹¹⁶⁷: in particolare¹¹⁶⁸, invece, la sua previsione nel dolo farebbe sì che il soggetto minacciato o frodato fosse meno tutelato di quello caduto in errore¹¹⁶⁹ (che può sempre sperare nella rettifica: la

riconosce, in quest'ipotesi, la necessità delle parte rettificante di intervenire su un regolamento, e non solo di offrirne una interpretazione. In dottrina vi è chi accosta l'art. 1432 c.c. al principio di conservazione (per tutti: V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 235). Proprio quest'osservazione è rifiutata da quanti ritengono necessario distinguere la disciplina della rettifica e le regole relative all'interpretazione (cui, secondo l'opinione di C. GRASSETTI, *Conservazione [principio di]*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 173 ss., dovrebbe accostarsi il principio di conservazione); v. R. DI RAIMO, sub *art. 1432 c.c.*, cit., p. 132.

¹¹⁶⁵ Applicabile a qualsiasi tipo di errore, non rilevando a mio avviso qui la distinzione tra 'determinante' e 'incidente' come in tema di dolo. V. R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., p. 590 s.

¹¹⁶⁶ Così, anche lasciar decorrere il termine per l'impugnazione del contratto imporrà di ritenere risarcibile solo l'ulteriore danno che, ove l'atto fosse stato caducato, sarebbe comunque stato risarcito (e per equivalente). Cfr. anche V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 827 (il quale nota come, talvolta, la scelta di annullare possa addirittura incrementare il danno: dunque – nella mia ottica – non opererà alcuna pregiudizialità). Di recente, su questi punti, cfr. pure G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 288 s.

¹¹⁶⁷ In termini generali, su dolo e violenza, cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 162; contrario M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 481. Sul dolo cfr. Cass. civ., Sez. I, 19 settembre 2006, n. 20260, su cui v. C. CHESSA, *Dolo omissivo del cliente e responsabilità nei confronti della banca*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2115 ss. V. anche F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 68 («il soggetto ingannato può chiedere il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale anche se non vuole agire per fare dichiarare l'annullamento del contratto»); A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 331 ss., spec. p. 333; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temì*, 1965, p. 458; R. SACCO, *La volontà*, cit., p. 573 (il quale però inserisce il «limite per cui la vittima non può adoperare il contratto annullabile tenendolo in vita apposta per fabbricarsi in tal modo perdite che altrimenti non esisterebbero»; in termini generalissimi, per cui tramite gli artt. 1337, 2043 e 2058 c.c. si rende idoneo qualsiasi 'vizio del consenso' a «scatenare la distruzione di tutto il contratto ... o, alternativamente, la riduzione a giustizia del rapporto contrattuale», v. p. 621); *contra* L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 335. Quanto alla violenza, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 174 (che parrebbe ammettere la domanda risarcitoria in via suppletiva rispetto alla mancata previsione legislativa della violenza incidente); in senso dubitativo L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 336 s. Cfr. anche P. LAMBRINI, *Dolo generale*, cit., p. 127, nt. 28

¹¹⁶⁸ E fermo restando che il danno, inteso come conseguenza, potrà non essersi prodotto finché non venga chiesta l'esecuzione della prestazione (o comunque eseguita quest'ultima).

¹¹⁶⁹ Verrebbe da chiedersi, però, che principio risulta applicabile ove il contratto è convalidato (anzi, ci si potrebbe domandare se la sola azione per il risarcimento del danno contenga anche una convalida tacita: probabilmente a questo quesito deve darsi risposta negativa). A mio avviso, nel caso della violenza e del dolo proprio questa è la soluzione corretta (ovverosia, la convalida non tocca assolutamente l'azione di risarcimento del danno; per il dolo v. A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 334; in generale G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1033; per il principio secondo cui «la convalida, sanando il vizio, funge poi da fatto impeditivo escludente la rilevanza, ai fini risarcitori, della pregressa slealtà precontrattuale» si esprime S. PAGLIANTINI, *Il danno [da reato], ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*, in *Contratti*, 2014, nt. 39); viceversa,

quale, si badi, restando comunque inapplicabile al dolo determinante, dev'essere per lo meno surrogata da un rimedio, più generale, non rimesso alla volontà altrui e però allo stesso tempo meno penetrante)¹¹⁷⁰.

nell'ambito dell'errore resterà risarcibile solo il residuo. Tuttavia, in entrambi i casi dovrà farsi i conti con un'eventuale volontà remissiva: o meglio, dovrà comprendersi se la convalida espressa contenga anche una rinuncia al credito, e pure se la convalida tacita produca una sorta di *Verwirkung*.

¹¹⁷⁰ Il discorso andrebbe compiuto con riferimento a tutti i rimedi specifici previsti per la tutela dell'interesse legittimo (e pure per i rapporti tra *exceptio doli* e rimedio risarcitorio). A me pare, comunque, che la strada che porta ad applicare analogicamente gli artt. 1227, comma 2, c.c. e 30 cod. proc. amm. possa essere seguita, a patto di evidenziare come in certe circostanze il rapporto, anziché essere di pregiudizialità debole, è paritario (entrambi i rimedi possono essere esperiti, come accade, in altro ambito, per l'art. 1453 c.c.). Il problema si è posto, di recente, nell'ambito della complessa vicenda che ha visto opporsi Cir e Fininvest (di cui parlo meglio *infra*). In particolare, la decisione di Cassazione ha ritenuto che non vi fosse pregiudizialità (in senso forte) del rimedio specifico (in quel caso: la revocazione della sentenza frutto di corruzione) rispetto a quello risarcitorio: chiarito, in linea generale (p. 62 ss.) e rifacendosi agli scritti di I. Pagni, che il risarcimento in forma specifica non è rimedio restitutorio o inibitorio, e che dove vi è la scelta tra rimedio specifico e risarcitorio va sempre scelto il primo, salvo per i danni che residuano (v. p. 67 s. del dattiloscritto: indicherò le pagine, stante la lunghezza della sentenza), si conclude nel senso che, nel caso di specie, non vi era alcuna pregiudizialità da rispettare. Gli argomenti sono due: in primo luogo, la transazione avrebbe superato la sentenza, essendo 'tombale' (il ragionamento trae spunto dall'efficacia preclusiva della transazione – ovvio il riferimento a Falzea e alla nota voce sull'efficacia nell'*Enciclopedia del diritto* – e prosegue indicando che il contratto era stato concluso prima che la sentenza frutto di corruzione passasse in giudicato: p. 53); in secondo luogo, si nota che, anche ottenendo la revocazione, la nuova sentenza che si sarebbe sostituita a quella frutto di corruzione (e, di qui, alla transazione) sarebbe stata inutile, giacché non avrebbe comunque potuto aver luogo il trasferimento di quote societarie, che era oggetto originario della vertenza tra Cir, Fininvest e la famiglia Formenton e di un preliminare tra la prima e quest'ultima (cfr. p. 72). Non è il caso, qui, di commentare tutta la vicenda, la cui complessità (e il cui fascino) risiede in buona parte nell'intrico processuale-sostanziale e nella molteplicità di tutele invocabili. Mi preme, per ora, affrontare solo il problema del rapporto tra tutele: lascio dunque perdere sia il primo motivo inerente la transazione 'tombale', sia la stessa sussistenza nel caso di specie di una 'transazione' (cui, come a suo tempo ho già detto, dovrebbe collegarsi un ulteriore interesse legittimo, stavolta precontrattuale, e dunque pretensivo negativo); immaginerò poi che il corruttore sia la controparte processuale; in ultimo, lascerò stare i problemi connessi all'applicazione dell'art. 185 c.p. (e dunque alla richiesta di risarcimento del danno da reato). Su tutti questi profili tornerò, seppur solo a volo d'uccello, a breve. Un primo problema è quello di comprendere di quale posizione sia dotata una parte processuale nei confronti della controparte che corrompa il giudice. Ora, vero è che chi agisce in giudizio è dotato di un potere (di un diritto d'azione: cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁹, I, cit., p. 62 s.), ma vero è anche che questi soggiace alla discrezionalità del giudice stesso: verso di lui dunque potrebbe essere ipotizzato un interesse legittimo (alla sentenza favorevole), anziché un diritto (di credito o potestativo); quest'interesse legittimo nasce e sussiste verso il giudice inteso come organo, e non verso la persona fisica; una forma di protezione è, a mio avviso, quella versata nella l. 117/1988, di recente riformata con l. 18/2015). Del resto, potere vi è anche nel normale interesse legittimo pretensivo, allorché si chiede di iniziare un procedimento; e potere, nel caso del processo, sta a evidenziare la relazione con quel 'controinteressato' che è il convenuto (così che potremmo dire che l'attore gode, verso il giudice, di un interesse legittimo pretensivo, e verso il convenuto di un potere – vieppiù particolare, avente a oggetto la fissazione di una situazione sostanziale, e a necessario esercizio giudiziale –). Comunque sia, la lesione da parte del terzo potrebbe essere ricondotta o a una fattispecie di lesione da parte del terzo di una posizione giuridica relativa (lesione da ricondursi, secondo quanto avevo già detto, a un interesse legittimo protettivo verso questo stesso terzo; la stessa decisione, là dove [p. 107 s.] si occupa dell'ingiustizia del danno – che pure essa connette all'art. 2043 c.c. interpretato di fatto come clausola generale –, osserva che gli elementi della clausola di responsabilità aquiliana venivano concretizzati «attraverso il dipanarsi dell'atto doloso [il comportamento corrotto del giudice Metta] che cagiona ad

altri [la Cir] un evento di danno [la sentenza corrotta] ingiusto [conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali] da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile [la transazione stipulata a diverse e pregiudizievoli condizioni], in costanza del doppio e necessario nesso di causalità, materiale ... e giuridico ..., volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato [il diritto a stipulare una transazione priva del condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta]»; pure veniva evocata l'«intenzionale violazione dei [delle] cd. *gute Sitten*» e i «*sorts of intentional interference*» – seppur in quella prospettiva, come notano C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 209, e F. PIRAINO, *Intorno*, cit., p. 1136 ss., ciò avveniva inutilmente se non anche erroneamente –), o a una di diretta lesione di un interesse legittimo (sempre protettivo) verso la controparte processuale (la quale, nel difendersi, fa valere una posizione giuridica – un altro diritto d'azione – e comunque fa sorgere un interesse legittimo, com'è reso palese dall'art. 96 c.p.c.: seppur, in quel caso, la tutela risarcitoria è attivabile solo nel processo medesimo). Se è così, il comportamento della controparte che corrompe il giudice non è molto distante da quello del terzo che inganna nel caso del dolo del terzo (o da quello in cui la p.a. è portata a negare illegittimamente un bene della vita a causa dell'inganno perpetrato da un terzo e non riconoscibile): e, allora, ci si può ben chiedere se nell'uno, come nell'altro caso, viga una regola di pregiudizialità. Nell'ipotesi del dolo, questo è escluso dalla particolare conformazione legislativa dell'istituto; in quella in esame, invece, mi pare non ci siano dubbi nel ritenere necessaria la revocazione (né testimonia in senso contrario l'art. 2738, come motiva invece la decisione di Cassazione – p. 73 –: la previsione, a mio avviso, si occupa del solo danno da reato, per cui non vige alcuna pregiudizialità [o comunque è esclusa, nel caso del giuramento, proprio a causa del precetto che stabilisce l'irrevocabilità della sentenza]). Altro problema, però, è quello del tipo di pregiudizialità: ove si ravvisi il rapporto tra rimedi come regolato dall'art. 1227, comma 2, c.c. è palese che, una volta ritenuta inutile la revocazione, venga meno anche la pregiudizialità. L'«impossibilità dell'oggetto della controversia» di cui parla la sentenza (p. 76) assomiglia, nonostante alcune discrepanze, a quella «inutilità dell'annullamento del provvedimento amministrativo» (per cui la legge ammette che si conosca l'illegittimità solo ai fini del risarcimento del danno: art. 34, comma 3, cod. proc. amm.): il che potrebbe convincere della correttezza della decisione spiccata dalla Cassazione (cfr. p. 78; in dottrina v., anche se con motivazioni attinenti soprattutto all'intervenuta transazione, I. PAGNI, *Il difficile rapporto tra tutela specifica e per equivalente alla prova del caso Cir-Fininvest*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, § 3-4; in parte anche A. DI MAJO, *La 'via di fuga'*, cit., p. 1104 s.; *contra*, seppur con riferimento alla sentenza d'appello e soprattutto criticando la qualificazione della decisione sull'impugnazione del lodo come *tamquam non esset*, B. SASSANI, *La cognizione incidenter tantum della sentenza viziata da dolo del giudice e la superfluità della revocazione: c'era una volta il codice di procedura*, in *www.judicium.it*, p. 5 ss.). Non vale, a mio avviso, in senso contrario addurre che la sentenza, finché esiste, copre con il suo giudicato l'accertamento dei fatti (fino a tutta la fase rescindente), escludendo una condanna al risarcimento che presupporrebbe la valutazione dell'ingiustizia (sostanziale) della sentenza stessa (*contra*, con riguardo ai soli rapporti tra chi è astretto dal giudicato, A. TEDOLDI, *Revocazione straordinaria per dolo del giudice e azioni di risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 671 ss.). Se non erro, infatti, il rapporto giuridico accertato dalla sentenza a monte non entra nel giudizio risarcitorio come accertamento pregiudiziale: il risarcimento, infatti, richiede di verificare se una complessa fattispecie si è prodotta, nell'ambito della quale però i vari elementi non rilevano come «diritti» o «rapporti», e probabilmente nemmeno «fatti», venendo relegati a un giudizio ipotetico (sulle probabilità, per un diverso giudice, di decidere in modo altrettanto diverso). Non si può, dunque, proclamare alcun vincolo del precedente (salvo, come a breve dirò, quando si voglia uscire dall'ottica della *chance*, e comunque non per la forza del giudicato, bensì per la presenza di un fatto ostativo a un intero riesame, ormai già prodottosi e comunque riservato a un apprezzamento in diversa sede; ove questo accada – ma solo entro questi limiti – mi sembra assolutamente condivisibile la preclusione che tanti processualisti hanno rilevato: v., tra gli altri, S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del Collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno: riflessioni in margine alla sentenza della Cassazione sul 'Lodo Mondadori'*, in *Corr. giur.*, 2014, cit., § 2.2). Nei confronti dello Stato (che è la controparte dell'interesse legittimo predetto: non lo è, ovviamente, il giudice persona fisica) la revocazione può ben essere ritenuta necessaria, ma stavolta ai sensi della l. 117/1988 (che tuttavia all'art. 4, comma 2, non annovera le impugnazioni straordinarie tra i rimedi che debbono essere esperiti prima di invocare la responsabilità per l'attività dei magistrati), oltre che *ex art.* 1227, comma 2, c.c. Risulta, infine, imprescindibile un'ultima osservazione: il rimedio risarcitorio, a mio avviso (chiarirò meglio oltre, in che modo), non può che fare riferimento alle *chances* di decisione favorevole (mi riferisco alla quantificazione del danno-conseguenza; il problema

Torniamo, quindi, all'errore. Ove esso non cada su certi elementi, e in taluni casi ove non sia determinante del consenso nel senso sopra visto (ossia: si sarebbe comunque perfezionato l'accordo), non si potrà chiedere la caducazione del vincolo.

Proprio l'errore può non superare la soglia di rilevanza, e comunque esser causato da una scorrettezza altrui: nel qual caso vi sarà senza dubbio un 'vizio incompleto'¹¹⁷¹, dovendosi intendere cioè un caso di lesione dell'interesse legittimo,

dell'efficienza causale della corruzione del giudice Metta, che era relatore, sull'intero Collegio attiene a mio avviso invece al danno-evento consistente nella lesione di un interesse legittimo: su quest'ultimo punto cfr. B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2014, § 3); viceversa, solo l'avvenuta revocazione, per quanto 'inutile', consentirebbe al giudice di rivisitare pienamente la questione (giacché solo essa consentirebbe di porre nel nulla un fatto che per l'ordinamento giuridico è tanto reale e insuperabile, come nel mondo umano la morte di un soggetto con riferimento alle *chances* di guarigione). In altri termini: pur ammettendo l'impossibilità dell'oggetto della controversia, il giudice avrebbe ben potuto ribaltare la decisione del 1991 a firma di un giudice relatore corrotto; non vi è chi non veda la differenza rispetto ai casi in cui l'oggetto del provvedimento della p.a. è divenuto impossibile e, di conseguenza, l'amministrazione non può più pronunciarsi, aprendosi la via soltanto a risarcimenti nei termini di *chances* perse. In questo senso l'argomentazione della Corte d'appello e della Cassazione, che ripudiano l'ottica della *chance* (pur in un ambito in cui essa a rigore dovrebbe essere applicata), sta proprio a testimoniare quest'esito: ovvero che il risarcimento, senza la previa revocazione, è davvero volto ad aggirare questo rimedio (salvo, come sempre dirò più avanti, che non si acceda alla prospettiva dell'azione *ex art.* 185 c.p., e dunque del danno risarcibile aquiliano per violazione di una norma di protezione). Non molto dissimile mi sembra, negli esiti, il discorso svolto da un'autorevole dottrina: e cioè da V. COLESANTI, *La revocazione è diventata un istituto inutile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, § 6. Tuttavia, l'esito potrebbe far vacillare la convinzione circa l'inutilità del rimedio specifico (pur dovendosi ammettere che l'eccezione di mancato rispetto dell'onere *ex art.* 1227, comma 2, c.c. verrebbe presumibilmente rigettata, ogniqualvolta l'obbligo risarcitorio sarebbe stato ancor più alto una volta intrapresa la via della revocatoria, apprendendo sostanzialmente corretta la decisione sfavorevole).

¹¹⁷¹ Un esempio può essere quello di un errore sul motivo, ove si ritenga che la reticenza di controparte concreti una condotta sleale (e però non configurante dolo contrattuale). Così, l'errore sul valore del bene consentirebbe di chiedere il risarcimento, ove si provi che, una volta scoperta la falsa rappresentazione, l'errante non avrebbe accettato quelle condizioni contrattuali; il risarcimento sarà pari a ciò che si è perso per non aver riconosciuto, a partire da quel momento, la distorta percezione (e dunque ciò che si sarebbe ottenuto orientando altrove le proprie energie e i propri mezzi, a partire dall'istante della violazione della buona fede, oltre all'eventuale divario tra prezzo pagato e prezzo di mercato del bene acquistato). Il punto è che, perché vi sia violazione della buona fede, non è sufficiente un silenzio dinnanzi all'errore altrui; né è richiesta però una macchinazione tesa a far cadere in errore. Serve, invece, un silenzio colpevole da parte di chi, per esempio, sia interrogato sull'esattezza del valore del bene supposto: se Tizio chiede a Caio di confermare che il bene X vale 100, e Caio dà risposta affermativa esonerando Tizio dall'onere di controllare, non vi sarà nessuna macchinazione, ma ciononostante ricorrerà un comportamento scorretto. Che dire, però, dell'errore sul prezzo non determinante (si crede di comprare a 10, e invece lo si fa a 10,1, ma ci si sarebbe decisi ad acquistare anche a questo prezzo)? Il risarcimento, in tal caso, potrà avere ad oggetto l'interesse negativo, seppur nei limiti di quello positivo cui comunque tende il nucleo dell'interesse legittimo (e, dunque, al massimo essere pari a 0,1)? A mio avviso no: proprio il fatto che l'errore non sia determinante lo esclude (mancando il nesso di causalità giuridica). Viceversa, ove l'errore sia determinante, ma non fonte di annullamento e comunque corrispondente a una lesione della buona fede, il risarcimento dovrà corrispondere all'interesse negativo nei limiti di quello positivo, ma mai potrà commisurarsi (nemmeno come soglia massima) alle probabilità di concludere un contratto a condizioni diverse con la controparte, giacché ciò costituirebbe lesione del principio di libertà contrattuale (che vale non può essere oltrepassato né da chi chiede il risarcimento, né dalla controparte per sottrarsi in parte alle pretese di quest'ultimo). Se si vuole, si potrà anche (anziché valorizzare la causalità giuridica) supporre che

concretatasi nella conclusione di un contratto, senza che quest'ultimo possa essere annullato¹¹⁷². In tali occasioni si determina una tutela (in forma specifica)

l'errore solo se determinante corrisponda a una specificazione dell'interesse legittimo precontrattuale (in altri termini, un soggetto confiderebbe in un'attività altrui che potrebbe fargli avere, tramite la conclusione del contratto, un bene per un prezzo – nel mio esempio – pari a un *range* che va da 10 a 10,1). Si ricordi, poi, che anche ove l'errore è determinante l'interesse positivo funge da limite al risarcimento. Contro l'errore sul motivo si esprime G. D'AMICO (*Regole di validità e principio*, cit., p. 145; *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 443); ma il principio di irrilevanza non risulta dimostrato; anzi, ha un senso nell'ambito del rischio contrattuale (dove pure risolta smorzato dall'interpretazione secondo buona fede, e comunque dalla lettura della causa), ma non lo ha in quello precontrattuale, ove si accompagna a una lesione della buona fede. In effetti, la rilevanza del motivo in sede contrattuale (ai fini della disciplina della presupposizione, e spesso pure con riguardo alle 'qualità determinanti' nell'ambito dell'annullabilità per errore) discende (cfr. art. 1345 c.c., su cui v. il § 2 dello scorso Capitolo) da un'indagine sulla volontà delle parti, la quale si appunta di norma anche e soprattutto sul prezzo pagato (da cui deriva un'implicita assunzione di rischio). Ciò però comporta che, di norma, un prezzo più alto di quello di mercato renderà rilevante, già per la presupposizione (v. anche G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1051), un certo (errore sul) motivo; viceversa, un prezzo di mercato evita pure il rilievo della responsabilità precontrattuale, non essendovi alcun danno da risarcire. Quest'esito, ad ogni modo, è solo probabile; vi possono essere ipotesi in cui le parti non riescono a provare l'entrata del motivo nella causa (la sua rilevanza giuridica), nonostante il prezzo superiore a quello di mercato, e casi in cui questo tipo di ragionamento è comunque radicalmente escluso (così là dove l'errore sia semplicemente sul valore di un bene, comprato a meri fini speculativi, e fermo restando che non può supporre un obbligo di rivelare l'esatto valore di un bene, ma solo – ad esempio – una lesione della buona fede ove si garantisca espressamente che un certo prezzo equivale al valore di mercato, e invece il primo è molto più alto del secondo).

¹¹⁷² In dottrina è per lo più ammesso che anche in caso di contratto valido possa sussistere una responsabilità precontrattuale. Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 13 s.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 302; C. CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 473; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 39; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 508; G. PATTI, sub art. 1337 c.c., cit., p. 99; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 232 ss.; V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 106; ID., *Il dovere generale*, cit., p. 73; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1270; A. DI MAJO, *La 'via di fuga'*, cit., p. 1101 s. Anche Germania ciò è comunemente ammesso (v. per tutti R. THIEMANN, *Culpa*, cit., p. 1). Ma quest'esito non vuol dire molto, giacché deriva semplicemente dall'osservazione di norme come l'art. 1440 c.c., o l'art. 1494 c.c. (per lo meno se interpretato secondo certe tesi); d'altro canto, resta sanzionabile un ritardo nelle trattative, imputabile a una parte, che abbia prodotto un danno a carico dell'altra (per esempio, per non essersi potuta dedicare ad altri affari, per aver sostenuto maggiori spese; oppure, come nel caso deciso da Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 1998, n. 10249, per aver concluso il contratto a condizioni meno vantaggiose; cfr. anche la nota di B. ANDÒ, *Ritardo nella stipulazione del contratto e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 597 ss., e tuttavia si tenga anche conto del fatto che in quella decisione il risarcimento era forse dovuto all'inadempimento dell'obbligo sancito dall'art. 2597 c.c.). Il problema dei vizi incompleti è, a mio avviso, parzialmente diverso, giacché qui non si tratta solo di dimostrare che il contratto valido può convivere con la responsabilità precontrattuale, ma anche che vi possano essere, al di fuori delle norme previste dal codice, casi di rilevanza di una scorrettezza, che rimangono però sotto alla soglia che condurrebbe all'annullamento del contratto (o comunque alla sua invalidità). Più nel dettaglio, sul tema dei vizi incompleti, v. allora V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 104 ss., e M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., *passim*, ma già p. 1 ss. e poi p. 135 ss. In giurisprudenza v. anzitutto Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, che come le decisioni Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, trattava anzitutto del problema della nullità per violazione della buona fede *in contrabendo*. La sentenza del 2005, oltre a porre il principio per cui «non può determinare nullità la violazione di regole, ancorché imperative, che attengono a comportamenti dovuti dalla parte in fase precontrattuale o in fase esecutiva» (così V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno resp.*, 2006, § 2), riteneva che la conclusione di un contratto non escludesse una possibile responsabilità precontrattuale per comportamento scorretto durante le

dell'affidamento altrui, che impedisce l'operare di quel 'recesso postumo dalle trattative' che è l'annullamento¹¹⁷³.

Anzi, di vizi incompleti dovrà parlarsi ogni qual volta non vi siano rimedi specifici per la tutela degli interessi legittimi (ossia, non sia prevista l'annullabilità dei contratti, che comunque tutela solo parzialmente – ma in modo reale – codeste posizioni giuridiche), ma vi sia comunque una lesione della buona fede rilevante a fini risarcitori¹¹⁷⁴. In questo caso il contratto resterà valido ed efficace, e la violazione

trattative. Sulla decisione v. pure G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 944 ss.; E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *NGCC*, 2006, p. 902 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1107 ss.; G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1602 ss. Sulle sentenze delle Sezioni Unite, che ribadivano questi principi con talune correzioni (in particolare in tema di nullità virtuale e di inadempimento del contratto di intermediazione finanziaria) mi soffermerò, anche per indicazioni bibliografiche, oltre. V. già F. SCAGLIONE, *Il mercato*, cit., p. 182 ss. Nel caso deciso da Cass. civ., Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, la società attrice conveniva in giudizio una società di *leasing*, affinché fosse condannata a risarcirle il danno subito per non aver potuto godere di talune agevolazioni fiscali. Sennonché, tali agevolazioni erano semplicemente non più in vigore: e, dunque, la responsabilità della convenuta dimorava piuttosto nell'aver fatto concludere (dolosamente) il contratto in questione, che l'attrice riteneva più conveniente di quanto non fosse. A ben vedere (e così pure per G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, cit., p. 429), il problema che qui si pone non è quello dei vizi incidenti, nonostante ciò risulti dall'*iter* argomentativo, ma quello del dolo: e, semmai, la vera questione sta nel domandarsi se il dolo in parola è determinante o incidente (questione complicata dal fatto che, effettivamente, gli estremi per l'applicazione dell'art. 1440 c.c., che sembrerebbero sussistere ove si ricostruisse l'interesse legittimo come 'interesse ... a godere di un bene in cambio di una certa cifra massima', si dissolvono in parte, ove si pone mente al fatto che questa cifra andava calcolata in parte tenendo a mente un'agevolazione fiscale, e non un minore corrispettivo della controparte; tuttavia, non mi pare fuori luogo ascrivere comunque la fattispecie all'articolo in parola. Contraria alla sussistenza di una responsabilità precontrattuale in caso di contratto ormai concluso è Cass. civ., Sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937, che profonde i suoi sforzi nello smentire questo principio. Tuttavia, a me sembra che ciò fosse volto a giustificare una soluzione di fatto corretta, ma senz'altro motivabile per altra via: in tal caso si trattava di rigettare una domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale subito da un soggetto che si era trovato a perfezionare un contratto, annullabile e annullato, con un inabilitato non assistito (ammettendo semmai una, all'apparenza però non svolta, azione *ex art.* 1443 c.c.). Ma il diniego della protezione assicurata dall'art. 1337 c.c. può, semplicemente, basarsi sul fatto che – come altrove ho scritto – non vi è qui alcuna scorrettezza. Anche un'altra decisione contraria alla teoria dei vizi incompleti, ovrerosia Cass. civ., Sez. II, 5 febbraio 2007, n. 2479 (che sempre cita G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit., p. 424 s., nt. 17), mi sembra giunga a un risultato corretto (riconoscendo per lo meno la sussistenza di un dolo), pur motivando (erroneamente) nel senso che ho detto. Anche la sentenza Cass. civ., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, che ha posto fine alla complicata 'guerra di Segrate', tocca il tema in parola; ma su di essa tornerò oltre. Per l'ordinamento tedesco v. R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 374 ss.; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*², cit., p. 214, il quale ammette senza problemi la *Naturalherstellung* del § 249 (cioè l'omologo del nostro art. 2058 c.c., applicato per invalidare il contratto)

¹¹⁷³ Si riveda però quello che scrivevo nel paragrafo precedente: si può parlare di tutela specifica solo in senso molto vago e impreciso.

¹¹⁷⁴ Critico verso la teoria dei vizi incompleti è G. D'AMICO, *Regole di validità e principio*, cit., p. 140 ss. e 245 ss.; ID., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1007 ss., nonché oggi ID., *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 419 ss. In un breve *excursus*

dell'interesse legittimo imporrà un risarcimento del solo interesse negativo: ossia, della differenza tra lo stato in cui si sarebbe trovato il soggetto senza quella trattativa (e magari con altre trattative) e lo stato in cui si trova.

Non deve ritenersi, tuttavia, che i vizi 'incompleti' derivino da una qualsiasi condotta di controparte che causa un vizio che non ha in sé tutti gli elementi della fattispecie di invalidità (annullabilità): viceversa, il vizio è 'incompleto' quando vi è comunque una scorrettezza, ossia la lesione di uno specifico comportamento che la buona fede richiedeva nell'*iter* di conclusione del contratto, e però non vi è, a disposizione del soggetto pregiudicato, alcun rimedio caducatorio in forma specifica¹¹⁷⁵.

Il punto permette¹¹⁷⁶ di spiegare il *quantum* del risarcimento nell'ipotesi di intermediazione finanziaria e di responsabilità precontrattuale: la formula

incidentale mostra di seguire la tesi dell'autore anche E. NAVARRETTA, *Principio*, cit., p. 557. Prendo brevemente posizione su alcune delle critiche di questo autore. Si è detto che la teoria dei vizi incompleti apre la via a una «responsabilità senza fattispecie» (di recente G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 440). La fattispecie, in realtà, sta nella lesione della buona fede, la quale, inquadrata nell'ambito del sistema giuridico, per quanto assuma la forma di una clausola generale, dà pur sempre luogo a una fattispecie (in senso lato). In ogni caso, anche a voler seguire un'idea diversa, sta di fatto che anche l'interpretazione dell'art. 2043 c.c. cui l'autore presta adesione (ad esempio in tema di responsabilità da prospetto: v. p. 429) porrebbe alla base dell'obbligazione risarcitoria una clausola generale, con pericoli anzi maggiori. La buona fede, di poi, non è un criterio morale, ma semmai sociale, e non può esserne aumentato a dismisura l'ambito di rilevanza, a pena di snaturarla. In altri termini, l'applicazione della buona fede offre sufficiente certezza, specie se viene inquadrata nelle maglie dei vizi legati, onde coprire le lacune (il che impone di ritenere, come a me pare giusto, che il legislatore possa in taluni casi specificare la buona fede, anche ritenendo che in certe circostanze essa non imponga particolari doveri, o viceversa). Quanto all'idea per cui sarebbe incoerente che una stessa fattispecie fosse a certi effetti valida, e per altri produttrice di responsabilità (*ivi*, p. 442), essa non mi sembra sufficiente come critica: basti considerare che lo stesso avviene normalmente nell'ambito del diritto amministrativo (provvedimento invalido ma non fonte di risarcimento); e che l'ordinamento conosce pure condotte efficaci (sia pure, talvolta, solo provvisoriamente) e illecite (tornano in mente le considerazioni sopra svolte in tema di abuso del diritto). Con riferimento, infine, a una pretesa correzione giudiziale dei contratti (*ivi*, p. 443 ss.), valga quanto ho già detto e quanto dirò a breve (nel testo e in nota).

¹¹⁷⁵ Non credo, quindi (*contra* M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 189 s., 197), che si debba postulare una soglia di rilevanza per i vizi incompleti, fondandola sul livello di pregiudizio. L'unica 'rete di contenimento' (per usare una nota espressione di un famoso giurista) è quella della buona fede: la quale può porre essa stessa specifici obblighi di informazione (uso il termine 'obbligo' in senso atecnico), oppure può venire declinata dalla legge (come avviene in particolare per i contratti del consumatore). D'altro canto, a evitare che la tutela dell'interesse legittimo si traduca in un'estesa valvola di giustizia contrattuale stanno altre peculiarità della nostra figura: anzitutto, il fatto che la slealtà precontrattuale abbia avuto efficacia causale rispetto all'adesione al regolamento; in secondo luogo, la considerazione per cui l'interesse positivo funge sempre da limite massimo del risarcimento. In questo senso mi sembrano superabili anche i dubbi di G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1013 ss.

¹¹⁷⁶ Una critica potrebbe provenire dalla considerazione per cui, nella mia ottica, finirebbe per essere più tutelato il contraente il cui errore non è essenziale (che può tenere il contratto e riportarlo a condizioni di mercato, o comunque conformi a quelle che avrebbe scelto contrattando con un altro soggetto), rispetto a quello che deve scegliere, in virtù della pregiudizialità, per il rimedio caducatorio (in generale, sulle distorsioni che può provocare la teoria dei vizi incompleti – a mio avviso, una teoria dei vizi incompleti che non interpreti le norme di validità e quelle di responsabilità come rimedi di una

giurisprudenziale¹¹⁷⁷, secondo cui esso deve includere il ‘maggior guadagno’ o la ‘minor perdita’, fa proprio riferimento a un giudizio probabilistico, in cui ci si chiede come sarebbe stato l’investitore ove, al posto della trattativa e del contratto concluso, si fosse rivolto ad altri intermediari. Questo non assicura, dunque, un saldo attivo, ma solo consente al soggetto leso di trovarsi nella situazione in cui sarebbe stato qualora vi fosse stata una condotta precontrattuale non scorretta (rappresentata, qui, dall’aver reso inutile e dannoso l’affidamento, e non solo dalla violazione dell’obbligo di informazione che, come tale, rileva solo durante le trattative stesse e per risarcire un ‘ritardo’¹¹⁷⁸). Non si tratta, però, di interesse positivo¹¹⁷⁹, ma sempre negativo¹¹⁸⁰: con

stessa posizione giuridica lesa, e quindi in un unico sistema – cfr. G. D’AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1019 s.). Contro quest’obiezione evidenzerei che essa non sempre si pone (talvolta, e anzi spesso, dover sopportare il vincolo contrattuale, nonostante il risarcimento, è comunque più sfavorevole che liberarsene), e che semplicemente discende dalla pluralità di rimedi offerti.

¹¹⁷⁷ Ricorre nelle note decisioni delle Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 2007, e già nella sentenza 19024/2005 («il risarcimento, in detta ipotesi, deve essere ragguagliato al ‘minor vantaggio o al maggiore aggravio economico’ determinato dal contegno sleale di una delle parti»). Secondo T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle Sezioni Unite*, in *Giust. civ.*, 2008, I, nt. 21, la Cassazione farebbe qui applicazione del criterio (su cui v. prima) di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 667. Se così fosse, il ragionamento della Suprema Corte sarebbe viziato: giacché quel parametro veniva proposto dal Bianca in tema di dolo incidente, e non di vizi (davvero) incompleti. Esso, tuttavia, porta a un risultato corretto, come spiego nel testo.

¹¹⁷⁸ La ragione è questa: se a esser lesa fosse la regola di buona fede che impone di informare, l’investitore potrebbe provare che, ricevuta l’informazione, avrebbe abbandonato la trattativa, ma non che avrebbe scelto, presso lo stesso intermediario, un diverso contratto. La preclusione non deriva tanto dal risarcimento dell’interesse (che non sarebbe) positivo, ma dall’impossibilità di addentrarsi nei meandri dell’autonomia privata. Dunque, concluso il contratto – esattamente come in caso di recesso dalle trattative – è tutto l’affidamento a divenire inconcludente e dannoso.

¹¹⁷⁹ *Contra* F. PIRAINO, *Intorno*, cit., p. 1146. Ma è una petizione di principio, a mio avviso, quella per cui non è «concepibile altro danno derivante dall’esecuzione di un contratto valido che l’interesse c.d. positivo, vale a dire il maggior vantaggio che si sarebbe ottenuto da quello stesso contratto in una trattativa corretta». Questo è di certo un interesse positivo (risarcibile, ad esempio, *ex art.* 1440 c.c.): ma non è il tipo di danno (e di risarcimento) che a noi interessa qui rilevare. D’altro canto, non è nemmeno vero, sempre secondo la mia opinione, che di fronte a una proposta ferma il contraente raggirato (e *a fortiori* quello che non ha ricevuto talune informazioni), il quale pur non ha ancora concluso il contratto, possa chiedere la sua conclusione secondo le condizioni che desidera. Anzi, ove egli scoprisse il raggio prima del perfezionamento del vincolo, non gli resterebbe che chiedere il risarcimento del solito interesse negativo; qualora, comunque, concludesse il contratto, la sua condotta potrebbe essere interpretata come implicita acquiescenza, o tutt’al più residuerebbe – in caso di espressa riserva – in capo al *deceptus* il risarcimento per aver condotto una trattativa ai suoi fini inutile (e che comunque, in parte, ha portato a un risultato giudicato favorevole). In altri termini: il raggirato potrebbe non voler iniziare nuove negoziazioni, che potrebbero avere spese notevoli in termini di denaro e tempo, e invece volersi liberare subito di un bene; a tal fine potrebbe comunque accettare le condizioni non del tutto vantaggiose, pur riservandosi, per il rimanente, di chiedere la corresponsione di quel risarcimento del danno che ha già maturato.

¹¹⁸⁰ In altri termini, non si tratta mai di indagare se la parte che ha subito la scorrettezza avrebbe potuto convincere l’altro contraente, in assenza della stessa, a negoziare a condizioni diverse (o avrebbe con lui negoziato a condizioni diverse, o su di un altro oggetto). Il dubbio è semmai, e sempre, un altro: ossia se, senza la condotta sleale, si sarebbe comunque accettato ‘quel’ regolamento contrattuale. Nell’accertarlo, si seguiranno anche le indicazioni legislative, versate nella disciplina dell’errore: per cui è

cui non vanno ripristinate semplicemente le perdite subite per le spese fatte e le occasioni perse, ma, più complessivamente, va ripianato il divario tra due situazioni ipotetiche. Ciò dipende, ripeto, dal fatto che qui, diversamente da quanto accade nei casi di interruzione delle trattative o di contratti caducati, un contratto c'è, con tutto ciò che in termini di danno esso si porta dietro. Danno che, comunque, dovrà essersi prodotto: non basta a tal fine l'esistenza del contratto, ma è necessaria pure la sua

sempre determinante un certo tipo di errore, e per cui in taluni casi bisogna far riferimento, al fine di evidenziare gli aspetti oggettivi e riconoscibili della vicenda, al «comune apprezzamento» e alle «circostanze» (art. 1429 c.c.; fermo restando che, se ricorrono i margini dell'annullamento per errore, il vizio non è più 'incompleto'). Ove così non risulti, non s'indagherà a quali diverse condizioni si sarebbe concluso 'quel' contratto (ciò che testimonierebbe un risarcimento dell'interesse positivo), ma ci si porrà nel frangente temporale che va dal momento della scorrettezza, e ci si domanderà quali altre e differenti occasioni si sono perse per aver continuato quella trattative, quali maggiori spese si sono dovute affrontare, e quanto più sfavorevole è il vincolo contrattuale concluso (e non rimuovibile) rispetto a quello che la parte avrebbe potuto concludere con un altro soggetto. Ovviamente, qualora si dimostri che nessun'altra occasione si è persa, resterà solo il risarcimento commisurato al peso del vincolo contrattuale 'subito' e 'non (davvero) voluto': il tutto, però, sempre nei limiti – risarcitori – dell'interesse positivo (ove applicabili). Il che può dare l'impressione che ad essere risarcito sia un interesse positivo (v. U. MORELLO, *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari [e un classico problema rivisitato]*, in *La casa di abitazione [tra normativa vigente e prospettiva]*, Milano, 1986, p. 78 s.): ma così non è. Tutt'al più, proprio l'interesse finale protetto, che sempre limita il risarcimento dell'interesse negativo (secondo i principi che ho già detto), potrebbe fungere da criterio per determinare un massimale; e, allora, la valutazione dovrebbe sì compiersi sul vantaggio che il contraente, non informato, si sarebbe potuto aspettare dal contratto che andava concludendo. Il che esclude che il rimedio in parola funga da espediente per consentire al giudice di sindacare (oggettivamente) l'equilibrio dello scambio (il pericolo è additato da G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1015 ss.; di contratto 'giusto' parla, accogliendo favorevolmente l'orientamento della Cassazione, I. FEDERICI, *Giudizio di validità e contratto giusto [riflessioni su un recente orientamento delle Sezioni Unite]*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 417 ss.), che è semmai una tematica su cui avrebbe qualcosa da dire l'equità, e non la buona fede (sui problemi posti dal disequilibrio del contratto v. R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 417 ss.; ID., *Il negozio giuridico²*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, p. 543 ss.; A. PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *ADL*, 2008, p. 705 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411 ss.; G. VETTORI, *Libertà di contratto*, cit., p. 753 ss.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 48 ss.; A. DI MAJO, *Giustizia*, cit., p. 797 ss.; C.-W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner ‚Materialisierung‘*, in *AcP*, 2000, p. 273 ss.; v. poi tutti gli autori che citavo alle p. 608 ss. del mio *La causa*, cit.): se una verifica vi è, essa dipende tutta a monte dalla sussistenza di una slealtà, e a valle dalla necessità che il contraente, che tale scorrettezza ha subito, non sia danneggiato dalla conclusione di un contratto (dovendosi riportare questo, tramite il risarcimento, alle condizioni di mercato). Quindi, ove il contratto rispetti quello che viene praticato nel mercato quanto a controprestazione, di nulla ci si potrà dolere (e qualora un mercato manchi il giudice dovrà comunque ricostruire l'ipotetico punto d'incontro tra domanda e offerta – per quanto possibile astrattamente individuate, e non con riguardo ai desideri soggettivi dei singoli protagonisti della trattativa e del contratto a giudizio –); mai, però, il risarcimento si commisurerà alla semplice aspirazione del danneggiato, o alle valutazioni d'ordine morale o etico del giudice sulla necessità di calmierare certi prezzi o di praticare condizioni differenti. Ovvio che, più il contratto risulta essere privo di un mercato di riferimento, più la prospettiva individuale risulterà centrale, e il risarcimento dell'interesse negativo sembrerà adattarsi a quello dell'interesse positivo. Il che, però, lungi dall'essere un errore, mi sembra colga un punto centrale della mia ricostruzione: là dove un soggetto non può aspirare in un mercato, è costretto a subire una prestazione e via dicendo, l'ordinamento capovolge la protezione dell'interesse legittimo pretensivo negativo, tramutandola (di fatto o addirittura legalmente) in interesse positivo. Vedremo a breve meglio le applicazioni di questo principio.

esecuzione¹¹⁸¹ (o quanto meno la certezza della sua esecuzione, per poter risarcire un danno futuro), salvo ovviamente per i danni (conseguenza) che si producono contestualmente alla conclusione del contratto¹¹⁸².

D'altro canto, ipotesi come quelle della mancata informazione andrebbero ricostruite, probabilmente, tenendo conto che la lesione dell'interesse legittimo avviene già a partire dal momento in cui l'informazione non è data; così l'interesse finale, inizialmente teso a un generico risultato positivo, si specifica sulla base di una percezione non completa del reale (pur senza che ricorra dolo o errore), e la violazione, che già in quel momento rilevarebbe in sede risarcitoria, si cristallizza una volta concluso il contratto¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ Lo stesso principio, come si ricorderà, vale per il risarcimento dei danni da provvedimento illegittimo. Solo alcune precisazioni risultano necessarie. Non molto complesso è il caso in cui, dopo l'esecuzione del contratto (valido), uno dei beni scambiati perisce: i risarcimenti, infatti, si calcolano comunque al valore del momento della conclusione (uno spunto in tal senso in G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale per violazione di un obbligo di informazione*, cit., § 7). Viceversa, molto più complesso è il caso in cui il perimento riguardi il bene venduto da un soggetto ingannato. A rigore, egli potrebbe non più chiedere l'annullamento, e limitarsi a domandare il risarcimento, disinteressandosi del perimento. Ma nel caso in cui, invece, sia stata la p.a. a requisire un bene, distrutto da un evento naturale prima ancora della sua naturale apprensione, il privato potrà limitarsi a chiedere il risarcimento, non insistendo per l'annullamento? I problemi si pongono qui, con tutta evidenza, per la difficoltà a far quadrare un danno evento che risiede nella condotta illecita, un danno conseguenza che si produce con l'esecuzione dell'atto, e un ulteriore momento che è quello del passaggio del diritto di proprietà, che non è né danno evento, né danno conseguenza (tanto più in un sistema, come il nostro, che tradizionalmente restava ancorato al danno nella sua materialità: v. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Nov.mo Dig.*, VIII, 1968, e oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, p. 35, che esclude che danno possa essere la «perdita» o la «restrizione del diritto in correlazione al suo trasferimento forzoso o alla nascita di un diritto nuovo in testa ad altri»). Nel caso del provvedimento amministrativo, probabilmente, il privato dovrà insistere, in forza della pregiudizialità, sull'annullamento (che non sarà inutile, proprio perché esso consente di svelare l'assetto di interessi sottostante); la p.a. potrà allora, se l'atto era stato eseguito, essere condannata alla restituzione *ex art. 2037 c.c.* (ma dal g.o.) e, viceversa, resterà indenne. Nel primo caso, però, potrebbe sospettarsi anche che sia esercitabile un'azione risarcitoria.

¹¹⁸² Il danno evento, qui, se così si può dire, sta nella lesione dell'interesse legittimo, nella violazione della regola di buona fede (del resto l'interesse legittimo, che protegge per negativo l'affidamento a un bene, tutela qui – nei limiti di buona fede – quanto meno l'interesse alla libertà da vincoli contrattuali, alla libertà contrattuale). Dunque, sono risarcibili tutti i danni conseguenza che da esso si propagano.

¹¹⁸³ A tal riguardo non può non menzionarsi l'intricata vicenda che ha visto opporsi Cir e Fininvest dagli anni Novanta ad oggi, nel cui ambito in particolare sono state emesse tre sentenze, corrispondenti ai tre gradi di giudizio, di rilevantissimo interesse (lo testimoniano le innumerevoli note a sentenza dedicate alle decisioni; si tratta di Trib. Milano, Sez. X Civ., 3 ottobre 2009, n. 11786; Corte app. Milano, 9 luglio 2011; Cass. civ., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255). La vicenda è sin troppo nota (certe azioni, promesse a Cir, vengono trasferite a Fininvest; segue un arbitrato di equità, vinto da Cir a scapito dei Formenton, ma poi impugnato dalla famiglia Formenton, vittoriosa (assieme a Fininvest, intervenuta); infine le parti, nelle more del giudizio di cassazione, addivengono a una transazione, per mezzo della quale Cir si obbliga a un oneroso conguaglio nei confronti di Fininvest; accertata in sede penale la corruzione del giudice d'appello, Cir chiede a Fininvest un risarcimento in sede civile, accordatole – seppur in misura diversa – nei tre gradi). Il punto è che non solo Fininvest corrompeva un membro della Corte d'appello (chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione del loro Pratis-Irti-Rescigno), ma pure, nelle more del giudizio di cassazione, concludeva con Cir una

transazione, ovviamente sfavorevole a quest'ultima. Ora, un primo punto di interesse è quello relativo al danno da reato (accertato in un apposito processo penale o incidentalmente in quello civile); di esso, però, non posso occuparmi (seppur, in fin dei conti, sia stato proprio questo riferimento quello precipuamente avuto presente dalla Cassazione: tanto che tutti i cenni sulla teoria dei vizi incompleti e in generale sulla responsabilità precontrattuale sembrano ultronei; in dottrina cfr. A. DI MAJO, *La 'via di fuga'*, cit., p. 1103 s.), se non per avvertire che una necessaria pregiudizialità tra revocazione della sentenza e risarcimento *ex art. 185 c.p.* non mi sembra emergere, in tanto in quanto il risarcimento in sede penale non subisce mai (ne ho parlato *supra*) i limiti cui sottostà quello degli interessi legittimi (e pure quello a titolo aquiliano, ove abbia a riferimento un bene 'non comprimibile' dal diritto di credito o potestativo di cui una parte fa un cattivo – illegittimo – uso: in tal caso, come si ricorderà, il concorso deve badare alla preminenza delle regole del risarcimento dell'interesse legittimo, per cui la responsabilità aquiliana sussiste solo ove, e nei limiti in cui, fosse ammesso anche questo titolo). Lo stesso, ad esempio, non può non avvenire nel caso di truffa e dolo contrattuale (d'altro canto l'art. 185 c.p. consente di chiedere il risarcimento verso il giudice inteso come persona fisica, e non anche verso lo Stato – vi osta la disciplina speciale recata nella l. 117/1988 –, oltre che nei confronti della persona fisica che ha corrotto o verso chi risponde dei suoi atti, distinguendosi dunque dalle pretese fondate su interessi legittimi: ma proprio qui emerge il reale problema di questo risarcimento, ossia la necessità di rinvenire – secondo una certa tesi di cui ho già detto – la protezione penale di un bene del privato, che parrebbe mancare nell'ambito dei reati contro l'amministrazione della giustizia). In sede penale, comunque, il risarcimento si sarebbe parametrato alle *chances* di vittoria nel giudizio d'impugnazione del lodo e di conseguente soddisfacimento di una pretesa verso Fininvest (da verificarsi nel *quantum*, se non anche nell'*an*, e semmai calcolabile con riferimento a una transazione conclusa a valle di una sentenza d'appello non frutto di corruzione). Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, in *NGCC*, 2014, II, p. 353 ss., spec. p. 359 ss. (il quale, da un lato, accoglie positivamente la tesi della Cassazione, di far luogo alla responsabilità aquiliana; dall'altro, ricordando come l'art. 185 c.p. sia un *Schutzgesetz*, condivide l'idea che la Cassazione stia liquidando proprio il danno da comportamento «gravemente doloso e contrario ai bonos mores», tanto da tradursi in una «condotta penalmente sanzionata»), e già ID., *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternatività delle tutele di diritto civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, § 4 (si tratta del commento alla sentenza d'appello), e ID., *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del Collegio*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, § 2 (è la nota alla decisione di prime cure). V. poi pure S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato)*, cit., § 2; in senso contrario F. PIRAINO, *Intorno*, cit., p. 1141 (secondo cui l'art. 185 c.p. rinvia «alle disposizioni civilistiche» che regolano il risarcimento), nonché – con motivazioni diverse – C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 199 (per il quale non diviene inutile la revocazione solo perché «il danneggiato, mediante il risarcimento direttamente ricavato dalla pronuncia penale, [è] ormai soddisfatto», giacché, «proprio per essere soddisfatto sul piano risarcitorio, il soggetto privato dovrà prima aver conseguito la distruzione della sentenza»). Tuttavia, non può non ammettersi a mio avviso (e nonostante la decisione di Cassazione, come quelle dei gradi precedenti, non intraprendano questa strada: o, meglio, mescolino i vari diritti azionati o azionabili, pur nell'apparente prevalenza della logica aquiliana e del danno da reato – v. S. PAGLIANTINI, *Il danno [da reato]*, cit., § 2) pure un diverso titolo di responsabilità in concorso; e soprattutto in base alla lesione della buona fede nelle trattative da parte di Fininvest. Il risarcimento che ne deriva, però, andrebbe parametrato secondo una prima prospettiva a ciò che sarebbe accaduto senza transazione: e dunque alle *chances* (secondo un'ottica che la Suprema Corte espressamente disattende: p. 131; ottica che, tra l'altro, era stata seguita in primo grado e respinta in secondo: cfr. B. TASSONE, *L'azione di responsabilità nel caso Cir-Fininvest: quali chances per la perdita di chances?*, in *Giur. it.*, 2012, p. 609 ss.) di Cir di vincere il processo in Cassazione (salva un'eventuale pregiudizialità del giudizio di annullamento della transazione, che la sentenza esclude: p. 92), giacché le trattative in parola si erano disincagliate proprio a far data dalla sentenza d'appello, e di vedere poi soddisfatta (accertata positivamente) la pretesa verso Fininvest (in altri termini: la violazione della buona fede non sta, qui, nell'aver corrotto il giudice, ma semmai nell'aver concluso la transazione, convincendo la controparte ad addivenirvi, pur sapendo che il suo convincimento si basava – in via sicuramente determinante dello stesso, nel senso che altrimenti non si sarebbe conclusa 'quella' transazione [lo scrivo in risposta ai dubbi di F. DI CIOMMO, *Transazione non impugnata e risarcimento dei danni per illecito incidente sulla formazione della volontà negoziale: brevi note sulla sentenza d'appello Cir/Fininvest*, in *Danno resp.*, 2011, p.

1083 ss.] – su una decisione non correttamente formata; *contra*, nel senso dell’esistenza di un dolo negoziale di Fininvest, si esprime, oltre a F. PIRAINO, *Intorno*, cit., p. 1142 ss., G. D’AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit., p. 432 s., spec. nt. 42, il quale ritiene che «la scorrettezza consisteva proprio nell’aver ... creato ... la situazione ... di cui poi esso contraente si era avvalso nel corso delle trattative per ottenere dall’altra parte concessioni altrimenti non conseguibili»: tuttavia, a mio avviso, la corruzione ha efficacia al di fuori delle trattative volte a concludere la transazione, tra l’altro interrotte prima della sentenza d’appello – come risulta dalla parte in fatto della decisione di Cassazione –, giacché non è volta a falsare la percezione della realtà dell’altro contraente, ma proprio a modificare, per quanto illecitamente, la realtà; in questo senso, se un dolo vi è, questo sta [limitatamente al profilo in esame] nell’aver concluso la transazione pur sapendo che la controparte vi procedeva a causa di una sentenza d’appello frutto di corruzione; in altri termini: la condotta di Fininvest ha davvero mutato la realtà, in modo definitivo – salva l’esperibilità di un rimedio apposito, la revocazione –, e su questa realtà definitiva si è fondato il convincimento, esattamente formato, di Cir [a nulla varrebbe opporre che la sentenza d’appello può essere modificata in Cassazione, giacché proprio la più difficile posizione processuale di ricorrente in sede di legittimità è stato lo svantaggio esattamente percepito da Cir]; all’estremo opposto si situa invece il commento alla sentenza di primo grado di F. GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta [qualche dubbio ‘garantista’ sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori]*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1886 ss., di cui v. spec. il § 9). Si potrebbe pure supporre che il risarcimento si commisuri alle *chances* di vittoria in giudizio e al possibile contenuto di un’ipotetica transazione a ciò conseguente, senza che con questo si accordi la tutela di un interesse positivo (o comunque una tutela irrispettosa del principio di libertà contrattuale), anziché negativo (giacché la valutazione sull’ipotetica transazione si pone a valle del percorso di causalità giuridica, dominato tra l’altro dalla prospettiva delle *chances*; d’altro canto, le condizioni di transazione altro non sono che un precipitato, un riflesso delle *chances* di esito positivo di un processo; cfr. pure p. 140 e 162 della decisione). Tra l’altro, da quanto traggo dalla descrizione dei fatti recata nelle decisioni, il giudizio promosso da Cir in sede arbitrale riguardava l’obbligo dei Formenton, violato per mezzo dell’alienazione a (e quindi con la complicità di) Fininvest; dunque, anche da questo punto di vista la pretesa contro quest’ultima si poneva su un piano parzialmente diverso e per così dire sfasato. Viceversa, un risarcimento che toccasse le *chances* di vedere confermato il lodo in sede di impugnazione (e, di poi, di veder soddisfatta la pretesa verso Fininvest) sarebbe stato, giocoforza, accordabile solo se si fosse fatta valere la responsabilità di Fininvest per la corruzione (a dire il vero, valorizzando la responsabilità per lesione di un interesse legittimo precontrattuale, nella sua parte protettiva, e dimostrando la sua sussistenza fin dall’inizio del giudizio di impugnazione del lodo e parallelamente a esso, si sarebbe forse potuta addurre la lesione delle prospettive di vittoria in appello): questa responsabilità per la corruzione, a sua volta, sembra però inattuabile, stante l’effetto preclusivo della transazione. Andando più a fondo, nondimeno, potrebbe però ritenersi che l’intervenuta transazione non precluda il risarcimento del danno per lesione dell’interesse legittimo endoprocessuale (ossia, per la lesione dell’interesse legittimo protettivo discendente dal contatto tra il corruttore e il giudice, a tutela del rapporto processuale tra quest’ultimo e il convenuto [o, ma non è questo il caso, l’attore]: ne ho parlato meglio *supra*): l’accordo, infatti, non coprirebbe la pretesa risarcitoria nascente da codesta lesione (non in termini, ma per un principio analogo, si pronuncia la decisione: p. 95 s.; la preoccupazione, però, là è principalmente di giustificare la sopravvivenza di una pretesa risarcitoria, a titolo precontrattuale, al perfezionamento della transazione). A tal riguardo, però, si potrebbe opporre – come la sentenza effettivamente sottolinea – il carattere ‘tombale’ della transazione, idonea a superare il giudizio e a evitare la formazione di qualsiasi giudicato (p. 51 ss.): dunque, solo la rimozione del contratto (il suo annullamento per errore su un presupposto e non sul *caput controversum* – cfr. la sintesi di F. DI CIOMMO, *Transazione*, cit., p. 1083 ss. –, eventualmente reso prescindibile se si aderisse alla tesi della nullità *ex art.* 1972, comma primo, e ovviamente nei limiti in cui si ritengano sussistenti questi vizi) avrebbe potuto riaprire la questione del risarcimento di un interesse legittimo rilevante nell’ambito del giudizio di appello. Invece, e stando sempre al ragionamento della Cassazione (riportato specialmente a p. 54, e però contestato da V. COLESANTI, *La revocazione*, cit., § 7; v. pure S. BOCCAGNA, *Corruzione*, cit., § 2.1), soltanto ove la sentenza d’appello frutto di corruzione fosse passata in giudicato (formale) prima della transazione si sarebbe aperta la via della revocazione della sentenza (e questo, anche se per via argomentativa diversa, è uno degli esiti cui giunge proprio con riferimento al caso di specie C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 200 s.; per la sua opinione v. ID., *Vaga culpa*, cit., p. 33 ss. – secondo cui la parte lesa avrebbe dovuto piuttosto

chiedere la revocazione della sentenza, agendo poi *ex art.* 1972 c.c. e semmai ai sensi dell'art. 1971 c.c., formulando pure domanda risarcitoria – e pure ID., *Eclissi*, cit., p. 193 ss.). In quest'ipotesi (cui si può assimilare la fattispecie oggetto di decisione, ove non si condivida la natura 'tombale' della transazione storicamente conclusa tra Cir e Fininvest, ad esempio supponendo che la transazione stessa – e in particolare la rinuncia al ricorso compiuta in esecuzione della medesima – avesse consentito il passaggio in giudicato [solo formale, giacché sostanzialmente già superato] della sentenza d'appello: cfr. il parere reso da A. PROTO PISANI, in data 26 maggio 2012 e pubblicato in *Corr. giur.*, 2014), la necessità di una revocazione potrebbe venire meno (fermo restando il quesito, che non affronto, circa la necessità di agire in sede revocatoria rescindente prima di chiedere l'annullamento per pretesa temeraria *ex art.* 1971 c.c. – necessità sicura invece ove si preferisse invocare l'azione *ex art.* 1972, comma secondo –; ho dato per scontato che la Cassazione, all'esito dell'intervenuta transazione e della rinuncia al ricorso, avesse dichiarato l'estinzione del giudizio o comunque l'inammissibilità del ricorso). Ciò avverrebbe, a patto di condividere talune delle annotazioni riportate *supra* (sul risarcimento dell'interesse legittimo protettivo verso Fininvest, e però prima formulate in modo parzialmente dubitativo); a sua volta, verrebbe meno pure la necessità – che a dire il vero dovrebbe essere cronologicamente prioritaria per lo meno nei confronti del giudizio rescissorio – di caducare la transazione: ove si ritenesse che nel contratto conciliativo non fossero entrate le pretese risarcitorie per lesione di interessi legittimi rilevanti nell'ambito del processo (cfr. le annotazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir c. Fininvest: brevissime note*, cit., p. 489 ss., importanti a questi fini anche se precipuamente svolte con riguardo all'azione di responsabilità precontrattuale, come pure quelle di F. PIRAINO, *Intorno*, cit., p. 1134), queste sarebbero ancora autonomamente accertabili e azionabili; nel caso contrario (secondo una convinzione che, ad esempio, percorre il contributo di L. VASQUES, *La certezza del diritto e fatti nuovi nel contenzioso e nella transazione Cir-Fininvest*, in *Danno resp.*, 2011, p. 1077 ss. tutto, il quale tuttavia giunge a ritenere «che la conoscenza qualificata dei fatti corruttivi avrebbe verosimilmente svolto un effetto non decisivo sulle motivazioni che, alla data di stipula della transazione, hanno indotto Cir ad accettare quest'ultima»), l'ingresso di queste pretese sarebbe comunque probabilmente dovuto a un comportamento scorretto rilevante in sede precontrattuale, con conseguente risarcimento del danno, corrispondente alla (mancata) facoltà (attuale, al tempo del nuovo giudizio) di Cir di esercitare queste pretese, a titolo precontrattuale (senza onere, ripeto, di impugnare la transazione, giacché la sua caducazione consentirebbe sì di addivenire alla revocazione – quanto meno con riguardo alla fase rescissoria –, ma questa risulterebbe a sua volta di fatto inutile; né Fininvest avrebbe potuto obiettare che la scelta processuale di Cir veniva a precluderle certe azioni di regresso verso i responsabili della corruzione, giacché anche questo fatto le era ascrivibile). Chiarita, dunque, la sussistenza di un concorso di (molteplici) pretese, e lasciando da parte la predetta differenziazione tra voci di risarcimento che ho testé menzionato, che non è fatta propria dalla Cassazione (la quale, anzi, sovrappone i due profili: v. p. 107 s., e poi 126 s.), v'è da dire che quest'ultima spende molte parole nel difendere la teoria dei 'vizi incompleti' (p. 97 ss., con riferimento alle teorie della Mantovani e soprattutto alle critiche di D'Amico; stando alla ripartizione che ho proposto, solo il primo titolo di danno sarebbe connesso con la teoria in parola). A mio avviso, nel caso in esame l'applicazione dell'art. 1227, comma 2, c.c. comporta effettivamente la preminenza del rimedio caducatorio (sempre, naturalmente, ammessane l'esperibilità) su quello risarcitorio (ove, invece, si ritenesse radicalmente nulla la transazione, ne sarebbe derivata la necessità per Cir di far valere il risarcimento, a monte, per lesione dell'interesse endoprocessuale, salva forse la possibilità di agire anche *ex art.* 1338 c.c. per le *chances* perse, nell'ambito del giudizio di Cassazione, avendo abbandonato il processo). Tuttavia, almeno secondo alcuni degli inquadramenti poc'anzi prospettati, l'annullamento del contratto non avrebbe portato a nulla più che la domanda risarcitoria, per cui, in questa prospettiva, mi sembra corretta l'opinione che ravvisa una sostanziale inutilità di agire con il rimedio specifico (a prescindere dall'idea che si abbia circa l'applicazione, ai casi di invalidità [annullabilità] della transazione, di una forma di pregiudizialità: come avviene a mio avviso, e genericamente parlando, nel caso di annullamento per errore, ma come è escluso nell'ambito della violenza contrattuale). Di talché, corretto è anche l'esito cui la Corte giunge, ossia l'accordabilità di un risarcimento a prescindere dalla caducazione della transazione (pur con le precisazioni surriferite circa la sua quantificazione): ma codesta conclusione s'impone non sulla base di un'applicazione della teoria dei 'vizi incompleti' (con le parole di C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 203, nel caso in esame vi è piuttosto «un vizio che più completo non potrebbe essere»), bensì tramite il riferimento alla previsione recata nell'art. 1227, comma 2, c.c., interpretata nel modo che si è visto (si opinerebbe in senso opposto, invece, ove si qualificasse come

Residua, al riguardo, un dubbio, che lascerò tale. Non so se, effettivamente, sia più congruo conteggiare il risarcimento sul valore del bene acquistato dal contraente tradito, o sul suo valore di rivendita; probabilmente dovrà misurarsi la decisione sulle esigenze del caso concreto. E, sempre alla luce delle specificità del caso, potranno risarcirsi danni ulteriori, come eventuali conseguenze negative causate dallo stesso contratto svantaggioso¹¹⁸⁴.

Queste osservazioni, tra l'altro, consentono di ribadire e chiarire ulteriormente il ruolo dell'interesse finale nell'interesse legittimo nascente nelle trattative: esso, sorto con un oggetto vieppiù generico (nella sua parte pretensiva-protettiva), si specifica assieme all'evoluzione delle trattative. Tutte le lesioni della buona fede che riguardano il futuro regolamento contrattuale, però, non appena commesse si proiettano, e si fissano, su questo interesse: così, una volta che sia stato consumato il raggio, l'interesse legittimo manterrà quale suo fine il diverso risultato favorevole sperato, e fin da quel momento la discrepanza rispetto alla situazione reale risulterà risarcibile (prima, consentendo al soggetto tutelato di abbandonare le trattative addebitando i costi alla controparte¹¹⁸⁵; poi, una volta concluso il contratto, con i rimedi di cui ho detto).

Allo stesso modo, una volta violati certi obblighi informativi, l'affidamento volto in ipotesi a proteggere (seppur eventualmente) l'attribuzione bene X a fronte del prezzo Y si tramuterà in quello volto a tutelare l'assegnazione del bene X, identificato sulla base di informazioni adeguate, a fronte del prezzo Y.

A dire il vero, potrebbe anche proporsi una ricostruzione parzialmente diversa, che a me sembra altrettanto – e forse anche più – fondata. Ossia, si potrebbe supporre che in entrambe le ipotesi testé menzionate l'integrazione dell'interesse protetto avvenga non dall'istante in cui esso è pure leso (per violazione della buona fede: mancata comunicazione dell'informazione, raggio), ma sin da prima, e cioè a partire dal momento in cui è obiettivamente percepibile il contenuto soggettivo

valida la transazione, perché priva di vizi patologici, e cionondimeno sussistente una lesione della buona fede precontrattuale). In ultimo, vorrei sottolineare come le azioni di risarcimento non dovevano di certo considerarsi prescritte: quelle *ex* art. 185 c.p., per ovvie ragioni; le altre, o per applicazione dell'art. 2947, comma terzo, c.c., o del principio giurisprudenziale per cui il termine di prescrizione decorre solo dal momento in cui si può avere contezza del danno. L'azione di annullamento, dal canto suo, non doveva considerarsi prescritta (o estinta per decadenza, secondo la nota teoria del Consolo), quanto meno per l'impossibilità di Cir di servirsene in precedenza, in diretta applicazione o in analogia rispetto a quanto prescritto dall'art. 1442, comma secondo, c.c. (d'altro canto, il suo venir meno – che è ben diverso dall'inutilità dell'esperimento – avrebbe probabilmente dovuto portare a una decisione diversa in tema di pregiudizialità; la questione del *dies a quo* di prescrizione – o decadenza – è in realtà discussa: con riguardo all'art. 1971 c.c., v. ad esempio E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, cit., p. 207). Quanto al problema del risarcimento delle *chances*, rinvio al § 2 del Capitolo terzo.

¹¹⁸⁴ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale per violazione di un obbligo di informazione*, cit., § 7, fa riferimento alla caduta del valore di certe azioni comprate da un investitore ingannato.

¹¹⁸⁵ Dando ovviamente la prova che, senza la condotta dolosa, non si sarebbe iniziata o proseguita quella trattativa (e non si sarebbero così sostenute spese inutili o perse occasioni vantaggiose).

dell'affidamento, oppure da quello in cui è divenuta attuale una determinata specificazione dell'interesse finale a concludere un contratto sulla base di un'ampia informazione (vale a dire, da quando è divenuta attuale una regola determinata di buona fede che impone di avvisare circa un certo errore o di fornire una precisa informazione).

Così, pure, può sostenersi che l'affidamento precontrattuale – nell'ambito di una compravendita – abbia ad oggetto, tra l'altro, un bene ideale, privo di vizi. Una volta concluso il contratto il bene viene individuato; opererà, allora, il principio mengoniano, per cui solo la garanzia può tutelare il compratore (e non un'obbligazione, che sarebbe fatalmente nulla, non esistendo *in rerum natura* 'quel' bene senza vizi¹¹⁸⁶). Tuttavia, la difformità tra l'assetto realizzato tramite l'accordo e l'oggetto dell'affidamento rileverà ai sensi dell'art. 1494, comma 1, c.c.¹¹⁸⁷ come lesione di un interesse legittimo (ove vi fosse conoscenza o dovere di conoscere, e dunque conoscibilità-*culpa*). A venire risarcito sarà inevitabilmente un interesse positivo¹¹⁸⁸ (risultando altrimenti inutile la disposizione in parola¹¹⁸⁹), per effetto della conversione della tutela in punto di conclusione del contratto (d'altro canto, proprio una tale conclusione attrae la lesione all'area dell'adempimento, con ciò giustificandosi pienamente la scelta – implicita – del legislatore). Il danno, dunque, è commisurato al 'come si sarebbe stati se fosse stato comprato un bene privo di vizi', e non al 'come si sarebbe stati se si fosse stati avvisati

¹¹⁸⁶ Cfr. L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1953, p. 4 e 15; riassume e condivide di recente il suo pensiero G. AMADIO, *Azione di adempimento*, cit., p. 81, nonché ID., *Il trasferimento precario*, *ivi*, p. 169.

¹¹⁸⁷ Sull'interpretazione fornita in dottrina per questa disposizione, v. L. MENGONI, *Profili*, cit., p. 17 ss., e pure ID., *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 297 ss. (per cui la previsione assicura il risarcimento dell'interesse positivo per violazione della *lex contractus*, ed è un «aspetto qualificato della garanzia per i vizi», soggiacendo tra l'altro «alla prescrizione breve dell'art. 1495 c.c.»); F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 75 ss., (la responsabilità ex art. 1494, comma primo, c.c. costituisce «una forma di tutela giuridica dell'interesse del compratore all'[esatto] adempimento»); C. CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 468 (per cui nel comma primo dell'art. 1494 c.c. rivivrebbe l'*actio empti bonae fidei*, e la responsabilità in parola sarebbe di natura precontrattuale); F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 46 ss. (sempre per una qualificazione precontrattuale della responsabilità); G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 222 (*idem*); C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 640 s. (secondo cui vi sarebbe un «assorbimento funzionale della lesione dell'interesse negativo nella disciplina del contratto concluso e quindi nella tutela del relativo interesse positivo», giacché le ipotesi dei due commi dell'art. 1494 c.c. «costituiscono ... l'evidente correlato della inesattezza materiale dell'attribuzione traslativa del venditore»); L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 302 s. (che ascrive gli artt. 1812 e 1821, comma 2, c.c. alla responsabilità precontrattuale, e invece l'art. 1494, comma 1, alla violazione della *lex contractus*); v. pure A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 330 ss., e di recente V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012, p. 96 s. (rifacendosi alle tesi che costruiscono le garanzie edilizie come ipotesi di violazione di un obbligo, o comunque di inattuazione di un effetto doveroso, l'autrice aderisce negli esiti alle tesi di Turco).

¹¹⁸⁸ Così L. MENGONI, *Profili*, cit., p. 17 ss.; *contra* G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 223.

¹¹⁸⁹ Cfr. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 303

che il bene non era privo di vizi', con esclusione però dei danni derivanti da lesione di interessi 'altri'¹¹⁹⁰, cui è dedicato il disposto subito successivo¹¹⁹¹.

Quanto, infatti, al comma secondo dell'art. 1494¹¹⁹², è preferibile l'opinione che distingue le due azioni¹¹⁹³, e ritiene risarcibile un interesse negativo (d'altronde, non si tratta dei danni arrecati dalla mancanza del bene privo di vizi, ma semmai dalla presenza di un bene viziato, e ad 'altri' beni). A essere lesa, qui, è uno specifico dovere di informazione, che già gravita nella fase di esecuzione del contratto, giacché accompagna l'obbligo di consegna del bene. Mentre, nel comma primo, si tratta della lesione all'interesse legittimo precontrattuale (con tutta la complessità del suo oggetto), qui probabilmente è un diverso interesse legittimo a venire lesa. Non sussistendo, nel nostro ordinamento, un'obbligazione di far acquistare la proprietà del bene, il dovere di informazione non può appuntarsi su di essa; né, a mio avviso, può specificare l'obbligazione di consegna¹¹⁹⁴. Viceversa, credo che debba supporre qui la nascita, con il contratto, di un interesse legittimo protettivo, che assume su di sé quel compito per l'appunto 'protettivo' che avrebbe avuto una – non sussistente – obbligazione di far avere il bene privo di vizi. In altri termini: la fascia protettiva dell'obbligazione immaginaria in parola si trasferisce e assume la forma di un interesse legittimo protettivo¹¹⁹⁵.

¹¹⁹⁰ L'interesse positivo descritto non si sovrappone a quello negativo di cui al comma secondo, né all'eventuale obbligazione derivante da una *actio quanti minoris*. Quest'ultima, infatti, è relativa al minor valore del bene (un po' come avviene, là dove viene concluso un contratto non voluto, per riportare le condizioni a quelle di mercato: solo che nel nostro caso si tratta di una garanzia, che prescinde da colpa e nesso di causalità); il primo, invece, attiene ai danni che la mancanza di un bene privo di vizi ha arrecato (se si guardassero dal punto di vista dell'interesse negativo, si parlerebbe delle spese fatte inutilmente e delle altre occasioni perse).

¹¹⁹¹ Solo con riguardo alle cose di genere, sorgendo in tal caso un'obbligazione (cfr. B. CORTESE, *Le obbligazioni generiche*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, V, Padova, 2010, p. 13 ss.), potrebbe supporre che l'art. 1494, comma 1, c.c. sanzioni la violazione di un vero e proprio obbligo (e così pure il comma 2). Qualsiasi soluzione si preferisca, mi pare condivisibile l'affermazione, a mente della quale, ove le scorrettezze precontrattuali siano assorbite dai diritti di credito nascenti dal contratto, sarà questione di inadempimento di essi, e non di violazione dell'interesse legittimo (v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 162 e 164).

¹¹⁹² Su cui v. L. MENGONI, *In tema*, cit., p. 229 ss. (secondo cui si tratterebbe di una vera e propria responsabilità precontrattuale, per lesione di un obbligo di informazione circa la presenza di vizi); C. CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 471 (che ricostruisce la disposizione «come sanzione per la violazione di un dovere di protezione integrativo dell'obbligo di consegna»); G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 225 (che segue Castronovo); F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 75 ss., (la responsabilità si basa «non sulla violazione del c.d. 'obbligo di garantire la cosa dai vizi' ..., ma sul fatto che l'alienante non ha dato comunicazione dei vizi, cioè sull'inosservanza di un dovere precontrattuale se si tratta di cose di specie, altrimenti del principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti»);

¹¹⁹³ Cfr. C. CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 467 s. *Contra*, C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 640.

¹¹⁹⁴ Così invece C. CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 471.

¹¹⁹⁵ Ipotesi analoghe a quelle in parola sono quelle tratteggiate dagli artt. 798, 1578 comma 2, 1812 e 1821, comma 2, c.c. (su queste norme cfr. per tutti L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 276, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 14 s. e 71 s., nonché C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p.

Il che permette di evidenziare due punti salienti.

Anzitutto, va osservato come la nostra figura non sia toccata dal fatto che (cioè, può bene sorgere anche qualora) il bene finale sia di per sé impossibile da attribuire: infatti l'interesse legittimo, non proteggendo con certezza un interesse, può vivere anche se la sua soddisfazione sia in sé impossibile o sia diventata impossibile (salvo che non lo escludano altre circostanze). Lo dimostrano palesemente proprio il caso della vendita di bene viziato, ove l'interesse legittimo può ben avere ad oggetto un bene ideale e inesistente (superando la contraddizione mengoniana, che vale invece per il credito), e il caso del contratto nullo per impossibilità dell'oggetto non conosciuta e non conoscibile da una parte¹¹⁹⁶.

In secondo luogo, va anticipato che, se prima della conclusione (per quanto inefficace o invalida) di un contratto rilevano interessi legittimi precontrattuali, e dunque dall'oggetto e dallo scopo complesso, una volta avvenuto il perfezionamento del vincolo ciascun soggetto godrà di obbligazioni, o di interessi legittimi (nel caso di contratto nullo: cfr. § 7), o di un immediato effetto reale, cui potrà eventualmente accompagnarsi un interesse legittimo protettivo, volto a dare la tutela di cui un contraente si troverebbe sprovvisto, non essendo nata alcuna obbligazione (che, altrimenti, recherebbe in sé una parte protettiva).

655 ss. e M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., p. 164 s.). In tutte queste fattispecie astratte, però, non è rievocata la duplicità dei due commi dell'art. 1494 c.c. (che, a sua volta, ricorda la distinzione tedesca tra *Mangelschaden* e *Mangelfolgenschaden*: cfr., prima della *Modernisierung*, U. HUBER, *Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1977, p. 282 s.). Ciò potrebbe essere traccia di un preciso intendimento legislativo, ossia di rendere risarcibile, in questi casi, sempre solo l'interesse negativo, tanto con riguardo alla mancata acquisizione di beni privi di vizi in sé e per sé considerata, quanto con riferimento a eventuali danni a interessi 'altri' (salvo forse il caso dell'art. 798, che renderebbe risarcibile un interesse positivo; v. pure M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 152 ss., nt. 31). In tal caso la responsabilità sarebbe sempre, e solo, precontrattuale, per scelta positiva, sporgendo tutt'al più sulla fase di esecuzione del contratto quanto al nesso di causalità giuridica. Qualora, però, oggetto dei contratti in esame fossero cose generiche, la lesione sembrerebbe riguardare il vero e proprio diritto di credito che nasce dal contratto (dovendosi però estendere, allora, anche all'interesse positivo, oltre il dettato delle norme di legge): per lo meno ove si ritenga che la *datio* contestuale alla conclusione non escluda un obbligo del mutuante a titolo gratuito o del comodante, rilevando solo come elemento per valutare la giuridicità del vincolo (non posso però qui soffermarmi sulle particolarità dei contratti reali). V. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 166. Quanto all'art. 1479 c.c., che parte della dottrina a suo tempo aveva ritenuto essere un'ipotesi di sanzione per scorrettezza precontrattuale (così L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 276 ss.; ma v. pure ID., *Gli acquisti a non domino*³, Milano, 1975, p. 22 ss., per un'opinione in buona parte diversa), mi sembra preferibile (e ormai dominante) la diversa opinione che lo ricollega alla violazione della *lex contractus* (v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 107 ss., secondo cui l'azione di risoluzione ex art. 1479 c.c. sarebbe applicazione di una forma di garanzia; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 303 ss., anche per riferimenti bibliografici).

¹¹⁹⁶ Parzialmente diverso, però, dev'essere il discorso in merito all'illiceità dell'interesse finale (ad esempio, nelle trattative, ove sia illecito il futuro contratto; in un rapporto di cortesia, ove sia illecita la prestazione auspicata). In tal caso l'ordinamento non potrà concedere di sicuro tutela: gli interessi legittimi nascenti da contatto, che vorrebbero tendere a questi risultati, si troveranno dunque dimidiati, e ridotti a un nucleo solo protettivo.

Esempio emblematico di questo interesse legittimo protettivo, che sorge allorché la sfera protettiva delle varie obbligazioni non riesce a tutelare efficacemente il patrimonio e la persona dei contraenti¹¹⁹⁷, viene, ancora, dalle ipotesi di vendita, qui immobiliare: la doppia alienazione, con trascrizione da parte del secondo acquirente precedente a quella del primo, va costruita – nell’ottica in cui mi sono posto – come violazione di un interesse legittimo protettivo.

Chiudo questa parentesi, e torno al tema di questo paragrafo, osservando come al di fuori dei vizi della volontà, l’annullamento sia previsto, tra l’altro, per il caso di incapacità d’agire: nel qual caso, ove proprio si volesse rinvenire una scorrettezza, la si potrebbe trovare semmai nell’attività di controparte che non ha controllato la minore età del contraente (e che, giustamente, non è presente nei casi in cui *malitia supplet aetatem*). Anche se, di norma, non di scorrettezza si dovrà parlare: si tratterà di una semplice, successiva soggezione al potere di annullamento.

Ancora: di annullabilità potrà parlarsi – ovviamente, a prescindere dai casi che riguardano atti o delibere delle società e del condominio, cui ho già accennato – con riguardo al contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi (art. 1394 c.c.).

La peculiarità di questo caso sta nel trovarsi a mezza via tra quelli di contratto radicalmente non voluto (ad esempio: violenza), ove l’interesse pretensivo sbiadisce in uno protettivo, e quelli di contratto voluto in modo diverso (ad esempio: dolo, sia determinante che incidente), ove l’interesse pretensivo non è soddisfatto, e ciò concreta una lesione della buona fede. Nel caso dell’art. 1394 c.c. il rappresentato confida in un’attività di controparte che gli attribuisca certi beni a determinate condizioni, oppure confida in un’attività che non leda i suoi interessi? La seconda opzione sarebbe più consona al testo dell’articolo in parola, che non richiede, per aversi annullamento, che vi sia stato un reale pregiudizio; la prima, invece, sembrerebbe più in linea con l’articolo successivo, ove l’annullabilità è esclusa in un’ipotesi in cui di certo manca il pregiudizio (ma non in tutte quelle in cui in concreto esso non si presenta). A seguire la prima – ancora – si avrebbe un affidamento in un’attività che conceda le migliori condizioni contrattuali, affidamento che potrebbe essere leso da un contratto concluso in conflitto d’interessi, il quale a sua volta sarebbe annullabile; secondo la seconda, invece, l’affidamento sarebbe leso *tout court* dal contratto concluso in conflitto d’interessi. Probabilmente è da accettare la prima via, correggendola però di tutti i suoi eccessi: in particolare, supponendo che la prova del pregiudizio sia *in re ipsa*, tutte le volte in cui la controparte non riesca a dimostrare che

¹¹⁹⁷ Perché un’obbligazione non è mai esistita, perché è già venuta meno, perché il suo oggetto è particolarmente ristretto: si tratta di ipotesi di discostamento evidente tra l’interesse protetto dalla posizione giuridica e il vantaggio che una parte intende attribuire all’altra, o comunque di ipotesi in cui la rigidità di un’obbligazione (basti pensare a quella pecuniaria) preclude all’interprete di valutare le scorrettezze nell’esecuzione del contratto ai sensi dell’art. 1175 c.c.

di certo, nonostante il conflitto d'interessi, non si siano previste condizioni contrattuali peggiori rispetto a quanto ipotizzabile¹¹⁹⁸.

Altrettanto interessanti, poi, sono le previsioni di cui agli artt. 1892 s.¹¹⁹⁹: più che per il loro tenore testuale, per il fatto che esse combinano una tutela che si associa alla lesione della buona fede, e una tutela contro pregiudizi recati all'interesse legittimo che non sono veicolati da una condotta scorretta. Vi è di più: le norme in questione permettono di comprendere come, tra i rimedi per la violazione (o per il pregiudizio) dell'interesse legittimo, possa esservi pure il diritto di recesso (art. 1893 c.c.). D'altronde, lo stesso potere di annullamento ne condivide la natura, differenziandosene semmai per la natura retroattiva e per il necessario esercizio giudiziale: punti sin troppo noti, perché vi sia necessità di discuterne.

Ben si comprende, stando a questo schema¹²⁰⁰, come la rescindibilità non costituisca un vizio dell'atto in cui si cristallizza una regola di responsabilità: e, d'altro canto, la dottrina insegna che codesta patologia attiene, più che al consenso e alla sua formazione, all'equità e alla giustizia contrattuali¹²⁰¹. Tuttavia, è anche possibile proporre una diversa ricostruzione¹²⁰²: giacché la rescindibilità tocca un difetto di equilibrio economico, che si produce a causa dello stato soggettivo di un contraente, di cui l'altro è a conoscenza, o di cui la controparte addirittura profitta, si potrebbe sostenere che l'affidamento protetto abbia come oggetto – sempre nell'ipotesi paradigmatica del sinallagma – un'attività che eventualmente attribuisca un bene o un servizio per un prezzo ragionevole (equo; fermo restando che il prezzo cui si aspira non è comunque superiore a quello individuato, giacché lo stesso interesse legittimo deve tener conto non solo della tutela espressa dalla rescindibilità, ma anche di quella relativa a tutte le altre violazioni della buona fede: e ben potrebbe esservi, magari perfino cumulandosi con l'approffittamento dello stato di bisogno o con la conoscenza di quello di pericolo, un raggio perpetrato ai danni del trattante). Si arricchirebbe così

¹¹⁹⁸ Questa è la conclusione cui perviene, tra l'altro, S. DELLE MONACHE, sub *art. 1394 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 114 ss. In caso di annullamento del negozio, potrà poi ipotizzarsi una responsabilità per interferenza nelle trattative in capo al rappresentante, e verso il rappresentato (anche se di norma essa sarà assorbita dall'inadempimento di un contratto di mandato), oltre eventualmente – e solo a certe condizioni – una responsabilità della controparte (oltre al pregiudizio che legittima l'annullamento). Sulla possibilità che, a certi fini, le posizioni del rappresentante e del rappresentato cessino di sovrapporsi v. a breve *infra*.

¹¹⁹⁹ L'art. 1892, comma 3, c.c. tutela in forma (parzialmente) positiva l'interesse dell'assicuratore. Sulle previsioni in parola v. per tutti G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, p. 757 ss.

¹²⁰⁰ Che, si badi, non vuol essere esaustivo, né chiarire tutte le fattispecie di invalidità. Fin troppo ovvio, infatti, è che la patologia di un negozio unilaterale nulla ha a che vedere con un interesse legittimo. Il fatto è che le fattispecie di invalidità possono, come no, incrociare la tutela di un interesse legittimo.

¹²⁰¹ Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 111 ss.

¹²⁰² Cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 280.

la configurazione rilevante dell'interesse finale e, con essa, dell'attività di controparte cui si aspira¹²⁰³. Né così si confonderebbe il ruolo di equità e buona fede:

¹²⁰³ Lo stesso deve ripetersi per la disciplina, a rilievo sia penalistico che civilistico, dell'usura (su cui v. già G. OPPO, *Lo 'squilibrio' contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533 ss.), nonché di quella in tema di ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali (con una certa tendenza ad aprire la tutela anche all'interesse positivo). Probabilmente qualcosa di simile avviene nell'ipotesi disegnata dall'art. 33, l. 287/1990 (violazioni della normativa *antitrust*): ove l'accordo lesivo della concorrenza si riversi in danno per il consumatore, quest'ultimo potrebbe agire per la tutela (in forma positiva) del suo interesse legittimo (che, nell'interesse finale protetto, annovera anche uno scambio su cui non incida un'intesa lesiva della concorrenza; uno spunto delle possibile qualificazione come interessi legittimi delle posizioni in parola in G. OPPO, *Novità*, cit., p. 397). Che dire, però, del caso in cui l'intesa non è stretta dalla controparte, ma dal soggetto in apice della catena produttiva? Non sarebbe possibile supporre che il consumatore possa agire in surrogatoria, per ovvie ragioni, azionando il diritto al risarcimento del danno dell'altro contraente. Forse, si potrebbe ritenere che chi voglia concludere un'intesa potenzialmente lesiva della concorrenza veda nascere interessi legittimi in capo ai consumatori: interessi legittimi che sorgerebbero a fronte del potere (seppur solo economico) di distorcere il funzionamento del mercato. Resterebbe una differenza, poco giustificabile, di trattamento rispetto alla disciplina recata negli artt. 2598 ss. c.c. Non mi convince del tutto nemmeno l'idea della nullità del contratto con il consumatore, giacché tale accordo non è illecito, né viola una norma imperativa, risultando semmai solo di fatto toccato da una condotta altrui (anche se la menzione della nullità nell'art. 33, comma 2, l. 287/1990 potrebbe far credere, non so quanto fondatamente, che il legislatore ha voluto far assurgere una norma di condotta in norma di validità – nullità, che sarebbe di protezione, e quindi probabilmente parziale e relativa –, e allo stesso risultato perverrebbe l'interpretazione degli artt. 2 e 3 quali norme imperative); d'altro canto essa pone una tale schiera di ulteriori problemi, che sembra meglio non scomodarla (evitabili, come accennato, se la si intedesse come nullità di protezione, o come nullità parziale; tuttavia, a tale ultimo riguardo, i pur brillanti argomenti addotti dalla dottrina – in particolare da A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 268, il quale suppone che la prova di cui all'art. 1419, comma 1, c.c. sia scontata, giacché l'impresa, senza l'illecito *antitrust*, avrebbe contrattato ad altre condizioni – non mi persuadono interamente, giacché non è vero che l'art. 1419 c.c. impone di chiedersi se la controparte avrebbe contrattato 'senza l'intesa', ma semmai 'senza quella parte del contratto'; quanto alla nullità di protezione, essa in effetti finirebbe per risultare rimedio in forma specifica per la lesione dell'interesse legittimo). Così, allora, potrebbe proporsi di riconoscere carattere pseudo-contrattuale (relazionale) a questa tutela, allorché vi sia lesione dell'interesse legittimo da parte dell'altro contraente; e invece natura aquiliana, ravvisando una norma di protezione, in ogni caso in cui questa relazione (e dunque la nascita di un interesse legittimo) non sia ipotizzabile. Cfr. in giurisprudenza Cass. civ., Sez. I, 26 agosto 2005, n. 17398, e già Cass. civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207 (su cui v. S. SIMONE, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 915 ss., anche per – alla nt. 1 – indicazione di altre note); in dottrina, in sede monografica, M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006; v. poi G. AFFERNI, *Risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale*, in *Danno resp.*, 2007, p. 755 ss.; G. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1443 ss.; C. CAMARDI, *Tecniche*, cit., p. 871 ss.; S. MONTEMAGGI, *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*, in *NGCC*, 2006, p. 667 ss. (secondo cui «traslando concetti propri del diritto amministrativo, potrebbe rilevarsi che l'attribuzione, da parte della normativa *antitrust*, di un potere in capo al consumatore non avvenga in vista di una protezione immediata e diretta dell'interesse del titolare, piuttosto di una protezione mediata, dipendente dalla coincidenza dell'interesse particolare con il bene generale rappresentato dalla stessa competitività del mercato»; ma la prospettiva è erronea, a mio avviso, giacché si serve di un concetto di interesse legittimo a dir poco vetusto – quello dell'interesse occasionalmente protetto –, anche se l'intuizione sottostante è degna di nota, giacché sottolinea come il *private enforcement* della normativa *antitrust* assomigli all'esercizio dell'azione amministrativa per la caducazione del provvedimento, così lasciando emergere certe somiglianze tra la p.a., centro di potere esecutivo, e le società che pongono in essere l'intesa proibita, centri di potere economico); C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2004, p. 469 ss.; ID., *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 444 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 177 ss. (con posizione parzialmente diversa); F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*,

semplicemente, la buona fede tutelerebbe l'aspirazione a un contratto equo, senza alcuna sovrapposizione concettuale¹²⁰⁴.

Allo stesso modo, non è da ritenere che la nullità del contratto sia (almeno di norma) stabilita per venire incontro a esigenze di tutela degli interessi legittimi. Come non avviene nel caso degli interessi legittimi amministrativi, così è pure per quelli privatistici.

Questa considerazione induce ad aprire una parentesi, relativa all'interpretazione dell'art. 1338 c.c.

Secondo parte (quasi tutta¹²⁰⁵) la dottrina, esso si riferirebbe, oltre che alle ipotesi di contratto nullo, anche e *a fortiori* ai casi di contratto annullabile, ad esempio per vizio

cit., p. 738 ss.; E. CAMILLERI, *La tutela del contraente 'a valle' di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 43 ss.; M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 727 ss.; A. DI MAJO, *Profili*, cit., p. 30 s. Più complicato il discorso relativo all'abuso di dipendenza economica, e al suo referente normativo (secondo alcuni dal ristretto ambito operativo, secondo altri invece più lato): riprendo quest'argomento nell'ultimo paragrafo del Capitolo terzo.

¹²⁰⁴ Sulla differenza tra i due concetti v. *infra*. A comprova di quanto scrivo nel testo, basti pensare al caso di una trattativa che viene interrotta giacché la controparte alza il prezzo, al fine di sfruttare la condizione di bisogno altrui; in tal caso non dovrebbe esserci dubbio nell'ammettere un risarcimento del danno.

¹²⁰⁵ Non G. PATTI, sub *art. 1338 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 203. L'autore, tra l'altro, ritiene ammissibile la responsabilità precontrattuale se, cessata la violenza del terzo, il trattante non abbia informato la controparte. In tal caso, però, dovrebbe venir meno anche l'annullabilità del contratto. Piuttosto, è da chiedersi se, una volta concluso il contratto, chi ha subito violenza non debba, oltre a rispettare il termine (di decadenza, secondo Claudio Consolo) di cinque anni per l'esercizio dell'azione, avvertire la controparte onde evitarle un danno maggiore. Può essere: il che, da un lato, lascia comprendere come i rimedi di annullamento, anche quando non sanzionano la scorrettezza altrui, tutelano l'interesse legittimo; d'altro canto, come pure l'esercizio di tali rimedi (che si sostanzia in un potere) sia rimesso alla regola di buona fede (e a una potenziale *Verwirkung*, anche oltre i limiti della convalida – specie tacita –).

del consenso¹²⁰⁶: in cui non vi è alcun obbligo di informazione lesivo, ma addirittura vi è un obbligo di condotta ben più penetrante¹²⁰⁷. Così, però, a mio avviso non è.

¹²⁰⁶ V. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 65: «quando una dichiarazione è viziata da errore e questo è riconoscibile, il destinatario deve darne avviso all'autore, affinché modifichi la sua posizione (arg. ex art. 1337). Qualora non adempia quest'obbligo e il contratto sia annullato, ricorrerà nella responsabilità per mancata comunicazione di una causa d'invalidità: siamo esattamente nei termini dell'articolo 1338». V. poi L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 312; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 171; M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 63. In generale sull'art. 1338 c.c. v. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 145 ss. Posizione meno netta quella di C. CASTRONOVO, *Vaga culpa*, cit., p. 8, secondo cui «l'art. 1337 ... è sufficiente a sancire la responsabilità precontrattuale anche in ipotesi di vizi della volontà che ... non comportano obbligo di comunicazione»: «così nel caso di errore riconoscibile dall'altra parte ... ma inescusabile dalla parte dell'errante» (sul punto v. pure V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., p. 20 s.) Vicino alla tesi che sostengo nel testo è R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., p. 601 ss. Anche F. CARRESI, *In tema*, cit., p. 457, adotta un'interpretazione dell'art. 1338 c.c. tale da non farvi rientrare dolo e violenza perpetrati dalla controparte o da un terzo con approfittamento di quest'ultima. Soluzione, invece, aperta in P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 485. Da menzionare anche l'interpretazione di G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1025 ss., secondo cui solo l'art. 1338 c.c. imporrebbe obblighi d'informazione (non l'art. 1337 c.c.).

¹²⁰⁷ La disposizione in questione, «che non ha precedenti in alcuna legislazione vigente tranne nel codice civile greco ... e in quello cecoslovacco ..., ... deriva storicamente dalla nota teoria di Jhering», e prevederebbe un obbligo di comunicare le cause di nullità o di annullabilità, e non quelle di inefficacia (così F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 57) Il riferimento alla costruzione di Jhering, tuttavia, a mio avviso non è del tutto esatto, ove poi si applichi la previsione anche con riguardo all'annullamento per vizi del consenso. La ricostruzione del grande studioso tedesco, infatti, era volta a temperare gli eccessi della *Willenstheorie*, e si poneva in un'ottica per così dire opposta (v. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 314) a quella in cui si trova oggi il giurista italiano, che opera in un ordinamento dominato semmai, quanto alla conclusione dei contratti, dai principi dell'affidamento e dell'autoresponsabilità (R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 60 s.; V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 9 ss.). V'è infatti da tener conto che Jhering si riferiva ad esempi di contratti nulli; d'altro canto nella sua sistemazione era dato per presupposto che anche i contratti viziati da errore fossero radicalmente nulli, senza che tra l'altro vi fosse alcuna mitigazione quanto a riconoscibilità dell'errore stesso (a nulla vale replicare che la *Nichtigkeit* jheringhiana non coincide con l'attuale spazio, nel nostro ordinamento, della nullità – così C. TURCO, *Interesse legittimo*, cit., p. 55, nt. 163 –, giacché ciò è chiaramente antistorico). L'obiettivo dell'autore era dunque quello di proteggere il contraente che, senza colpa o disattenzione, si sarebbe visto eccepire la nullità del contratto: ciò a cui, nel nostro ordinamento, sovrintende già l'adattamento della teoria della volontà ad altri principi. D'altro canto, anche se Jhering si fosse occupato di altri vizi, lo avrebbe fatto sempre dal punto di vista di chi 'riceve' la dichiarazione (è l'ottica degli attuali §§ 122 e 179 BGB, che anzi fondano un sistema di garanzia – diversamente dai vecchi §§ 307 e 309 a.F., i quali si basavano sulla colpa –). A voler utilizzare (solo per compiere un esercizio logico) la categoria dell'interesse legittimo, diremmo che vi sono qui dei casi di lesione del medesimo ancora *in nuce*, derivante dall'avvenuta conclusione di un contratto viziato; lesione che diverrà attuale e concreta solo con la caducazione del vincolo (o, entro certi limiti, con il suo pericolo: ma su questo v. *infra*). Viceversa, nel nostro sistema il soggetto da proteggere, in caso di annullabilità del contratto, non è colui che subisce la pronuncia (cfr. massimamente il § 122 BGB), ma chi la chiede. Su questi punti v. oggi anche C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 120 ss. Tra l'altro, la stessa innovazione che ha preso avvio con il noto studio di Jhering è, forse, dovuta a un errore storico, giacché la critica interpolazionistica del Novecento non ha mancato di notare come i giuristi classici avrebbero lasciato «all'*actio doli*, e solo ad essa, il compito di assicurare tutela contro i danni cagionati *in contrabendo*» (così F. PROCCHI, *Licet*, cit., p. 4 e 15), salvo probabilmente per i contratti di buona fede (ove, per l'appunto, l'azione contrattuale aveva valenza assorbente). La romanistica più recente, in ogni caso, non ha mancato di notare come Jhering sia rimasto succube di un concetto di *dolus* non veritiero, e abbia così giustificato la preferenza per azioni contrattuali, che invece era dettata dalla regole di sussidiarietà dell'*actio de dolo malo* (così P. LAMBRINI, *Dolo generale*, cit., p. 110; su questo punto v. lo stesso F. PROCCHI,

Anzitutto, bisogna sgombrare il campo da alcuni possibili equivoci: le fattispecie in cui un contratto è annullabile non costituiscono, nei casi in cui la controparte non si è comportata scorrettamente, ipotesi di applicazione della previsione in parola. Nei casi, che abbiamo esaminato, l'invalidità è posta infatti a tutela dell'interesse legittimo, e può essere fatta valere senza obblighi risarcitori (pure in via anticipata, come giustificata causa di recesso dalle trattative).

Dolus e culpa in contrahendo nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, p. 246, e nella civilistica F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 2 s. – da correggere però nell'affermazione di p. 126, che è stata superata dalle più recenti ricerche romanistiche –). Il fatto è che gli studi più moderni hanno finalmente messo in luce come il dogma dell'equivalenza tra *dolus* e intenzione specifica di nuocere non è conforme al vero, giacché in Roma il *dolus* era semmai la contrarietà alla *bona fides* (v. oggi soprattutto P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, Napoli, 2013, p. 124 ss., e già ID., *Dolo generale e regole di correttezza*, cit., p. 76 ss., 112 s. e 125 s., e però anche p. 109 per la considerazione secondo non vi era comunque «completa coincidenza tra le nozioni di dolo e di buona fede»; v. poi tra tutti R. ZIMMERMANN, *The Law*, cit., p. 668 s.). In questo senso mi pare si sgonfi anche il dibattito che ha visto contrapporsi M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, nonché ID., *Dall'actio de dolo al danno meramente patrimoniale*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, p. 77 ss., e C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 682 ss.: se ha ragione la prima, nell'indicare l'*actio de dolo* quale rimedio per la zona di mezzo tra contratto e torto forgiato dai giuristi romani (azione il cui riferimento al dolo come intenzione si spostava dalla condotta dannosa al rifiuto di indennizzare – v. P. LAMBRINI, *Studi*, cit., p. 133 – secondo una prospettiva che sarebbe quanto mai estranea al nostro modo di ragionare, per la quale prima sorge il diritto di risarcire o indennizzare e poi semmai vi è il rifiuto di adempiere), è però assolutamente vero negli esiti il ragionamento del secondo, secondo cui non è oggi la responsabilità extracontrattuale la sede corretta per tutelare contro i danni arrecati da comportamenti scorretti. Effettivamente è proprio la distanza tra l'*actio de dolo* classica e il § 826 BGB (o, ancor più, il nostro art. 833 c.c.) a decretare questo risultato; lo strumento rimediale romano non è semplicemente accoglibile nei nostri ordinamenti, che ormai hanno preso strade diverse (forgiate semmai dal *ius commune* medievale, ove il dolo è stato inteso in senso molto più ristretto rispetto all'esperienza giuridica romana; d'altro canto, basti pensare al fatto che l'*actio de dolo*, nella sua residualità, serviva in Roma pure da mezzo per assicurare la ripetizione di un arricchimento ingiustificato, quale quello derivato da un *facere* già compiuto nell'ambito di accordo sinallagmatici non tradottisi in contratti – almeno fino ad Aristone e Mauriciano; v. qui per tutti T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, p. 96 ss. e 177 ss., e su quest'uso dell'*actio de dolo* v. P. LAMBRINI, *Dolo generale*, cit., p. 85 –, mentre oggi a questo scopo risulta funzionale la *condictio indebiti*, ove interpretata come estesa pure al *facere* prestato nell'ambito di accordi configurativi, o comunque l'azione *ex art. 2041 c.c.*, e invece la tutela degli interessi legittimi o comunque dell'affidamento, se ipotizzabile, si traduce in una tutela ulteriore e maggiore – ne parlerò meglio nel paragrafo dedicato alle cortesie –). D'altro canto, da un punto di vista tecnico la sua introduzione richiederebbe di interpretare l'art. 2043 c.c. quale clausola generale, con i problemi che ho già notato e soprattutto con la difficile applicazione a un giudizio che (anche quando tutela un interesse negativo) replica una logica di spettanza (mi riferisco agli interessi pretensivi negativi); oppure, e viceversa, di limitare la rilevanza della *culpa in contrahendo* al solo dolo (o addirittura alle sole condotte caratterizzate da dolo specifico), il che sicuramente non sarebbe ammissibile. Risulta allora pienamente condivisibile l'osservazione di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., per cui l'ascrizione dei doveri precontrattuali alla responsabilità contrattuale (per me: all'interesse legittimo) coincide con quel «procedimento che, nel diritto giustiniano *[rectius: forse già in quello classico]*, ha portato la responsabilità *in contrahendo* sul piano della responsabilità contrattuale: l'originaria *actio doli* extracontrattuale fu sostituita dall'*actio bonae fidei* contrattuale». In ogni caso, oggi, anche alla luce dell'evoluzione che ha portato l'ordinamento italiano a conoscere una generale azione di responsabilità precontrattuale, non mi pare ammissibile ricondurre all'art. 1338 c.c. i casi di vizio del consenso.

Viceversa, può accadere che, caducato il contratto, il soggetto tutelato chieda un ulteriore risarcimento del danno, adducendo la slealtà altrui. Ma in tal caso, a mio avviso, esso deriva da una lesione dell'interesse legittimo rilevante *ex art.* 1337 c.c.: ad esempio, per esservi stato un inganno.

L'esatto spazio di applicazione dell'art. 1338 c.c. è più ristretto¹²⁰⁸. Esso, in particolare, attiene alle ipotesi di nullità del contratto, di inefficacia¹²⁰⁹ e di inesistenza¹²¹⁰, note (o conoscibili) a una parte e sconosciute (senza colpa) all'altra. Il danno risarcito, dunque, assomma a sé quello per la trattativa inutile¹²¹¹, oltre a quello 'da incertezza' (o 'da certezza erronea') successivo a questa¹²¹². In particolare, la previsione intende regolare il caso in cui l'affidamento precontrattuale si sia a tal punto

¹²⁰⁸ La contraria opinione si trova in imbarazzo di fronte a casi (come quello della violenza) in cui ovviamente non vi era alcun obbligo di informazione (ed è costretta a ritenere che l'art. 1338 c.c. muti qui parzialmente il suo dettato: esattamente in termini V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 175 e 826). Il fatto è che la violazione della buona fede che coincide, ad esempio, con un dolo rileva in tanto in quanto inganno, e non come mancata informazione sull'invalidità (che, lungi dall'essere un pregiudizio, costituisce un rimedio). Se spesso si è pensato diversamente, ciò è accaduto per la tendenza della dottrina meno recente di svalutare le clausole generali (e così l'art. 1337 c.c., a tutto favore dell'art. successivo) e, comunque, di costruire tutta la responsabilità precontrattuale sul concetto di informazione (così massimamente nella dottrina tedesca, come ho già evidenziato). Viceversa, va invece ribadito che l'art. 1338 c.c. si basa sempre sul concetto di informazione: anche nel caso in cui un contraente dà causa alla nullità del contratto, la responsabilità sorge perché non si è avvertita la controparte del vizio negoziale (*contra* C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione*, cit., p. 237) o non lo si è evitato (o non si è evitata l'inefficacia, omettendo di chiedere autorizzazioni o controlli successivi alla conclusione).

¹²⁰⁹ L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 337 ss. *Contra* L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 128 (con riguardo, però, alla condizione sospensiva, che effettivamente è sottratta all'ambito dell'art. 1338 c.c. e rimessa al dovere di buona fede di cui all'art. 1358 c.c.).

¹²¹⁰ L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 308, esclude che l'art. 1338 c.c. attenga all'inesistenza (nei casi in parola, tutt'al più, sarebbero rinvenibili gli estremi per applicare l'art. 1337 c.c.). Lascio aperto l'interrogativo; a me sembra che, nella difficoltà di separare nullità e inesistenza, non possa escludersi che vi sia un onere di comunicare l'avvenuta non conclusione dell'accordo. Tanto più in un'ottica collaborativa e solidale, che vada oltre i precetti formali legislativi (d'altro canto, non credo sia lontano il momento in cui si riterrà addebitabile *ex art.* 1338 c.c. anche la nullità, ove non sia stata fornita l'informazione circa una norma di legge, per lo meno ove uno dei contraenti sia in condizioni di netta inferiorità; v. *ivi*, p. 309 ss.).

¹²¹¹ Per lo meno dal momento in cui l'altro contraente avrebbe dovuto conoscere la causa di nullità o di inefficacia (o fin dall'inizio della trattativa, se questa preesisteva e non è stata evitata). Sulla duplicità di cui parlo nel testo v. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 346. In analogia con il precetto dell'art. 1338 c.c., la mancata comunicazione, in pendenza di trattative, è fonte di responsabilità solo se l'errore è inescusabile.

¹²¹² In dottrina sono state sostenute due diverse tesi: secondo una (v. A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 22) «il fatto generativo della responsabilità» risiede nell'«aver taciuto alla controparte l'esistenza di una causa di invalidità»; secondo l'altra (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 171) «il fatto lesivo ... non è costituito dalla mancata comunicazione delle cause d'invalidità o inefficacia ma, direttamente, dalla stipulazione del contratto invalido o inefficace». A mio avviso la lesione della buona fede sta nella mancata comunicazione; a seconda, poi, della teoria che si sceglie a proposito della zona in cui ricade il danno da 'incertezza' (o da 'affidamento sulla validità': v. subito nel testo), si dirà che questa lacunosa informazione è l'unica violazione, o che la conclusione del contratto rappresenta un'ulteriore violazione dell'interesse legittimo.

specificato (e tale specificazione sia stata dall'ordinamento giuridico accettata: quello protetto è sempre un affidamento oggettivo), che di esso siano divenute declinazioni rilevanti anche le modalità di attribuzione dei beni finali, individuate in un certo accordo storicamente individuato. Allorché esso, però, sia nullo (o inefficace o inesistente), e lo sia senza che il soggetto protetto potesse accorgersene (altrimenti il suo affidamento non avrebbe assunto questa specificità¹²¹³), sorge contestualmente una lesione, giacché quei beni della vita, per come precisati, non saranno attribuiti¹²¹⁴: tanto che la controparte opponga la nullità, quanto se si dimostri disponibile a concludere un nuovo contratto privo del vizio, giacché ormai la lesione si sarà prodotta¹²¹⁵.

¹²¹³ Salvo ritenere che l'affidamento comunque si specifichi, ma non vi sia lesione della buona fede da parte dell'altro trattante.

¹²¹⁴ Tra l'altro, proprio la previsione insita nell'art. 1338 c.c. consente di comprendere meglio l'esatta latitudine dell'affidamento precontrattuale. Esso ha ad oggetto un assetto finale, per come esso si presenterà una volta eseguito il contratto (e nei vari modi in cui ciò può darsi): ma, inevitabilmente, esso si può tradurre anche nell'affidamento in un'attività che abbia ad oggetto la costituzione del vincolo contrattuale. Ben vero è, infatti, che l'affidamento soggettivo e psicologico può avere ad oggetto anche solo beni della vita intesi in senso materiale: e, anzi, ciò è quanto avviene il più delle volte (come la causa del contratto, a mio avviso, ha ad oggetto un assetto di interessi pre-giuridico). Tuttavia, l'affidamento oggettivo, pur mirando sempre a questo stato finale, passa attraverso la sua traduzione giuridica: si tratta, infatti, comunque di una posizione giuridica (così anche nel caso degli interessi pretensivi verso la p.a., in cui l'aspirazione mediata è a un certo bene, ma quella immediata a un dato provvedimento). Il che, a sua volta, aiuta a comprendere il significato di una diversa disposizione, ossia quella versata nell'art. 1398 c.c. (la quale pone inevitabili problemi, allorché si ricostruisca la responsabilità precontrattuale tramite l'immagine del rapporto giuridico: così, correttamente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 159, nt. 12, il quale però non condivisibilmente ne deduce la natura aquiliana della responsabilità in parola): ovvio che il privato confidi in un'attività di un diverso soggetto, rispetto al *falsus procurator*, che gli attribuisca certi beni; e tuttavia dal falso rappresentante egli si aspetta una utilità immediata, e cioè la conclusione del contratto (o, meglio ancora, potrebbe sostenersi che verso il falso rappresentante sorga un interesse legittimo protettivo, onde abbracciare anche il caso di cui parla F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 24: del resto, egli, non avendo poteri rappresentativi, resta un 'terzo' che 'interferisce' nella trattativa). In questo senso si comprende come l'interesse legittimo, che inerisce a un'attività (del rappresentato) che potrebbe assegnare certi beni, possa vedere il dovere di rispetto del medesimo in capo al rappresentante. Ove esso sia violato (e cioè il contratto concluso sia inefficace), ben si comprende la ragione della responsabilità del falso procuratore. Allo stesso modo, il dovere incombe sul rappresentato ove invece vi sia una valida procura; e così pure nel caso di rappresentanza apparente (ove la sanzione per la lesione della buona fede è in forma specifica, secondo la giurisprudenza, traducendosi nella validità ed efficacia del contratto). Sull'art. 1398 e sulla rappresentanza apparente cfr. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 340 ss.; di recente, con riferimenti all'analisi economica del diritto, L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 835 ss.; v. pure C. ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, Padova, 2009, p. 154 s., che applica la rappresentanza apparente a certi casi di delegazione. Si potrebbe dunque sostenere che anche verso il rappresentante sorga un interesse legittimo (protettivo, da 'interferenza'), pure se egli sia tale in virtù di norma di legge, e con esclusione della rappresentanza organica, che vera rappresentanza non è (salvi però i casi in cui non esista il conferimento di poteri). Sul punto cfr. comunque le osservazioni di A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 45 ss., testo e nt. 50.

¹²¹⁵ A certe condizioni, però, potrebbe anche immaginarsi che l'affidamento, così specificato, venga leso irrimediabilmente, ma che da esso sorga un nuovo affidamento, avente un oggetto diverso, e più generico, almeno ove il soggetto tutelato abbia ancora e comunque interesse a concludere il contratto (d'altronde, anche prima della conclusione del contratto – viziato o inefficace – vi è l'obbligo

Altrimenti (e forse più fondatamente), non potrà che farsi leva sul fatto che l'interesse pretensivo (a prescindere dalla duplice anima dell'interesse legittimo nelle trattative) tutela il conseguimento di un risultato utile senza lesioni non permesse dalla buona fede: e nel caso disciplinato dall'art. 1338 c.c., da un lato, viene a mancare il primo (e in modo illecito, giacché la controparte avrebbe dovuto da subito, e cioè durante le trattative comunicare la causa di invalidità del futuro contratto o comunque evitarla); dall'altro, sorge un'ulteriore lesione (anch'essa illecita, poiché è frutto di scorrettezza il far nascere un affidamento nella validità di un atto¹²¹⁶, quando di esso si conosce la patologia).

Queste linee tendenziali dell'ordinamento rispecchiano la suddivisione classica nullità-annullabilità: la prima volta a proteggere interessi pubblici e tesa a sanzionare vizi strutturali dell'atto; la seconda inerente a interessi di parte e avente di mira anche vizi nella formazione del contratto.

L'annullabilità, come rimedio per la lesione, o comunque il pregiudizio di un interesse legittimo pretensivo negativo, si atteggia a rimedio specifico, caratterizzato da queste peculiarità: esso non è sempre esercitabile (ma non è nemmeno estensibile in via analogica, stante la completa disciplina del settore¹²¹⁷); ove è presente, costituisce un rimedio restitutorio reale (consente di caducare il contratto, ripristinando la situazione precedente), ma di regola non esaurisce il pregiudizio arrecato (che si compone, più generalmente, di tutta la trattativa inutile e dei danni successivi, derivati dall'esser stati vincolati da un contratto); non abbisogna di alcun effetto conformativo rispetto ad altri giudizi (diversamente da quanto avviene per gli interessi legittimi protettivi o per quelli pretensivi positivi), giacché esaurisce la forza del giudicato nel far venire meno quello specifico contratto (ogni altro contratto, per quanto identico, costituirà non solo un nuovo fatto storico, ma pure l'eventuale lesione di un – inevitabilmente – diverso interesse legittimo, sorto su di un differente contatto).

È ben noto che su questa suddivisione è intervenuto il legislatore degli ultimi lustri, sbiadendone il nitore dogmatico. Basti pensare alle fattispecie – forse perfino atipiche ('virtuali') – di nullità di protezione, le quali sono volte a tutelare l'interesse di una delle parti del contratto, intesa come più debole.

per le parti di render noti eventuali futuri elementi impeditivi della validità o della piena efficacia, anche al fine di «cercar di superar[li] di comune accordo»: così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 82). Così si consentirebbe sia a questi di procurarsi il bene finale, sia alla controparte di non andare incontro all'intero risarcimento del danno. Sulla differenza tra le ipotesi in parola e quelle di ingiustificata interruzione di trattative cfr. R. THIEMANN, *Culpa*, cit., p. 115.

¹²¹⁶ Affidamento, questo, da non confondere con quello in cui consiste l'interesse legittimo stesso, che ha ad oggetto un'attività di controparte. Riprenderò il tema oltre, trattando del danno da provvedimento favorevole illegittimo.

¹²¹⁷ Non è immaginabile, dunque, una *exceptio doli*. D'altro canto, rimedi come quelli contro i vizi del consenso derivano storicamente proprio da un recepimento legislativo dell'*exceptio doli* e dell'*actio de dolo*: v. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., *passim*.

Ciononostante, credo sia possibile recuperare un certo grado di sistematicità anche in questo scenario nuovo e per molti versi restio a classificazioni rigorose.

Se è vero che lo strumento principe, scelto dall'ordinamento, per reagire alla lesione degli interessi legittimi cristallizzatasi in un contratto, in un atto, o in un provvedimento è l'annullamento degli stessi, è anche vero che ciò non risponde a una necessità logica.

Può ben accadere che il legislatore scelga altri rimedi in forma specifica, ricollegandoli ad altre patologie dell'atto, e sempre per far assurgere regole di responsabilità a regole di validità¹²¹⁸ (o, meglio, per far sì che pregiudizi dell'interesse legittimo, che si accompagnano a lesioni della buona fede, trovino adeguata risposta in un rimedio che tocchi direttamente l'atto)¹²¹⁹.

Così, è da ritenere che il consumatore¹²²⁰ che conclude un contratto con un professionista¹²²¹ vanti da un interesse legittimo avente, come oggetto, un contratto

¹²¹⁸ Il che non vorrebbe dire 'sbiadire' la distinzione, almeno fintantoché il legislatore non costruisca con tecniche diverse le fattispecie, e comunque finché non sussista un sistema di invalidità separato e autonomo, nonché tendenzialmente compiuto. Ma, probabilmente, anche allora la differenza continuerebbe a sussistere, giacché la fattispecie di invalidità e il rimedio connesso non si basano su di un danno (non si tratta di rimedio risarcitorio, ma semmai restitutorio, talvolta con sfumature – secondo la teoria di Plaia – soddisfatorie). V., anche se in modo meno convinto, A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in TSDP, 2010, p. 40.

¹²¹⁹ Ma il legislatore potrebbe collegare il rimedio anche a un pregiudizio che non corrisponde a una scorrettezza.

¹²²⁰ L'accostamento tra tutela del consumatore e interesse legittimo non è nuovo: si possono ricordare tre interventi pubblicati in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusaglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001: A. ORESTANO, *Formazione del contratto e interesse legittimo del consumatore*, p. 272 ss.; P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, p. 283 ss.; S. PAGLIANTINI, *Poteri di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale ed interesse legittimo nel diritto privato*, p. 297 ss. Il dibattito si è sviluppato, a dire il vero, pure nel diritto europeo e specialmente nella dottrina tedesca, ove ci si è chiesti se la protezione del consumatore non si basi sul principio delle *legitimen Erwartungen*: la risposta positiva (v., seppur con riferimento generico al diritto privato europeo, H.-W. MICKLITZ, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, in ZEuP, 1998, p. 263 s.) è stata sottoposta a critica da chi ha temuto che, così facendo, si negherebbe la *Vertragsfreiheit* (B. HEIDERHOFF, *Vertrauen*, cit., p. 780 ss.). In realtà, la libertà contrattuale non è punto sconfessata, in tanto in quanto essa, nell'*an*, è sempre piena; nel *quomodo*, viceversa, essa viene tutelata attraverso l'imposizione di obblighi di informazione per riequilibrare lo *status* delle parti. L'impressione di una negazione deriva, piuttosto, proprio dalla tutela offerta da molte delle norme di protezione del consumatore, che avviene tramite strumenti particolarmente efficaci e spesso (v. subito *infra*) tramite la soddisfazione dell'interesse positivo. Questo, però, non deve spaventare: l'esito si impone alla luce del particolare ruolo del professionista (v. C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 127), senza però che si possa pure ritenere che l'interesse legittimo, che nasce in contrapposizione al medesimo, sia in tutto e per tutto pretensivo positivo (in altri termini, non è accettabile – qui come altrove – l'idea di un 'interesse legittimo da contatto sociale qualificato', in virtù dello *status* professionale di un soggetto; è certo, però, che questa circostanza motiva la legge ad ampliare la tutela dell'interesse legittimo pretensivo negativo, nascente da contatto – da trattativa, intesa ovviamente nel senso più lato, e non come vera e propria negoziazione –). Il tema in esame richiederebbe poi di prendere posizione anche sulle pratiche commerciali scorrette; tuttavia, ciò porterebbe molto oltre la finalità del lavoro. Al riguardo, posso solo ricordare come la dottrina discuta se a esse si ricollegli un rimedio specifico (una nullità relativa o una annullabilità), o se si debba semplicemente far luogo solo ai rimedi di cui al codice civile, e se le norme di riferimento del

privo di condizioni abusive¹²²² (e ciò per forza di legge, indipendentemente dal reale affidamento soggettivo, che di norma costituisce il referente su cui sorge l'interesse legittimo pretensivo negativo¹²²³). L'affidamento sarà, cioè, quello a conseguire un certo bene o servizio per un certo prezzo (sempre nell'ipotesi paradigmatica del contratto sinallagmatico) con modalità tali da non risultare abusive¹²²⁴.

codice del consumo possano per lo meno specificare il giudizio di scorrettezza precontrattuale (e fors'anche quello di rilevanza di certi vizi del consenso). A mio avviso, la soluzione corretta è proprio quest'ultima (anche alla luce di quanto avevo scritto sul necessario filtro giuridico nell'opera interpretativa di applicazione della clausola generale). Sul punto, comunque, cfr., oltre al già citato libro della Tommasi, M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza*, cit., p. 48 ss. (ove, a p. 50, nt. 77, ulteriore bibliografia); M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1671 ss.; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 37 ss., e già ID., *Invalità e regole dello scambio*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 279; ID., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 159 ss. (con soluzione parzialmente diversa, seguita da R. CALVO, *Nullità e obblighi di informazione*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 156 ss.); G. GRANELLI, *Le 'pratiche commerciali scorrette' tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 776 ss. Da un punto di vista comparatistico v. G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 880 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 921 ss.; G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 688 ss. Si vedano poi i saggi ricompresi in AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, e in particolare R. CALVO, *Le pratiche commerciali 'ingannevoli'*, p. 175 ss. (e spec. 238 ss.) e L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali 'aggressive'*, p. 287 ss. (e spec. 376). Anche per le pratiche commerciali scorrette è stato già proposto un parallelo con l'interesse legittimo: cfr. S. TOMMASI, *Pratiche commerciali*, cit., p. 120 ss.

¹²²¹ Sui contratti del consumatore, *ex multis*, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*³, Torino, 2014; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2012; E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss. Sul collegamento tra normativa a tutela del consumatore e buona fede precontrattuale v., per tutti, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 989, e S. TOMMASI, *L'informazione precontrattuale e il consumatore*, in A. DE MAURO-F. FORTINGUERRA-S. TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*², Padova, 2007, p. 265 ss. Sugli obblighi di informazione nel codice del consumo v. S. CHERTI, *Obblighi di informazione e informazione pubblicitaria nel codice del consumo*, in *TSDP*, 2010.

¹²²² Sulle clausole abusive nel diritto del consumo la bibliografia è ovviamente sterminata. Di recente se ne è interessato A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 669 ss.; v. pure E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Milano, 2012, p. 109 ss.

¹²²³ In deroga, dunque, alla ricostruzione di quest'ultimo, ma in linea con la tutela offerta della nullità di protezione, che difende un interesse sicuramente positivo. Proprio qui si esprime, a mio avviso, quello che criticamente è stato definito 'paternalismo del legislatore europeo': il consumatore, ritenuto inetto nel tutelare i suoi interessi, vede addirittura modificato il fine dell'interesse legittimo, il quale, di norma ricalcato sulla situazione soggettiva nascente dal contatto e sulle aspirazioni del singolo (nate in virtù del comportamento di controparte), si vede qui arricchito (e al limite in parte soppiantato) dal profilo di cui ho detto, relativo alle modalità non abusive di assegnazione dei beni garantiti dal contratto.

¹²²⁴ Sempre secondo l'idea che le clausole contrattuali divengono, a livello pre-giuridico, modalità di attribuzione di beni. Si dovrà pure ritenere che questa ulteriore colorazione dell'interesse finale, e

La conclusione di un contratto difforme viene sanzionata dall'ordinamento¹²²⁵: e non solo, come nel caso del dolo incidente, tramite un risarcimento (per quanto parametrato su di un interesse positivo), ma addirittura in forma specifica, tramite un rimedio che adatti il contratto a quanto oggetto di affidamento. Tale rimedio, a sua volta, sarebbe potuto essere quello di un annullamento parziale, o di un intervento giudiziale sul contratto; si è scelta, invece, la nullità, pur modulandola nello statuto¹²²⁶. Essa, pur facendo venir meno certe parti del regolamento contrattuale *ex tunc*, funziona – con riguardo all'interesse legittimo – come una sorta di annullamento immediato (e, in quanto parziale e conformativo, interamente soddisfacente¹²²⁷); per tale ragione, alla stessa non potrà a mio avviso accompagnarsi alcuna domanda risarcitoria simile a quelle concessa in caso di contratto annullabile (pur se una tutela risarcitoria è comunque astrattamente ipotizzabile, per il danno 'da incertezza'¹²²⁸). La tutela, in ogni

tramite esso dell'affidamento che lo protegge, non venga meno anche ove si intersechi con altri vizi del consenso (ad esempio, un errore: per quanto sia difficile ipotizzarne la riconoscibilità, là dove, come fisiologicamente avviene tra consumatore e professionista, manchi una trattativa). D'altro canto, è interessante notare come lo stesso codice del consumo (art. 34, comma 2) specifichi che «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile».

¹²²⁵ La scorrettezza cui si riferisce anche l'art. 33, comma 1, cod. cons. sarebbe dunque quella precontrattuale: nel senso che l'interesse legittimo pretensivo assumerebbe una forma parzialmente positiva, imponendo alla controparte di non imporre condizioni abusive, e per ciò stesso scorrette. A sua volta, il contratto con condizioni abusive sarebbe 'scorretto', perché lesivo di questa buona fede (e dell'affidamento che, entro questi ristretti limiti, diventerebbe pretensivo positivo). Tornerò sul tema, in nota, nel prossimo paragrafo. Per ora v., sinteticamente e riassuntivamente sulle interpretazioni offerte a proposito del binomio tra buona fede e abusività, A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, p. 262 ss.

¹²²⁶ Sulla nullità di protezione v., oltre ai saggi raccolti in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, alcuni dei quali verranno ora e poi citati individualmente, G. AMADIO, *Il trasferimento precario*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 175; A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV-1, Milano, 2006, p. 155 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; EAD., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 55 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, p. 27 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019 ss.; M. MANTOVANI, *Le 'nullità di protezione' nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1619 ss.; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 1366 ss.

¹²²⁷ Si ricordino gli scritti di A. Plaia già più volte richiamati.

¹²²⁸ V. pure C. CASTRONOVO, *Vaga culpa*, cit., p. 29 s., proprio sulla possibilità che alla nullità si cumuli un risarcimento (e pure A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., p. 268, il quale ne parla a proposito della sanzione di nullità parziale che, secondo la sua tesi, dovrebbe applicarsi ai contratti conclusi con i consumatori sulla base di intese lesive della concorrenza). A mio avviso il risarcimento non discende e non si parametrava sull'avvenuta lesione dell'interesse legittimo, cui è già posto rimedio tramite la nullità stessa (e immediatamente), ma sull'incertezza (o sull'apparenza) che discende dall'esistenza di un contratto con clausole (seppur nulle) abusive. Ci si potrebbe chiedere se qualcosa di simile valga anche per i casi in cui la violazione di un obbligo di informazione allunga il termine del

caso, è sicuramente volta a proteggere un interesse positivo¹²²⁹: anche per questo profilo, dunque, deve ritenersi che l'interesse legittimo pretensivo negativo assume *ex lege* un rilievo positivo. Per di più, la tutela positiva potrebbe addirittura spingersi alla fase precontrattuale, e così permettere al consumatore che si veda opporre il rifiuto del professionista a concludere un contratto privo di clausole abusive, o comunque a trattare sulle stesse (il che farebbe venire meno l'abusività), di agire in via inibitoria¹²³⁰ (per quanto tale rimedio soffra di scarsa effettività, stante il normale valore molto basso di codesti contratti), per chiedere al giudice di imporre la conclusione del contratto senza le clausole in parola. E sempre salvo il rifiuto del professionista di contrarre, ma solo ove si fondi su altre e diverse ragioni (eventualmente con condanna al risarcimento dell'interesse – qui – negativo).

Alla luce di quanto chiarito, dovrebbe sciogliersi, nell'ottica dell'interesse legittimo, pure il dubbio sulla contrapposizione tra norme di responsabilità e di validità¹²³¹.

diritto di recesso penitenziale attribuito al consumatore. In tal caso sembrerebbe che la sanzione prevista *ex lege* soddisfi già pienamente la parte debole, la quale dunque ha il tempo (ma ha anche l'onere entro quel tempo) di informarsi pienamente (mentre il normale *ius poenitendi* non è una sanzione – e a mio avviso nemmeno un rimedio, nonostante l'autorevole idea contraria di A. DI MAJO, *Giustizia*, cit., p. 826: se così fosse, bisognerebbe ritenere che tutti i contratti che prevedono un tale 'rimedio' nascono patologicamente, ovvero sulla base di un pregiudizio dell'interesse legittimo [che avrebbe come oggetto una conclusione ponderata, al contempo sempre, e quindi fisiologicamente, e però irrimediabilmente patologicamente, insoddisfatta] –; esso, secondo un'opinione, ha anzi l'effetto di ritardare la conclusione del contratto, che si sposta in avanti, alla scadenza del termine in questione). Il punto, comunque, è sicuramente complesso, e meriterebbe ben più di un cenno. Mi limito ad osservare come il *ius poenitendi* del consumatore non ponga alcun problema di abuso del diritto, giacché è previsto come assolutamente libero (il che non vuol dire, però, che non sorgano interessi legittimi in capo alla controparte, ma solo che la buona fede non sanzionerà mai condotte che altrove sarebbero da considerarsi scorrette: tant'è vero che, in fondo, di abuso nel recesso di pentimento v'è chi ha parlato, anche se non nello stesso senso di cui se ne parla in tema di recessi *ad nutum*: cfr. S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore [a proposito di C. Giust. CE, 3 settembre 2009, C-489/07]*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 173). Cfr., in tema, la bibliografia in G. AMADIO, *Il trasferimento precario*, cit., p. 162, nt. 7 (ovvero: F. P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1007 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, in *Contratto e Impresa*, 2011, p. 1193 ss.; A.M. BENEDETTI, voce *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 956 ss.; C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008; M.C. CHERUBINI, *Tutela del 'contraente debole' nella formazione del consenso*, Torino, 2005, p. 73 ss.; G. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 569 ss.), cui *adde* F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, p. 161 ss.

¹²²⁹ Con le parole di G. PERLINGIERI, *L'inesistenza*, cit., p. 59, che al riguardo si riferisce a V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 735 ss., «la violazione di una regola di condotta fa sì che lo stesso regolamento di interessi realizzato non è, in tutto o in parte, come avrebbe dovuto essere. Da qui l'intervento di una nullità ... con funzione conformativa».

¹²³⁰ Il che si pone in assoluta consonanza con l'inibitoria collettiva prevista dall'art. 37 del codice del consumo (*ex multis* v. A. FICI, sub *art. 37 cod. cons.*, in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2011, p. 898 ss.).

¹²³¹ La distinzione risale a V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 118 (prendo la citazione da P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 502; v. pure V. PIETROBON, *Il*

Le fattispecie di patologia negoziale sono sancite da norme di validità, le quali però possono anche avere un secondo (talvolta prioritario) volto¹²³², fungendo pure da rimedio contro un atto pregiudizievole nei confronti di un interesse legittimo. In tali ipotesi, il ragionare di validità si accompagna alla tematica della responsabilità (beninteso, ove una lesione della buona fede vi sia).

Le fattispecie di invalidità possono costituire un numero chiuso, o essere integrabili dall'interprete; la legge stessa, per la nullità, prevede una certa 'atipicità' tramite la cd. 'nullità virtuale'. Nei casi in cui l'invalidità fungerebbe pure da tutela di un interesse legittimo non è possibile supporre alcuna atipicità dei rimedi caducatori.

dovere generale, cit., p. 58 ss.). V. pure M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 89 s.; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 575 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 994 ss., e già ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, *passim*, e ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, § 2 e 2.1; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., p. 162 (notevole osservare che D'Amico e la Mantovani, partendo da presupposti comuni, giungono però a esiti opposti). Di quest'autrice è particolarmente importante riportare il pensiero: «come alla disciplina dell'invalidità (*rectius*: annullabilità) è da ritenersi estranea una funzione sanzionatoria in forma specifica della violazione della regola di buona fede (quasi una sorta di '*restitutio in integrum*' del diritto violato), allo stesso modo la violazione delle regole di buona fede non incide sul giudizio di validità dell'atto» (cfr. pure L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *BBTC*, 1997, p. 9). Il secondo punto è a mio avviso corretto; il primo pure, però rischia di provocare una certa confusione tra piani differenti: è vero che la logica dell'invalidità è quella della fattispecie (intesa come fattispecie costitutiva dell'atto), e dunque può anche prescindere dal rilievo della lesione della buona fede. Tuttavia, come ho spesso sottolineato, un'indagine che voglia mettere a sistema i rimedi offerti dall'ordinamento non può sottacere che l'annullabilità del contratto è di norma sancita per tutelare un interesse legittimo da un pregiudizio arrecato al medesimo, che può coincidere, come no, con una condotta scorretta (*id est*: non è la condotta scorretta che provoca l'annullabilità, ma sono fatti che, contestualmente, rilevano in un'altra fattispecie come slealtà; in ogni caso, il rimedio caducatorio e quello risarcitorio sono entrambi previsti per assicurare la tutela dell'interesse legittimo, e nel caso in cui vi sia davvero violazione di buona fede potrà per brevità affermarsi che la stessa scorrettezza – un dolo determinante, ad esempio – consente di reagire in forme diverse). Quest'idea, a sua volta, non vuole recuperare la ricostruzione dell'annullamento quale risarcimento in forma specifica (sottoposta a corretta critica da parte di R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento*, cit., p. 264 ss., e pure da P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 208, e oggi da G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 998). L'azione di annullamento, nell'ottica proposta, si avvicina piuttosto (se proprio si vuole trovare una somiglianza) a un'inibitoria (si ricordi d'altronde che – v. P. LAMBRINI, *Studi*, cit., p. 87 ss. – in Roma il dolo contrattuale emergeva allorché una parte chiedeva l'esecuzione del contratto): tuttavia, non potendo essere esperita un'inibitoria contro un atto (che cristallizza, giuridicamente, un comportamento), viene sostituita da un'azione caducatoria (la quale, proprio per questa particolarità, si rivolge al passato, secondo la tecnica della 'fattispecie costitutiva del vizio'). La logica di quest'ultima, dunque, è autonoma; ma ciò non toglie che essa sia comunque prevista per rispondere a un pregiudizio dell'interesse legittimo. A sua volta, una tale osservazione non impone di ritenere richiesto un 'pregiudizio' economico per aversi annullamento (e quindi non è richiesto un danno: anche sotto questo profilo il collegamento con il r.f.s. è poco opportuno); il 'pregiudizio' in parola rileva in sé, giacché esiste, in tanto in quanto vi sia il vizio (ed è differente da quello sotteso all'art. 1432 c.c.), coincidendo con l'assunzione di un vincolo non voluto. Cfr. su questi rilievi C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 584 s., testo e nt. 586; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 997; A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 316 s., n. 173; v. però anche G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 117 ss., e F. LUCARELLI, *Lesione*, cit., p. 68 ss. V. pure, anche se da un altro punto di vista, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 375.

¹²³² Che difetta, di norma, alle disposizioni sulla nullità (non di protezione). In questi casi, d'altro canto, non ci può essere la scelta sul se avvalersi del rimedio (la nullità è accertata d'ufficio), e di norma la responsabilità precontrattuale emerge ai sensi dell'art. 1338 c.c.

Questa conclusione deriva da due osservazioni: anzitutto, la mancata previsione di una annullabilità virtuale; in secondo luogo, e in modo più convincente, il fatto che il legislatore ha mostrato di darsi pena nel costruire un sistema rimediale – nell’ambito delle patologie contrattuali che costituiscono pure rimedi per la violazione di interessi legittimi precontrattuali – che fosse compiuto, e che per ciò stesso non risultasse etero-integrabile dall’interprete. In altri termini, nell’ambito della disciplina dei contratti, i rimedi in forma specifica aventi valenza caducatoria-rimediale, nel senso che ho detto, formano un sistema composito e autosufficiente, in cui non si presentano lacune: il che preclude ogni opera d’interpretazione sistematica o analogica volta a introdurre ulteriori azioni atte a far venir meno il vincolo¹²³³.

A fortiori non è possibile credere, come pur alcune decisioni di merito¹²³⁴ hanno ritenuto, che la lesione della buona fede precontrattuale produca nullità virtuale (art.

¹²³³ La supposta testualità dell’annullabilità (tradizionalmente riconosciuta dalla nostra dottrina: v. le tre ragioni che elenca L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio*, cit., Napoli, p. 336; sull’annullabilità in generale v. A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli, I contratti in generale*², II, Torino, 2006, p. 1596 ss.) si deve, a mio avviso, a questa considerazione. D’altro canto, un’estensione dei rimedi caducatori non potrebbe nemmeno derivare dalle norme sul risarcimento del danno per scorrettezza precontrattuale, alla luce del principio, su cui mi sono poc’anzi soffermato, per cui i primi non costituiscono un risarcimento in forma specifica per la lesione della buona fede. Resterebbe da chiedersi se, dinnanzi a una scorrettezza che non ridondi in una fattispecie di invalidità, e però provochi danno, possa essere attivato l’art. 2058 c.c. (sempre nei limiti dell’eccessiva onerosità). In questo senso R. SACCO, *La volontà*, cit., p. 621 (e in parte già p. 573; v. pure G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 922 ss., spec. p. 924 s.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale*, cit., p. 423; di recente F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 2080 ss.); *contra* G. D’AMICO, da ultimo in *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 994 ss. La risposta è probabilmente negativa per le ipotesi in cui una parte chiede al giudice di far venire meno il vincolo (non potendosi aggirare il sistema di invalidità sancito dal codice; d’altronde, l’art. 2058 non è richiamabile nemmeno in sede di risarcimento domandato contro il terzo in caso di doppia vendita immobiliare, alla luce dell’intangibilità del sistema legale della trascrizione – da cui si deduce una sorta di preclusione al rimedio risarcitorio in forma specifica, nonostante questo non tocchi le ragioni dei terzi –: cfr. A. D’ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., p. 397); positiva, invece, per i casi di semplice aggiustamento dello stesso ai valori di mercato (che, anziché avvenire per equivalente, sarà veicolato dalla manutenzione del regolamento). Al fondo di questa mia idea non vi è, si badi, un’esigenza di certezza dei terzi, che nell’ambito della nullità possono normalmente (non sempre: cfr. art. 1345 c.c.) valutare la validità dell’atto, e non in quello dell’annullabilità: una tale opinione sarebbe sconfessata dall’inopponibilità dell’annullabilità ai terzi aventi causa a titolo oneroso (anche se potrebbe avere qualche pregio con riguardo alla nullità di protezione, la cui opponibilità ai terzi è però discutibile: v. G. AMADIO, *Il trasferimento precario*, cit., p. 181). L’esigenza di certezza (su cui v., da punti di vista però diversi, V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 118; ID., *Il dovere generale*, cit., p. 72; A. DI MAJO, *Giustizia*, cit., p. 824), invece, è proprio quella della parti (e, più in generale, dell’ordinamento): la quale cede il passo ove vi siano più gravi violazioni della buona fede (o, per meglio dire, più gravi pregiudizi dell’interesse legittimo: ecco qui la disciplina dei vizi della volontà – con l’eccezione del dolo incidente, che non è vizio meno grave: e infatti la non caducabilità si associa al risarcimento di un interesse positivo! –). La questione è trattata oggi anche in ambito europeo (ove, come noto, grande importanza hanno i rimedi): in particolare, sugli obblighi di informazione, v. C. CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in *ERPL*, 2009, p. 560 ss.; Ro. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss.

¹²³⁴ Vedine i riferimenti in T. FEBBRAJO, *Violazione*, cit., nt. 26 s.

1418, comma 1, c.c.)¹²³⁵ del contratto¹²³⁶: che ne sarebbe, infatti, dei casi (normalmente più gravi) di slealtà che corrisponde a una mera annullabilità¹²³⁷? Due sarebbero le vie: ritenere sempre nulli questi negozi (il che sarebbe assurdo); supporre che le disposizioni in esame siano speciali (altrettanto improbabile). D'altro canto, la nullità, per quanto virtuale, non è mai un'invalidità prevista con finalità di protezione di una parte, lesa nel suo interesse legittimo precontrattuale¹²³⁸.

¹²³⁵ Non è chiaro, nemmeno da un punto di vista generale, quando ricorra la nullità virtuale: in altri termini, quali siano le norme imperative, la cui violazione è così sanzionata ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. La dottrina attuale, di certo, si è allontanata dall'idea per cui la nullità è sempre prevista per un fine generale. Cfr. M. BARCELONA, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 65 ss.; v. pure, volendo, il mio *La concorrenza*, cit., p. 1042 ss.

¹²³⁶ A tal fine non possono non ricordarsi le decisioni, delle Sezioni Unite, del 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, secondo cui la violazione dei doveri di informazione dell'intermediario (su cui v. A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 2003 ss.) può dar luogo a responsabilità precontrattuale o contrattuale (se nell'ambito dell'esecuzione di un già sorto contratto). A tal riguardo v. pure R. VIGLIONE, *Intermediari negligenti e strumenti di protezione dei risparmiatori: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Studium iuris*, 2008, p. 536 ss.; V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Società*, 2008, p. 449 ss.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro. it.*, 2008, I, c. 785 ss.; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230 ss.; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza 'Rordorf'*, in *Danno resp.*, 2008, p. 536 ss.; F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari, ivi*, p. 546 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2008, I, p. 445 ss.; A. ALBANESE, *Regole di comportamento e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria; quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.; G. NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1189 ss.; T. FEBBRAJO, *Violazione*, cit., p. 2785 ss. Sul problema v. pure R. CALVO, *Il fondamento etico della nullità*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 219 ss.; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è 'virtuale' è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 534 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.; G. MARINI, *Il contratto annullabile*, cit., p. 396 ss., e V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*³, Torino, 2011, p. 81 ss.

¹²³⁷ V. S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto 2009*, Torino, 2010, p. 109 s.

¹²³⁸ L'invalidità può riguardare circostanze soggettive delle parti (così riconoscono le Sezioni Unite; da un altro punto di vista rinvio al mio *La concorrenza*, cit., p. 1047), ma non le condotte precontrattuali. E questo non perché sia illogico che l'invalidità discenda (anche) da slealtà commesse nell'ambito di queste ultime (ben può accadere, come nota A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 13 ss., che il legislatore lasci assurgere al rango di regole di validità quelle che erano regole di comportamento – *rectius*, faccia giocare agli stessi elementi fattuali un duplice ruolo, in due diverse fattispecie –: i due insiemi di regole non hanno un confine per così dire 'ontologico' – *rectius*: gli stessi fatti possono assumere posizione in fattispecie differenti –). Quest'obiezione riguarda, a rigore, la sola nullità, e si basa sul fatto per cui solitamente questa è prevista come patologia di un atto, e non di un rapporto (o comunque come sanzione per le condotte precedenti); tuttavia, la critica non dà conto né degli altri vizi (annullabilità e, come vedremo subito nel testo, nullità di protezione), né spiega a fondo perché non possano darsi più paradigmi della nullità (sul punto v. comunque G. FACCI, *La nullità virtuale*, cit., p. 1429 ss.). La ragione sta nel fatto che il legislatore si è premunito di riservarsi la facoltà di scegliere

A ciò si potrebbe opporre che il legislatore moderno conosce un'ulteriore forma di invalidità, che è proprio 'di protezione'. Ma anche in questi casi, perfino ove si ammetta una 'virtualità' del rimedio¹²³⁹, non può non tenersi conto dei limiti del sistema che ho poc'anzi descritto, e dell'esigenza di non risucchiare nell'invalidità in parola ogni contratto concluso sulla base di una slealtà. Anche per questo, dunque, a me sembra che la nullità virtuale di protezione, a tutto voler concedere, non possa comunque collegarsi genericamente alla lesione della buona fede precontrattuale. Anche in questi casi la sanzione dell'invalidità dev'essere 'prevista' dal legislatore, oppure deve essere 'non prevista' a causa di una lacuna (non intenzionale), ove si accerti che la disciplina in questione non è completa e abbisogna di una integrazione in

quando vi è questa invalidità (non ammettendo l'annullabilità virtuale e sancendo un insieme chiuso di patologie dell'atto legate al processo di formazione della volontà, in cui si incrociano l'interesse legittimo precontrattuale e la futura dichiarazione di volere). Nel farlo, il legislatore non ha distinto tra invalidità che derivano dalla lesione di doveri di comunicazione nascenti *ex fide bona* e invalidità relative a doveri legislativamente stabiliti (i quali rappresentano concretizzazioni della buona fede, cui un soggetto è tenuto nell'ambito del suo 'dovere legittimo'). Per questa ragione non mi sembrano del tutto convincenti le interessanti argomentazioni di R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità, in Abuso del diritto e buona fede nei contratti, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 321.*

¹²³⁹ Ne discutono G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, p. 732 ss. (ma dello stesso autore vedi, più in generale, già ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1003 ss., e *Regole di validità e regole di comportamento*, cit., § 6); S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione*, in *Contr.*, 2009, p. 1040 ss.; M. MANTOVANI, *Norme imperative invalidanti: nullità 'virtuali' di protezione?*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 175 ss. Chiudendo uno scritto (*La causa*, cit., p. 612), qualche anno fa mi riproponevo di studiare l'art. 1325, n. 1), onde verificare se a essa potesse riferirsi anche una nullità simile a quella del § 138, *Abs. II*, BGB (che allo stato dell'arte, invece, rappresenta un mero vizio incompleto). M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 593 ss., nt. 119, critica (giustamente negli esiti) quello che voleva essere solo uno spunto. L'intuizione che avevo avuto (e che del resto era già stata anticipata da un autorevole Collegio: mi riferisco alla sentenza 19024/2005 di Cassazione) si basava sull'idea per cui in nessun modo si può piegare un altro requisito del contratto – la causa – a finalità di giustizia contrattuale: di ciò sono tuttora assolutamente convinto (come più a fondo dimostro nello studio, cui accenno all'inizio del § 8, che sto ora completando). La causa non ha nulla a che fare con la giustizia, la quale si può basare o su precetti di equità (ma allora o sono suppletivi, o devono essere espressamente sanciti dal legislatore), o deve chiedere ausilio alla buona fede, che però sanziona – come stiamo vedendo – i comportamenti *scorretti* nelle trattative, e dunque solo indirettamente può avere una funzione di riequilibrio (che in via diretta non le compete affatto: ne ho già parlato con riguardo alla recente tendenza alla *Materialisierung*). Quanto alla nullità per difetto dell'accordo, essa non mi convince perché finirebbe per tutelare maggiormente un soggetto poco avveduto, rispetto a un incapace naturale o legale. Con riferimento alle critiche di Mattioni: non è vero che la mia idea si riportava alla concezione soggettiva dell'accordo: anzi, la mia opinione si basava su un'idea di contratto simile a quella che sosterrò nel prossimo § 8, ravvisando semplicemente in una previsione legale una norma tesa a sanzionare gli accordi non correttamente formati (così che solo per imprecisione del legislatore essa sarebbe stata avvicinata agli altri requisiti; tanto più che la nullità in parola sarebbe dovuta essere eccezionalmente 'di protezione'). La mia tesi, poi, non si scontrava con la teoria dei vizi incompleti e con la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, giacché, semplicemente, la proposta era quella di rinvenire nel codice stesso una disposizione (molto ampia) idonea a fungere da grimaldello per un'ampia invalidità dei contratti, formati in circostanze patologiche. Ciò che è astrattamente ammissibile, giacché la distinzione tra i due tipi di regole è di ordine logico, ma è solo positivo il divieto per l'interprete di aumentare le fattispecie di invalidità tramite un'interpretazione sistematica o analogica (e la mia idea era volta a scardinare questo divieto).

via interpretativa (così come avviene in altri ambiti, e ad esempio in alcuni tipi di annullabilità di atti di esercizio di poteri privati). Si perverrà, solo allora, alla creazione di nuovi rimedi, dovendosi scegliere (sulla base della *ratio* del sistema o del sottosistema) tra il tipo di patologia, normalmente optando tra annullabilità e nullità relativa¹²⁴⁰.

Il discorso svolto permette, inoltre, di indagare il ruolo dell'affidamento nell'ambito della conclusione del contratto¹²⁴¹, così completando le osservazioni svolte all'inizio del paragrafo. Ogni qual volta vi sia stato, infatti, un accordo volto al perfezionamento del vincolo, sembrerebbero proprio gli interessi legittimi a proteggere – oltre che nei casi già visti dell'art. 1338 c.c. stesso e seppur solo entro certi limiti – ciascun contraente da un successivo venir meno del vincolo stesso per vizi intrinseci dello stesso (ad esempio, precludendo un annullamento per errore non riconoscibile, o declassando l'errore riconoscibile da patologia che importa la nullità, a patologia cui si ricollega l'annullabilità).

¹²⁴⁰ Molto interessante è la recente trattazione che G. PERLINGIERI, *L'inesistenza*, cit., *passim*, spec. p. 78 s., 82 ss., 86 e 119, ha dedicato al tema. Secondo l'autore la distinzione tra regole di validità e di condotta sarebbe ormai venuta meno; e ciò perché, di per sé, anche le norme di condotta sono imperative, e possono condurre a un giudizio di invalidità *ex* art. 1418, comma 1, c.c., almeno allorché ciò non sia escluso dalla legge (come vuole la norma). L'esito è quello per cui sarebbe l'interprete a dover scegliere, secondo ragionevolezza, il rimedio migliore e più adeguato, verificando se una data norma di condotta sia anche di validità in una certa circostanza. A mio avviso l'idea dell'interprete è corretta, là dove sottolinea come i dati normalmente adottati per distinguere norme di validità e di condotta non siano sufficienti. D'altro canto, è innegabile che la distinzione è solo teorica, e che nulla vieta che in un sistema ipotetico tutte le scorrettezze ridondino in invalidità. Tuttavia questo non è lo stato della nostra legislazione. In particolare, mi pare impossibile piegare patologie sicuramente strutturali per finalità diverse (così, in particolare, per la causa: v. p. 67); allo stesso modo, mi pare necessario confinare il rilievo dell'art. 1418, comma 1, c.c. all'invalidità strutturale o comunque relativa ai requisiti dei contraenti. In tal senso, un'invalidità derivante da scorrettezza può ben sussistere, ma entro i limiti in cui l'ha prevista il legislatore o in cui appaiano lacune. La peculiarità del binomio norme di validità-norme di correttezza, dunque, è che solitamente esso sottende rimedi dell'interesse legittimo (di regola non si parla delle invalidità strutturali), e vuol significare che il primo insieme non prevede patologie virtuali, ma solo testuali (o derivanti da una interpretazione analogica). La distinzione va tenuta ferma, dunque, anzitutto per ragioni di inquadramento dogmatico; in secondo luogo perché su di essa si basa una differenza di tutela (e di rimedi: restitutori o satisfattori-conformativi e risarcitori); in terzo luogo perché la stessa invalidità (direttamente, e non solo indirettamente) a tutela dell'interesse legittimo non sempre si basa su una scorrettezza; infine perché il sistema delle regole di validità non è toccato dal principio della nullità virtuale, e richiede tutt'al più integrazioni analogiche. Negli esiti (ma non nel ragionamento) simile era la proposta di L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, p. 131 ss., ove l'autrice, negata la distinzione tra norme «proibitive» e «preceptive», finiva per ritenere inammissibile la nullità del patto frutto di condotta scorretta solo perché eccessiva; ne deduceva, però, la necessità di far operare la buona fede di cui all'art. 1337 c.c. nella prima fase dell'interpretazione (a monte dell'applicazione dell'art. 1366 c.c.), pure con poteri «correttivi» del giudice, cui si sarebbero ricollegate sanzioni di volta in volta diverse, «più o meno gravi, perché deducibili» secondo «un metro elastico di valutazione» (*contra*, di recente, proprio con riferimento a questo scritto, C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso*, cit., p. 214).

¹²⁴¹ Ruolo che, come ho già accennato, a mio avviso non è di sostituirsi alla teoria della volontà, ma di portare alla formulazione di un concetto normativo di volontà, come simulacro, riferibile a un soggetto, di partecipazione a un accordo. Su questi punti cfr. V. PIETROBON, *Errore*, cit., *passim*; ID., voce *Affidamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 1 ss.

A dire il vero, si potrebbe obiettare che a ciò non servono gli interessi legittimi, essendo già il contratto, di per sé, assistito dalla forza di legge e validamente concluso. Tuttavia, vero è anche che una diffusa previsione di poteri di annullamento (o comunque caducazione) del vincolo per vizi del consenso (o per altre ragioni, che comunque attenessero all'atto e non al rapporto successivamente instauratosi) finirebbe per tradursi nella lesione dell'affidamento di controparte.

Il punto è questo: ove fosse prevista l'invalidità del contratto anche per errori futili, o vizi della volontà altrettanto leggeri, la cui mancata percezione potrebbe essere tra l'altro imputata a disattenzione della parte, il venir meno del vincolo si tradurrebbe in una riapertura della trattativa, da cui di fatto una parte recederebbe (causando un danno pari, da un lato, alla trattativa inutile, e, dall'altro, a quanto speso o programmato facendo affidamento sulla validità del contratto¹²⁴²). Se si preferisce, si dirà che non è la trattativa a riemergere, e che la lesione riguarda semmai la parte protettiva dell'interesse legittimo, sopravvissuta alla conclusione del contratto o rierspansasi con la stessa caducazione del vincolo. In ogni caso il risultato non cambia: la conclusione del negozio invalido importerebbe una violazione della buona fede *in nuce*, destinata a divenire attuale e concreta con l'esercizio del potere di annullamento. Il discorso non è dissimile da quello che svolgerò in tema di annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo favorevole ma illegittimo.

La particolarità, qui, è che l'ordinamento ha scelto di proteggere l'affidamento non tanto in via risarcitoria, quanto evitando già a monte l'annullabilità del contratto, ogni qual volta essa si sarebbe tradotta in una lesione dell'interesse legittimo di controparte. Così, in particolare, il 'principio dell'affidamento' impedisce che si possa chiedere l'annullamento del contratto ove l'errore non fosse 'riconoscibile' (salvi i casi di errore comune, secondo un principio giurisprudenziale, che fa leva proprio sul fatto che le necessità di tutela dell'affidamento non si porrebbero)¹²⁴³. Ciò non sembrerebbe

¹²⁴² Chiarirò meglio il punto in seguito; posso già anticipare che si tratta, da un lato, di quella lesione direttamente arrecata alla parte pretensiva dell'interesse legittimo (e dovuta al non aver rispettato la regola di buona fede che impone di comunicare, durante le trattative, la possibile patologia che assisterà il futuro contratto, se conosciuta o conoscibile); dall'altro, della lesione inferta alla parte protettiva (per aver fatto nascere un ulteriore affidamento soggettivo nella validità del contratto).

¹²⁴³ Viceversa, ove l'errore è 'riconoscibile', l'annullamento si accompagna a una lesione della buona fede o comunque a un pregiudizio tale, da impedire di considerare lesiva dell'affidamento altrui la richiesta di caducare il contratto. Vi è qui una differenza rispetto al diritto amministrativo, ove l'art. 21-*quinquies*, l. 241/1990, specifica che nella valutazione dell'indennizzo da revoca legittimo v'è da considerare l'«eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico», nonché l'«eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico». A rigore, infatti, il concorso dovrebbe rilevare, oltre che ai sensi dell'art. 1227, commi 1 e 2, c.c., anche per escludere la contrarietà a buona fede (qui: l'indennizzabilità) dell'atto di controparte (e lo stesso dovrebbe ripetersi per la conoscenza o conoscibilità). Sennonché, la peculiare posizione della p.a., depositaria del potere pubblico e dell'attività esecutiva della legge, fa sì che alla stessa sia richiesta una speciale accortezza nell'emettere i provvedimenti, non potendo evitare un risarcimento o un indennizzo per successiva revoca (o annullamento, v'è da credere) soltanto adducendo la conoscenza o conoscibilità

accadere, viceversa, nel caso di violenza del terzo, ove però è da ritenere che la condotta della controparte, che non avvisa l'altro contraente, non sia per ciò solo lesiva della buona fede (e non lo sarebbe nemmeno se, durante le vere e proprie trattative, ormai arrivate alla conclusione, vi fosse un recesso motivato dall'avvenuta violenza, in ipotesi cessata). Nulla toglie, però, che sia il terzo a dover risarcire il danno al contraente che ha, inutilmente, riposto il suo affidamento soggettivo (prima nella trattativa, e poi nel contratto), il quale ha ben potuto tradursi in una posizione giuridica di interesse legittimo.

A comprova di ciò è il codice tedesco: esso (specificamente al § 122), nel concedere un'amplissima *Anfechtbarkeit* per errore (motivo od ostantivo), prevede espressamente che, «wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit [il riferimento è al § 118] oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste)», non sorga un obbligo di risarcimento nei suoi confronti, e che, invece, esso nasca nelle altre ipotesi. Si tratta, palesemente, di una responsabilità per lesione dell'affidamento, esattamente nei termini qui prospettati¹²⁴⁴.

o il concorso del privato. Per un'altra applicazione di principi analoghi cfr. P. PATRITO, *Exceptio doli generalis e diritto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1546 ss.

¹²⁴⁴ Cfr. C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 423. A p. 534 ss. l'autore si intrattiene ancora sul § 122, ritenendo tra l'altro che esso non si basi sul principio di colpevolezza, ma su quello del rischio, in quanto addosserebbe al soggetto caduto in errore il rischio del suo stesso comportamento (d'altro canto, il fatto che l'errore non fosse riconosciuto o riconoscibile non impone di ritenere in colpa il soggetto che caduca il contratto). Lo stesso, tra l'altro, viene addotto dall'illustre studioso a giustificazione della responsabilità incombente sul *falsus procurator* ai sensi del § 179 BGB, e in specie del suo secondo comma (viceversa, nell'ordinamento italiano è da ritenere che la previsione di cui all'art. 1398 c.c. faccia riferimento in tutto e per tutto a una responsabilità contrattuale – a mio avviso: pseudo-contrattuale –, lasciando la facoltà al rappresentante di far valere la mancanza di colpa quale prova della non imputabilità della lesione della buona fede: v. L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 280; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 69; castronovo 2010 vaga culpa all'altezza di nt. 9; in ogni caso, anche ove si trattasse di una garanzia non verrebbe meno la ricostruzione in termini di interesse legittimo, giacché quest'ultimo può trovare rimedi che non presuppongono per forza di cose una *culpa* o un discostamento dalla *bona fides* – così come avviene in caso di annullamento di un atto pregiudizievole non dovuto a lesione imputabile della buona fede –: cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 103). Sui §§ 122 e 179 BGB v. già R. RAISER, *Schadenshaftung*, cit., p. 25 ss. Come ho già anticipato, nel nostro ordinamento non concreta scorrettezza da parte dell'incapace la mancata comunicazione della futura invalidità del negozio. Quanto all'art. 1426 c.c., che potrebbe far ritenere valido il contratto proprio a mo' di sanzione contro il minore e dunque di tutela dell'affidamento di controparte, è da dire che, se questa è davvero la *ratio* della norma, è però pur vero che l'affidamento non rileva qui come interesse legittimo, ma come accorgimento alla teoria della volontà, per cui la previsione fuoriesce dal nostro tema (cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 101 s.). Ci si è chiesti se la mancata comunicazione da parte del minore, in caso di annullabilità del contratto, della sua età possa rilevare quale slealtà (qui è corretto applicare l'art. 1338 c.c.); a mio avviso la risposta è negativa, giacché una disposizione volta a proteggere il minore (e non 'la volontà in sé e per sé') non può andare a suo detrimento (in dottrina, con posizioni diverse, v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 59; R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1338 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 221; G. STOLFI, *Sulla responsabilità contrattuale del minore*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 271 ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 329 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 177; R. SACCO, *Il contratto invalido*, cit., p. 600 s.).

Debbo però precisare che la stabilità del vincolo non risponde a una tutela in forma specifica dell'affidamento di ciascuna parte; viceversa, essa discende dallo stesso principio della volontà, per come recepito nel nostro ordinamento, ossia tenendo conto anche della logica dell'affidamento¹²⁴⁵. Resta, però, come scrivevo *supra*, la

¹²⁴⁵ Ben si comprende, allora, come una delle critiche alla teoria di Jhering sia provenuta da un eminente pandettista, il quale si proponeva di andare oltre il mero risarcimento per lesione precontrattuale, finendo per livellare le asperità della *Willenstheorie* già in seno alla stessa (evitando, dunque, di predisporre un suo *Korrelat*, come di fatto è il sistema di responsabilità precontrattuale per Jhering). Mi riferisco a G. HARTMANN, il quale, in varie opere, finì per porre al fondo del contratto non più la volontà, ma l'affidamento (*Vertrauenstheorie*): ma il suo scopo era proprio quello di non cadere nella tentazione di creare un concetto di volontà che fosse una *factio*, e contemporaneamente di tutelare già in forma per così dire reale il contraente che riceve una dichiarazione non corrispondente al reale volere. Da un punto di vista più generale, non si può non ricordare come la *Willenstheorie* sia stata ora adattata ad altre istanze, ora attaccata *funditus*, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento (e, del resto, il BGB ha regolato l'errore mediando tra *Willenstheorie* ed *Erklärungstheorie* – cfr. §§ 119 ss. –, e ciononostante lasciando a esso un margine di rilevanza molto più ampio di quello che esso ha in Italia). Da un canto, l'impostazione più antica (e più rigida), ossia quella di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 3, Berlin 1840, p. 3 ss. (corrispondenti al Libro III, § 104; v. anche p. 99, § 114), dovette lasciare il posto ad altre teorie che ne sfumarono le asperità, soprattutto al fine di bilanciare il ruolo della volontà rispetto a quello della sua manifestazione e, per l'effetto, di superare sul piano teorico l'ambiguità che si celava nella teoria del puro volere e di tutelare sul piano pratico le ragionevoli aspettative di chi riceve la dichiarazione di volontà. Ciò si sviluppò per strade differenti: basti qui ricordare, come si fa tradizionalmente (R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 34 ss.), gli studi di Zitelmann e di Enneccerus. Il primo di essi, da un lato, cercò di coniugare volontà e dichiarazione per il tramite del riferimento all'*Absicht*, e cioè all'intenzione (E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, p. 238 ss.), e, dall'altro, restituì al diritto oggettivo un certo spazio nel concetto di negozio giuridico (*ivi*, p. 293); il secondo, dal canto suo, definì la dichiarazione *constitutives Element* del negozio (L. ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1888, p. 61) e affermò con forza il ruolo dell'ordinamento nell'attribuzione di effetti giuridici al medesimo (*ivi*, p. 152). Ancora B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁶, I, Frankfurt a.M., 1887, p. 186 e 218 ss., definiva il negozio come *Privatwillenserklärung* e ammetteva un'estesa invalidità per errore (ma dello stesso autore v. soprattutto ID., *Wille und Willenserklärung*, in *AcP*, 1880, spec. p. 98 s.). Ben più profonda, invece, doveva essere la critica avanzata dalle teorie proposte, nello stesso torno di anni, da altri studiosi sempre tedeschi. Così, ad esempio, nel breve ma incisivo saggio di W. RÖVER, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostock, 1874, ove l'autore, sempre interrogandosi a proposito del problema della discrepanza tra volontà e dichiarazione della stessa, arrivava alla conclusione per cui «die Regel: ohne Willen keine wirksame Erklärung unter Lebenden, ist falsch. Regel ist vielmehr, daß der Mangel des entsprechenden Willens Nichtigkeit einer Erklärung unter Lebenden nicht zur Folge hat» (p. 47), così dunque allontanandosi dalla teoria della volontà per porre l'accento sul (solo) elemento della dichiarazione. Così pure, e soprattutto, nello scritto di O. BÄHR, *Ueber Irrungen im Contrahiren*, in *Jber. Jb.*, 1875, p. 401, secondo cui «wer beim Contrahiren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, so daß der ihm Gegenüberstehende *bonafide* Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört. Er haftet aus der äußeren Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollt habe». A queste tesi, che fondarono la *Erklärungstheorie*, si opposero altre ricostruzioni volte più radicalmente a contestare il fondamento degli effetti negoziali, ravvisandolo più che nella volontà o nella dichiarazione della stessa in una *Sollenserklärung* (O. BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, Freiburg i.Br.-Leipzig-Tübingen, 1899, p. 126) o in una *Geltungserklärung* (cfr. K. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig, 1930, p. 39 ss.), non senza dimostrare preferenza per la *Grundfolgentheorie* rispetto alla *Rechtsfolgentheorie*. La discussione diviene ora più che nota, collegandosi al dibattito svolto in Italia tra fautori della teoria della volontà (L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio*, cit., p. 54; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 1) e propugnatori delle varie teorie precettive (soprattutto E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 1994, ristampa corretta,

centralità dei concetti della *Privatautonomie*, pur declinati secondo logiche che prescindono dall'esaltazione massima della volontà del singolo e che invece abbracciano pure la tutela dell'affidamento (intesa come principio fondante, e non in senso stretto come protezione di un interesse legittimo).

6. c) interessi legittimi in costanza di contratto e dopo il contratto

Resterebbe, a questo punto, da comprendere se e come gli interessi legittimi sopravvivano alla conclusione del contratto (non soltanto permanendo una pretesa risarcitoria, ma addirittura l'interesse legittimo stesso, o per lo meno una sua parte).

Di per sé l'interesse legittimo, che compendia un terzo tipo di responsabilità, non può sussistere dopo la conclusione del contratto¹²⁴⁶, nel cui ambito la buona fede opera, normalmente, per mezzo dell'integrazione del contenuto dei crediti, oppure formando autonomi (e nuovi) interessi legittimi a sostegno del debitore. D'altro canto, la stessa interpretazione di buona fede del regolamento (art. 1366 c.c.), oltre a svolgere una funzione tale da poter evitare l'annullamento per errore, ovviamente nei soli casi in

p. 55; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 98, 107 e 130), che si placherà solo davanti al fenomeno di 'crisi del negozio giuridico' (su cui per tutti, da un punto di vista tecnico, M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*², Torino, 1955, p. 10 ss.; in una prospettiva d'ordine costituzionale e contraria alla pretesa visione individualistica del negozio F. GALGANO, *Il negozio giuridico*², in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, p. 17 ss.; ID., *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 68 ss. e 83 ss.; A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, cit., p. 104 ss.; v. però *contra*, tra tanti, G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata. Per una moderna teoria generale*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 307 ss.). Come a suo tempo ho già notato, le diverse ricostruzioni del negozio e soprattutto del contratto, formulate da Savigny in poi, non hanno mai potuto radicalmente cancellare il rilievo della volontà, che, seppur ridotta a un concetto normativo, risulta comunque sempre centrale: così avviene nella scienza giuridica tedesca, e così è pure in Italia, ove i più recenti studi accreditano una visione eclettica del negozio, che unisce soggettività e oggettività (volontà e autoregolamento, come struttura e funzione; cfr. P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*¹⁰, Napoli, 1992, p. 294; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*², cit., p. 42, testo e nt. 74-75; R. SACCO, voce *Negozio giuridico*, cit., *passim*, restando però ancora dubbio il legame tra ordinamento e volontà privata, là dove si tratta di far convivere fatto (fattispecie) e valore (per tutti v. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958). Per una proposta di soluzione rinvio al mio studio sulla causa, in via di ultimazione. Sul dibattito sulla *Willenstheorie* v. oggi soprattutto S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen?*, Tübingen, 2001, spec. p. 157 ss., 186 ss. e 226 ss.; v. pure J. SCHNAPP, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*, Tübingen, 1986, p. 8 ss.; già W. BROCK, *Das negative Vertragsinteresse*, cit., p. 91 ss.; W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁸, cit., p. 45 ss.; J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, p. 175 ss.; R. ZIMMERMANN, *Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter... Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, in *AcP*, 1993, p. 129 ss.

¹²⁴⁶ La responsabilità per lesione dell'affidamento non concreta una *dritte Spur* che resiste alla conclusione del contratto e si pone al fianco dell'obbligo di prestazione (così invece C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 822 s.; *contra* K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*⁴, cit., § 9 I, p. 119 s.).

cui ciò sia ammissibile¹²⁴⁷, impone di individuare secondo correttezza il contenuto dei vantaggi che le parti si sono attribuite creando la regola negoziale.

Ciononostante, l'operazione di traduzione giuridica dell'assetto di interessi voluto dalle parti, che pur viene arricchita dalla buona fede ai sensi dell'art. 1366 c.c., da un lato, e degli artt. 1175 e 1375 c.c., dall'altro¹²⁴⁸, finisce per creare inevitabilmente uno scarto della regola legale rispetto al piano pre-giuridico.

¹²⁴⁷ La distinzione è nettamente tracciata da V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 249 ss. e 261 ss. (ma v. pure L. BIGLIAZZI GERI, *Note*, cit., *passim*).

¹²⁴⁸ Al riguardo è noto il dibattito (trasversale rispetto a quello tra fautori della buona fede integrativa e propugnatori della buona fede solo valutativa) tra quanti hanno valorizzato le previsioni degli artt. 1175 e 1375 c.c. (in particolare) per dedurne un 'limite' all'autonomia privata (limite inderogabile; il riferimento va soprattutto a S. RODOTÀ, *Le fonti*, cit., *passim*, il quale, parlando di due anime della buona fede – quella volta ad assicurare la concreta realizzazione degli interessi, e quella volta a realizzare finalità adeguate di ordine sociale –, tende poi a vedere nella clausola generale in parola, come declinazione della solidarietà, una funzionalizzazione degli interessi privati; v. pure ID., *Conclusione*, cit., p. 269 s., ove si parla di buona fede «come criterio tendente a consentire la piena aderenza del regolamento contrattuale, nella sua effettività, alla operazione definita dalle parti» e «come criterio che garantisce coerenza tra operazione privata e finalità generali perseguite dall'ordinamento; più di recente v. sul punto E. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, spec. p. 580) e quanti invece hanno visto in queste disposizioni uno strumento per consentire la piena realizzazione del vincolo (tra tutti, esaltando le 'esigenze di cooperazione', E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., *passim*; v. pure L. MENGONI *Spunti*, cit., p. 12; più di recente P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 263, A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 230 ss., e, da un punto di vista però peculiare, M. BARCELLONA, *Clausole generali*, cit., p. 150 ss., e già p. 31, in merito alla buona fede come parametro di un conflitto 'produttivo'). Il dibattito è stato riassunto da A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., p. 387 ss., il quale vi ha dato una soluzione che mi sembra ancor oggi condivisibile (per il contratto 'tradizionale'; v. oltre per un cenno a recenti innovazioni, nonché il paragrafo precedente). La buona, secondo l'illustre autore, «ha la funzione di rafforzare il contratto nella sua esigenza attuativa, consentendo tuttavia anche il collegamento con valori diversi ma non aventi funzione di contestazione dei valori del contratto sibbene piuttosto di inserire questi ultimi in un più compiuto sistema (di valori), di cui pure essi sono (o vengono a essere comunque) parte integrante». In questo senso andrebbe apprezzata pure la distinzione tra buona fede ed equità, giacché solo la seconda impone di rispettare valori che possono essere anche diversi da quelli fatti propri dalle parti (indipendentemente dal dibattito circa il ruolo solo suppletivo o addirittura imperativo dell'equità); del resto, l'equità agisce sul piano quantitativo-economico, mentre la buona fede su quello qualitativo, dando forma ai veri interessi dei contraenti, e non sostituendo o integrando gli stessi tramite un giudizio di adeguatezza ed equilibrio (v. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, cit., p. 184 ss.; v. pure A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., 392 ss., e L. MENGONI, *Spunti*, cit., p. 8; sulla residualità dell'equità v. anche S. RODOTÀ, *Conclusione*, cit., p. 271, e *Le fonti*, cit., p. 205 ss.). In altri termini, la buona fede porta a realizzare pienamente (mi riferisco, ovviamente, alla buona fede nell'esecuzione) gli interessi pattizi, esplicitando il non detto secondo la nota formula brecciana; i valori sociali di cui essa è portatrice (onestà, correttezza, e così via) non si sovrappongono ai valori pattizi, ma li esaltano, poiché ne danno compimento. In questo senso va compreso il riferimento al *Vertragszweck* (*ivi*, p. 406), che altro non è che lo scopo divisato dalle parti: senonché esso solo in Italia è inteso in senso pre-giuridico, e dunque risulta giustamente posto nel suo ruolo di elemento polarizzatore nella costruzione del rapporto obbligatorio, mentre in Germania, ove domina la *Rechtsfolgentheorie* (per cui scopo è la creazione di obbligazioni; v. oltre), lo stesso discorso è meno facile da compiere. Quel che intendo è che la buona fede ha la funzione di trarre soluzioni di conflitti dall'interno dello stesso assetto di interessi programmato; esso, dunque, contiene in sé tali criteri, ma implicitamente. A sua volta, la traduzione dell'accordo secondo formule legali, e tramite il linguaggio di diritti e obblighi, ostacolerebbe una piena comprensione della volontà: o, meglio, la sua piena esplicazione. L'irrigidimento che ne consegue, e che quindi è determinato tanto dalla lacunosità delle indicazioni esplicite delle parti, quanto dalla povertà del

linguaggio giuridico, è superabile tramite la buona fede, che rende esplicito il non detto (in questo senso, creando regole nuove, ma coerenti con il programma pattizio: il che, però, pone un certo problema di delimitazione con la vera e propria interpretazione, su cui v. A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 53 s., nt. 188) e che integra, corregge e supplisce alle carenze e alle spigolosità delle posizioni giuridiche. *A fortiori*, un ruolo non diverso ha la buona fede, come strumento di interpretazione: in tal caso i valori sociali di onestà e correttezza aiutano a comprendere quale sia l'assetto di interessi finale da realizzare (d'altro canto, si tratta di attività d'interpretazione, e non di integrazione o sostituzione, e comunque successiva all'interpretazione soggettiva, e non in contrasto con la stessa). Quest'assetto sarà poi tradotto giuridicamente, e tale traduzione da un lato esalterà i vantaggi reciproci, dall'altro dovrà tener conto della connessione con l'originario accordo, senza che la formalizzazione giuridica allontani l'esecuzione dall'equilibrio originario. Nulla di dissimile avviene perfino con riguardo alla cosiddetta buona fede correttiva (dunque non integrativa, né valutativa: anche se, ribadisco, a mio avviso la buona fede ha sempre valenza valutativa, pur potendo essere diverse le modalità attraverso cui opera; v. *ivi*, p. 420 ss.), e in specie nell'ambito degli interessi legittimi protettivi (sorti contro diritti di credito o poteri). Si tratta, comunque, di assicurare un'esecuzione corretta, che salvaguardi gli interessi delle parti (e, dunque, non si opponga agli stessi, ma ne operi una traslazione in posizioni formali che assicuri il rispetto della buona fede). Diverso è, semmai, il ruolo della buona fede nelle trattative, ove davvero il problema è quello di 'sanzionare' una parte: ma, allora, il punto non è più quello di dar forma e sostanza giuridica all'assetto di interessi, essendo invece quello di tutelare una parte che si trova ad aver accettato un regolamento non voluto, o comunque fonte di danno (lo stesso avviene, d'altro canto, nei casi di cui all'art. 1494 c.c.). Inoltre, mi pare possa dirsi che dal ruolo accennato della buona fede in costanza di contratto si possa dedurre l'irrinunciabilità della tutela che essa predispone: le parti possono mutare la posizione in cui si trovano, ma non impedire che i loro vantaggi siano assicurati dall'ordinamento anche tramite la specificazione della correttezza. Rimando alla fine della Parte Seconda, ove mi sono già soffermato su questo aspetto. In ultimo, vi sarebbero da considerare quelle recenti applicazioni che la giurisprudenza ha fatto del principio della buona fede, per farne derivare la sindacabilità d'ufficio dell'ammontare di una clausola penale (Cass. civ., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128) o la nullità di una caparra, sempre manifestamente eccessiva (da ultimo Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77). Esse, infatti, sembrano mettere radicalmente in crisi l'approccio cui mi sono mantenuto fedele (e che comunque subisce già adattamenti, com'è già emerso e come dirò a breve, per il contratto 'secondo' e 'terzo'). Non posso prendere posizione su questi complessi temi (ma v. la vasta indagine di F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, spec. p. 373 ss. e 404 ss., nonché ID., *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685 ss.), se non con un cenno. Mi limito a notare come il riferimento alla buona fede, che entrambe queste sentenze recano, non possa spiegarsi nei termini di un abuso del diritto (di chiedere il pagamento della penale o di recedere e trattenere la caparra): di un diritto può essere predicato un abuso per le modalità di esercizio, ma non per la sua stessa esistenza (anche sotto il profilo quantitativo). Viceversa, e non volendo ritenere erroneo il riferimento alla buona fede, potrebbe supporre che nella fase precontrattuale l'interesse legittimo di una parte, che sta per accettare una penale o per concordare una caparra (si badi, pur sempre interesse pretensivo, giacché la conclusione di un contratto è sempre da considerarsi vantaggiosa, anche quando questo non abbracci e renda evidenti gli interessi del contraente, e salvi i casi di violenza, etc.), sia sempre alla conclusione di un contratto 'equo' (o che non consenta in futuro comportamenti che già appaiono come sicuramente scorretti); tale profilo rilevarebbe proprio *ex lege*, in virtù della previsione di un limite all'autonomia privata, e verrebbe sanzionato in un caso tramite la riduzione della penale (che, in quanto regola di validità quanto meno simile a certe forme di nullità di protezione, sarebbe sottratta alla disponibilità del privato), nell'altro tramite la nullità (e qui la regola di comportamento diverrebbe di validità, al fine di riempire una lacuna manifestata dal paragone con l'art. 1384 c.c.). Il che, però, induce a chiedersi se pure la 'correttezza', intesa come 'correttezza delle condizioni contrattuali', non possa atteggiarsi a limite dell'autonomia privata: così, del resto, avviene nell'ambito dei contratti al consumatore, dove sono sanzionate le condizioni 'contrarie (nonostante l'uso erroneo del 'malgrado') la buona fede'. Di certo il senso della disposizione non è quello per cui il consumatore, se non tratta, non si avvede delle clausole abusive, che gli sarebbero sempre imposte 'a sorpresa'. La scorrettezza precontrattuale, qui, è proprio nell'imporre condizioni le quali sono a loro volta scorrette; e, dunque, ciò dà l'impressione che ci possano essere negozi in sé scorretti. Fermo restando che, in questo caso, non si tratta di valutare un equilibrio (non è questione di 'equità'), ma delle modalità di attribuzione di beni

Mi spiego. Come si suole ripetere, oggi tutti i contratti sono divenuti *bonae fidei iudicia*¹²⁴⁹: in questo senso tutte le obbligazioni debbono essere eseguite secondo buona fede, mantenendo tra l'altro anche la connessione con il titolo (e dunque con l'assetto di interessi originariamente divisato); e ciò varrà tanto per l'attività del debitore, quanto per la posizione attiva del creditore. Il che altro non significa, se non che il risultato finale dovrà essere raggiunto dal debitore apportando la massima utilità alla controparte ed evitando alla medesima danni.

Tuttavia, possono presentarsi casi in cui ciò non avviene, o comunque non soddisfa le esigenze dell'esecuzione secondo buona fede: ovvero, di un'esecuzione che permetta la massima realizzazione (secondo un giudizio compiuto in base al metro della correttezza) dei vantaggi che le parti si sono attribuite con uno sforzo non inesigibile. Il fatto è che l'obbligazione, per sua natura, a differenza dell'interesse legittimo, è una posizione formale con oggetto costante e con risultato

(quindi è un problema di 'buona fede' e di 'qualità'), risulta problematico conciliare questo nuovo ruolo della buona fede con quelli tradizionali, di cui ho sinora detto; né può aiutare l'osservazione per cui la buona fede, qui, opera in un contratto asimmetrico: giacché, ripeto, una cosa è la buona fede precontrattuale, che vieta un certo contenuto negoziale, e un'altra quella deputata a verificare questo contenuto: e su questo ultimo punto gravitano le difficoltà. L'unica soluzione che mi pare possibile sta nell'avvicinare questa buona fede, più che a quella che agisce come limite a posizioni giuridiche o a quella che ne integra il contenuto, alla buona fede che, solo a causa della posizione che una parte riveste, ne impone un comportamento solidale: la buona fede, cioè, che opera negli interessi legittimi pretensivi positivi. E, difatti, l'interesse pretensivo negativo del consumatore assume, per taluni profili, connotati positivi; positivo è pure l'interesse legittimo dell'imprenditore economicamente debole. Solo entro questi stretti limiti, predefiniti dal legislatore o comunque ricavabili dall'interprete attorno alla polarizzazione tra secondo e terzo contratto, potrebbe ammettersi una tale ricostruzione. Su queste problematiche v. comunque lo studio di A. SPADAFORA, *La regola contrattuale*, cit., spec. p. 235 ss.; per un diverso ruolo della buona fede, e per una più attuale riedizione del dibattito cui mi sono riferito all'inizio della nota, anche con riferimento al diritto europeo, v. i saggi raccolti in A. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, p. 1 ss., 57 ss. e 75 ss. Tra l'altro, l'idea che l'interesse pretensivo del consumatore, o comunque del contraente 'debole', assuma profili positivi (un'anima positiva, come nella subfornitura; o taluni aspetti, come nell'ambito delle clausole abusive) potrebbe spiegare l'impressione che in dottrina si è avuta di una sorta di 'disumanizzazione del contratto'. Gli scambi, in quest'ottica, assomigliano sempre più al rapporto del privato verso la p.a., e in generale verso i detentori di un potere; là dove vi è un'economia libera e aperta, infatti, può funzionare il riferimento risarcitorio all'interesse negativo, ma non appena essa si chiude, e l'ordinamento vuol però comunque assicurare certi beni a determinati soggetti, l'interesse legittimo non può che divenire positivo: e, allora, la norma di buona fede lesa non sarà più quella che vieta di far nascere affidamenti inutili o dannosi, ma quella che impone di conformarsi a certi parametri nella scelta sul se e come esaudire la richiesta del privato. L'idea cui mi sono riferito è, ovviamente, quella di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss., cui è seguita la nota replica di G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss., e contro-replica di N. IRTI, *È vero, ma ...* (replica a Giorgio Oppò), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.

¹²⁴⁹ C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, cit., p. 44. Così già Stoll, citato in esergo da L. NIVARRA, *La contrattualizzazione*, cit., p. 475.

necessariamente garantito¹²⁵⁰. Per questa ragione ben possono esservi sfasature rispetto al piano pre-giuridico, implementato secondo la buona fede, e quello giuridico.

¹²⁵⁰ Vale la pena di aprire una breve parentesi, cui dà adito proprio quest'osservazione. È quasi un *topos* degli scritti in tema di obblighi di protezione notare come il moderno concetto di obbligazione sia 'complesso', mentre quello antico, romano o romanistico, era 'semplice', ovvero non teneva conto che di un 'interesse di prestazione'. A dire il vero, quest'idea è stata sottoposta di recente a critica (già da L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 20 ss.; e poi estesamente da L. MANNA, *Buona fede*, cit., spec. p. 346 ss.; v. però già U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 63 ss.). Non voglio entrare qui in un così arduo dibattito, se non per osservare che, probabilmente, alla base di esso vi è proprio la difficoltà nell'individuare l'oggetto del contendere. Mi spiego: l'ordinamento romano, come noto, non ragionava in termini di posizioni giuridiche soggettive, per cui non vi era assolutamente l'enfasi che conosce il diritto attuale sul concetto di 'obbligazione' (e, cionondimeno, v. L. MANNA, *Buona fede*, cit., p. 364, secondo cui l'*obligatio* sarebbe stata volta «al fine di garantire il raggiungimento di quello che, nel linguaggio moderno, è indicato come 'risultato integralmente utile'»). Il giurista romano classico, piuttosto, si interessava delle formule processuali: e, in presenza dei contratti consensuali, proprio la formula garantiva una flessibilità massima (che andava ben oltre a qualsiasi idea di obbligazione vista come struttura complessa). Infatti, mentre nelle «fonti d'obbligazione del sistema legato alla *condictio (verbis-re-litteris)* ... l'elemento obbligante è precisamente espressivo dell'obbligazione che esso stesso produce ... il consenso ..., se costituisce bensì l'elemento obbligante dei contratti consensuali, risulta di per sé inespressivo quanto alla determinazione del contenuto delle obbligazioni che produce e del relativo regime. Esso non è che l'incontro delle due volontà sugli elementi essenziali dell'affare previsto. L'accordo sulla cosa venduta e sul prezzo, per esempio, non dice di per se stesso neppure che la cosa vada fornita e il prezzo pagato, senza parlare di tutte le conseguenze ulteriori, come le responsabilità per vizi occulti ed evizione e la distribuzione dei rischi. Le parti avranno bensì potuto, determinando l'affare, precisarne il regime, e magari arricchirlo con pattuizioni svariate: ma siccome tutto ciò non è stato fissato in una forma obbligante, non risulta né una ragione per attribuire a tutte quelle conversazioni un'efficacia obbligatoria, né un criterio per fissare i modi e i limiti di tale efficacia. Questo problema fu risolto concependo gli accordi contrattuali come impegni reciproci alla realizzazione corretta dell'affare concluso: i doveri delle parti vengono così determinati *ex fide bona*, vale a dire, non con riferimento alla consistenza dell'elemento obbligante (l'esistenza del consenso assicura solo che l'*Obligationsprogramm* è in vigore), ma desumendoli dall'applicazione – alla situazione che il consenso sull'affare ha instaurata fra le parti – dei principi della buona fede oggettiva, che fornisce il modello opportuno al quale le parti dovranno conformarsi per fornirsi reciprocamente la dovuta soddisfazione. Le azioni nascenti dai contratti consensuali erano dunque azioni (formulari) di buona fede, nell'*intentio* della cui formula era ordinato al giudice di determinare, in relazione all'affare concluso, *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*» (sono parole di C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995). La complessità, e la stessa duttilità di giudizio, era assicurata dunque dall'*oportere ex fide bona*, ben più che dalla nozione e dalla costruzione dell'*obligatio*. Anzi, lo stesso *oportere* assicura un'informalità ben maggiore rispetto a quella di cui gode l'interprete moderno che, pur a fronte di norme come quelle versate negli artt. 1175 e 1375 c.c., è tenuto a rispettare la rigidità del concetto di obbligazione: che, per quanto riempita di contenuto tramite la buona fede, non può coprire tutta la posizione di un contraente nei confronti dell'altro. Tanto che è normale avvertire la necessità di sopporre la creazione di più obbligazioni distinte, da un solo contratto, e pure – secondo la mia tesi – di interessi legittimi (onde consentire la tutela di chi versa in stato di soggezione, di chi è debitore, o pure di chi vuole rinegoziare). Non è un caso, allora, e a titolo esemplificativo, se non vi era necessità di ricorrere all'*actio de dolo* per scorrettezze precontrattuali relative a contratti protetti da una formula con l'*oportere ex fide bona* (v. P. LAMBRINI, *Dolo generale*, cit., p. 107 ss.), o se regole, come quelle recata nell'art. 1812 c.c. e nell'art. 1494, comma 2, c.c., fossero insite sempre nell'*oportere ex fide bona* (L. MANNA, *Buona fede*, cit., p. 356 s. e 410 ss.). La più profonda differenza tra ordinamento antico e moderno, allora, è nel ragionare in termini di azioni o di diritti; oggi è proprio la rigidità della nozione di obbligazione (che, per quanto costruita in senso complesso o per lo meno come vincolo volto alla tutela di interesse complesso, resta una posizione formale) a richiedere di far emergere (anche) altrove le specificazioni, le integrazioni e le correzioni della buona fede, e cioè tramite la costruzione di interessi legittimi. Vero è che con la nozione di *Obligationsprogramm* (in Italia v. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in*

Non a questi problemi afferisce, anzitutto, il caso del contratto inefficace o addirittura inesistente o nullo (qui opererà l'art. 1338 c.c., assieme ad altri principi su cui mi sono già soffermato); né a essi è ascrivibile l'ipotesi di contratto nullo, e però eseguito (cfr. il successivo § 7).

In secondo luogo, può accadere che la buona fede non imponga di eseguire in un certo modo le obbligazioni, ma semmai di cambiare l'oggetto, per restare aderenti al contenuto dell'originario programma contrattuale. Si tratta, come si sarà inteso, dei casi di 'rinegoziazione', cui a mio avviso sovrintende un interesse legittimo pretensivo positivo (su cui tornerò nel § 3 del prossimo capitolo).

Ancora, dal contratto potrebbero non sorgere obbligazioni, giacché esso produce effetti immediati (così i contratti a effetti reali, ma più in generale tutti quelli che non si servono del medio in parola: ad esempio, quelli con effetti solo modificativi). In tal caso sarebbe ovviamente inutile supporre una funzione specificativa-valutativa della buona fede relativamente al contenuto dell'obbligazione; ma anche una integrazione sarebbe allo stesso modo poco sensata.

generale, cit., p. 36; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 142) si recupera, in parte, la complessità del rapporto (secondo i fautori della visione analitica dello stesso, tramite un intreccio di varie prestazioni; a mio avviso, per mezzo di una maggiore complessità dell'interesse finale e della prestazione medesima, intesa in senso lato); tuttavia, non si giunge ancora all'ampiezza romana del singolo *oportere ex fide bona* (tant'è che i nostri contratti fanno nascere, comunque, più posizioni giuridiche). Del resto, non mi sembra che sia interamente seguita la dottrina di Larenz dell'obbligazione come *Gefüge*: ossia, la nostra letteratura continua a distinguere varie posizioni nel contratto – e non tanto posizioni 'semplici', come poteri e facoltà, tutti raccolti intorno a un unico diritto, ma piuttosto una pluralità di veri e propri diritti –. Si potrà cioè parlare, volendo, di 'rapporto fondamentale' (v. sul punto D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 11 ss.), come del resto una certa corrente processualistica ha parlato di 'rapporto processuale' (ne dà conto C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁹, I, cit., p. 41), ma ciò non corrisponde interamente alla descrizione del fenomeno in termini di diritti di credito, diritti potestativi, interessi legittimi, singole facoltà e singoli poteri. Si potrà pure, volendo, assegnare al contenuto di queste posizioni giuridiche talune facoltà, altrimenti da considerare in senso atomistico (così, ad esempio, si dirà che è una facoltà contenuta nell'interesse legittimo pubblicistico quella di partecipare al procedimento; o che i poteri di cui si compone il 'processo' – procedimento giurisdizionale – sono abbracciati dall'interesse legittimo 'giurisdizionale', di cui ho parlato, in nota, *supra*, nel Capitolo primo); del resto lo stesso concetto di 'situazione giuridica' come sintesi di fattispecie ed effetti (§ 2 dell'Introduzione) lo ammette. Ma mai si potrà supporre, ad esempio, che un interesse alla rinegoziazione divenga parte di un credito, o che un diritto di recesso da un rapporto contrattuale rientri nel rapporto obbligatorio, o che in un rapporto di locazione sorgano diritti di credito differenti in capo al locatore (alla pigione e alla restituzione). Talvolta ciò non corrisponderà alla realtà delle cose, per cui di fatto vi sarà un solo 'vantaggio', e però vi saranno molti 'diritti', non deve spaventare, proprio perché discende dalla forma giuridica che, in quanto rigida, crea inevitabilmente uno scarto (non si saprebbe altrimenti come rappresentare la 'restituzione' nei contratti, per l'appunto, che l'impongono). Una maggiore attenzione agli interessi renderà conto del vero e proprio assetto programmato dalle parti (tant'è vero che solo nel corso del Novecento si è abbandonata l'idea del contratto reale come rapporto sostenuto, a livello causale, da una reciprocità, ossia concluso *adquirendi causa*: e in Francia, ove domina il concetto di 'causa dell'obbligazione' e la 'causa del contratto' è relegata all'indagine sui motivi, solo J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, 2006, *passim*, ha compiuto questo passo in avanti), ma non potrà prescindere da una traduzione legale. D'altro canto, la forma è ciò che assicura l'indipendenza concettuale delle categorie; e in questo senso è bene, ad esempio, distinguere il credito di una parte di un contratto dall'interesse legittimo alla rinegoziazione, giacché essi sono protetti in modo affatto diverso.

Il caso in parola ha molto in comune, poi, con il problema del post-contratto¹²⁵¹, ossia della fase in cui la prestazione in senso stretto è stata adempiuta, e in cui la parte protettiva delle obbligazioni non trova più appiglio in un rapporto obbligatorio, ormai estintosi per essersi compiuta l'attività dovuta¹²⁵². A mio avviso, a far data da questo istante, l'obbligazione declasserà in interesse legittimo protettivo, volto per l'appunto a tutelare il (vecchio) creditore dalle attività del(l'antico) debitore che potrebbero arrecargli danno.

Il fatto è che, una volta adempiuto il credito, la lesione degli interessi 'altri' del creditore non è adeguatamente tutelata, e in particolare non è tutelata dall'obbligazione, ove le si sottragga il riferimento a un autonomo interesse di protezione. Nemmeno, a mio avviso, si potrebbe ipotizzare che l'obbligazione adempiuta – *rectius*: allorché è soddisfatto l'interesse di prestazione inteso in senso stretto – non sia davvero estinta (e, in fin dei conti, adempiuta), finché non v'è la certezza che tutto sia avvenuto secondo buona fede (ovvero, senza la violazione di altri interessi, abbracciati dall'interesse creditorio inteso in senso ampio).

Venuta meno l'obbligazione, residua una parte protettiva, cui sovrintende un peculiare interesse legittimo protettivo: peculiare in particolare perché, a differenza di quanto normalmente avviene, esso non tutela da un'attività lesiva fisiologicamente lecita, ma in generale da qualsiasi attività scorretta che sia pure lesiva (non v'è dunque un nucleo forte, come nell'interesse legittimo di fronte al credito o al potere). Del resto, non per questo esso smette di essere un interesse legittimo protettivo (tra l'altro, un ragionamento simile dev'essere svolto con riferimento agli interessi protettivi nei confronti del terzo che interferisce nelle trattative o nel rapporto di credito-debito – §§ 8 dello scorso Capitolo –), oppure, in taluni casi, con riguardo alla posizione del terzo di fronte a un contratto 'con effetti protettivi' – §§ 10 e 12 di questo Capitolo –).

Lo stesso, a maggior ragione, varrà allorché il credito sia divenuto impossibile, e l'attività scorretta si attesti a valle di tale impossibilità. Anche qui, infatti, non si potrà immaginare che il credito resti in vita nella sola parte protettiva, appiattendosi l'interesse creditorio sul solo interesse di protezione.

Qualcosa di simile, come accennavo, avviene nel caso di doppia alienazione immobiliare¹²⁵³: in tal caso, a dire il vero, manca un vero e proprio diritto di credito

¹²⁵¹ Sugli effetti post-contrattuali v. il § 8 dello scorso Capitolo, nonché *infra*. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 448, ravvisa in quest'area degli obblighi di protezione sopravvissuti all'avvenuto adempimento dell'obbligo di prestazione.

¹²⁵² Sarebbe assurdo ritenere che le stesse posizioni restino in vita ad oltranza; pur in un'ottica 'semplice' dell'obbligazione, si deve ritenere che queste situazioni si estinguono nel momento in cui l'interesse, pur complesso, del creditore è soddisfatto.

¹²⁵³ Su cui v. G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente*, Milano, 1994; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008; E. GABRIELLI, *La doppia vendita immobiliare*, in *Diritto privato*, 1995, p. 303 ss.; D. POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e 'responsabilità extracontrattuale da contratto'*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 733 ss.; C.

(ma solo perché il nostro sistema prevede l'immediato effetto reale, in cui si sovrappongono credito e sua esecuzione in un'indistinzione che non lascia nemmeno idealmente scorporare i due momenti). A sua volta, l'attività del venditore – che aliena nuovamente il bene – non concreta un'ipotesi di evizione (che attiene a fatti precedenti rispetto alla vendita), né di lesione del diritto di proprietà (giacché egli si limita a realizzare una fattispecie legale di acquisto, esattamente come colui che usucapisce) o del potere di disposizione (che non è altro che un aspetto del diritto di proprietà)¹²⁵⁴.

La parte protettiva, che non può sussistere a tutela dell'acquirente nell'ambito di un più vasto diritto di credito, verrà incarnata da un interesse legittimo¹²⁵⁵ *sui generis*. Mentre, difatti, solitamente l'interesse legittimo protettivo difende un soggetto da

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 136 ss.; L. GAROFALO-S. VIARO, *Sull'eccezione*, cit., p. 43 ss. Più in generale, v. M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in *Tratt. dei contratti Rescigno, I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1597 ss.; D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 124 ss. Come noto, è discusso finanche il titolo in virtù del quale il secondo compratore, primo trascrivente, acquista il diritto. La tesi più seguita è quella di F. GAZZONI, *L'effetto dichiarativo*, in *Tratt. Gabrielli-Gazzoni*, I-2, Torino, 2012, p. 6 ss., secondo cui la trascrizione del secondo acquisto risolverebbe la prima vendita, sottoposta a condizione risolutiva; l'acquisto sarebbe dunque *a domino*. Secondo C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, 1995, p. 11 ss., l'effetto traslativo del primo contratto viene meno *ex post*, ma non sarebbe la mera trascrizione del secondo contratto a risolvere il primo, bensì una «fattispecie complessa che comprende il titolo contrattuale astrattamente idoneo e la trascrizione» (o il possesso di buona fede, riferendosi all'art. 1155 c.c.). P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 143 ss., utilizza la categoria dell'inopponibilità per descrivere le ipotesi di conflitto tra più aventi causa e immagina che la seconda trascrizione abbia «effetto costitutivo ...», rimuovendo gli effetti della prima disposizione stessa, dando quindi luogo ad una vicenda in cui gran parte della dottrina ravvisa una risoluzione del primo acquisto». Secondo C. ARGIROFFI, *Ripetizione*, cit., p. 74 ss. (spec. p. 82 s.), la disciplina della trascrizione non recherebbe alcun *vulnus* al principio consensualistico; essa si limiterebbe a risolvere un problema di certezza della data del contratto. Per L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*³, Milano, 1975, cit., p. 8 ss., l'art. 2644 c.c. traccerebbe una fattispecie di acquisto *a domino* a titolo derivativo, da risolversi o per il tramite della «tesi tradizionale che fa capo al concetto di inopponibilità (inefficacia relativa) dell'acquisto di data anteriore al successivo acquirente primo trascrivente», o di quella «che fa capo al concetto di risoluzione del primo acquisto (non trascritto) in conseguenza della trascrizione dell'acquisto posteriore». Da ultimo, sulla scia di G. GABRIELLI, *Sul modo*, cit., p. 355 ss. (spec. p. 363), G. AMADIO, *La salvezza dei diritti dei terzi*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 111 s., ha proposto di configurare queste ipotesi come acquisti *a non domino* a titolo derivativo (aderisce di recente alla tesi di Gabrielli anche A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, p. 45; pure A. TODESCHINI PREMUDA, nella sua tesi dottorale dal titolo *La fattispecie acquisitiva dell'art. 2644 c.c. Sul concetto di acquisto a titolo derivativo*, Padova, 2012). E. FERRANTE, *Consensualismo*, cit., p. 180 ss., parla di acquisto *a non domino* a titolo originario, benché il diritto acquisito debba dirsi denotato da una «derivatività pubblicitaria». Ammesso che sia un titolo derivativo, benché *a non domino*, a mio avviso dovrebbe anche supporre che il nuovo compratore non leda il diritto di proprietà, giacché non fa altro che realizzare una fattispecie legale di acquisto (esattamente come chi usucapisce), così non violando alcun diritto altrui.

¹²⁵⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Spunti*, cit., p. 385 s., e anche la bibliografia ivi raccolta. Il problema che qui compare è quello dei danni post-contrattuali, che una parte può arrecare all'altra proprio per essere stata la sua controparte nel negozio. Anche alla sistemazione di questi potrebbe provvedere un interesse legittimo protettivo, avente ad oggetto l'affidamento in un'attività altrui che potrebbe non arrecare danno.

¹²⁵⁵ Di obbligo di astensione derivante dall'art. 1375 c.c. parla G.M. UDA, *La buona fede*, cit., p. 283.

un'ingerenza qualificata e permessa nella sua sfera giuridica (esercizio del potere, esercizio del credito), oltre che dai danni a interessi 'altri', qui non si fa questione di ingerenza ammessa, ma solo di tutela degli interessi 'altri'.

Questo peculiare interesse legittimo, dunque, sembrerebbe difettare dell'eventualità del risultato non sfavorevole¹²⁵⁶: sembrerebbe rimanere, come nelle ipotesi prima menzionate, solo quel cerchio esterno dell'interesse legittimo, quella coloratura dell'attività di controparte che corrisponderebbe all'interesse di mera protezione di beni 'altri' rispetto a quelli cui direttamente la situazione giuridica si riferisce. Una più profonda indagine, tuttavia, permette di rendersi conto del fatto che, anche qui, una eventualità c'è, giacché l'interesse legittimo non protegge da qualsiasi danno, ma solo da quelli arrecati tramite condotte scorrette.

¹²⁵⁶ Ci si potrebbe chiedere se sia addirittura assimilabile, questa figura, all'interesse legittimo. Anzitutto, si deve osservare che l'eventualità non manca del tutto neppure in queste ipotesi, giacché è vero che difetta un 'danno' apportabile 'fisiologicamente', ma non è però altrettanto vero che qualsiasi 'risultato negativo', qualsiasi 'detrimento', costituisce pure lesione della buona fede. Quest'ultima protegge dai danni che risultano direttamente arrecati a beni tipicamente protetti (anche a causa di una condotta omissiva, in tanto in quanto però la protezione non sia piuttosto quella di un interesse pretensivo), e pone tutta una serie di obblighi di informazione, di segreto, di controllo e così via per evitare danni meramente patrimoniali (i quali potrebbero pure prodursi, entro certi limiti, senza che sia ravvisabile un comportamento sleale; su questo punto v. R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 360 s.; v. anche p. 368, dove si applica la distinzione in parola alla responsabilità precontrattuale: «dabei ergibt sich eine fundamentale Unterscheidung zwischen dem Schutz von Rechtsgütern vor Verletzungen und dem Schutz des Vermögens und der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit vor fehlerhaften Vertragsschlüssen: Der vorvertragliche Schutz von Leib, Leben, Eigentum usw. vor Verletzungen integriert im Grunde nur die deliktischen Sorgfaltspflichten in das vorvertragliche Schuldverhältnis, um dem Geschützten den besseren Schutz der vertraglichen Haftungsregeln [insbes. § 278 BGB] zukommen zu lassen. Das wichtigere Anwendungsfeld des vorvertraglichen Schuldverhältnisses ist der Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit und es Vermögens»; v. pure R. THIEMANN, *Culpa*, cit., p. 1 ss., e nel nostro ordinamento C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 695). L'esatto contenuto di questi singoli obblighi (singolarmente considerati solo a fini descrittivi) può essere ricavato caso per caso dalla valutazione della buona fede (la quale, tra l'altro, diventa più intensa, più la relazione si fa stretta: e il mio riferimento non è solo, ovviamente, al recesso dalle trattative, ma già ad altri danni meramente patrimoniali relativi a beni 'altri'); comunque, resta fermo che non è protetto di per sé qualsiasi interesse patrimoniale o non patrimoniale, che pur può venir leso nell'ambito del rapporto in esame (a causa di una condotta commissiva od omissiva). Anche, poi, volendo ragionare diversamente, resta il fatto che la posizione in questione non potrebbe assurgere a diritto, né essere solo la *summa* di interessi tutelati in via aquiliana; ne deriva l'esatto inquadramento come interesse legittimo protettivo, dovendosi ammettere (sempre in quest'ordine di idee) che la situazione giuridica in parola, a differenza del gemello pretensivo, non abbisogna dell'eventualità, giacché non richiede di essere distinta da un diritto di credito. Parlo qui, ovviamente, dell'eventualità in senso totalmente diverso da quello, su cui già ho indugiato, dalla vincolatività del provvedimento (che riguarda un piano del tutto differente). In ultimo, è da dire che l'eventuale ingresso, nell'interesse protettivo in parola, della tutela contro condotte omissive (necessarie al fine di impedire un danno) non rende automaticamente questa figura un interesse pretensivo, secondo quanto ho già avuto modo di dire in tema di prestazione medica. Il bisogno di tutela sorge qui pur sempre dalla vicinanza delle parti (che è assunta *ex lege* come *ratio* di una norma che, in casi predefiniti, fa nascere l'interesse legittimo), che può di per sé causare un detrimento, e non dall'interesse a una prestazione. Il che non contraddice comunque la definizione di interesse legittimo protettivo, come facoltà di confidare in un'attività di una controparte, che agisce in una specifica posizione, che potrebbe evitare i danni connessi a una specifica situazione di vicinanza (ove la specificità è sempre collegata alla situazione qualificante).

Se è così, possono immaginarsi da un lato le situazioni precontrattuali, ossia gli interessi legittimi pretensivi negativi; dall'altro, invece, i crediti e in generale le acquisizioni che il contratto permette con certezza; infine la fase post-contrattuale¹²⁵⁷, in cui riemergono interessi legittimi. A dire il vero, là dove l'esecuzione del contratto sia mediata da diritti di credito, potrà pur sempre farsi riferimento alla buona fede che sovrintende all'adempimento e che lo deve colorare. Nel caso di contratto a effetti reali, dove ciò non può avvenire, sarà un interesse legittimo, analogo a quello rilevante in fase precontrattuale, a sorgere a sostegno delle pretese post-contrattuali.

Si badi: l'interesse legittimo, che domina nell'ultima fase (per l'appunto, post-contrattuale), non è quello precontrattuale, riemerso come se fosse un torrente carsico che riappare ormai in prossimità del mare. La conclusione del contratto (o del preliminare: ogni vincolo 'forte') lo ha ormai fatto venire meno, sostituendolo con le posizioni contrattuali; a nascere è un nuovo interesse legittimo protettivo (del resto quest'ultimo si collega maggiormente con le singole posizioni attive e passive, più che con l'interesse legittimo precontrattuale, che include in sé il riferimento a tutto l'assetto di interessi che verrà programmato con il contratto).

Dalle precedenti riflessioni sul post-contratto si possono, tra l'altro, trarre ulteriori indicazioni sulla natura degli interessi legittimi.

L'interesse legittimo stesso, tanto ove soddisfatto, quanto se leso, può estinguersi in determinate occasioni, facendo però salva la sua parte protettiva. Si pensi, ad esempio, al caso in cui sia venuto meno lo stesso interesse all'attività finale: Tizio aspirava a un passaggio per Roma il giorno X, ma, superata questa data, non ne ha più alcuna necessità. Più genericamente, dovrà dirsi che l'interesse legittimo cade ove sia stato totalmente soddisfatto, oppure ove la sua soddisfazione si palesi come ormai impossibile (sia ciò corrispondente a un illecito di controparte o meno): non perché la nostra posizione possa essere 'adempita' o 'inadempita', ma perché in tali circostanze non esiste più quella stessa situazione, in virtù della quale nasceva l'interesse legittimo.

In questi casi, però, la protezione del titolare dell'interesse legittimo non potrà venire del tutto meno; basti, per comprenderlo pensare a quest'ipotesi: Tizio chiede a Caio un passaggio a Roma; Caio non si obbliga ma, in virtù dell'attività, viene a conoscenza di segreti di Tizio (appunto, la sua permanenza romana, nel corso della quale Tizio si dovrebbe incontrare con importanti e noti uomini d'affari per stringere

¹²⁵⁷ Su cui v. almeno U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., p. 90, 113 ss. (e spec. p. 115), 145 s., e F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 41, testo e nt. 12. Nella dottrina tedesca è comunemente ammesso che all'estinzione dell'obbligazione sopravvivano obblighi accessori. Se ne è parlato, però, come *Nebenleistungspflichten*; ora, a dire il vero, a me pare che, se si tratta di obblighi che ricadono in un concetto di 'prestazione' (intesa in senso stretto), allora vorrà dire che l'obbligazione non si è estinta; viceversa, si tratterà davvero dalla 'fascia protettiva' dell'interesse legittimo (per intenderci, di 'obblighi di protezione'), anche se essi talvolta puniranno illeciti omissivi. V. ad esempio H. BROX-W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*⁵¹, München, 2006, p. 82. Sulla *culpa post contractum finitum* cfr. anche P. KREBS, *Sonderverbindung*, cit., p. 17 s.

un accordo riservatissimo); anche ad attività svolta, non potrà ritenersi che l'interesse legittimo sia venuto meno, pur essendo residuo solo in quella corona esterna¹²⁵⁸.

Anche qui, allora, dovrà supporre che l'interesse legittimo permanga: anzi, potrà ben dirsi che, come i crediti adempiti si declassano a interessi legittimi protettivi, così avviene per gli interessi legittimi pretensivi o protettivi, che faranno nascere una nuova posizione giuridica.

Chiudo questa parentesi sul post-contratto e sulla doppia vendita immobiliare, accennando solo che parzialmente diversi dai casi in esame in questo paragrafo sono quelli in cui un interesse legittimo non 'nasce' dal contratto, né 'sopravvive' alla sua conclusione, ma semmai 'riemerge' una volta che il vincolo sia venuto meno. Potrebbe ascriversi a quest'ipotesi il caso del negozio annullabile per ragioni non riconoscibili dal suo destinatario (ove la responsabilità assomiglia a, e anzi forse replica, quella di cui all'art. 1338 c.c.)¹²⁵⁹. Il discorso potrebbe, ora, allargarsi all'ipotesi di 'danno da risoluzione del contratto per inadempimento': ma la complessità di questo problema consiglia di lasciarlo¹²⁶⁰.

Nel concludere mi sembra opportuno spendere alcune parole su di un caso davvero significativo che, qualche lustro fa, ha riscosso l'attenzione della dottrina (mi riferisco a quello deciso da Cass. civ., Sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, noto come 'caso Fiuggi'): esso permette bene di comprendere il ruolo dell'interesse legittimo, ove vi sia un vero e proprio contratto (concluso in modo leale e senza alcun pregiudizio). Accadeva che una società ricevesse la concessione per la rivendita dell'acqua di una fonte, a fronte di un compenso calcolato sul prezzo praticato per ciascuna bottiglia. La società, al fine di massimizzare i profitti, rivendeva le bottiglie, a prezzo che nel corso del tempo non era aumentato, a un altro soggetto, il quale aveva il compito di distribuire al pubblico l'acqua minerale (e, qui, il prezzo col passare del tempo aveva subito l'ovvia inflazione).

La sentenza, che fa applicazione del principio di abuso del diritto, ha attratto l'attenzione della dottrina proprio per la palese adesione, da parte della Cassazione, a questo istituto. A mio avviso il caso avrebbe potuto essere risolto – da un punto di vista generale – secondo varie vie, che dimostrano a cosa serva l'interesse legittimo nel momento di traduzione giuridica dell'operazione economica divisata dai privati, la cui realizzazione è voluta per il tramite del perfezionamento del vincolo.

Anzitutto, un'interpretazione secondo buona fede, che tenga a mente i beni davvero presi in considerazione dalle parti, potrebbe condurre a costruire

¹²⁵⁸ Che, descritta nella logica dell'interesse di protezione, ne configura una vera e propria 'parte' distinta, a mio avviso tale solo a fini descrittivi, risultando comunque sempre commisti i profili di prestazione e protezione nell'interesse finale (il quale, nell'interesse pretensivo, è a una prestazione, intesa in senso lato).

¹²⁵⁹ V. il prossimo § 7, in nota. Sul rapporto di protezione dopo l'*Anfechtung* v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*⁴, cit., p. 119.

¹²⁶⁰ Ne ho già parlato al § 5 dello scorso Capitolo, in nota.

diversamente l'obbligazione nascente in capo al concessionario: ossia, pagare un prezzo calcolato su quello praticato al pubblico, da chiunque esso venga deciso e la distribuzione effettuata.

Può essere, però, che la causa del contratto, intesa come insieme dei vantaggi economici che le parti si attribuiscono, e dunque degli interessi perseguiti in concreto, non abbia tenuto conto di questo profilo, e dunque la traduzione giuridica avvenga a prescindere dal medesimo: il che, per l'appunto, potrebbe causare un'esecuzione contraria a buona fede del contratto. Infatti, anche se le parti non hanno previsto certe eventualità nel loro regolamento, l'equilibrio dello scambio che hanno immaginato non può risentire né di sopravvenienze (come dirò a proposito della rinegoziazione), né di comportamenti scorretti.

Ciò non potrebbe avvenire ritenendo che sia imposta un'integrazione di equità del contratto in tal senso, perché di questo non si tratterebbe, ma solo ammettendo un ruolo dell'interesse legittimo. La buona fede, in altri termini, non potendo operare *ex art. 1175 c.c.* (nell'obbligazione), richiederebbe la costruzione *ex art. 1375 c.c.* di un interesse legittimo, volto a presidiare il rispetto, nei confronti delle scorrettezze delle parti, dell'equilibrio – dell'area di equilibrio – creato dal contratto. Tale interesse legittimo, ovviamente, si situa negli spazi lasciati liberi dall'obbligazione: e anche qui si vede come è proprio la traduzione giuridica in termini formali (attraverso le obbligazioni) dell'accordo privato a creare una rigidità che solo la buona fede può superare.

In questo senso va ribadito che tutti i contratti, oggi, sono 'di buona fede': soltanto che l'*oportere ex fide bona* non è destinato a operare nella determinazione dell'oggetto dell'obbligazione ma nell'integrazione dello stesso e nella creazione – ove rimangano spazi liberi – di interessi legittimi.

In definitiva, la concessionaria, nel nostro caso, pur essendo nella posizione di debitrice godeva di un potere (non di un diritto potestativo, ma di un semplice potere) di determinare il prezzo della prestazione (e dunque l'oggetto del debito altrui). Di fronte a questa posizione non può non sussistere un interesse legittimo del creditore a che la controparte mantenga il prezzo alle condizioni di equilibrio sottese, alla luce di un'interpretazione favorevole al soggetto protetto, all'accordo privato. Così, il patto volto a concedere acqua verso un prezzo determinato nei modi predetti, ha in sé gli elementi di un'equilibrio, interpretato a favore del concedente, per cui il prezzo dovrà tener conto del profitto del concessionario, anche non direttamente realizzato. Quest'interesse sarà tutelato secondo le normali modalità dell'interesse legittimo: e, in particolare, sarà 'pretensivo' e non 'protettivo' (non v'è nulla da proteggere di fronte al potere in parola), e sarà 'positivo' e non 'negativo', nascendo dalla posizione di contraente contrattuale (come avviene, in generale, per le ipotesi di rinegoziazione).

7. L'interesse legittimo pretensivo negativo al di fuori della dimensione contrattuale: a) contratti nulli

L'interesse legittimo pretensivo negativo vive anche a prescindere da un contratto da concludere o (validamente) concluso.

Un primo campo di ipotesi da considerare è quello dei contratti nulli¹²⁶¹. Non è qui, a ben vedere, il problema cui inerisce l'art. 1338 c.c.¹²⁶²; piuttosto, il riferimento va alla possibilità che, concluso invalidamente un contratto, e sorta eventualmente la responsabilità *ex* art. 1338 c.c.¹²⁶³, le parti si accingano a eseguirlo.

In tal caso è da ritenersi che non solo il supposto debitore si veda protetto da un interesse legittimo, come normalmente accade (di fronte a un credito o a un'apparenza di credito), ma anche che l'ipotizzato creditore possa contare su questa protezione.

Egli potrà dunque dolersi ove la controparte faccia valere la nullità improvvisamente, e comunque non garantendo l'incolumità della sua sfera¹²⁶⁴, oppure esegua malamente la prestazione (comunque non dovuta), facendo perdere magari la possibilità di ottenere altrove il diverso bene della vita (nel caso in cui la cattiva esecuzione renda anche impossibile la prestazione), o ancora leda altri beni della controparte.

¹²⁶¹ Per la sussistenza di obblighi di protezione pur in assenza di un obbligo di prestazione si pronuncia C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 448.

¹²⁶² Se il contratto non fosse nullo, ma annullabile, e vi fosse una responsabilità verso chi ha ricevuto la dichiarazione (ciò che in Italia, allo stato dell'ordinamento, non mi pare contemplato, salvo semmai nei negozi unilaterali recettizi), si dovrebbe immaginare che l'interesse legittimo, la cui lesione 'germoglia', per così dire, con il negozio, viene violato in forma attuale e concreta solo con il ritiro dell'atto (rinvio a quanto ho scritto prima e a quanto scriverò oltre, in nota, in tema di responsabilità per vizi non riconoscibili e di *c.i.c.* nei negozi unilaterali). La lesione va rinvenuta, secondo le due tesi cui ho accennato in merito all'art. 1338 c.c., nella conclusione stessa del negozio o nel perfezionamento dell'atto, con totale incidenza sull'interesse legittimo nel suo nucleo 'forte' (per aver violato la norma di buona fede che impone di non creare contatti inutili), o con incidenza anche, parzialmente, sulla fascia 'protettiva' di questo interesse legittimo pretensivo. In quest'ultima ipotesi – ove, cioè, si prediliga questa ricostruzione – si dirà che leso è, comunque, l'interesse legittimo originario, nella sua parte protettiva (sopravvissuta alla conclusione del contratto) o in tanto in quanto riemerso con la stessa caducazione dell'atto.

¹²⁶³ In tal caso, però, vi potrebbe essere (seppur solo per taluni, normalmente limitati, profili) un concorso di pretese risarcitorie, quanto ai danni arrecati durante la fase di supposta esecuzione del contratto nullo.

¹²⁶⁴ Il mero inadempimento (*rectius*: inesecuzione della supposta obbligazione) non concreta – in linea generale – scorrettezza, anche se non è addotta l'inesistenza dell'obbligazione, giacché essa si sarebbe comunque potuta far valere. Quanto al momento in cui risulta ammissibile l'eccezione di nullità, in quanto conforme alle regole di buona fede, bisogna tener conto che non si tratta di un recesso dalle trattative (o da un contratto), ma della radicale inesistenza dell'obbligazione: per cui solo in casi eccezionali si dovrà ritenere scorretta la condotta di chi non esegue la prestazione (che non è dovuta). Ad esempio, sarà questa l'ipotesi in cui Tizio, che non deve a Caio un passaggio in macchina perché il contratto di trasporto è nullo, interrompa improvvisamente la prestazione. Ovviamente, ove il supposto debitore non sia a conoscenza della causa di nullità, e lo sia invece il preteso creditore, saranno minori gli obblighi di buona fede, e viceversa.

Lo stesso, poi, dovrà valere nell'ipotesi in cui il contratto sia stato annullato, o comunque caducato per un qualche vizio¹²⁶⁵.

A mio avviso, poi, l'interesse legittimo (pretensivo negativo) in parola avrà quale oggetto non i vari vantaggi nel loro reciproco rapporto, ma lo specifico vantaggio che una parte si attende dall'altra (nel caso, che prendo ancora come esempio, del contratto sinallagmatico), secondo quanto avviene anche nel caso di rapporti di cortesia, su cui subito *infra*. Inoltre, esso sorgerà anche ove l'attività avuta di mira dalle parti sia impossibile; non, invece, qualora sia illecita (tutt'al più, in tal caso, si declasserà a interesse solo protettivo).

8. b) rapporti di cortesia ...

Altro ambito di particolare interesse è quello delle cortesie¹²⁶⁶, e in generale dei rapporti non giuridicamente vincolanti. In uno studio, di prossima pubblicazione, ho indagato la tematica della causa del contratto e della giuridicità del vincolo,

¹²⁶⁵ Si potrebbe opporre che la conclusione di un contratto invalido non dà certezze circa la nascita di un affidamento soggettivo. Così non è: la volontà delle parti, per quanto apparente, garantisce questo. Del resto, anche durante le trattative, ove un soggetto per errore ostativo rispondesse a un invito a offrire (senza aver nemmeno letto la missiva), non si negherebbe di essere di fronte a negoziazioni e a interessi legittimi di ambo le parti. Qui, di nuovo, viene in luce la preminenza del concetto normativo su quello naturalistico.

¹²⁶⁶ Lascio perdere, qui, il problema dell'intento giuridico negativo e dei *gentlemen's agreement*. Sulle prestazioni di cortesia, in Italia v. A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., la cui prima parte è dedicata alla ricostruzione della figura dal punto di vista negoziale e della giustificazione dell'attribuzione patrimoniale, e la seconda alla responsabilità per violazione dell'accordo o danni arrecati nel suo svolgimento; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², cit., p. 84 ss.; G. GHEZZI, voce *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, §§ 1 ss.; V. PANUCCIO, voce *Prestazioni di*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, §§ 1 ss.; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia*, cit., p. 425 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 8 ss.; L. SANTORO, *L'atto di cortesia. Irrelevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso e S. Mazzaresse, Milano, 2008, p. 225 ss.; L. BARCHIESI, *Gentlemen's agreement*, in *Il nuovo contratto* diretto da P.G. Monateri, E. Del Prato, M.R. Marella, A. Somma, C. Costantini, Bologna, 2007, p. 461 ss. C. Castronovo applica l'obbligazione senza prestazione ai rapporti di cortesia (per vero, al trasporto di cortesia): Tuttavia, non legando questo dato a precisi indici di rilevanza, va incontro alla critica di L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 391 s. (cui risponde C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 699). In Germania, ove il tema è stato particolarmente studiato, v. K.F. REUSS, *Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements*, in *AcP*, 1955, p. 494 ss.; H.J. HOFFMANN, *Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß*, in *AcP*, 1967, p. 395 ss.; H. KALLMEYER, *Die Gefälligkeitsverhältnisse*, Berlin, 1968; P. SCHWERDTNER, *Der Ersatz*, cit., p. 1673 ss.; W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 649 ss.; K. LARENZ, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 515 ss.; K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*⁹, München, 2004, § 22 Rn. 24, p. 399 ss.; M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., § 28 Rn. 17 ss., p. 314 ss.; R. BORK, *Allgemeiner Teil*^ß, cit., p. 263 ss.; E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 30 ss., p. 18 ss.; D. OLZEN, sub § 241 BGB, cit., Rn. 71 ss., p. 156 ss.; J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 122 ss.; G. MERSSON, *Zur Haftung bei Gefälligkeitsfahrten*, in *DAR*, 1993, p. 87 ss.; H. HIRTE-M. HEBER, *Haftung bei Gefälligkeitsfahrten im Straßenverkehr*, in *JuS*, 2002, p. 241 ss.

soffermandomi anche sulla linea di confine tra contratti e cortesie; rimando ora a quello, pur dovendo brevemente sintetizzare alcuni dei risultati cui credo di esser giunto¹²⁶⁷.

Ammissa l'idea che la volontà negoziale sia diretta a risultati pratici, economici, e non giuridici¹²⁶⁸, e che però i primi abbraccino tutte le proiezioni patrimoniali che possono conseguire all'esecuzione del contratto¹²⁶⁹ (anche alla luce delle modalità di attribuzione dei beni della vita dedotti in esso), ne consegue che codesta volontà debba avere ad oggetto una operazione economica, costituita di uno o più vantaggi (declinati attraverso vantaggi secondari e modalità di attribuzione), eventualmente collegati da

¹²⁶⁷ Non posso, naturalmente, che indicare alcune delle conclusioni di quel lavoro; in nota richiamo solo una minima bibliografia, e solo nei termini in cui essa è strettamente necessaria per i diversi fini che l'attuale lavoro si è posto. I risultati cui pervengo si basano, tra l'altro, anche su una revisione del binomio fatto-valore nel negozio giuridico (su cui, per un cenno, v. *supra*)

¹²⁶⁸ P. LOTMAR, *Über causa im römischen Recht. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, München, 1875, p. 15 ss. (spec. 17) per primo si poneva il problema, ritenendo sufficiente una volontà di effetti pratici. La discussione proseguiva, poi, tra A. VON BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, II-1, Erlangen, 1884, p. 11 e B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt a.M., 1887, p. 188, nt. 1a, l'uno per la sufficienza dell'intento empirico, l'altro per la necessità di quello giuridico. Si formarono due schieramenti, i quali si distinguevano anche per il valore generalmente dato alla volontà come fondamento del negozio: l'uno, che la esaltava (*Rechtsfolgentheorie*); l'altro, all'opposto, che la sminuiva (*Grundfolgentheorie*, la quale si sviluppò in certo modo in parallelo alla critica portata verso la *Willenstheorie*). Gli echi del dibattito giunsero in Italia, ove la dottrina si divise tra le due posizioni (qui basti ricordare il noto studio di C. GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936, estr.). Attualmente la dottrina tedesca propende per la necessità di una intento giuridico, intendendo il *Rechtbindungswille*, ossia la volontà di vincolarsi anche legalmente, come volontà di certi effetti giuridici. Tuttavia, si applicano notevoli moderazioni a quest'idea, in base alle quali si ritiene che la volontà non debba essere diretta ai singoli effetti già individuati, ma in sé all'effetto giuridico, potendo essere l'ordinamento a decidere sulle effettive conseguenze (v. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*¹⁰, München, 2010, p. 85; J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 125). Viceversa, la dottrina italiana (v. qui per tutti A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*³, Torino, 2009, p. 3 s.; v. anche V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 11 s.) si è tradizionalmente assestata sulla posizione opposta, dunque accontentandosi di un intento pratico o empirico. E, però, si è poi variamente sottolineato che l'intento pratico di per sé non è mai sufficiente, e serve sempre una pur generica volontà diretta alla coazione giuridica. Di fatto, entrambi gli ordinamenti giungono a esiti analoghi: le parti vogliono determinati effetti e vogliono che sia l'ordinamento a produrli, ma l'esatta determinazione di essi spetta all'ordinamento. Il giurista italiano, però, di buon grado ammetterà che gli effetti sono poi imputati proprio dall'ordinamento alle parti, mentre quello tedesco continuerà a supporre che essi derivino, come tali (quindi, nella loro precisa individuazione), dalla volontà pattizia

¹²⁶⁹ Declino, come già accennato, così l'osservazione di A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale*, cit., p. 229 ss., per cui nella causa del contratto rientrerebbero profili strutturali (intesi, qui, nel senso di strutture giuridiche di attribuzione di beni e servizi) e funzionali (gli interessi privati). A mio avviso, in una dimensione ancora pre-giuridica, nell'oggetto della volontà pattizia non potranno non rientrare tanto i beni veri e propri, quanto le modalità della loro attribuzione: che, pur venendo poi tradotte in strutture giuridiche, già dal punto di vista (ancora empirico) delle parti hanno un rilievo. Questi ultimi, infatti, specificano i beni da attribuire: non sarà evidentemente lo stesso il 'vantaggio di godere di un bene X per un certo termine' e il 'vantaggio di goderne fino a un eventuale dichiarazione contraria altrui'. Tutto ciò che è modalità di attribuzione (e poi struttura giuridica) corrisponde, dal punto di vista delle parti e nella loro proiezione degli effetti economici del patto, a una diversa dislocazione di ricchezza.

uno specifico rapporto. Volontà o accordo, dunque, e operazione economica¹²⁷⁰ sono i due poli del contratto (del negozio): con altri termini, struttura e funzione¹²⁷¹.

Ora, se così è, va anche ipotizzato che ciò che rende 'normativa' questa volontà è il fatto stesso di tendere alla realizzazione di quest'operazione, non come vago proponimento per il futuro o desiderio od opinione, ma come vera e propria intenzione. Ciò, tuttavia, non basta per ritenere che si sia di fronte a un contratto (o a un negozio), per quanto tutt'al più nullo o comunque invalido (ma in ogni caso esistente). La sussistenza di un contratto, in questa mia prospettiva, deriverebbe dalla serietà della volontà¹²⁷²: l'intento di realizzare un'operazione, difatti, può far trapelare la

¹²⁷⁰ Si tratterà, ovviamente, di un concetto giuridico tanto della volontà, quanto dell'operazione economica. Il primo, in particolare, risente anche delle influenze della teoria dell'affidamento; di esso ho già parlato a sufficienza. Quanto all'operazione economica (su questo concetto di operazione economica cfr. oggi in particolare gli studi di E. GABRIELLI, in larga parte raccolti in *'Operazione economica' e teoria del contratto*, Milano, 2013, *passim*, ma soprattutto p. 69 ss. e p. 73 ss., ma v. già E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 131 ss.; per le prime apparizioni di questa figura sull'orizzonte della civilistica, cfr. la premessa di G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, e spec. p. 2 ove rinvio a noti scritti degli anni subito precedenti; in particolare, poi, v. ID., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 133 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 251 ss.; G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit., *passim*, ma già p. 1; per l'impiego della nozione in parola, v. poi anche A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, 1, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi e diretta da G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1999, p. 255 ss.; ID., *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 428 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 285 ss.), utilizzo quest'espressione nel senso latissimo di 'attribuzione di vantaggi', indipendentemente dalla natura commerciale del contratto (quindi, includendovi pure tutti i contratti gratuiti), e quale sinonimo di 'funzione' perseguita dalle parti (funzione che sarà sempre rilevante in senso economico, anche qualora le parti abbiano adoperato il lessico del diritto per perfezionare il loro vincolo).

¹²⁷¹ Cfr. V. PIETROBON, *Errore*, cit., p. 157 s.

¹²⁷² In Germania la ricerca della volontà di impegnarsi giuridicamente (secondo la traduzione letterale dell'espressione tedesca *Rechtsbindungswille*) viene affrontata, di regola, soprattutto al fine di interrogarsi sulla possibilità che le parti vogliono mantenere il loro rapporto nel mero campo della cortesia, ossia delle *Gefälligkeitshandlungen*. In *common law* si è soliti, invece, distinguere la *consideration* della *intention to be legally bound*, nonostante non ne sia sempre chiaro il confine (E. MCKENDRICK, *Contract law*⁹, London, 2011, p. 106, finisce per ritenere che il futuro della *consideration* sia quello di semplice prova della *intention*). A tal riguardo cfr. S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995, spec. p. 70 ss.; v. anche la nota decisione della Court of Appeal sul caso *Balfour v. Balfour* (1919). Nel sistema del *Draft Common Frame of Reference* «a contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement» (art. II-4:101); e inoltre «the intention of a party to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effects is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party» (II-4:102). La serietà di cui parlo, si badi, non è l'opposto dello scherzo, ma è quella legata all'esistenza e alla profondità del vincolo che le parti vogliono creare: ossia, distingue la volontà di legarsi (e di legarsi anche giuridicamente) da un lato dalle mere opinioni, dalle mere puntualizzazioni precontrattuali, e via dicendo, e dall'altro dai vincoli solo sociali. Tant'è vero che in Germania «eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig», e non inesistente (§ 118 BGB). La previsione si riferisce ai casi di dichiarazioni di volontà che a uno sguardo fugace appaiono serie ma che, a uno studio più approfondito, si rivelano non esserlo (M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., p. 449): oltre allo scherzo, si ripete nella dottrina il caso del

volontà di porre una regola, ma non ne impone l'accoglimento nel sistema giuridico. L'ordinamento giuridico riterrà che la regola sia orientata verso la giuridicità (e non solo verso la mera rilevanza sociale, o addirittura verso la sola vigenza nell'ordinamento che le parti stesse creano ponendo la stessa regola¹²⁷³), purché vi sia serietà della volontà: e ciò perché, tanto penetranti sono le conseguenze che l'entrata nel mondo del diritto assicura (tra tutte, la coazione tramite l'uso della forza), quanto seria dev'essere l'intenzione delle parti¹²⁷⁴.

Ciò non toglie, però, che la misura in questione vari a seconda dell'operazione giuridica: e questo, non solo in virtù del valore economico dei beni scambiati, ma anche della natura della medesima. A ben vedere, è l'ordinamento stesso che prevede una misura diversa di serietà per ciascun tipo di operazione: e qui si comprende come questa tematica altro non sia che un risvolto del problema della causa (*ex art. 1322, comma 2, c.c.*). Su questi profili non posso intrattenermi; per i fini che mi propongo in questo studio, mi limito solo a riassumere alcuni dei risultati che quest'impostazione, a mio avviso, permette di raccogliere.

Anzitutto, l'analisi del rapporto tra struttura e funzione, tra volontà e operazione economica, permette di rendersi conto del circolo ermeneutico¹²⁷⁵ in cui sono immersi questi due poli del contratto. Sintetizzando il più possibile, mi limito ad avvertire come l'esatta operazione economica perseguita sia individuabile attraverso lo studio della volontà, ma che a sua volta l'operazione concretamente avuta di mira influisca sulla misura di serietà, secondo criteri predefiniti dal legislatore (cui non risulta indifferente anche la tipizzazione contrattuale¹²⁷⁶), oltre che più in generale su tutta l'interpretazione

figlio che per disperazione durante una lite familiare dichiara alla madre di porre fine a un contratto esercitando un recesso.

¹²⁷³ Secondo la nota teoria di Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 7, 8 e 11.

¹²⁷⁴ La serietà supera, a mio avviso, anche la visuale giuridica e quella empirica, pur mitigate, le quali di per sé sono entrambe limitate: la prima, perché ammette di fatto a una finzione, allorché si tratta di verificare se il *Rechtsbindungswille* ci sia (la mia osservazione vuole andare oltre la denuncia di W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 91– su cui v. *infra* –, secondo cui in determinate circostanze la ricerca del *Rechtsbindungswille* è una *reine Fiktion*; a mio avviso, la prospettiva degli effetti giuridici collide sempre con l'analisi della serietà, che non richiede una precisa volontà di giuridicità, ma solo la percezione della gravità dell'intenzione e dunque anche delle conseguenze); la seconda, perché non chiarisce in cosa consista il 'senso di coazione giuridica' cui collegare la conclusione del contratto. La serietà, intesa come carattere della volontà in funzione della concreta operazione economica, mi sembra si situi nello spazio lasciato aperto tra queste diverse teorie, andando ad occuparlo ed evitando le loro mancanze.

¹²⁷⁵ Vanno qui richiamate le opere di Gadamer, Esser e Larenz che ho già menzionato nell'Introduzione. Ad esse *adde*, con più specifico riferimento ai problemi di cui nel testo, R. HEPTING, *Ehevereinbarungen. Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht*, München, 1984, p. 234 ss.

¹²⁷⁶ Su cui v. nuovamente, nella nostra dottrina, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., e pure M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, nonché G. DATILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 772 ss.; G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 194 ss.

della volontà pattizia¹²⁷⁷ (di cui la serietà non costituisce che un elemento, seppur il più importante nell'ottica dell'entrata nella giuridicità).

Così, da una prima analisi della volontà si ricaverà la perimetrazione dell'operazione economica che le parti vogliono (vincolarsi a) realizzare; e dal tipo di operazione si ricaveranno dati utili a comprendere la misura della serietà necessaria (anche alla luce della forza del vincolo, e in generale delle modalità di attribuzione dei beni finali, che l'ordinamento ha predisposto). Questa misura, già predefinita dal sistema giuridico¹²⁷⁸, va poi adattata alla luce di altri dati oggettivi dell'operazione, che di volta in volta mutano: ad esempio, il valore dei beni assegnati tra le parti, la previsione di recessi o comunque di forme di indebolimento del vincolo, e così via dicendo.

Potrà accadere, però, che – di ritorno alla valutazione della volontà – la misura di serietà richiesta non risulti soddisfatta; in tal caso non resterà che, se possibile, re-interpretare l'accordo, nei limiti della sua ambiguità, per verificare se per una diversa operazione risulta esservi una misura di serietà sufficiente¹²⁷⁹. Ecco il circolo ermeneutico di cui dicevo, volto a consentire la migliore interpretazione della volontà alla luce dell'operazione economica perseguita.

¹²⁷⁷ In dottrina si è parlato di sovrapposizione tra interpretazione e qualificazione (v. N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1144). A mio avviso l'intreccio tra questi momenti appartiene al più ampio circolo ermeneutico tra volontà e operazione economica, tra struttura e funzione, nell'ambito del quale emerge il rilievo del metodo tipologico, specie al fine di rinvenire la disciplina contrattuale (e, prima ancora, l'esatta sistemazione pre-giuridica degli interessi pattizi, di modo da predisporre la traduzione giuridica delle promesse) che più si avvicina alle aspirazioni delle parti. Esso, però, non contraddice l'ottica della fattispecie, ma ne richiede un'implementazione, giacché – così come, seppur in altro senso, avviene con le clausole generali – la norma, la fattispecie astratta, non è automaticamente evidente, ma abbisogna di un'opera complessa dell'interprete volta a individuarla, non senza un riferimento alla fattispecie concreta (che risulterà, al termine di questi apprezzamenti, quella derivante dalla congiunzione di una volontà seria e di un'operazione economica, da cui nasce una regola privata, in attesa di esplicitare efficacia anche nell'ordinamento giuridico). Sulla fattispecie v. *supra*, il § 5 del Capitolo Secondo della Parte Prima, in nota.

¹²⁷⁸ Sulla base di valutazioni sociali, senza però rinunciare anche ad apprezzamenti in senso proprio normativi: ad esempio, escludendo la giuridicizzazione, come poi dirò ancora, delle donazioni obbligatorie non concluse con la forma dell'atto pubblico (che sono accordi giuridicamente inesistenti, e non solo nulli, e semmai valevoli come *Rechtsgrundabrede* per dare giustificazione alle prestazioni compiute e precludere azioni *ex art. 2033 c.c.* – applicato, secondo l'idea che condivido, anche al *facere* apparentemente esecutivo di obbligazioni –), oppure richiedendo la *datio* per il comodato, cui viene di fatto ricollegato sempre l'effetto vincolante (e così aiutando di molto l'interprete, che rinverrà sempre un comodato ove vi sia il prestito di un bene già materialmente effettuato; in modo parzialmente diverso, l'ordinamento aiuta il giudice, decretando la nullità delle donazioni non assistite da una certa forma e non aventi ad oggetto beni di modico valore, chiudendo in modo *tranchant* la questione della loro giuridicità).

¹²⁷⁹ Viceversa, per il *dare* si supporrà di essere ancora nella fase delle trattative; per il *facere* potrebbe avvenire che le parti abbiano deciso di prestare un servizio senza vincolarsi a farlo. Se ne dedurranno più possibili rese dell'accordo privato in senso pre-giuridico (a ognuna delle quali corrisponderà una certa traduzione giuridica), tra cui dovrà scegliersi anche per il tramite del metodo tipologico.

Questi apprezzamenti demandati all'interprete richiedono di chiarire il significato di serietà – o, meglio ancora, la definizione di elementi da cui dedurre la presenza –: a mio avviso la serietà, come carattere della volontà, si può individuare attraverso un sistema di pesi e contrappesi¹²⁸⁰ (salva l'applicabilità del principio della *falsa demonstratio*, che *non nocet*).

Qui rileveranno soprattutto le parole usate dalle parti – l'utilizzo di espressioni volte a garantire, con maggiore o minore certezza, un risultato; quello di vocaboli giuridici; la diretta sottoposizione dell'accordo all'ordinamento giuridico (che, si badi, è un elemento, non equivalendo necessariamente alla prova della serietà); viceversa, la comune opinione di non essere usciti ancora dalla fase delle trattative –; l'importanza soggettiva dei beni da attribuire – tale per cui, aumentando quest'ultima, sarà più serio l'atteggiamento delle parti –; il previo rapporto tra i contraenti – ad esempio, semplici amici, oppure imprenditori che operano sul mercato –¹²⁸¹.

¹²⁸⁰ Del resto, secondo J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., p. 126, i rapporti di cortesia (ad esempio) non sono altro che 'modelli di comportamento' per cui solitamente è esclusa volontà di vincolarsi, senza però che ciò accada necessariamente.

¹²⁸¹ Giurisprudenza (cfr. in particolare la notissima decisione BGH, 22 Juni 1956, in *BGHZ* 21, 102 ss., nonché in *NJW*, 1956, p. 1313 s.) e dottrina tedesche hanno elaborato una serie di criteri per la ricerca del *Rechtsbindungswille*, molti dei quali sono utilizzabili anche ai nostri fini (pur dovendosi prestare attenzione nel distinguere gli elementi relativi alla volontà e quelli attinenti all'operazione, e dovendo scartare le eccessive oggettivizzazioni – su cui v. oltre –). Per P. SCHWERDTNER, *Der Ersatz*, cit., p. 1674, è la mancanza di volontà di obbligarsi a dover risultare esplicitamente. Ciò avviene, oltre che nei casi in cui le parti escludono la certezza della prestazione futura, quando la mancanza dell'intento risulta evincibile dalle circostanze e dai costumi del traffico (dovendosi però ribadire che un *Rechtsbindungswille* può ravvisarsi anche in rapporti tra amici o comunque nell'ambito di relazioni sociali e di cortesia). Per K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil*, cit., § 22 Rn. 28 s., p. 400, e, più di recente, per M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., § 28, Rn. 19, p. 315 s., tra gli elementi che indicano una probabile non giuridicità del rapporto compaiono (l'esposizione si rifà alla sentenza poc'anzi citata): la gratuità dello stesso (che, però, non è mai un criterio esclusivo); l'ampiezza dei rischi che verrebbero assunti se l'accordo fosse giuridicamente vincolante (il riferimento va al noto caso del lotto); (all'opposto) lo scarso significato economico della prestazione in oggetto (non è lo stesso promettere di sgombrare una cantina o di accompagnare una persona in aeroporto per un importante viaggio di affari). R. BORK, *Allgemeiner Teil*^B, cit., p. 264, annovera (di nuovo replicando le parole dell'arresto giurisprudenziale menzionato) tra i vari criteri all'uopo utilizzabili: il tipo di cortesia, la sua ragione e il suo scopo, il suo significato economico e giuridico, le circostanze e gli interessi delle parti; prove a sfavore dell'intento di vincolarsi sono, a suo avviso, la normale non vincolatività di un rapporto o la sproporzione della responsabilità cui le parti andrebbero incontro; prove a favore, invece, il valore del bene, il significato economico della prestazione e l'interesse del beneficiario, gli interessi della controparte e la possibilità per questi di riconoscere i pericoli cui il beneficiario si espone. E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 32, p. 18 s., nel ripercorrere le trame della solita decisione del *Bundesgerichtshof*, richiama il concetto risalente a K. ZWEIGERT di *Seriositätsindizien* (v. *Seriositätsindizien. Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Scheidung verbindlicher Geschäfte von unverbindlichen*, in *JZ*, 1964, p. 349 ss.). D. OLZEN, sub § 241 BGB, cit., Rn. 83 ss., p. 160 ss., pone l'accento, oltre che sulla gratuità e sul carattere disinteressato, sul tipo di prestazione, sul suo *Grund* e sul suo *Zweck* (così confortando l'idea di un circolo ermeneutico tra volontà e funzione), sulle circostanze, sugli interessi delle parti, e così via. Che non si debba, proprio come il BGH nella circostanza ricordata in apertura di nota ha evidenziato, far riferimento solo alle espressioni e ai contegni delle parti, ma anche a buona fede e costumi del traffico, mi pare confermi il nostro duplice assunto: da un lato, che il *quantum* di serietà muta di circostanza in circostanza, così modulandosi – aggiungerei – la diversa misura che ciascun tipo di funzione in linea di massima postula; dall'altro, che

Quanto ai ‘rapporti di cortesia’, intendendo stipulativamente quei rapporti non contrattualizzati¹²⁸² (dunque, escludendo ad esempio il comodato, in cui la ‘cortesia’ può semmai essere motivo di una parte¹²⁸³), e però relativi a prestazioni patrimoniali (si tratterà, ovviamente, di un *facere*), mi limito a indicare che la miglior sistemazione dogmatica di questi rapporti è, a mio avviso, quella che pone alla base degli stessi dei ‘negozi configurativi’¹²⁸⁴, i quali, privi di effetti costitutivi, hanno invece un’efficacia per

anche le circostanze in cui si colloca la vicenda pattizia influiscono sulla sua interpretazione, anche quanto a serietà dell’accordo. Famoso è rimasto il caso ‘del lotto’ (decisione del BGH del 16 maggio 1974; vedila in *NJW*, 1974, p. 1705, e, in una colorata sintesi, in H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft und Rechtsbindungswille*, in *AcP*, 1976, p. 425). Ivi cinque persone si erano accordate per giocare assieme al lotto; tutte conferivano una somma di denaro al quinto che avrebbe dovuto giocare l’intero ammontare su alcuni numeri previamente decisi. In un’occasione questi si rivelano vicenti: e, però, il ‘mandatario’ risulta non aver adempiuto correttamente il suo incarico. Secondo il *Bundesgerichtshof* sorgono obblighi giuridici quanto alla ripartizione della vincita ottenuta o al risarcimento delle puntate anticipate; non, invece, per quanto riguarda il risarcimento per la vittoria mancata. La motivazione è che «keiner der Spieler würde, falls die Frage im Voraus bedacht und ausdrücklich erörtert würde, ein solches Risiko übernehmen oder es den Mitspielern zumuten». Secondo D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., *Rn.* 193, p. 86 s., la critica portata a questa sentenza non sarebbe ben centrata; partendo dell’idea del *Rechtsbindungswille* quale *fictio*, ammette che si decida sulla giuridicità dell’accordo secondo criteri oggettivi (il che, come si è visto, non è escluso nemmeno da chi invece ritiene corretta la prospettiva della volontà di vincolarsi). Essi, in particolare, coinciderebbero qui con l’entità del rischio che una parte si assume e con la consistenza dell’interesse della controparte. H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft*, cit., p. 445, seguendo la prospettiva di Willoweit, ritiene che la prospettiva oggettivistica fatta propria dalla Cassazione tedesca di fatto confuti la teoria del *Rechtsbindungswille*. Dovrebbe invece ammettersi, a suo dire, che certi atti non possono far nascere pretese *ex voluntate partium* già alla luce del loro significato sociale (mentre possono costituire *Rechtsgrund* per gli arricchimenti che ne conseguono). Per decidere sulla responsabilità verrebbero, invece, recuperati altri criteri. Diverso ancora il punto di vista di S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte*, in *AcP*, 1998, p. 472, che, pur condividendo la decisione sostanziale della Corte, non aderisce all’*iter* argomentativo da essa disegnato; lo studioso, invece, concentra il suo discorso sull’effettivo danno causato dalla non esecuzione dell’incarico, ossia sulla «Minderung der Gewinnchance». A mio avviso, sarebbe stata corretta una decisione che avesse qualificato il contratto come mandato condizionato all’adempimento da parte del mandatario dell’obbligo di eseguire l’affare (o comunque della prestazione in parola), stante l’insufficiente serietà per una diversa qualificazione (tornerò sul punto parlando della *chance*).

¹²⁸² Con contratti atti a creare un vincolo ‘forte’, ossia un obbligo di prestazione.

¹²⁸³ V. K.F. REUSS, *Die Intensitätsstufen*, cit., p. 494 ss., che distingue accordi sociali (a mio avviso, quelli che non si riferiscono a prestazioni, e dunque a valori patrimonialmente valutabili), accordi di cortesia e contratti di cortesia (anche per lo stesso autore, del resto, in questi ultimi vincoli la cortesia altro non è che il *Motiv* che porta a impegnarsi senza corrispettivo: p. 499; probabilmente, però, motivo qui deve intendersi nel senso più ristretto di ‘motivo d’uso’ – quando l’atto non costituisca, addirittura, adempimento di una obbligazione naturale –).

¹²⁸⁴ Anticipo qui la mia idea, che ho altrove sostenuto, circa l’equivalenza tra la *Rechtsgrundabrede* tedesca e il nostro negozio configurativo, come contratto con cui si può stabilire un’equivalenza tra interessi, pur senza vincolarsi a realizzarli. Sul primo concetto cfr. K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderes Teil*, 2¹³, cit., p. 137 s. L’intuizione di un negozio configurativo, invece, compare già in Salv. ROMANO, *Introduzione*, cit., ed è poi approfondita in varie opere, ma sempre dal punto di vista procedimentale (ad esempio, da G. BENEDETTI, *Dal contratto*, cit.; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991). Fa il punto su questo L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall’intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1155 ss. Più di recente V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, ha applicato questa nozione alle liberalità non negoziali, così ampliandone l’ambito di incidenza oltre la procedimentalizzazione della volontà privata.

l'appunto configurativa, sancendo l'equivalenza tra una prestazione e un interesse non patrimoniale (se si vuole, particolarmente qualificato dalla 'cortesia', che però rileva soprattutto al fine di escludere la giuridicità, e dunque nell'ambito della prova della serietà relativa all'accordo¹²⁸⁵). Se così è, i 'rapporti di cortesia' appartengono a un più vasto genere di accordi, che non divengono contratti 'forti' (fonti di obbligazioni o di effetti reali), e che si limitano a sancire l'equivalenza, anche tra due prestazioni (o tra una prestazione e un interesse non patrimoniale, o tra una prestazione e un interesse patrimoniale – ipotesi di scambio empirico –). In altri termini, anche in questi casi vi sarebbe un negozio (e una volontà seria), che provvede però solo a fornire la giustificazione (e la qualificazione) per un'attribuzione patrimoniale o più attribuzioni patrimoniali.

Orbene, se così è, deve anche ipotizzarsi che alla base di ogni cortesia vi sia un negozio configurativo¹²⁸⁶, in cui manca un vincolo 'forte', ma è presente una volontà

A questo punto mi sembra possibile ampliare il negozio configurativo, fino a ricondurvi anche l'accordo sull'equivalenza tra due prestazioni.

¹²⁸⁵ In questo senso, e anticipando alcune osservazioni che svolgerò subito nel testo, mi pare di poter affermare che la finalità di cortesia può essere esclusa dalla presenza di interessi patrimoniali in capo a entrambe le parti, ma che ciò non comporti necessariamente la presenza di un contratto 'forte'. E questo, sempre perché la cortesia può, dal lato dell'operazione (e come funzione dunque), richiedere una maggiore serietà, mentre da quello della volontà (e come struttura) richiamare l'assenza di un accordo sufficientemente serio. In questo senso condivido solo in parte le affermazioni di H.J. HOFFMANN, *Der Einfluß*, cit., p. 401 (condivise da H. KALLMEYER, *Die Gefälligkeitsverhältnisse*, cit., p. 14), secondo cui andrebbe escluso il carattere di prestazione di cortesia allorché un certo servizio è svolto solo per motivare la controparte alla conclusione di un contratto oneroso (per finalità, ad esempio, di *marketing*); nulla impone, infatti, di ritenere sempre giuridicizzato il rapporto che conduce all'esecuzione del servizio in parola. Da un altro punto di vista, non mi convincono del tutto altre idee (che pur lasciano emergere profili sicuramente veritieri) sostenute in dottrina: quella secondo cui la cortesia si associa alla condivisione (anziché al conflitto) tra interessi, e per questo fa venire meno la contrattualità (così secondo A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., *passim*), forse prova troppo, riferendosi a una situazione che genericamente si presenta in tutti i contratti in cui rileva un interesse non patrimoniale; quella per cui la giuridicità dell'accordo, lungi dal trarsi dalla volontà delle parti, discende dalle circostanze in cui essa si inserisce (D. WILLOWEIT, *Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen*, Berlin, 1969, *passim*, ma ad esempio p. 77: «entscheidend ist bei derartigen Vorgängen nicht der mangelnde Wille der Parteien, eine rechtliche Bindung einzugehen, sondern die einem in typischer Weise sich wiederholenden Handeln nach der im Verkehr herrschenden Überzeugung innewohnende Unverbindlichkeit»), in quanto questo è solo uno dei criteri, ma non l'unico che permette di valutare la serietà della volontà pattizia (così pure A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 52 ss.); quella che esclude in via generale che gli accordi aventi un certo oggetto possano essere contrattualizzati (così, gli inviti o gli atti d'ospitalità: cfr. K.F. REUSS, *Die Intensitätsstufen*, cit., p. 494, 496 e 499), e che per gli altri accordi costruisce una scala di intensità di relazioni sociali, atta a fungere da criterio per verificare la giuridicità di un patto (*gesellschaftliche Abreden; Gefälligkeitsverhältnisse*, comprensivi di *bloße Gefälligkeiten, Gefälligkeitsverträge* e *Verträge aus Gefälligkeit*), poiché l'oggetto non è mai criterio esclusivo della giuridicità (nulla vietando che due privati decidano di contrattare perfino su un bene privo di qualsiasi valore patrimoniale, come a breve dirò, dovendosi semmai discutere della nullità del patto), e così non lo è nemmeno il tipo di relazione tra le parti (d'altro canto, nessuno discuterebbe che due amici possano concludere una compravendita).

¹²⁸⁶ A dire il vero, i rapporti di cortesia potranno assumere, secondo quanto si predica comunemente in Germania, la forma di in veri e propri contratti, di relazioni da cui nascono obblighi di protezione, di meri contegni non giuridici (cui eventualmente si associa un *Rechtsgrundabrede*: cfr. ad

atta a fornire giustificazione per lo spostamento patrimoniale. Il che replica lo schema, conosciuto ad altri ordinamenti (in particolare a quello romano e a quello tedesco) della *condictio sine causa* oppure *causa data causa non secuta*, per cui, eseguita una prestazione, essa diviene irripetibile se ve ne sia un'altra contestualmente effettuata, o comunque se vi sia una causa idonea a sostenerla¹²⁸⁷.

Anche qui, allora, dovrà immaginarsi che le trattative abbiano un loro ruolo, portando quanto meno alla definizione di un negozio configurativo, ossia di una regola di equivalenza; tuttavia, l'interesse legittimo che sovrintende loro avrà ben poco ambito d'applicazione, stretto com'è dal suo oggetto limitato (affidamento in un'attività che potrebbe portare all'equivalenza dell'attribuzione del bene X a fronte del bene Y¹²⁸⁸, là dove con 'bene' s'intende inevitabilmente un servizio, giacché i beni in senso stretto abbisognano di un effetto costitutivo – reale –).

Esso assume notevoli peculiarità giacché, ove il negozio (configurativo) risulti in realtà nullo o viziato, non si potrà applicare l'art. 1338 c.c. senza alcun adattamento, in quanto qui la volontà negoziale non intende creare una regola, un vincolo 'forte', ma solo fornire un'equivalenza (tra prestazioni che restano sperate, e non dovute). La lesione della buona fede, allora, non discende automaticamente dal fatto che il negozio configurativo sia invalido, ma, piuttosto, dal fatto che esso concreti una lesione dell'altro interesse legittimo che può sorgere in capo a ciascun contraente, e che ha per l'appunto ad oggetto l'utilità che ciascuno spera di trarre dal contratto (pure chi compie un'attività per ragioni d'indole non patrimoniale, giacché aspira alla soddisfazione del suo interesse non patrimoniale).

Infatti, nella fisiologia dei rapporti, a prescindere dalla conclusione di un negozio configurativo (Tizio accetta di compiere l'attività X a fronte dell'attività Y di Caio, pur

esempio H.P. WESTERMANN-P. BYDLNSKI-R. WEBER, *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2013, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, *Rn.* 2/28, p. 35; cfr. R. HEPTING, *Ebevereinbarungen*, cit., p. 235; D. WILLOWEIT, *Abgrenzung*, cit., p. 47 ss., 50, 94); la linea discretiva, in ogni caso, è quella della presenza di un *Rechtsbindungswille*, che può trarre argomento dal tipo di prestazione promesso, ma che – secondo buona parte della dottrina – non si confonde con valutazioni attinenti alla necessaria patrimonialità della prestazione o alla liceità di certi atti di disposizione relativi a beni personalissimi (v. oltre).

¹²⁸⁷ Si ricordi come, in Roma, nel caso di scambio tra due *facere*, di cui uno solo eseguito, prima dell'intervento di Aristone e Mauriciano si sarebbe utilizzata l'*actio de dolo* per ripetere il *facere* (non potendo, all'uopo, essere utile la *condictio*). Il che voleva dire, insomma, che vi era un affidamento, anche se la sua lesione avrebbe permesso la condanna solo alla restituzione (unico bene perso: l'interesse negativo veniva a coincidere proprio con questa somma). Sul punto v. gli scritti, già citati nel § 2, di P. Lambrini.

¹²⁸⁸ Mentre nel contratto 'forte' l'affidamento guarda alla situazione di fatto originantesi dall'esecuzione del contratto, e pur con il medio (implicito) del perfezionamento del vincolo, qui l'affidamento guarda all'equivalenza.

senza che alcuno si vincoli¹²⁸⁹) v'è da verificare la nascita di un interesse legittimo che tuteli proprio l'aspirazione a quest'utilità.

Esso, a dire il vero, può sorgere indipendentemente dalla conclusione del negozio configurativo: può sussistere prima, come può non sussistere dopo il suo perfezionamento, secondo certi principi di cui dirò a breve.

Per l'istante, va notato che, nel caso in cui il negozio configurativo sia in realtà invalido, si tratterà di valutare se la mancata esecuzione di questa specifica prestazione, oggetto dell'interesse legittimo (che, in breve, potremmo dire sostitutivo del vincolo obbligatorio), costituisca una scorrettezza anche con riferimento al diverso interesse legittimo (che sarebbe stato soddisfatto dalla valida posizione di una regola di equivalenza): se così non è, infatti, non ci si può dolere di alcun danno. Solo allorché il vizio del negozio configurativo ridondi nella necessità di rinunciare alla protezione dell'interesse alla prestazione, si potrà parlare di danno che deriva dalla lesione dell'affidamento nell'attività volta a porre la regola di equivalenza. Per di più, un analogo ragionamento potrà ripetersi quando, a fronte di un negozio configurativo nullo o caducato, una parte sarà chiamata a rispondere in via di ripetizione (ché quest'azione, a mio avviso, dovrà applicarsi, e non la più generica disciplina dall'art. 2041 c.c.): ove quanto ella dovrà superi quanto avrebbe dovuto sborsare per ottenere la medesima prestazione in un'ottica di mercato, vi sarà un danno pari a questa differenza¹²⁹⁰.

In ogni caso, la questione essenziale sta nel comprendere quando nasce questo interesse legittimo volto all'attribuzione del bene finale. E, tra l'altro, questo punto è di fondamentale importanza, giacché molte delle critiche sollevate nei confronti della responsabilità da affidamento¹²⁹¹ si fondano proprio su questa difficoltà, da cui si trae anzi l'impossibilità di definire con esattezza le fattispecie in cui una tale responsabilità sorgerebbe.

Orbene, è essenziale anzitutto togliere il campo ad alcune possibili critiche.

La buona fede, infatti, in un senso generalissimo e ancora sociale, permette a chiunque di contare su un comportamento altrui corretto: sull'adempimento delle obbligazioni (di ciò che si è assicurato in modo vincolante), sul rispetto dei diritti assoluti (e delle altre posizioni giuridiche), e anche sulla soddisfazione, seppur eventuale, dell'interesse legittimo. Di questo ho già parlato a fondo nella Parte Prima di

¹²⁸⁹ Lo schema si presenta, a mio avviso, anche – e seppur solo parzialmente – nell'ipotesi di contratto sospensivamente condizionato all'adempimento, su cui cfr. G. AMADIO, *La condizione*, cit., p. 246 ss.

¹²⁹⁰ A dire il vero, le esigenze di tutela sono in tal caso quasi sempre assorbite dai rimedi restitutori: infatti, nel caso di ripetizione di prestazioni di *facere*, anche ove essa avvengano *ex art.* 2033 c.c., dovrà applicarsi il criterio del valore soggettivo, ove l'*accipiens* fosse in buona fede (cfr. P. SIRENA, *La ripetizione*, cit., p. 543, nonché ID., *L'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-II, Milano, 2009, p. 572 s.).

¹²⁹¹ In parte le avevo citate nel § 2 di questo Capitolo.

questa ricerca. Ma, ciò detto, è certo che la buona fede ‘allo stato puro’ trova cittadinanza solo in quest’ultima dimensione, in quella dell’interesse legittimo (e non in quella strettamente contrattuale o extracontrattuale).

La buona fede, però, non è mai la fonte della posizione giuridica: anche perché essa, come noto, si muove su di un piano prima di tutto sociale, e non ancora giuridico (o, meglio, un piano sociale che è filtrato – e inevitabilmente deformato – dall’ordinamento giuridico). E anche tenendo conto della sua ‘recezione’ da parte dell’ordinamento, non si può credere che tutto ciò cui corrisponde l’aspirazione a un comportamento corretto si traduca in un interesse legittimo.

Lo si può dimostrare da un duplice punto di vista, che corrisponde alle due critiche portate alla teoria della *Vertrauenshaftung* tedesca (e poi, da noi, all’obbligazione senza prestazione).

Si è detto, da un primo punto di vista, che non si potrebbe ritenere la buona fede sia fonte sia regola di un rapporto, giacché ciò renderebbe contraddittorio il suo ruolo. Per tale ragione, si è ritenuta fallace la teoria della responsabilità basata sull’affidamento¹²⁹².

¹²⁹² La critica è formulata, in senso analogo, da M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 78 e p. 191 s., che a tal riguardo riprende A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 268, nt. 56; replica C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 468, nt. 58, nonché in ID., *La Cassazione*, cit., p. 1235 (ma già F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 304). A dire il vero Maggiolo sfrutta una debolezza apparente e una ambiguità lessicale della tesi mengoniana. Il grande autore scriveva, nel saggio sulla *c.i.c.* (densa nota a sentenza, in realtà), che ove il legislatore lascia operare una regola di buona fede, ciò è indice che ci troviamo in un rapporto obbligatorio. Ho già scritto che quest’assunto non è del tutto vero (è bastato richiamare l’art. 2598 c.c.). Ma Mengoni, in realtà, non voleva di certo scrivere che ‘ove potrebbe applicarsi la buona fede, in qualsiasi modo intesa, allora vi è un rapporto obbligatorio’. Se così fosse, la critica avrebbe probabilmente ragione. Mengoni sottolineava, piuttosto, come in certe situazioni per forza di legge le parti dovevano comportarsi secondo buona fede: il che lasciava presumere che si trattasse di rapporti giuridici. Allo stesso modo, ove si ritenesse, più ampiamente, che la buona fede ‘fa nascere rapporti anche al di fuori delle trattative’, in realtà sinteticamente si starebbe dicendo qualcos’altro: o che il legislatore ha ritenuto che ogni rapporto, in cui potrebbe adoperarsi la buona fede in senso stretto (come regola di una relazione tra due parti vicine), e dunque ogni relazione sufficientemente stretta impone il rispetto di codesta buona fede (il che però sarebbe ancora troppo vago), oppure ancora che vi sono situazioni in cui il legislatore fonda la nascita di un rapporto (quali siano, lo si evince da un’interpretazione analogica dell’art. 1337 c.c., o di altre norme), e delega la disciplina alla buona fede. Ciò avviene, secondo C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 468, nt. 58, allorché vi è un certo tipo di affidamento («il fatto in coerenza con il quale la legge fa nascere gli obblighi sinteticamente espressi sul piano linguistico dalla buona fede»); per me, quando vi è un altro tipo di affidamento (non basato sul contatto sociale qualificato, ma sul contatto qualificato perché serio – o in altre situazioni, come dirò oltre –). Anche E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., p. 421, formula un’obiezione simile: «die Sonderhaftung kraft Sonderverbindung wird dann einerseits zwar aus dem Vertrauen begründet; dieses haftungsbegründende Vertrauen aber wird andererseits nur eben im Fall einer Sonderverbindung bejaht». Il che darebbe l’immagine di un circolo vizioso: se non fosse che la relazione peculiare preesiste alla buona fede, ed è tipicamente – come vedremo – individuata dalla legge. E, anche se fosse individuata solo con riferimento alla buona fede, ciò si spiegherebbe in ragione del fatto che la buona fede in senso stretto non regola qualsivoglia rapporto, ma solo taluni (parlo, per l’appunto, della buona fede in relazioni vicine). In ogni caso, così non avviene né nel nostro ordinamento, né in quello tedesco. Con l’occasione, prendo in considerazione anche altri aspetti delle due opere citate. A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 270 ss., ritiene che al rapporto precontrattuale non

A dire il vero, la mia ricostruzione degli interessi legittimi mi pare schivi a pieno questa obiezione, giacché essa rende quanto mai evidente che la fonte degli interessi legittimi è la legge, e non la buona fede; è la legge, cioè, a stabilire quando nasce una peculiare posizione, al cui interno giocano un ruolo pieno le regole di buona fede.

Ma mi sembra opportuno farmi carico della replica a questa critica anche da un punto di vista più generale, e ricollegandomi a quanto ho già illustrato in merito alla natura semplice del rapporto obbligatorio.

Di per sé non vi è alcuna contraddizione nel ritenere che la buona fede possa essere fonte – ossia, che l'ordinamento possa ricollegare alla buona fede, in certe situazioni, la nascita di posizioni giuridiche – e criterio: lo si vede bene nell'ambito delle trattative, ove, con l'aumentare della vicinanza e con l'ispessirsi (soggettivo) dell'affidamento, incrementano pure gli obblighi (di correttezza) di informazione, e contestualmente si specificano e si affinano l'oggetto e il fine dell'interesse legittimo¹²⁹³, così di fatto dilatando la protezione offerta. Il che si giustifica appieno: la buona fede costituisce 'regole' che, indipendentemente dal formare o meno autonome posizioni giuridiche, per l'ordinamento risultano, in talune circostanze, vigenti. Ora, che tali 'regole' costituiscano autonomi obblighi, o profili di un unico obbligo (o dovere legittimo), non dipende da ragioni logiche, poiché in tutti questi casi è l'ordinamento a lasciar agire la buona fede (a metterla alla base di un obbligo, ad esempio), e dunque

possa applicarsi la regola dell'art. 1218 c.c. E su questo, pure nelle motivazioni, sono per alcuni profili in accordo (tanto più che, per me, si tratta semmai di un adattamento della regola; l'autore, però, ne deduca l'applicazione dell'art. 2043 c.c., in una forma simile alle norme di protezione). Non sono del tutto d'accordo sul fatto che la lesione della buona fede, in caso di obblighi di informazione, vi sia solo dopo che è prodotto un danno: la violazione c'è con la mancata informazione, solo che si riflette sempre soltanto sul passato (divenendo impossibile il rispetto della stessa regola, con riguardo al passato), e mai al futuro (di momento in momento è una nuova regola di buona fede a divenire attuale, giacché la buona fede accompagna l'evoluzione del rapporto. Per questo, a suo tempo, scrivevo che un'azione di condanna, di fronte a un'azione lesiva della buona fede (che producesse un pregiudizio non ancora cessato, non nell'effetto ma nell'atto), non sembrerebbe esperibile; di fatto la condanna serve a reagire a un inadempimento passato, e ancora possibile, e non a uno futuro, salvo il risarcimento per il passato (anche se auspicavo a un'attenuazione di principi rigidi, o comunque proponevo l'applicazione di un'inibitoria; § 5 del Capitolo secondo della Parte Prima). Sempre a proposito dell'opera di A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 310 ss., è interessante notare come la stessa arrivi a ricostruire un 'dovere di buona fede' in molti dei casi in cui ho postulato un interesse legittimo: che, in fin dei conti, viene a essere la forma, ossia la struttura dogmatica, di questo dovere. *Ivi*, p. 338 ss., si arriva a postulare però una ancor più generale rilevanza del principio di buona fede, tramite il quale sarebbe vietato anche ogni comportamento «consapevolmente, e a maggior ragione intenzionalmente», dannoso. Come si è evinto dal testo, non credo ci siano gli estremi per quest'operazione, né se condotta sulla buona fede, né sull'art. 2043 c.c.; solo l'art. 833 c.c. reca traccia di una norma aquiliana di protezione. Con riguardo, invece, all'idea di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., spec. p. 240 ss., che fonda la responsabilità per il mero danno patrimoniale su regole di condotta, rinvio alle osservazioni di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 467 s., nt. 56.

¹²⁹³ In realtà, questa dilatazione dell'oggetto dell'interesse legittimo potrebbe – a rigore, ma in modo in definitiva macchinoso – riferirsi, piuttosto che al bene verso cui tende l'aspirazione, alla parte protettiva della situazione giuridica (giacché la mancata informazione fa sì che venga arrecata una lesione alla sfera del soggetto tutelato). Il discorso che svolgo, in ogni caso, è agevolmente ampliabile a tutti gli 'obblighi' nascenti dalla correttezza, pure in ottica tipicamente contrattuale-obbligatorio.

non è la buona fede a costituire fonte di un obbligo che poi essa stessa provvede a riempire di contenuto.

Se, però, ho scritto che la buona fede opera solo all'interno di una posizione (diritto di credito-interesse legittimo), e non per fondare autonomamente obblighi, è perché risulta più complesso da ipotizzare – per ragioni, però, pratiche e di sistematica giuridica – un fascio di obblighi che nascono e cadono di continuo. Ragioni non logiche, dunque, che a suo tempo mi portavano a ravvisare nella buona fede un ruolo sempre valutativo, all'interno però di strutture dogmatiche diverse.

D'altro canto, la stessa contrapposizione tra funzione integrativa (e suppletiva e correttiva) e funzione valutativa della buona fede, una volta accettata l'idea per cui gli obblighi di protezione non sussistono autonomamente e nemmeno gli interessi legittimi sorgono automaticamente sulla base della correttezza, trattandosi in entrambi i casi di mezzi per arricchire l'interesse protetto e per incrementare lo spazio dell'attività dovuta, viene svuotata: risulta, infatti, evidente che tutto ciò che *ex ante* stabilisce una deontologia, *ex post* permette di valutare se è stata rispettata, e che le incomprensioni derivano piuttosto dal carattere di clausola generale della buona fede stessa¹²⁹⁴.

Così, nel diritto di credito avviene che l'interesse finale comprenda l'esecuzione secondo buona fede, e che essa si determini durante la vita del medesimo; nell'interesse legittimo, l'interesse finale può venire specificato – come nell'ultimo esempio – dalla buona fede, che lo arricchisce, lo *integra*, ove esso, nato da un contatto, fosse risultato troppo ristretto; ma in nessun caso la buona fede è 'fonte' di obblighi, i quali tutti discendono dalla recezione legislativa della regola di correttezza e dalla sua declinazione concreta. Lo stesso varrà nell'ambito dell'interesse legittimo, ove la buona fede *supplisce*, e perfino in quello della responsabilità extracontrattuale, in cui la buona fede *corregge* valutazioni giuridiche di 'primo livello', o sostituendo valutazioni d'irrelevanza (e fors'anche di non anti-giuridicità; il riferimento va all'art. 833 c.c. quale norma di protezione), o fornendo una valutazione di abuso (di norma però non la

¹²⁹⁴ Mi spiego con un esempio. Tizio è obbligato verso Caio a ristrutturare l'abitazione di questi. L'interesse, inteso in senso lato, comprende di sicuro la ristrutturazione tramite modalità che rispettino il più possibile gli altri beni di Caio e che consentano di ricavare la massima utilità dalla ristrutturazione (in altre parole, una ristrutturazione compiuta secondo correttezza). La sua specificazione concreta, come a suo tempo ho scritto, richiede di sicuro che il rapporto si evolva: né più, né meno, di quanto non accada per l'obbligo di diligenza nelle obbligazioni di mezzi, ove il risultato finale non è *ex ante* prevedibile (senza che ciò voglia assimilare diligenza e buona fede: la prima non è chiamata a integrare l'interesse finale del creditore, ma semmai, nelle obbligazioni di mezzi, a specificarlo – e a delimitare lo sforzo del debitore volto a conservare la possibilità della prestazione nella più parte dei rapporti obbligatori –; la seconda, pur senza rendere rilevante un interesse diverso da quello alla prestazione, arricchisce di contenuto quest'ultimo). Tramite questa evoluzione, avviene che l'interesse finale si specifichi, e che a sua volta l'oggetto del credito (che su esso si ricalca) assuma nuove declinazioni. Ciò non deve far pensare, se non in chiave descrittiva, che la buona fede imponga nuovi obblighi; l'obbligo è uno solo, e questo è stato, sin dal suo sorgere, arricchito dalla buona fede. Nel momento in cui si verificherà il suo rispetto, la buona fede, da integrativa (ma non nel senso di fonte di obblighi) che era, ha pure, e inevitabilmente, valenza valutativa.

correttezza in senso stretto, la quale è a tal fine sostituita da altri criteri di bilanciamento, che meglio si adattano alla mancanza di un previo rapporto, e che però si situano sempre in quel ‘secondo livello’ del discorso giuridico cui spesso mi sono riferito). In tutte queste situazioni la buona fede valuta *ex post*, ma agisce dogmaticamente (integra, supplisce, corregge) *ex ante*.

Tutto ciò, però, impone di considerare che il modo in cui agisce la buona fede è stabilito *ex lege*: ossia, che non è la buona fede a fondare la sua vigenza, ma la legge che crea strutture entro cui farla operare. Il vero profilo che la critica denuncia, dunque, non è quello della difficoltà nel ravvisare una buona fede integrativa, ma dell’impossibilità di ricollegare alla buona fede, per sua forza, la nascita di posizioni giuridiche: ne verrebbe, infatti, scardinato l’ordinamento. Sarà sempre il sistema, allora, a lasciare alla buona fede un certo spazio, e anzi a costruire gli edifici dogmatici entro cui può prendere forma.

Con il che ci ricollegiamo alla seconda critica¹²⁹⁵, che in realtà non è che un risvolto della prima. Si è detto che, a voler fare del contatto la fonte di una speciale responsabilità, tutto diverrebbe responsabilità da affidamento. D’altronde,

¹²⁹⁵ Cfr. E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., p. 413 s., 421 s. e 425 ss. L’autore afferma che il ‘contatto sociale’ è criterio troppo vago, e che l’intensità non può ridurne l’eccessiva ampiezza. L’affermazione è contrastabile, purché si qualifichi il contatto sociale: io mi ripropongo di farlo per il tramite del riferimento all’affidamento soggettivo (benché obiettivo, e poi obiettivizzato) e della serietà (che potrebbe ricordare proprio l’intensità, se non fosse che, da un lato, è filtrata attraverso l’elemento soggettivo, e, dall’altro, non è mero quantitativo, ma qualitativo). Picker, poi, conclude nel senso che l’affidamento o è alla base di ogni forma di responsabilità, o di nessuna. Qui, palesemente, vi è l’inversione tra principio e regola; una cosa è il principio generalissimo di buona fede, che investe tutto l’ordinamento (complessivamente inteso: sintesi di *ius civile* e *ius honorarium*) e che lo fonda (secondo i tre *iuris praecepta*: certamente rispettare i patti o non ledere i beni altrui è un comportamento, di per sé, ‘corretto’); altro è, invece, il ruolo della buona fede nel senso di cui all’antico *ius honorarium*; altro ancora è, in questa dimensione, il ruolo della buona fede al di fuori di rapporti obbligatorio o del danno aquiliano. Ruolo che è assegnato dal legislatore entro strutture dogmatiche predefinite. Per questa ragione, poi, non sono accettabili le critiche (portate all’obbligazione senza prestazione, ma di cui mi debbo fare comunque carico) secondo cui si starebbe mettendo al centro dell’ordinamento una figura indistinta, tale da occupare qualsiasi spazio e sovrapporsi ad altre tutele già esistenti. Il riferimento va, ad esempio, al rapporto tra vicini; se non fosse che, lì, manca qualsiasi contatto (serio, o tale da far nascere un altro interesse legittimo); non vi è dunque alcuna norma dell’ordinamento che, interpretata analogicamente, possa pervenire al risultato di fondarvi un interesse legittimo (anche se v. *supra*, § 4, Capitolo primo, Parte Seconda). Lo stesso vale, poi, con riguardo ai rapporti endofamigliari dove, a prescindere da un’eventuale ricostruzione dei diritti dei figli come interessi legittimi *ex lege* (cfr. *supra* il § 8 del Capitolo precedente), manca comunque qualsiasi contatto serio in un bene perché si possa supporre l’esistenza di interessi legittimi da contatto (salvo che l’ipotesi non si dia, volta per volta: ma allo stesso modo in cui oggi si ammettono senza problemi contratti tra membri della famiglia). Né vi è, in questi casi, una norma di protezione, di cui ci si debba chiedere se fonda un interesse legittimo o una responsabilità aquiliana (per illecito di condotta). Su questi temi v. comunque C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 697, in replica a M.F. CURSI, *Dall’actio*, p. 81, a M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 185, 200 e 204 s.; L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 388.

l'automobilista¹²⁹⁶ che vede una vettura scontrarsi con la sua, un istante prima dell'incidente 'confida'; e non si può negare che vi sia una *Sonderverbindung* (quale maggiore relazione che uno scontro?).

Ma l'errore di prospettiva è sempre lo stesso: la responsabilità per lesione dell'affidamento, comunque la si fondi, non vuole allargare oltremodo i suoi spazi. Solo una confusione tra *principio* e *regola* farà ritenere il contrario¹²⁹⁷. Ma la buona fede, nel suo senso più lato, è solo principio: fondare una responsabilità sulla buona fede non vuol assolutamente significare che, dovunque vi sia 'affidamento', nel senso più lato, vi sia responsabilità da affidamento. La regola, invece, richiede che vi sia una struttura; e la struttura della responsabilità per lesione dell'affidamento è l'interesse legittimo. Dove nasce l'interesse legittimo, vi è responsabilità per lesione dell'affidamento.

Si tratta, allora, di comprendere quando l'ordinamento si affidi alla regola di buona fede¹²⁹⁸ per implementare un diritto o per dare contenuto a un interesse legittimo. D'altro canto, mi sembra palese che anche causare la fine di un rapporto sentimentale per un tradimento o – per rimanere nell'ambito delle prestazioni patrimoniali – disdire un invito a cena pochi minuti prima, siano comportamenti che socialmente sono sentiti come 'scorretti': e, però, sarebbe difficile, già intuitivamente, assicurare un risarcimento in ognuno di questi casi (pur senza voler argomentare dalle conseguenze, mi sembra che un tale esito sia precluso dalla stessa sensibilità giuridica, dal *Rechtsgefühl*).

Negli interessi legittimi da contatto, dunque, risulta centrale la domanda sulla loro fonte, per comprendere in quali circostanze la buona fede possa fungere da regola risarcitoria, riempiendo di contenuto queste posizioni e fungendo anche da criterio per valutare la lesione (la difformità tra un ideale e un reale).

Fissiamo dunque un parametro per rispondere al quesito.

¹²⁹⁶ K. LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht*, cit., p. 516 ss., ripreso anche da M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 182 (ma l'esempio è divenuto classico: come si ricorderà, vi si rifacevano anche, da punti di vista diversi, Picker e Hans Stoll).

¹²⁹⁷ Che l'affidamento sia alla base tanto del contratto, quanto dell'illecito, lo riconosce pure E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung*, cit., p. 427 (ma nell'ambito di una trattazione volta a contestare la stessa ammissibilità di una *Vertrauenshaftung*, proprio perché l'affidamento non ne costituirebbe una peculiarità). E così pure, da prospettiva opposta, C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 415: «daß diese in engem Zusammenhang mit dem Gedanken des Vertrauens- und Verkehrsschutzes steht, ist zwar sicher richtig, doch müßte man so gesehen folgerichtig bei nahezu jeder rechtlichen Regelung den ‚Geltungsgrund‘ im Vertrauensprinzip erblicken erblicken, wodurch dieses jeden unterscheidenden Wert verlöre»; v. anche C.-W. CANARIS, *Die Reichweite*, cit., p. 221 s., nonché W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 133

¹²⁹⁸ Per dirla con C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., p. 8, non è sufficiente ritenere che un contatto specifico imponga la nascita di una maggiore protezione: quest'istanza «è espressiva di un punto di vista esclusivamente topico, al quale deve soccorrere la necessaria verifica sistematica» (ovvio il riferimento al 'problema' e al 'sistema', su cui ovviamente L. MENGONI, *Problema*, cit., p. 3 ss., e C. CASTRONOVO, *Problema*, cit., p. 1 ss.).

Orbene, è palese che tra la situazione, in cui un soggetto sta per causare un incidente stradale mortale (supponiamo di porci pochi istanti prima: ormai egli non può più frenare in tempo), e quella, in cui lo stesso soggetto decide di non accompagnare più a Roma un amico, con cui si era accordato in tal senso, vi è una notevole differenza. Solo nel secondo caso, del resto, vi è un vero e proprio contatto e vi è un vero e proprio affidamento.

Ora, è vero che molte situazioni, dal punto di vista pregiudiziale, concretano un affidamento: il soggetto che sta per venire investito potrebbe confidare nel fatto che l'autista freni; chi è stato invitato a una cena romantica può confidare che essa non venga annullata, e così via dicendo. E, spesso, è la stessa correttezza a presidiare sul piano sociale gli affidamenti: chi non frena in tempo si comporta in modo socialmente scorretto (intendendo questo termine in senso molto lato), e così pure chi disdice un appuntamento su cui l'altra parte poteva aver riposto molte speranze.

Tuttavia, là dove il discorso si incentra sull'interesse legittimo pretensivo, ci si dovrà riferire all'affidamento in ordine a una attribuzione futura di un bene. Di un bene, tra l'altro, che dovrà avere un'impronta patrimoniale¹²⁹⁹: restano escluse, dunque, tutte quelle attività che, prive di un valore patrimoniale o comunque non patrimonialmente considerate dalle parti¹³⁰⁰, mirano a soddisfare interessi altrettanto (e

¹²⁹⁹ Non sconfessa questo dato l'interesse del donante nel corso delle trattative: vero che egli mira a un'attività che potrebbe consentirgli di soddisfare un interesse non patrimoniale, a fronte di un certo esborso economico, ma vero anche che il fine è nel suo complesso inteso economicamente (tant'è vero che, per l'appunto, va inteso nell'unità dell'operazione economica: ché tale è anche una donazione).

¹³⁰⁰ Il problema che si pone qui è, evidentemente, quello della patrimonialità dell'attività: che, nell'obbligazione, corrisponde alla patrimonialità della prestazione. Anzi, per comodità potremo rifarci ora a questo concetto, che risulterà di facile esportazione alla nostra tematica. In dottrina (v. intanto, variamente e oltre agli autori oltre citati, F. PROCCHI, *I caratteri*, p. 537 ss.; A. CHECCHINI, voce *Prestazione*, cit., p. 3 e 5; ID., *Rapporti*, cit., p. 39 ss.; A. DI MAJO, sub *art. 1174 c.c.*, cit., p. 250 ss.) è stato sostenuto che la prestazione è patrimoniale quando ha un mercato di riferimento: ovvero quando i *cives* sono normalmente disposti a pagare per poterne godere (così M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 38: «per ricercare se una data prestazione è patrimonialmente valutabile, deve essere preso in considerazione l'ambiente giuridico-sociale nel quale l'obbligazione sorge»). Questa visione a me sembra in parte riduttiva, poiché nulla dice circa l'evenienza che la prestazione venga resa non da un professionista, ma da un soggetto che non opera sul mercato; e nemmeno potrebbe farsi riferimento al fatto che il rapporto di quel tipo di norma non preveda un corrispettivo, giacché esistono prestazioni, rese tra amici, che spesso non sono retribuite, ma che hanno sicuro valore patrimoniale. Nemmeno le teorie soggettive (v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 78, secondo cui «la patrimonialità può essere oggettiva o soggettiva»), però, a me sembrano condivisibili: e questo perché le prestazioni, in tanto in quanto patrimoniali, presuppongono l'esistenza di una causa di giustificazione dell'arricchimento; di talché, non potendo essere la mera considerazione delle parti a far ritenere necessaria o meno la causa dell'attribuzione, ne deriva che il criterio per individuare la patrimonialità non può basarsi solo sull'intenzione delle parti. Corretto, invece, mi pare riferirsi a una valutazione di normalità sociale, necessariamente duttile. La patrimonialità dovrebbe supporre ove la prestazione abbia di per sé un valore, nel senso che una valutazione social-tipica ne ammette una considerazione in termini patrimoniali: non basterà, però, esaminare se ci possa essere un contratto di scambio (così si confonderebbe il problema con quello di una normale gratuità) o se un eventuale contratto è lecito (giacché pure questo piano è sicuramente diverso: basti pensare al caso della prostituzione), né se ricorre un arricchimento o impoverimento (il che semmai è un quesito che si pone a valle). Viceversa, è

imprescindibile comprendere se il comportamento in parola rientra in una sfera economico o in una personale: ossia, se gli interessi che esso soddisfa possano avere una connotazione anzitutto economica (secondo l'idea per cui l'interesse primario nel credito è sempre patrimoniale), o se ciò non li porterebbe a snaturarsi (la mia tesi non vuole riproporre, però, quella di G. CIAN, *Interesse del creditore*, cit., p. 243 ss., basta sulla *Geschäftsmässigkeit*, ossia sul giudizio ipotetico con cui ci si deve chiedere «se, pur non esistendo un prezzo di mercato ... sia possibile ritenere che gli individui sarebbero disposti a scambiare per denaro la prestazione di cui trattasi, e se tale scambio urti o no contro i principi etico-sociali dominanti nel momento in cui fu concluso l'accordo»; per quanto l'opinione superi molte delle lacune delle tesi precedenti, mi sembra che fondare la patrimonialità sulla 'violazione dei principi etico-sociali' avvicini la valutazione all'illiceità, mentre sarebbe preferibile farla operare a monte, e basarla dunque sullo 'snaturamento' dell'attività non patrimoniale che si avrebbe, ove essa fosse considerata in ottica patrimoniale: nessun limite legale o etico, ma un limite interno alla stessa condotta). L'amore, l'amicizia, e così via, non possono essere considerati patrimonialmente, giacché la condotta stessa che li veicola rifugge (è incompatibile con) un apprezzamento economico. Ciò non toglie che la compagnia, in sé, possa avere talvolta connotazione economica (si pensi a un'accompagnatrice, o a una badante): ogni volta in cui ciò non sia incompatibile con la condotta in cui essa consiste. Più complesso è chiedersi se un comportamento non patrimoniale cambi la sua connotazione allorché supponga dei costi. A mio avviso, la risposta da darsi è negativa; ciò non toglie, però, che nell'ambito di certe condotte a rilevanza solo personale (un invito a cena da amici) sia data l'occasione per prestazioni patrimoniali (la cena in sé considerata). Questo punto è però discusso: secondo alcuni, ciò che è personale può portare ad avere conseguenze patrimoniali, ma queste sono coperte dalla considerazione non patrimoniale del tutto (lo nota K.F. REUSS, *Die Intensitätsstufen*, cit., p. 495; *contra* D. WILLOWEIT, *Abgrenzung*, cit., p. 48). Effettivamente può darsi che, ove compaiano una pluralità di interessi, tra cui pure uno patrimoniale, di tenuissimo impatto, questo si mescoli e perda autonomia, finendo in un'area pre-economica di non valutabilità. Un criterio potrebbe essere proprio questo: ossia che non vi è patrimonialità, là dove una condotta (potenzialmente rilevante in senso patrimoniale) è assorbita da un più ampio comportamento personale, salvo che non emerga chiaramente (stagliandosi cristallinamente) il suo profilo economico, o perché vi è l'assunzione di un certo rischio di ledere beni altrui (il che, si badi, ancora non ha nulla a che vedere con l'affidamento, pur essendone la patrimonialità un presupposto), o perché il costo sopportato per porre in essere la condotta in esame non è insignificante. Altro discorso, poi, attiene all'effettività del valore della prestazione: può darsi che condotte di valore irrisorio non consentano una considerazione patrimoniale (anche se, a ben vedere, nel diverso ambito dei negozi con effetti reali è irrilevante l'entità economica del vantaggio attribuito). Di fatto, in conclusione, resta vero che non sono le parti a decidere se ricorre o meno patrimonialità: ma è vero che esse possono cambiare le circostanze, così da influire su questa valutazione. Qualora le parti deducano in contratto una condotta che non ha elementi di patrimonialità, il contratto sarà nullo, mancando un elemento della causa (uno dei vantaggi economici dedotti; non si confonda, però, questo profilo, con quello dell'irrisorietà di un vantaggio promesso). In questo senso può ritenersi che la non patrimonialità della prestazione non esclude di per sé la giuridicità della volontà (dimora su un altro piano la nullità dell'accordo): ma, a ben vedere, costituisce un contrappeso molto forte (e, salvi i casi di scuola, insuperabile) nella dimostrazione della serietà. Quest'esito è accolto dalla dottrina tedesca, secondo cui l'esistenza di un *Rechtsbindungswille*, pur potendo trarre argomento dal tipo di prestazione promesso, non si confonde con valutazioni attinenti alla necessaria patrimonialità della prestazione o alla liceità di certi atti di disposizione relativi a beni personalissimi. Codesti elementi potranno comunque, come preannunciato, essere utilizzati per dedurre, in concreto, l'assenza di volontà giuridica: cfr. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., Rn. 185, p. 83 – anche se nell'ambito di una critica al *Rechtsbindungswille* –; v. pure il noto *Pillen-Fall* riportato tra gli altri da M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., § 28, Rn. 20, p. 316, nonché la rassegna di giurisprudenza di D. WILLOWEIT, *Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln*, in *JuS*, 1986, p. 97 s.; più in generale, cfr. ID., *Abgrenzung*, cit., p. 26 ss. e 31 ss., ove l'autore osserva che la teoria del *Rechtsbindungswille* esclude di per sé che qualsiasi altro criterio possa distinguere accordi di mera cortesia e contratti – tra l'altro, lo stesso Willoweit in quest'opera cerca di fondare su altre basi la non vincolatività degli accordi solo socialmente rilevanti –; v. poi E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 31, p. 18, e Rn. 45, p. 25, anche in connessione all'irrilevanza della patrimonialità dell'interesse facente capo al beneficiario della prestazione, secondo la posizione condivisa unanimemente in Germania – ciò che, però, può sembrare in parte stonato all'orecchio italiano, abituato dall'art. 1174 c.c. a distinguere la patrimonialità della

puramente) non patrimoniali. Gli esempi possono essere tratti dalla vita quotidiana: Tizio conta sul fatto che Caia non declini un invito già accettato a cena; Mevio confida sul fatto che Sempronio lo accompagni a sciare il giorno successivo; Tizio spera che Caia, con cui convive da anni, lo sposi¹³⁰¹.

prestazione, di cui qui ci interessiamo, dalla natura patrimoniale o meno dell'interesse del creditore –; v. infine D. OLZEN, sub § 241 BGB, cit., *Rn.* 80, p. 159; *contra*, infine, W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., p. 82 s. – seguito sul punto da Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., p. 770, nt. 140 –, sostenitore della *objektive Lehre*, in virtù della quale taluni fenomeni – come gli inviti – non sarebbero giuridici proprio in virtù dell'assenza di valore patrimoniale, come riassumono anche M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., § 28, *Rn.* 18, p. 315, nt. 31; l'illustre autore tedesco argomenta anche a partire da un'interpretazione dell'art. 1322, comma 2, c.c., che mi sembra però inaccoglibile.

¹³⁰¹ Proprio quest'ultimo caso evoca una problematica affine: ossia quella della promessa di matrimonio. L'art. 81 c.c. lascia comprendere come l'affidamento a un risultato d'ordine personale non è tutelato, nemmeno se siano fatte spese in vista dello stesso, se non entro presupposti molto stringenti, stabiliti dall'ordinamento (altra questione sarà chiedersi se, con la rottura della convivenza, vengano a mancare di causa certe donazioni – per l'appunto, *ob causam* –). Sul punto v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 29 ss., il quale, escluso che l'obbligo *ex art.* 1337 c.c. trovi cittadinanza nel diritto di famiglia (non essendo assimilabile alla disposizione dell'art. 1338 c.c. quella recata nell'art. 139 c.c., che tutela interessi pubblici e non della controparte), si chiede se l'art. 81 c.c. costituisca «violazione dell'obbligo di buona fede *ex art.* 1337 c.c.». A dire il vero l'autore esclude l'assimilazione sulla base di argomenti che non mi paiono irresistibili: e, inoltre, ciò non toglie che, se il legislatore è dovuto intervenire espressamente nell'ambito della promessa di matrimonio, ciò è indice di una necessità di allargare una protezione altrimenti mancante. Del resto, lo stesso legislatore si premura anzitutto di tutelare la libertà degli sponsali (art. 79 c.c.), e di esaltare dunque la personalità della scelta, per poi disporre un'eccezionale applicazione dell'interesse legittimo anche in questo ambito (art. 81 c.c.; l'art. 80 c.c., viceversa, si riferisce palesemente a un problema di causa e presupposizione). V. pure G. AFFERNI, *Il quantum*, cit., 57 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 312 s. Vorrei chiudere le osservazioni di cui al testo con una esemplificazione. Se Tizio chiedesse a Caio, come nell'esempio fatto, di accompagnarlo in montagna, e Caio acconsentisse, nascerebbe forse un affidamento tutelato? Di certo no, come non sorgerebbe nemmeno alcun vincolo contrattuale (salvo che le parti non dimostrino di considerare la prestazione di Caio d'ordine patrimoniale, e non personale, come quella di un qualsiasi accompagnatore). Diversa ipotesi è quella in cui Caio si sia impegnato, seppur a livello di cortesia, a trasportare Tizio, nel qual caso l'attività in questione ha certamente un valore patrimoniale, e non si pone alcun problema. Tuttavia, anche a fronte delle spese compiute da Tizio – immaginiamo che questi, confidando nella promessa di Caio, abbia già prenotato un albergo – potrebbe nascere un qualche affidamento. Si pensi al caso in cui Tizio lamenti di non voler recarsi da solo in montagna per la settimana bianca, senza la compagnia di Caio, e pretenda la restituzione della somma; oppure quello in cui Tizio, che ha comprato l'attrezzatura da sci, si dolga del fatto che senza Caio non andrà probabilmente più a sciare, e pretenda, di nuovo, una restituzione. In queste ipotesi potrebbe ritenersi che gli esborsi compiuti tinguano di patrimonialità l'intera vicenda, specie se conosciuti dalla controparte: per cui la compagnia non è più vantaggio solo personale, ma anche patrimoniale. Il tutto, però, potrebbe essere tollerabile solo a fronte di beni che, pur personali, ammettono una traduzione – volendo, un 'ispessimento' – patrimoniale: ma non con riguardo a beni che non possono subire alcuna limitazione, nemmeno per negativo e sotto le velate spoglie di una misura di fatto compulsoria. Così, più aumenta la personalità di un risultato, più diminuiscono le possibilità che lo si intenda in termini economici: difficile ritenere che Caia, rinunciando alla cena con Tizio, possa essere convenuta per le spese del pasto, pur preventivate anche da lei; meno difficile, nel caso in cui Mevio abbia fatto affidamento sulla compagnia di Sempronio per un lungo viaggio (e sempre che vi sia un'effettiva difficoltà o impossibilità di partire da solo). Nel caso in cui, a fronte di un litigio, Caio non solo non voglia più partire con Tizio, ma addirittura chieda la restituzione delle spese, e viceversa Tizio insista per compiere il viaggio assieme, saranno valutate le differenti ragioni: se quelle di Caio saranno trovate futili, Tizio non dovrà nulla. Alle questioni su cui mi soffermo ha dedicato la sua attenzione W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., p. 83. Vi sono, poi, altre ipotesi, di ancor più incerto inquadramento. Nel caso in cui vi sia una prestazione

Nell'ambito di tale contatto, poi¹³⁰², dovrà sembrare – apparire esternamente – che una parte confidi nel risultato (per quanto ancora eventuale, non essendoci vincolo), e che la sua controparte si sia assunta la responsabilità per le future mancanze. Tali circostanze concretano l'affidamento per così dire soggettivo: fermo restando, comunque, che anch'esso è legato a un'apparenza, più che a una realtà intima e insondabile. Si tratta, infatti, di fatti giuridici, e non di atti o negozi: per cui non è assolutamente ipotizzabile alcun vizio della volontà, né nulla di assimilabile alla carenza di coscienza. E, ancora, quest'affidamento soggettivo non è ancora l'interesse legittimo, che concreta un affidamento oggettivo (non un *confidare*, ma un *poter confidare*, che passa dalla potenza all'atto, in virtù di volontà legislativa).

Ma queste precisazioni ancora non valgono a definire un criterio: è forse ipotizzabile un interesse legittimo in capo a chi chiede un accendino per strada (magari per tutelarsi dal danno che potrà derivare dall'accensione, se essa provochi un'inaspettata esplosione), o a chi domanda l'informazione per raggiungere una certa località? Eppure, si tratta di attività che, per quanto in misura minima, hanno un valore economico, e che possono comportare danni tanto ove non si realizzino, quanto ove siano compiute in modo inesatto.

Probabilmente, per risolvere questo problema, bisogna ammettere che la buona fede, pur potendo – sul piano sociale – far nascere affidamenti rilevanti in tutte queste occasioni, non sia sempre recepita dall'ordinamento: in altri termini, che non sempre nasca una protezione per l'affidamento. Quel che voglio dire è che la buona fede, di per sé, è canone di comportamento e, come tale, pure regola di comportamento: ma è solo l'ordinamento che decide quando la regola, da sociale che è, diventi anche

patrimoniale a titolo di cortesia, è possibile – come ho detto – immaginare un affidamento al risultato positivo: ma che ne è dell'altro soggetto? In altri termini, potrà pure lui confidare nella realizzazione del suo 'interesse non patrimoniale'? Forse, in certe situazioni, ciò è ipotizzabile: d'altronde non si tratta qui di 'prestazioni personali', ma di un 'interesse non patrimoniale' collegato proprio con una prestazione patrimoniale. Il caso tipico è quello degli inviti a cena, in cui, come detto, potrebbe (secondo alcuni) rinvenirsi (anche) una prestazione patrimoniale. Dando per scontato che gli invitati non hanno, di norma, alcun affidamento protetto, può chiedersi se una tale tutela assista l'ospite, quanto alla soddisfazione del suo interesse non patrimoniale (con conseguente facoltà di addossare le spese alla controparte, ove questa non si presenti all'appuntamento). A mio avviso la costruzione, in astratto, sarebbe accettabile: ma è alquanto difficile, se non impossibile, che dalle circostanze emerga una serietà sufficiente a ritenere sorto questo affidamento. Il tema si avvicina a quello della postulabilità di una responsabilità precontrattuale del futuro potenziale donatario verso l'altrettanto futuro potenziale donante. Altre ipotesi molto interessanti sono quelle relative a condotte intimamente personali, ma con una immediata ricaduta patrimoniale, quale quella sottoposta all'attenzione dei giudici tedeschi nel noto *Pillen-Fall*. In tal caso, a mio avviso, è postulabile un interesse legittimo: esclusa la possibilità che sorga un vincolo (un'obbligazione), proprio per il carattere non coercibile della condotta, è però ammissibile che vi sia una considerazione patrimoniale della stessa e che anche nasca un affidamento verso la medesima.

¹³⁰² Non è sufficiente, come pure pare ritenere H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, cit., p. 84, che il contatto non riguardi un rapporto di amicizia o sociale (ma è vero che il contatto sociale deve mirare a uno scopo: ciò che io ho chiamato interesse da soddisfare, e cioè vantaggio da attribuire).

giuridica. E quando ciò accade, vanno ricercate le forme in cui avvenga la protezione dalle scorrettezze: ma, per l'appunto, nei limiti in cui ciò avviene. Allora, bisogna ammettere che vi sia un ulteriore parametro a indicare quando sorge l'interesse legittimo pretensivo da contatto, oltre ai criteri di massima che guardano all'affidamento e alla presa in considerazione dello stesso.

L'art. 1337 c.c., come detto a suo tempo, si riferisce a una trattativa¹³⁰³: e, così facendo, a un contatto che per forza di cose è serio. Infatti, la trattativa¹³⁰⁴, per il suo

¹³⁰³ D'altro canto, sull'applicazione della responsabilità precontrattuale alle cortesie v. in Germania H.J. HOFFMANN, *Der Einfluß*, cit., p. 400. Per l'Italia v. *supra* il § 3.

¹³⁰⁴ Il nostro codice non distingue (giustamente) tra la *Aufnahme von Vertragsverhandlungen* e la *Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut*, come oggi fa il BGB (§ 311, Abs. II, Nr. 1 e 2). La differenziazione, del resto, non è semplice: anzi, la prima ipotesi dovrebbe rappresentare un caso specifico rientrante nella seconda previsione. Se così è, risulta che la più ampia definizione di 'trattativa', fonte di responsabilità precontrattuale, è nel codice tedesco quella versata nel n. 2: ossia, la *Anbahnung* – la 'comparsa all'orizzonte', l'instradamento – di un contratto, in virtù della quale sorge la possibilità di venire lesi. Questa 'comparsa' non richiede una negoziazione intesa in senso stretto (non richiede, cioè, che le parti si parlino o abbiano reciprocamente manifestato le loro intenzioni: così nel n. 1 invece – v. R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 370 –), ma presuppone il riferimento comune a un futuro contratto. Il che val quanto dire che una trattativa nel senso più lato vi è pure allorché un soggetto entra in contatto con un altro (per esempio entrando nei suoi locali) al fine di concludere un negozio: ossia, allorché sussiste un qualsiasi contatto (una situazione apparentemente affidante e la nascita apparente di un affidamento) obiettivamente e direttamente volto al possibile perfezionamento di un contratto, e per ciò stesso serio (v. sempre R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 371: «die Vertragsanbahnung setzt mindestens voraus, dass eine Partei Aktivität zum Zweck eines späteren Vertragsabschlusses entfaltet hat, ferner, dass dies seitens einer anderen Partei zur Kenntnis genommen und mit der Absicht, später möglicherweise einen Vertrag zu schließen, darauf in einer Weise reagiert wird, dass sie der anderen Seite eine ‚Möglichkeit zur Einwirkung‘ gewährt bzw. ihre Rechtsgüter der anderen ‚anvertraut‘»; la mancanza concreta di affidamento non evita la protezione, ma semmai esclude – anche se non sempre – che sia presente un danno risarcibile: e in questo senso mi pare debba risolversi il quesito, che la dottrina tedesca, evidentemente abituata al clima mitteleuropeo, si è posta, sul se vada tutelato anche il soggetto che entra in un negozio solo per scaldarsi – risposta a mio avviso positiva, in tanto in quanto appaia comunque la nascita di un affidamento, e negativa ove emerga oggettivamente la diversa finalità del soggetto; cfr. K. LARENZ, *Culpa*, cit., p. 518). Ed è questo il significato che anche io assumo ai fini dell'art. 1337 c.c.: a nulla vale, in contrario, rilevare che la 'negoziante' dovrebbe richiedere un contratto paritario, in cui le parti davvero modulano le condizioni contrattuali sui loro interessi (secondo la nozione classica di 'trattativa', per cui esse «costituiscono una fase precedente ed eventuale rispetto alla vicenda formativa del contratto ..., e si identificano con tutte le attività di relazione – sondaggi e progetti, avvisi ed informazioni – che si rendono opportune, se non indispensabili, al fine del giudizio di convenienza, e dunque della decisione, sulla stipula dei contratti di una certa importanza»; così R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1337 c.c.*, cit., p. 200, e già ID., sub *art. 1326 c.c.*, *ivi*, p. 81). Ciò è contrario non solo agli esiti cui è giunto l'ordinamento tedesco, ma anche alla necessità di non lasciare sfornito di protezione proprio colui che non può 'trattare' (in senso stretto, ossia condizionare l'equilibrio contrattuale: ed è una osservazione quasi banale quella per cui il consumatore, anche al di fuori di una 'trattativa' [individuale: cfr. A. DE MAURO, *Violazione del dovere precontrattuale di buona fede nelle ipotesi di mancata conclusione del contratto*, in A. DE MAURO-F. FORTINGUERRA-S. TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*², Padova, 2007, p. 71], e proprio perché al di fuori, è protetto dalle clausole abusive). D'altro canto, è notazione diffusa (v. per tutti L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 214) quella per cui il modello di contratto sotteso alla disciplina del codice del '42, quello cioè tra 'proprietari', non è più quello statisticamente più numeroso; e, in ogni caso, «la vita moderna non esaurisce in

condurre a un contratto e per il suo carattere intrinseco (per cui non è trattativa un mero scambio di opinioni e non lo è necessariamente la manifestazione di propositi per il futuro¹³⁰⁵), ha questa connotazione di serietà¹³⁰⁶. Se così è, non si può che

quest'ambito le negoziazioni». Per di più, il fatto che l'art. 1337 c.c. faccia riferimento, oltre che allo «svolgimento delle trattative», alla fase di «formazione del contratto», pare confermare quest'idea (ove si veda nelle due espressioni rispettivamente la distinzione evocata dai numeri 1 e 2 dell'*Abs.* II, § 311, BGB; in dottrina, però, si è manifestata un'idea diversa, per cui la «formazione», «a differenza della trattativa ... è uno stadio più avanzato»: così G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 43 ss., e sulla sua scia G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 5). Infine, a una vera e propria *Anbahnung* deve richiamarsi pure l'opinione, diffusa in dottrina, per cui l'art. 1718, comma 4, c.c. afferirebbe a una *culpa in contrahendo* (cfr. L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., p. 278: l'affidamento «si fonda ... sulla qualità professionale», e dunque in modo assai simile a quanto avviene nel caso di un cliente che entra in un negozio – qui è il mandante che invia beni –; d'altro canto, v. *ivi*, p. 279, ove l'illustre autore sostiene che il 'rapporto precontrattuale' nasce in virtù di una «relazione diretta alla stipulazione di un negozio ... , nel momento in cui sorge nei confronti di una, o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte. Solo normalmente questo momento coincide con l'inizio delle trattative»). Su questi punti, cfr. pure V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 168; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 18 s. Viceversa, non è ancora una 'negoiazione' quel contatto, in base al quale un soggetto si informa meramente sulle possibilità altrui di trattare: ad esempio, controllando gli orari di apertura di un negozio (se questi risulteranno errati, non vi è alcun risarcimento: in queste circostanze mancano, senza dubbio, la differenziazione e la qualificazione; altro discorso sta nel chiedersi se possa esservi una responsabilità per false informazioni, ma allora più plausibilmente si tratterà di orari di apertura di uffici pubblici, o comunque di esercenti di un pubblico servizio, e il dato errato sarà stato fornito da un soggetto su cui può essere riposto uno specifico affidamento – anche in queste ipotesi, però, va mantenuto il massimo rigore –). In ultimo, noto come la 'negoiazione' possa, in taluni casi, far nascere un interesse legittimo che non è reciproco, per aver un soggetto creato una situazione affidante, recepita da un altro, il quale non ha però fatto lo stesso. Il che, però, dipenderà dalla natura della situazione affidante stessa (la quale potrebbe, di per sé, richiedere un'esplicita conferma della controparte, perché si possa ravvisare la sufficiente serietà). Si tratterà, di norma, di circostanze di squilibrio tra le parti (*contra*, però, M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 195). Non è da ritenere, però, che la trattativa possa evolversi in senso 'monodirezionale' (con un dovere legittimo a carico solo di una parte); piuttosto, è da supporre che la conferma da parte del soggetto, per quanto debole, costituisca essa una situazione affidante.

¹³⁰⁵ Così anche la dottrina tedesca: «umstritten ist die Rechtslage bei unverbindlichen Gesprächen, mit denen lediglich der Zweck verfolgt wird, etwaige gemeinsame wirtschaftliche Interessen auszuloten, um ggf. nach Auffindung solcher Interessen in Gespräche über Vertragsabschlüsse einzutreten. Derartige Auslotungsgespräche sind das Gegenteil von Vertragsverhandlungen i.S. der Nr. 1 und können deshalb Pflichten i.S. des § 241 Abs. 2 nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der Nr. 2 auslösen» (V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 46).

¹³⁰⁶ Secondo F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 20, «la semplice dichiarazione di voler entrare in trattative è da ritenersi irrilevante, potendo la persona cui è rivolta non aderirvi»; «occorre che a tale dichiarazione faccia seguito l'altrui fiducia nella serietà dell'invito, fiducia che rappresenta veramente la circostanza determinante che dà avvio alle trattative, e perciò rappresenta l'ulteriore presupposto che, insieme con l'offerta, integra il fatto costitutivo dell'obbligo di buona fede». Questa ricostruzione, che mette opportunamente in luce la necessaria serietà della situazione affidante e la nascita di un affidamento soggettivo (quanto meno apparente), tradisce però un riferimento a vere e proprie dichiarazioni precontrattuali, che a me sembrano ultronee. La trattativa, intesa nel senso più lato di 'negoiazione', inizia infatti anche con semplici comportamenti, secondo quanto ho detto poc'anzi. *Ivi*, p. 23 ss., l'autore si sofferma sull'applicabilità dell'art. 1337 c.c. ai negozi unilaterali recettizi: problema su cui non posso però indugiare (mi limito a evidenziare come la soluzione positiva mi sembri assolutamente condivisibile, nel senso che potranno sorgere interessi legittimi, probabilmente però non in diretta applicazione dell'art. 1337 c.c.; tuttavia bisognerà distinguere, a seconda del tipo di negozio, la natura dell'interesse legittimo – che, normalmente, sarà solo protettivo, in tanto in quanto volto a offrire tutela nei confronti della controparte a colui che dispone del potere di perfezionare un negozio –: si

esportare questa necessità a tutti gli altri interessi pretensivi negativi, valorizzando l'unico dato legislativo di cui si dispone.

D'altro canto, non sarebbe nemmeno accettabile ritenere che gli interessi pretensivi negativi nascano – tutt'al contrario – solo nell'ambito delle trattative, o comunque là dove vi sia un contatto pseudo-negoziale¹³⁰⁷: se quest'idea può avere una sua fondatezza nell'ordinamento tedesco, che conosce un contratto di donazione formale riservato alle sole disposizioni di beni, e accetta ampiamente contratti gratuiti, anche liberali, di *facere*, non altrettanto può predicarsi in Italia. Il nostro sistema, infatti, prevede un'ampia esenzione dalla giuridicità per quanto riguarda le attività – il *facere* – prestate per spirito di liberalità (cui, a mio avviso, va riportata anche la cortesia), ammettendo la vincolatività solo a fronte di un interesse economico di chi le compie o nella remotissima ipotesi di forma solenne.

Lasciare al di fuori dalla responsabilità per lesione dell'interesse legittimo queste ipotesi, che non appaiano né negoziali, né pseudo-negoziali, mi sembra poco persuasivo: tanto più che il nostro ordinamento ammette trattative, e poi vincoli giuridici, per legami molto tenui (il comodato avente a oggetto un libro; la donazione di un fiammifero), e non per ipotesi dal notevole valore economico per le parti (Tizio si impegna a difendere gratuitamente in una causa milionaria l'amico Caio; Mevio cura gratuitamente l'amico Sempronio malato di cuore).

Solo la serietà¹³⁰⁸, allora, mi sembra un criterio convincente¹³⁰⁹: tanto più che esso consente un parallelo con la stessa conclusione del contratto, la quale – altrettanto –

pensi a un licenziamento, di fronte al quale è difficile, seppur non impossibile, immaginare che si sommi la protezione di un interesse legittimo da contatto – tanto più che basterebbe la fascia 'esterna' e 'protettiva' dell'interesse oppositivo a offrire tutela –, o, viceversa, a una remissione, non preceduta da alcuna comunicazione, con il ricevimento della quale probabilmente nasce – stante la natura tipicamente favorevole – un interesse legittimo da contatto, idoneo a offrire tutela anche per il tramite della sua fascia protettiva – tanto più che la si potrebbe anche rifiutare, se non gradita; alternativamente, dovrà valorizzarsi la natura di 'potere' in senso lato del creditore, esercitato tramite il negozio, e immaginarsi la nascita anche di un interesse legittimo protettivo, la cui protezione sia concorrente; *contra*, sulla responsabilità precontrattuale negli atti unilaterali, G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 46 s., testo e nt. 15).

¹³⁰⁷ Cfr. di nuovo il § 311 *Abs.* II BGB.

¹³⁰⁸ Allontanandosi dalla tradizione tedesca (e soprattutto da Canaris), e avvicinandosi piuttosto all'*estoppel*, anche Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., spec. p. 753, fonda la *Vertrauenshaftung* non tanto sulla dichiarazione errata, quanto sulla promessa 'giusta', «ernstlich gemeint», e «auch so verstanden». L'opinione è stata però accolta dalla dottrina d'oltralpe. La proposta di Stoll è interessante, ma non del tutto fondata; in particolare il concetto di 'promessa unilaterale' mi pare allontani l'affidamento dal suo terreno, che non è per forza di cose quello di una promessa (potendo nascere, l'affidamento, anche da aspettative che materialmente si fondano su condotte d'ordine diverso; la serietà, cioè, non è per forza di cose legata alla 'promessa' del risultato, ma solo all'affidamento serio verso un esito positivo). Su questi profili v. pure G. HOHLOCH, *Vertrauenshaftung*, cit., p. 2373. Più di recente F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute*, cit., § 7, ha proposto di ravvisare nelle prestazioni di cortesia obblighi di protezione autonomi (non solo se eseguite, ma anche sulla base di una promessa affidante).

¹³⁰⁹ A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 259, sostiene che «nella fattispecie in questione sussiste invero soltanto una speranza che la parola data dalla controparte venga mantenuta pur nella piena

dev'essere sostenuta da una volontà seria. E il parallelo appare convincente, se solo si tiene conto del fatto che questo sistema di responsabilità nell'ambito delle cortesie permette di integrarsi a pieno con il nostro sistema della causa contrattuale (e in genere della giuridicità o della vincolatività dell'accordo), coprendo gli spazi lasciati vuoti dal legame contrattuale (e creando così un *continuum* di fattispecie).

Così, per fare un esempio¹³¹⁰, si potrà supporre che vi sia, a lato del trasporto gratuito interessato, un trasporto rilevante solo nei termini dell'affidamento (e in tanto in quanto sia sorto un interesse legittimo); oppure che, oltre al mandato gratuito, sia ipotizzabile un affidamento da contatto: e che dal primo sia consentito il recesso (art. 1727 c.c.), seppur a fronte di un interesse legittimo protettivo, e dal secondo una sorta di recesso, sempre solo se conforme alla buona fede¹³¹¹.

Tra l'altro, proprio il mandato, allorché sia ad acquistare o alienare, avrà necessariamente bisogno di un vincolo contrattuale 'forte', giacché solo esso è in grado – in virtù del principio consensualistico, e della sovrapposizione, oggi resa indistinta,

coscienza che colui il quale ha assunto l'impegno è libero, giuridicamente, di non mantenerlo». La mia diversa opinione si basa su due dati. Anzitutto, a mio avviso la distinzione tra rapporto giuridico e non giuridico non deriva dall'intento giuridico negativo (salvi i casi in cui non manca la serietà: *gentlemen's agreement*), ma da un dato che potrebbe anche non essere conosciuto alle parti (parlo sempre dal punto di vista dell'interprete e della ricostruzione del sistema; è vero che la serietà, che l'ordinamento richiede per ogni contratto, si modella su un dato sociale, ma è altrettanto vero che l'ordinamento stesso può deformarla, e può declinare diversamente certi tipi – fino a ritenere sempre solo socialmente rilevante il contratto di *facere* liberale, salvo l'atto pubblico, e sempre giuridico il prestito di un bene, comodato –); in secondo luogo, non sono convinto del fatto che 'la coscienza della libertà altrui', se anche vi fosse, rimarrebbe senza conseguenze giuridiche. Anche durante le trattative le parti sanno (dovrebbero sapere) di essere libere. In realtà, però, la questione è più che altro nominalistica, basandosi sull'accezione di 'affidamento' prescelta (lo dimostrano le p. successive del lavoro di Checchini, ove vi è un'apertura – che pur resta non accolta – alle 'teorie contrattualistiche'). Lo stesso autore, però, a p. 265 s. solleva una diversa critica di cui devo dare conto: ossia, che non si potrebbe far dipendere l'esistenza di un 'contatto sociale' dall'intensità dello stesso, ma soltanto da un fatto obiettivamente valutabile (cfr. anche M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 196). Non credo che la mia tesi risenta di questa obiezione, giacché la serietà non equivale all'intensità della relazione: non è cioè un dato *quantitativo* della stessa, ma una *qualità* della relazione stessa che, uscita dalla fase di irrilevanza giuridica (scambio di opinioni, etc.), entra in una diversa area. E se ancora ciò non convincesse, non potrei che sottolineare come una 'zona grigia' «si manifesta inevitabilmente ogniqualvolta sussiste una distinzione di categorie 'sociologiche'» (così lo stesso A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., p. 40; in ogni caso, *ivi*, p. 265, l'autore sostiene accettabile la tesi secondo cui l'obbligo di buona fede ex 1337 c.c. nasce con «una manifestazione di intenzioni fra soggetti determinati, idonea a far nascere la fiducia obiettiva nella serietà e nella correttezza del comportamento altrui»).

¹³¹⁰ La serietà in parola è oggettiva: non riguarda la volontà, e dunque la forza dell'assicurazione soggettiva di un risultato, ma l'affidamento, e dunque la possibilità oggettivamente derivante dal comportamento di una parte di riporre fiducia nella sua condotta e l'avvenuto affidamento nella stessa. Ciò richiederà, allora, che i beni in questione siano importanti; che le parti non siano in rapporti di amicizia ma semmai commerciali; che le espressioni usate lasciano sorgere un tale affidamento. Il parallelo tra serietà dell'affidamento e della volontà potrebbe, in un certo senso, ricollegarsi a quel contatto pseudo-negoziiale cui si riferisce il § 311 Abs. III Nr. 2 BGB.

¹³¹¹ Se si pensa al rifiuto di compiere l'atto nell'ambito dei rapporti di cortesia seri, è ovvio il parallelo con il «recesso» nelle trattative (v. M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 962 e 998): esso è ammissibile, ove si superi una certa soglia di serietà, soltanto se ricorre una giusta causa.

tra obbligazione di dare e suo atto esecutivo – di trasferire il diritto reale. E, allora, in questi casi dovrà ritenersi che un contratto vi sia, comunque, ma che sia sospensivamente condizionato allo stesso adempimento del mandatario: e che questa condizione d'adempimento degradi l'obbligazione in interesse legittimo, e dunque la tutela certa in tutela eventuale, nei limiti della buona fede (sempre che l'interesse legittimo sia presente: il che non è assolutamente inevitabile).

Il discorso rivela qui la sua importanza: la quale va ben oltre le semplici cortesie, finendo per estendersi – solo per fare alcuni esempi – al pagamento del terzo¹³¹², alla

¹³¹² Su cui v. di recente, per un collegamento con gli obblighi di protezione, F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute*, cit., § 2 (v. pure C. CASTRONOVO, *Eclissi*, p. 157 s.); per la qualificazione dell'interesse del terzo come interesse legittimo v. invece R. CRISTOFARI, sub *art. 1180 c.c.*, in *Comm. Cendon*, Milano, 2009, p. 161 ss. A mio avviso il pagamento del terzo è da intendersi come negozio configurativo, che stabilisce un'equivalenza tra una prestazione di *facere* (o un *dare* pecuniario) già dovuto da altri e la prestazione effettuata dal terzo (il venir meno dell'obbligazione, dunque, non deriverebbe dalla mancanza dell'interesse, ma da un vero e proprio adempimento di una prestazione, pur liberamente eseguibile, resa equipollente a quella – diversa, perché soggettivamente diversa, per quanto infungibile – del debitore). Rinvio, per questi spunti, al § 3 del Capitolo secondo della Parte Prima). Il pagamento del terzo pone peculiari problemi, d'altronde, in alcune ipotesi peculiari: infatti, nel caso in cui esso non si svolga tramite un *dare* (che richiede, a mio avviso, un pagamento traslativo; probabilmente non per il denaro, per cui le parti possono avvalersi del principio per cui proprietario ne è chi ne ha disponibilità), e dunque consista in un *facere*, può avvenire che il terzo arrechi danno alla sfera del creditore. In tal caso quest'ultimo potrà probabilmente avvalersi della protezione di un interesse legittimo, tanto ove il danno sia causato a suoi interessi 'altri', quanto in quello in cui rilevi l'interesse alla prestazione in senso stretto. In siffatta prospettiva, possono annoverarsi casi come quelli in cui il creditore subisca un ritardo, a causa dell'inutile interferenza del terzo, oppure quello in cui perda la pretesa verso il debitore, sempre per la stessa ragione. Ciò può avvenire, ad esempio, perché il credito si è prescritto (il terzo paga con denaro falso, all'insaputa anche del debitore), oppure perché la prestazione del terzo è inesatta; ove ciò accada, difatti, non sempre il debitore può ritenersi tenuto ad agire in adempimento 'sanante' (questa via non può aprirsi, per lo meno quando ci sia stata opposizione del debitore e la nuova prestazione sia più onerosa, o addirittura inesigibile; se si ritiene che in taluni casi resti una pretesa verso il debitore, questi dovrà però essere abilitato ad agire contro il terzo). Ovviamente, diverso è il caso di adempimento solo parziale. Sorgendo in questi casi, tra l'altro, una pretesa verso il terzo, non può supporre che il debito sia rimasto inadempito: in altri termini, il terzo avrà adempiuto, e verso di lui potrà però agirsi in via risarcitoria (salvo, forse, la scelta tra questa tutela e l'originaria azione verso il debitore, se ancora esperibile, secondo la *ratio* sottesa all'art. 1197, commi 2 e 3). Potrebbero, allora, sorgere dei dubbi: se il pagamento del terzo non estingue l'obbligazione ove essa è solo parzialmente eseguita, e se invece la fa venire meno nel caso in cui vi è solo la lesione di un *Integritätsinteresse*, sembrerebbe possibile dedurre che la 'prestazione', qui rilevante, non ha nulla in comune con la 'protezione': un argomento a favore, dunque, delle tesi relative alla natura complessa del rapporto obbligatorio. Contro quest'idea rilevo che, se così fosse, bisognerebbe supporre che anche la prestazione del terzo per taluni profili (diversi dalla lesione della buona fede) inesatta, che però ha fatto venir meno la possibilità, per il debitore, di adempiere (perché ha reso impossibile la prestazione esatta), lasci sorgere un diritto di credito al risarcimento verso il debitore (o, addirittura, estingua per impossibilità sopravvenuta non imputabile il rapporto: il che è di certo esagerato, per lo meno ove i profili di inesattezza sono lievi). Così di certo non è: il risarcimento sorge solo verso il terzo, e per lesione dell'interesse legittimo che è nato a favore del creditore originario. L'osservazione, anzi, si rivolge a ulteriore confutazione delle teorie complesse del rapporto obbligatorio, che non tengono conto dell'intreccio tra prestazione e protezione (intese in senso ristretto).

*datio in solutum*¹³¹³ e ai contratti¹³¹⁴ il cui adempimento è sospensivamente condizionato¹³¹⁵.

¹³¹³ A mio avviso la *datio in solutum* va considerata un negozio solutorio, e precisamente un negozio di tipo configurativo: essa, cioè, sancisce l'equivalenza tra una prestazione e una diversa prestazione; così facendo la nuova prestazione, ove esattamente compiuta, estinguerà anche l'obbligazione. Rinvio sull'argomento al solito studio sulla causa, limitandomi a fornire delle indicazioni bibliografiche. Come noto, in dottrina è discussa la natura del nostro contratto: M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, XIII, 1927, p. 68 ss., parlava già di contratto solutorio (tesi che, con varietà di accenti, è seguita da: P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 95, nt. 84; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 126 s.; C. GRASSETTI, voce *Datio in solutum (diritto civile)*, in *Nov.mo Dig.*, V, 1968, p. 174 s. [«contratto liberatorio, che ha per iscopo il *solverè*»]; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 438 s.; A. DI MAJO, sub *art. 1197 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 347; C. TURCO, sub *art. 1180 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002, p. 109). Vi è invece chi vede nella *datio* una rinuncia onerosa da parte del creditore: così già R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 243, e poi S. RODOTÀ, voce *Dazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, § 3; O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 82 ss.; A.M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento*, in *Enc. giur.*, 1988, p. 4; E. BILOTTI, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, III, Padova, 2008, p. 40 ss. (distinguendo la *datio* «tipica» e il caso «del consenso preventivo»). Differente è l'opinione – diffusasi soprattutto sulla scia della dottrina tedesca – di chi ravvisa nella *datio* una modificazione oggettiva del contenuto dell'obbligazione. Questa ricostruzione è seguita da A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, *passim*, e spec. p. 103 (di recente ID., *La 'prestazione in luogo dell'adempimento'*, in *Studium Iuris*, 2007, p. 164); già P. PERLINGIERI, sub *art. 1230 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1975, p. 92 s., seguito da G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 629 ss. – ma anche ID., *Vicenda modificativa, 'prestazione in luogo dell'adempimento' e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 263 ss., replicando ad alcuni dei risultati cui giungeva Zaccaria –; v. poi U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 554 s.; G. CIAN, voce *Pagamento*, cit., p. 248 s.; V. BARBA, sub *art. 1197 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, p. 580 – che però parla di una modificazione nel senso di «sostituzione della nuova prestazione a quella originaria» –. Si pensi, ora, a una *datio in solutum* avente a oggetto un *dare*: in tal caso essa avverrà con un vero e proprio contratto 'forte', di pagamento traslativo (che realizza, a mio avviso, un'equivalenza tra la vecchia prestazione e la nuova, di *dare*). Il *dare* avviene qui in virtù di una 'regola contrattuale': tant'è vero che se esso è difettoso, sorgono i rimedi di cui alle garanzie (art. 1197, commi 2 e 3, c.c.; seguono qui la tesi per cui l'attivazione delle garanzie, e dunque pure il rimedio risolutorio sotteso alla redibitoria, sono riferiti al contratto di *datio in solutum*: così, ma con esiti in parte differenti da quelli cui giungerei, E. BILOTTI, *La prestazione*, cit., p. 89 ss.; già A. DI MAJO, sub *art. 1197 c.c.*, cit., p. 351; *contra* A. ZACCARIA, *La prestazione*, cit., p. 253 ss.). Ma che dire del caso in cui la *datio* ha a oggetto un *facere*, o il pagamento di una somma di denaro? Di norma, finché non vi è stata esecuzione dell'*aliud*, la regola di equivalenza non si è concretamente realizzata e sussiste ancora il debito originario. Non essendovi necessità di risolvere un contratto, volto a porre una regola di condotta, come invece avviene nel *dare*, bene ha fatto il legislatore a non prevedere quest'ipotesi. L'applicazione delle norme sull'indebito (per quanto riguarda il servizio solo parzialmente eseguito, senza valore estintivo) discende dal fatto che il *facere*, qui preso in considerazione, costituisce 'prestazione', in quanto 'esecuzione' di un programma (pur se solo configurato, e non dedotto come oggetto di un'obbligazione, neppure come *facultas alternativa*). Cfr., in generale e con diversità di vedute, A. ZACCARIA, *La prestazione*, cit., p. 270 ss.; E. BILOTTI, *La prestazione*, cit., p. 94 s. Il problema si pone però nel caso di prestazione inesatta. Si dirà: in tal caso non si estingue l'obbligazione originaria; l'eventuale arricchimento è ripetibile; il creditore può chiedere l'iniziale oggetto del debito. Tuttavia, ciò lo lascia sfornito di protezione, nelle ipotesi in cui il difetto emerge solo a distanza di tempo (quando il credito si è prescritto; per difetti che non compaiono subito, basti pensare ai vizi nell'appalto), o comunque qualora egli volesse insistere per il nuovo oggetto (così come può avvenire per il *dare*, ove egli ha una duplice scelta). D'altro canto, vi sono anche ragioni di tutela del debitore a far ritenere iniquo quest'esito: se si concedesse al creditore il potere di chiedere l'adempimento del debito originario facendo valere una imprecisione minima, egli risulterebbe obbligato a restituire, secondo le norme (spesso favorevoli) sull'indebito, solo il valore della nuova prestazione, priva di efficacia estintiva, potendo ancora chiedere

l'esecuzione dell'originaria prestazione. In tal caso deve supporre, allora, che il creditore sia protetto da un interesse legittimo pretensivo (e cioè in linea generale, fin dall'inizio dell'esecuzione, da parte del debitore, dell'*alius*, che resta non dovuto); interesse legittimo che anzi – in analogia rispetto alla disciplina della *datio* reale – diviene 'positivo', allorché la nuova prestazione è svolta, ma inesattamente (anzi, dovrebbe ritenersi che il creditore possa, entro certi limiti su cui v. subito *infra*, scegliere il rimedio di cui avvalersi: in un caso ratificando l'estinzione dell'obbligazione, nell'altro invece insistendo per il credito originario, oppure agendo per il risarcimento dell'interesse negativo, nei limiti però della tutela dell'affidamento pure del debitore). Alternativamente, potrebbe ritenersi che l'interesse legittimo resta negativo: il creditore, così, potrà agire esercitando il credito, oppure per i danni arrecatigli, ma dovrà anche rispettare l'interesse legittimo del debitore che, se vorrà, anche tenendo conto dell'entità del difetto e dell'attività offerta, potrà paralizzare la domanda del creditore offrendosi di sanare la prestazione inesatta (*rectius*, di risarcire, eventualmente in forma specifica, l'inesattezza). Si badi che a questi risultati non perviene la teoria della *datio* come modificazione oggettiva del contenuto della prestazione, arricchita di una prestazione dedotta in facoltà alternativa, né quella della rinuncia onerosa (dunque, il problema non è quello di ricostruire esattamente la *datio*, ma proprio quello di tutelare l'affidamento). Solo in questi termini potrebbe ritenersi applicabile la *ratio* sottesa all'art. 1455 c.c. ai contratti solutori e in generale ai contratti che si limitano a configurare uno scambio, senza vincolare a realizzarlo (diversamente, invece, E. BILOTTI, *La prestazione*, cit., p. 51 ss. e 94 s.). Il che permette di notare come, di fatto, la tutela tramite interessi legittimi (pretensivi positivi) non sia che una forma embrionale di protezione contrattuale, basata su dati oggettivi e limitata all'interesse negativo. Del resto, è palese come ciò che nell'ambito del *dare*, nella *datio in solutum* in Italia, è assicurato dalle garanzie (art. 1197, commi 2 e 3), nel *facere* resterebbe senza garanzie, se non fosse per la tutela offerta dagli interessi legittimi. Diversamente avviene, in linea generale (non mi riferisco più alla prestazione in luogo dell'adempimento), in Germania, ove si discute se pure l'atto di disposizione reale (il *dinglicher Vertrag*), che solo si inserisce in una *Rechtsgrundabrede* (il che in Italia non può avvenire), e che non è dunque esecuzione di un'obbligazione (ad esempio: *Handschenkung*; normalmente il puro atto reale avviene *causa donandi*; anzi secondo taluno così è sempre – salva la *causa solvendi* –), porti con sé certi effetti ulteriori (ad esempio, le garanzie): si sono ritenuti applicabili i §§ 523 e 524 BGB, in quanto espressione di una responsabilità *ex lege* indipendente dalla sussistenza di un obbligo pattizio (K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderer Teil*, 1¹³, cit., § 47 I, p. 200; ma sul punto cfr. anche le varie opinioni versate nei *Protokolle* per il caso in cui si fosse introdotta nel BGB una disposizione sulla *Handkauf*: cfr. B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, II, cit., p. 767 s.); altri, invece, pur attribuendo alla *Handschenkung* natura di mera causa di giustificazione dell'arricchimento per quanto riguarda la prestazione già avvenuta, hanno ritenuto che ciò si conciliasse comunque con la costituzione di obblighi di fonte pattizia (di garanzia e via dicendo; cfr. T.J. CHIUSI, sub 516 BGB, in *J. von Staudingers Kommentar*, Neubearb. 2013, Berlin, p. 82 s.); vi è stato chi ha parlato di conversione del negozio nullo (regolata in Germania dal § 140 BGB; cfr. R. KRAWIELICKI, *Grundlagen des Bereicherungsanspruchs*, Breslau, 1936, p. 52, che però sottolinea come la questa *Umdeutung* non sia una necessità logica, ma dipenda dall'interpretazione della volontà pattizia: così avvicinandosi al risultato cui perverremo nel testo a breve); chi ha voluto scindere le ipotesi in sottogruppi, abbinando solo ad alcuni la nascita – per via negoziale – di veri e propri obblighi (nei casi, comunque, di sinallagma e non in quelli di donazione; la questione, in ogni caso, torna ad essere interpretativa: cfr. H. KRESS, *Lehrbuch*, cit., p. 87 s.: «aus dem mißlungenen Handkauf kann somit keine Verpflichtung zur Erfüllung, Gewährleistung für Mängel im Rechte abgeleitet werden», ma «im Einzelfalle kann dem Willen der Vertragsschließenden, auf welchem allein es kommt, auch ein Mischgebilde [von Real- und Versprechenvertrag] entsprechen»; esito e argomentazione in parte differenti in H. SIBER, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, cit., p. 233); chi, infine, ha visto nell'accordo che accompagna la *Handschenkung* un contratto – 'rudimentale' – che produce gli stessi effetti di quello obbligatorio, salvo per quanto riguarda l'*Hauptpflicht* (ma con salvezza, dunque, di tutte le *Nebenpflichten*, compresi gli obblighi di garanzia o di risarcimento derivanti da *culpa in contrabendo* o da *positive Vertragsverletzungen* che non presuppongono l'esistenza dell'obbligo principale: R. BORK, *Der Vergleich*, Berlin, 1988, p. 50). Tutte queste tesi, a dire il vero, non sono pienamente accettabili (tutte tradiscono la loro essenza di *escamotages* volti ad aggirare un risultato che, dal punto di vista degli interessi in gioco, non è auspicabile). D'altro canto, l'ultima tesi in parola, che pur sembra essere quella più aderente alla volontà delle parti e più capace di offrire una tutela piena, non arriva ad esiti soddisfacenti nei casi in cui più pressante sarebbe l'esigenza di tutela (quelli in cui il danno, inteso in

Tornando alla serietà, va osservato come essa si declini in modo simile a quanto avviene in ambiente contrattuale: ovvero, senza riferirsi precipuamente alla distinzione tra reale e scherzoso, essa tende a selezionare le situazioni affidanti, onde distinguerle da quelle non affidanti (come, nel contratto, distingue le dichiarazioni e gli accordi vincolanti, da quelli che tali non sono)¹³¹⁶.

I criteri saranno simili a quelli contrattuali, ma si applicheranno non tanto all'interpretazione della volontà, bensì alla valutazione delle circostanze: in particolare, l'importanza dei beni¹³¹⁷ potrà ritenere che chi si presti a farsene carico sia serio, e così anche l'urgenza nel provvedere, o la richiesta esplicita della controparte (di ricevere un bene o un servizio); la professionalità di un soggetto potrà essere addotta in tal senso; il rapporto familiare o amichevole molto stretto¹³¹⁸ attutirà, il più delle volte, il legame; l'utilizzo di certe parole porterà a ritenere serio il contatto¹³¹⁹. La stessa esecuzione contestuale della prestazione potrebbe dimorare in tal senso, senza, però, godere

senso lato, è direttamente collegato all'obbligo principale, non assicurato: lo nota con riferimento alla cessione del contratto D. KLIMKE, *Die Vertragsübernahme*, Tübingen, 2010, p. 368).

¹³¹⁴ Il problema si pone, in Italia, solo per i contratti ove l'attività non dedotta in obbligazione (oppure la cui obbligazione sia sospensivamente condizionata) abbia per oggetto un *facere* (o il pagamento di una somma di denaro, che avviene secondo principi *sui generis*, avvalendosi del fatto che proprietario del denaro è chi ne ha la disponibilità), giacché il *dare*, di per sé, richiede un contratto forte (non solo configurativo), in virtù del combinato operare del principio consensualistico e di quello causalistico.

¹³¹⁵ A tal riguardo è però distinguere il contratto di scambio che fa nascere un'obbligazione sospensivamente condizionata, e il contratto, comunque di scambio in senso economico, nel cui ambito non sono previste obbligazioni sinallagmatiche, essendo una delle due prestazioni dedotta come condizione sospensiva (essendo, cioè, solo 'configurata'). Il problema, comunque, è stato sviscerato da G. AMADIO, *La condizione*, cit., p. 246 ss. (e prima ancora, tra gli altri – non numerosissimi – autori, da G. GORLA, *Promesse 'condizionate' ad una prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 431 ss., e da G. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 327 ss.), mentre non mi pare che la dottrina si sia ancora interrogata a fondo sulle conseguenze in termini di responsabilità che porta con sé questa configurazione del contratto.

¹³¹⁶ In questo senso si parlerà di 'affidamento legittimo', in quanto 'ragionevole', alla luce della presa in carico, in capo alla controparte, di una certa aspettativa.

¹³¹⁷ O potrebbe anche, a seconda delle circostanze, essere segno del contrario. Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., p. 753, fa l'esempio dell'automobilista che fa cenno a un altro di attraversare un incrocio, sennonché ciò provoca un incidente. L'autore ne parla per negare che qui vi sia una *Vertrauenshaftung* del tipo *Erklärungshaftung* (ossia per inesatte dichiarazioni, che era il *genus* cui Canaris attraeva fin dalla monografia 1971 la *c.i.c.*); ma noi possiamo servirci dell'esempio per notare come non vi sia, qui, alcuna serietà (non vi è di certo assunzione del rischio di non dare un'informazione o di darla inesatta; non vi è, cioè, un'assunzione diversa da quella che sussiste rispetto a ogni passante).

¹³¹⁸ Su questo punto v. Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., p. 770 ss.

¹³¹⁹ L'affidamento soggettivo deve sorgere, comunque, sulla base di un'apparenza (e dunque non rilevano eventuali incomprensioni, errori ostativi, e così via: non si tratta di atti o negozi, ma di fatti; tutt'al più, questi malintesi potrebbero essere fatti valere, a valle, come cause di non imputabilità della violazione della correttezza). Ciò non toglie che, nel caso di *falsa demonstratio* (ad esempio: le parti utilizzano certe formule, che intendono però in modo peculiare, e differente rispetto alla percezione sociale), bisognerà far riferimento a quello che valeva, come regola di interpretazione della serietà, nell'ambito di quel peculiare contatto.

necessariamente di tale valore: non per forza chi ‘esegue’ dà l'impressione di farsi carico dell'aspettativa altrui. D'altro canto, vi sono moltissimi servizi che vengono svolti, quali cortesie, per adeguarsi a costumi e usi che li impongono: in tali casi sarà più difficile ravvisare una spontanea assunzione di responsabilità (ossia, la creazione di una situazione affidante). Il requisito in parola, poi, non va confuso con la probabilità o sicurezza, per il soggetto che fa affidamento, di godere del bene finale: ben può essere che un'assicurazione di controparte, particolarmente profonda, possa portare con sé la serietà, ma questa rimane un dato dell'affidamento in sé considerato. Tant'è che, anche all'inizio delle trattative, pure quando esse difficilmente porteranno a un esito, vi è la serietà; essa manca, semmai, là dove si sia nell'ambito di un mero scambio di opinioni, di un incontro amichevole o anche d'affari ma non finalizzato alla conclusione di un certo contratto, di un vago proponimento¹³²⁰.

In conclusione, solo la serietà può dare al contatto, oltre alla differenziazione, la qualificazione richiesta. E tale serietà, ripeto, non è quella che connota le trattative vicine alla conclusione, ove gli obblighi di buona fede si fanno più penetranti¹³²¹. Cionondimeno, è da dire che si tratta delle due dimensioni di un solo concetto: la serietà assicura una soglia di rilevanza (giuridica) minima nel contatto, volto a creare un affidamento pretensivo, e contribuisce anche a ricostruire la dimensione (prima sociale, poi giuridica) degli obblighi di correttezza. Il che, a dire il vero, potrebbe essere causa di incomprensioni: ma non è di certo causa di possibile critica alla tesi. Le due prospettive in esame, lungi dal poter essere valorizzate quali obiezioni rispetto alla mia idea, sono assolutamente congruenti tra loro, se solo si tiene mente al fatto che il diritto non vive scisso dalla dimensione sociale, ma vi si integra, e che la serietà è requisito minimo di giuridicità giacché il diritto riguarda fenomeni sociali le cui conseguenze, senza appiattirsi e limitarsi a quelle della riprovazione etica, giungono fino alla coazione e alla forza, e dunque sono di per sé serie. In altri termini: la serietà degli effetti impone serietà delle cause, sia nel senso per cui a maggiore serietà corrispondono obblighi di correttezza più penetranti, sia in quello per cui è necessario selezionare, dalla dimensione sociale, ciò che è serio e che, per tale ragione, è anche

¹³²⁰ La serietà tipica delle trattative, di fatto, può anche essere minore; essa però è stata giudicata già dal legislatore sufficiente (basta, cioè, che vi sia una ‘trattativa’, e dunque basta che si esca dalla zona della mera opinione). Nel caso in cui vi sia, in futuro, una possibile cortesia, è anche necessario che l'assicurazione non sia incerta, vaga, e via dicendo: mancando il referente della trattativa, vi è bisogno di una maggiore prudenza. Del resto, nelle trattative il rischio di danni si innalza già durante i primi contatti, mentre nel caso di rapporti di cortesia di norma è solo in prossimità dell'esecuzione della prestazione (potenziale esecuzione) che colui che la riceverà mette a repentaglio i suoi beni e i suoi interessi. Allo stesso modo, dalle trattative rimane escluso il momento maggiormente rischioso, ossia quello dell'attribuzione del servizio, che è invece incluso nell'interesse legittimo di cui alle cortesie.

¹³²¹ Cfr. K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung*, cit., p. 506, secondo cui «entscheidend dafür, ob und welche Schutz-, Erhaltungs-, Erklärungs- oder Unterlassungspflichten entstehen, ist in jedem Abschnitt der Verhandlungen der Grad des Vertrauens, das gefordert und gewährt wird». V. pure W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 653 (al punto e)), nonché G. BACHMANN, sub § 241 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, cit., Rn. 125.

giuridico (consente di essere sanzionato anche sul piano giuridico, che è quello ove le conseguenze possono essere – secondo una valutazione di massima – più gravi).

Per concludere quest'ampia parentesi, si può considerare un esempio paradigmatico: ossia quello del trasporto. La sua vincolatività giuridica è legata alla presenza di un interesse patrimoniale della controparte, come risulta più che noto. Tuttavia, la responsabilità per affidamento può prescindere da questo, e legarsi ad altri dati: così, l'intenzione espressa da Tizio di portare Caio a Roma non ha alcun valore, a meno che non sia accompagnata dalla conoscenza di Tizio dell'importanza per Caio di raggiungere la capitale entro un certo orario, per poter partecipare a un appuntamento di lavoro. Qui un elemento, utilizzato dalla dottrina d'oltralpe per sindacare sulla presenza di un *Rechtsbindungswille*, diviene un dato volto a verificare la responsabilità per lesione dell'affidamento.

Ancora: può forse ritenersi che qualsiasi trasporto, di cortesia, in un certo momento faccia nascere un affidamento tutelato? Tale è la prospettiva sostenuta di recente da una autorevole dottrina¹³²²: e la ragione potrebbe essere rinvenuta nel fatto che, almeno ove il trasporto cominci a essere effettuato, l'importanza dei beni che potrebbero esserne lesi impone di considerare serio il contatto. Mi riferisco, in particolare, al bene salute e al bene vita; senza, tra l'altro, che si possa omettere di considerare la possibilità, per il trasportato, di subire danni meramente patrimoniali (che ne è se Tizio, all'improvviso, durante un trasporto di piacere, per esempio nel mezzo di una gita pomeridiana, obbliga Caio a scendere dall'auto, imponendo a questi di sopportare i costi di un taxi?¹³²³). Tuttavia, la prospettiva non mi sembra condivisibile: manca, infatti, la serietà nell'esecuzione (nell'esatta esecuzione) del servizio (anche se il pericolo cui è esposto il bene salute, nonché gli stessi rischi e svantaggi insiti nel trasporto, potrebbero persuadere in senso contrario). Una eventuale responsabilità potrebbe darsi solo a livello extracontrattuale, con tutti i noti limiti, e salve le ipotesi in cui le circostanze ammettano un giudizio positivo della serietà (il trasporto è molto lungo, avviene per ragioni di lavoro, come per poter prendere parte a un'importante conferenza, e così via).

9. ... e integrazione tra principio dell'autonomia privata e tutela dell'affidamento

Lo schema che ne deriva permette, a mio avviso, di integrarsi perfettamente con quello della volontà avente efficacia vincolante (in senso forte).

Mi soffermo solo su taluni aspetti, e di quei soli contratti che permettono più facilmente di cogliere l'integrazione tra teoria della volontà (contratto e diritti

¹³²² Mi riferisco all'opinione di C. Castronovo, di cui ho già detto in nota.

¹³²³ Parzialmente diverso l'esempio di H.J. HOFFMANN, *Der Einfluß*, cit., p. 398.

soggettivi) e protezione dell'affidamento non contrattuale (attraverso gli interessi legittimi): in particolare, quelli cui, in Germania¹³²⁴, corrispondono cause di scambio e di liberalità (intesa in senso parzialmente diverso, però, dal nostro spirito di liberalità, come subito vedremo)¹³²⁵.

¹³²⁴ All'ordinamento tedesco non è estranea la problematica causale; essa è solitamente trattata nell'ambito della giustificazione dell'arricchimento (cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁸, cit., p. 169; K. ZWEIGERT, *Seriositätsindizien*, p. 353); H.P. WESTERMANN, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, Berlin, 1967, p. 16 s.; R. KRAWIELICKI, *Grundlagen*, cit., p. 8 s.; T. BREMKAMP, *Causa - Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*, Berlin, 2008, p. 15; H. EHMANN, *Die Gesamtschuld*, Berlin, 1972, p. 154; G. DEIANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 132; R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, § 1), ma in realtà è sottesa pure al diritto dei contratti, ove svolge la funzione di indicare i tratti essenziali delle operazioni giuridiche che possono entrare nel mondo del diritto come contratti causali, e non solo come atti astratti. Ovviamente anche per questo punto rinvio allo studio più volte ricordato; osservo solo, sinteticamente, che la prospettiva causale, nel diritto dei contratti, è impostata in modo parzialmente diverso in Germania per varie ragioni: anzitutto, in consonanza con le teorie dell'intento giuridico (e non empirico) dei contraenti, si guarda normalmente alla causa come al rapporto tra le obbligazioni (o comunque tra gli effetti giuridici) nascenti dal contratto, e non tra vantaggi economici (o comunque interessi; vi sono comunque indubbe oscillazioni anche all'interno della dottrina tedesca, come rilevano D. REUTER-M. MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen, 1983, p. 87, e H.P. WESTERMANN, *Die causa*, cit., p. 16 s.; nel senso appena detto v. soprattutto K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*⁷, München, 1989, p. 328 [secondo cui il *damit verfolgten wirtschaftlichen Zweck* si può comprendere dalla causa, dal *rechtlicher Zweck der Verpflichtung*, e non viceversa come direbbe il giurista italiano; ciononostante le stesse mitigazioni di cui risente la teoria del *Rechtsbindungswille* e dell'intento giuridico si riflettono, a mio avviso, sui profili in parola, come traspare dai testi di K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., p. 419, A. STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen, 1996, p. 14, e M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., p. 312]; H. EHMANN, *Zur causa-Lehre*, in *JZ*, 2003, p. 704; F. MAZZA, *Kausale Schuldverträge: Rechtsgrund und Kondizibilität*, Tübingen, 2002, p. 162; *contra* autori ben più risalenti – E. STAMPE, *Das causa-Problem des Civilrechts*, Greifswald, 1904, p. 24 ss., anche se v. pure ID., *Grundriß der Wertbewegungslehre*, in *AcP*, 1912-1913, p. 63 e 73 ss. –); in secondo luogo, è normale frammentare l'ottica e riferire la causa all'obbligazione di ciascun contraente, più che al complesso delle obbligazioni contrattuali (l'atomizzazione del contratto è probabilmente legata all'influenza del concetto di causa come giustificazione dell'attribuzione, e spesso è implicitamente o addirittura espressamente accantonata nell'ambito della causa come concetto del diritto dei contratti; v., quanto al primo punto, emblematicamente K. LARENZ, *Allgemeiner Teil*⁷, cit., p. 328; sul secondo K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., p. 419; M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., p. 331; H. WEBER, *Der Rückübertragungsanspruch bei der nichtvalutierten Sicherungsgrundschuld*, in *AcP*, 1969, p. 240; T. BREMKAMP, *Causa*, cit., p. 240 ss.; E. STAMPE, *Das causa-Problem*, cit., p. 24; P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, p. 12; H.P. WESTERMANN, *Die causa*, cit., *passim*, ma già p. 19 s.; R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 27; W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁸, cit., p. 154); infine, non essendo presente nell'ordinamento tedesco una norma come l'art. 1322, comma 2, c.c., è pacifico che spetti ai giuristi il compito di individuare l'elenco 'cause', senza alcuna limitazione da parte dell'ordinamento (mentre, a mio avviso, in Italia la dottrina deve rinvenire nell'ordinamento gli assetti di interessi che tipicamente possono essere giuridicizzati, dovendo semmai rilevarne la causalità o l'astrattezza, e pur dovendo preferire – giusta l'indicazione dell'art. 1325, n. 2, c.c. – proprio l'interpretazione causale di questi schemi tipici).

¹³²⁵ Da H. KRESS, *Lehrbuch*, cit., p. 35 ss., in poi, la *Causa-lehre* distingue tre tipi di cause (o di più, ma gli ultimi insieme sono solitamente tutti sussumibili in uno, più generale, che si pone a fianco dei primi due): *Austauschzweck*, *Schenkungs-zweck* e *Abwicklungs-zweck*. La prima è null'altro che la proiezione nel terreno dei contratti della *causa acquirendi*, e la seconda della *causa donandi*; la terza corrisponderebbe latamente alla *causa solvendi*, se non fosse che questa rileva di norma (salvo non siano apposte condizioni al *dinglicher Vertrag*) davvero solo *ex post* e in via di restituzione (stante la forza persuasiva che ha avuto

Quanto ai contratti di scambio (o di scambio anche solo ‘empirico’), ossia ai contratti nella cui causa – intesa come operazione economica – rientrano vantaggi per entrambe le parti (anche non attribuiti dalla controparte, ma insiti nella stessa prestazione che si compie), l’indagine sulla volontà seria è molto più semplice.

Ciò non avviene, invece¹³²⁶, ogni qual volta vi è un contratto concluso *causa donandi*, la quale copre tutto l’ambito dell’attribuzione di beni e servizi (*dare e facere*) effettuata prodigalmente.

Evidentemente questo accade nell’ambito della donazione, la quale in Italia – secondo la tesi che mi sembra preferibile – copre proprio tutto l’ambito della *causa donandi*¹³²⁷, mentre in Germania è ristretta ai contratti che in concreto, oltre a non prevedere un corrispettivo (sia oggettivamente, sia soggettivamente inteso¹³²⁸; tanto materiale, quanto immateriale¹³²⁹), sono caratterizzati da un certo tipo di vantaggio assegnato al donatario. Questo, oltre a consistere in una ‘attribuzione’, deve pure corrispondere a un arricchimento patrimoniale del donatario e a un impoverimento del donante¹³³⁰, e dunque non può ridursi a un servizio.

sulla dottrina tedesca la sistemazione di Savigny); il suo ambito specifico riguarda, piuttosto, contratti come quelli di garanzia o modificativi). V. H. WEITNAUER, *Die Leistung*, cit., p. 260; H. EHMANN, *Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung*, in *JZ*, 1968, p. 555; ID., *Über den Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812 BGB*, in *NJW*, 1969, p. 400; ID., *Zum Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolgs*, in *NJW*, 1973, p. 1035; ID., *Zur causa-Lehre*, cit., p. 703; R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 30; S. BECK, *Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung*, Berlin, 2008, p. 529; già G. BOEHMER, *Der Erfüllungswille*, München, 1910, p. 46 s.

¹³²⁶K. ZWEIGERT, *Seriositätsindizes*, p. 350; cfr. poi, tra tutti, M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., § 28 Rn. 19, p. 315. Ma v. pure S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik*, cit., p. 457 (la liberalità è una «Dornröschen der Rechtswissenschaften»), e già W. FLUME, *Allgemeiner Teil*^ß, cit., p. 173.

¹³²⁷ Ossia, a mio avviso potrebbe ben sussistere una donazione di *facere*, e perfino una donazione obbligatoria avente lo stesso oggetto di un comodato (ad esempio, per vincolare il promittente prima ancora della consegna della cosa).

¹³²⁸ L’assenza non deve risultare solo oggettivamente, ma anche soggettivamente (cfr. ad esempio J. KOCH, sub § 516 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, Rn. 24)

¹³²⁹ Così la dottrina tedesca si riferisce a casi che, in Italia, si definirebbero di interesse patrimoniale del promittente-disponente (così ad esempio i contratti di sponsorizzazione: cfr. T.J. CHIUSI, sub § 516 BGB, cit., p. 95 s.; J. KOCH, sub § 516 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, cit., Rn. 25).

¹³³⁰ Frequente nell’ordinamento tedesco la considerazione secondo cui «gegenüber anderen Formen der unentgeltlichen Verträge, nämlich der Leihe (§§ 598 bis 606), dem zinslosen Geld- und Sachdarlehen (§§ 488 bis 498, 607), dem Auftrag (§§ 662 bis 674) und der unentgeltlichen Verwahrung (§§ 688 bis 700), zeichnet sich die Schenkung dadurch aus, dass der Schenker dem Beschenkten nicht nur eine zeitlich begrenzte Nutzungsmöglichkeit einräumt, sondern der Schenkungsgegenstand dauerhaft in das Vermögen des Zuwendungsempfängers übergehen soll» (J. KOCH, sub § 516 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, cit., Rn. 1). Più specificamente, viene osservato come la donazione preveda un’attribuzione (*Zuwendung*), un arricchimento (*Bereicherung*) e un impoverimento (*Entreicherung*, che nel § 516 BGB è espresso dalle parole *aus seinem Vermögen*; rispettivamente T.J. CHIUSI, sub § 516 BGB, cit., p. 84 ss., 87 ss. e p. 90 ss.; vasta trattazione anche in M. FISCHER, *Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, p. 21 ss.); questi requisiti lascerebbero fuori dall’area di questo contratto tipico (in particolare quello dell’*Entreicherung*: cfr. ancora T.J. CHIUSI, sub § 516 BGB, cit., p. 87 ss., nonché J. KOCH, sub § 516 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, cit., Rn. 6, e H. OETKER-F. MAULTZSCH,

Nell'ambito della donazione di *dare*, in entrambi gli ordinamenti il requisito formale funge non solo da cautela contro atti di disposizioni poco avveduti, ma anche per agevolare la prova della serietà (e dell'intento liberale)¹³³¹. Molto vi sarebbe al riguardo da dire¹³³², ma in questa sede non è possibile

Il centro del nostro interesse è l'ambito occupato dalla donazione obbligatoria. L'ordinamento italiano ha, a tal fine, compiuto una scelta *tranchant*, richiedendo – secondo l'opinione che condivido – la forma (abbastanza irrealistica) dell'atto pubblico anche in queste circostanze, tra l'altro eccezionalmente a pena di inesistenza¹³³³ e non di mera nullità¹³³⁴. Al di fuori, comunque, si è concessa la giuridicità a certe operazioni, le quali tuttavia presentano, a mio avviso, due peculiarità: anzitutto, l'interesse non patrimoniale rimane necessariamente esterno alle stesse (venendo semmai recuperato in via 'indiretta': ossia, ove la si ammette ed entro tali limiti, quale donazione indiretta); in secondo luogo, spesso (ma non sempre) richiedono elementi ulteriori per l'entrata della volontà nel mondo del diritto. Così, ad esempio, il comodato motivato da un interesse patrimoniale del comodante dovrebbe essere ascritto ai contratti di scambio, mentre quello con interesse non patrimoniale sarebbe il vero e proprio comodato

*Vertragliche Schuldverhältnisse*², Berlin-Heidelberg, 2004, p. 272 ss.) svariate prestazioni che afferirebbero piuttosto all'*Auftrag*, alla *Verwahrung*, alla *Leibe* o al *Darlehen*.

¹³³¹ B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, I, Berlin, 1889, p. 451, e ID., *Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, II, Berlin, 1889, p. 162 s. (come noto, si tratta dei *Materialien* della Prima Commissione per la preparazione del BGB); W. FLUME, *Allgemeiner Teil*^β, cit., § 15 III 1, p. 263; W. LORENZ, *Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge*, in *AcP*, 1957, p. 393 s.; K. HELDRICH, *Die Form des Vertrages*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1941, p. 91; P. MANKOWSKI, *Formzwecke*, in *JZ*, 2010, p. 665; P. POHLMANN, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung*, Berlin, 1992, p. 25 ss.; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*^α, cit., *Rn.* 614, p. 250; D. EINSELE, sub § 125 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, *Rn.* 8 ss.

¹³³² In particolare con riguardo al ruolo dell'eventuale *Heiligung* nell'ordinamento tedesco (ma v. già S. MOCK, *Die Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte*, Tübingen, 2014, p. 147). Ma non solo: come noto, è ammessa in questo sistema la possibilità che un contratto nullo – pure al di fuori della sua *Heilung* – produca alcuni effetti, affinché non venga tradito l'affidamento di una delle parti (sull'evoluzione di giurisprudenza e dottrina in merito a ciò cfr. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*^α, cit., *Rn.* 628 ss., p. 255 ss.; v. anche R. BORK, *Allgemeiner Teil*^β, cit., p. 421 ss., W. FLUME, *Allgemeiner Teil*^β, cit., § 15 III 4, p. 270 ss.; M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*^α, cit., § 44 *Rn.* 61 ss., p. 521 ss.; C.W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 274 ss.; W. LORENZ, *Das Problem der Aufrechterhaltung*, cit., p. 398 ss.). Interessante considerare come la clausola generale di buona fede o comunque la tutela dell'affidamento sono serviti da grimaldello, qui come pure in tema di rapporti di cortesia – lo vedremo a breve –, per scardinare l'importanza della conclusione – della valida conclusione – di un contratto ai fini della tutela dei paciscenti (così da superare la prospettiva soggettiva della volontà, ancorandola il più possibile a dati oggettivi, come l'apparenza da cui sorge l'affidamento).

¹³³³ Se la donazione di *facere* non conclusa in forma solenne fosse nulla, vi potrebbe essere ripetibilità della prestazione; ma quest'esito sarebbe assurdo.

¹³³⁴ Sulla differenza tra inesistenza e nullità: R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 295 ss., nonché S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, rivisto e aggiornato da A. Falzea, Milano, 1996, p. 151 ss.), e R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 47, nt. 33. Di recente, cfr. R. SACCO, voce *Negoziio giuridico*, cit., § 25.

reale: solo in questo caso vi sarebbe necessità della *datio*, e prima di questa un eventuale contratto potrebbe rilevare solo nelle forme della donazione obbligatoria.

Nell'ordinamento tedesco, invece, l'area in parola è occupata – completamente – da taluni contratti gratuiti (anzi, davvero liberali, giacché – come detto – non vi è possibilità di sovrapposizione o confusione con la *Schenkung*): in particolare, il comodato (*Leihe*), la custodia gratuita (*unentgeltliche Verwahrung*), il mutuo gratuito (*zinsloses Darlehen*) e il mandato (*Auftrag*, che, diversamente dall'omologo italiano, ha portata generalissima, potendo avere ad oggetto un *facere* anche materiale). In nessuno di questi casi¹³³⁵ la ricerca dell'interprete è agevolata dalla necessità che sussista anche un dato oggettivo come la consegna del bene.

La necessità della *datio*, infatti, aiuta l'interprete, poiché è ben più facile provare la serietà (anzi, forse non ve n'è nemmeno necessità) in questi casi. La dimostrazione di una misura minima di serietà pone molti meno problemi di quella di una misura alta o, ancor più, media, in cui vengono a mancare fisiologicamente i punti di riferimento per l'interprete¹³³⁶.

Conferma di questi assunti proviene, se non erro, proprio dal mandato che, tanto in Italia quanto in Germania, non richiede alcun dato oggettivo per essere concluso, né un corrispettivo: per cui si moltiplicano, in ambedue gli ordinamenti, le difficoltà inerenti la ricerca della volontà seria.

A me sembra che proprio l'integrazione tra sistema della volontà e sistema dell'affidamento, ove ammessa nei termini poc'anzi descritti¹³³⁷, portino a ritenere

¹³³⁵ La *datio* era probabilmente richiesta per il mutuo gratuito prima della riforma del 2002 (V. W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 160; R. BORK, *Der Vergleich*, cit., p. 42; H. OETKER-F. MAULTZSCH, *Vertragliche Schuldverhältnisse*², cit., p. 234, nt. 14; J. BUSCHE, *Die Begründung von Schuldverhältnissen*, a cura di M. Martinek, Berlin, 2005, p. 192); ma la dottrina spesso ammetteva un omologo atipico consensuale (secondo un'idea discussa anche in Italia, e a mio avviso da doversi risolvere negativamente, non essendo ammesso il superamento dell'art. 1322, comma 2, c.c. e la creazione di nuovi assetti di interessi al di fuori dalla meritevolezza di tutela ordinamentale: di talché, o si tratterà di comodato, con la causa tipicamente prevista per esso, o di donazione obbligatoria). Cfr. ad esempio H. EHMANN, *Die Gesamtschuld*, cit., p. 146, ma già H. KRESS, *Lehrbuch*, cit., p. 97, e H. GLAUB, *Gibt es heute noch Realkontrakte?*, Würzburg, 1934, *passim* (soprattutto p. 49 ss. per il mutuo oneroso e p. 56 s. per quello gratuito).

¹³³⁶ Una serietà molto bassa permette di attribuire carattere vincolante anche a manifestazioni di volontà implicite; una serietà molto alta richiede invece l'assoluta inequivocità (il che già apre la porta a molte difficoltà); una serietà media impone al giudice di utilizzare parametri spesso incerti, indefiniti, incolori, legati alla soggettività delle parti e dell'interprete.

¹³³⁷ Alle stesse critiche sull'iper-soggettivismo della ricerca della volontà di vincolarsi (su cui subito nel testo) andrebbe invece incontro l'idea, sostenuta in Germania, per cui le parti concluderebbero anche nell'ambito delle cortesie un contratto, da cui sorgerebbero però solo obblighi di protezione. Cfr. D. WILLOWEIT, *Schuldverhältnis und Gefälligkeit*, in *JuS*, 1984, p. 914 ss.; ID., *Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitsbandeln*, in *JuS*, 1986, p. 106 (ma già ID., *Abgrenzung*, cit., p. 95 s., testo e nt. 67 – secondo cui dovrebbe guardarsi alla volontà versata in uno scopo tipico; ma l'idea contrattualistica, a mio avviso, va incontro a obiezioni insuperabili, come quella per cui l'affidamento in parola di certo non può essere 'annullato' o comunque 'fatto venir meno per errore' –); pure W. FIKENTSCHER-A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, cit., § 6 3 Rn. 29, p. 22. Più indietro nel tempo, cfr. H. KALLMEYER, *Die*

preferibile la soluzione italiana. Rendere più complessa la conclusione di un negozio, infatti, non esclude una forma di responsabilità, allorché sia comunque tutelato l'affidamento, specie se questo viene fatto sorgere in base alla serietà del contatto – che costituisce il corrispondente oggettivo della serietà della volontà –. Anzi, l'opzione legislativa italiana sottrae l'interprete dal pericolo di dover ricorrere, nei casi incerti, a una ricostruzione di fatto fittizia della volontà per poter dare protezione alla parte lesa (fittizia, perché basata precipuamente su elementi oggettivi)¹³³⁸; e inoltre evita anche il

Gefälligkeitsverhältnisse, cit., p. 85 ss. (soprattutto 101 ss.). Aprono a un contratto senza obblighi primari di prestazione (in cui inquadrare taluni rapporti di cortesia) K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., § 22 Rn. 34, p. 401. A voler ritenere che la disciplina dei rapporti di cortesia sia oggi (dopo la riforma del 2002) interamente contenuta nel § 311 *Abs. II Nr. 3*, in virtù della quale un rapporto obbligatorio di protezione nasce anche in caso di «ähnliche geschäftliche Kontakte», risulterebbe chiaramente l'origine legale degli obblighi in questione (così, ad esempio, M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., § 28 Rn. 21, p. 316 s.; torneremo a breve sul punto). Secondo E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 37, p. 22, la *Modernisierung* avrebbe proprio confermato la correttezza di quest'approccio (v. pure Rn. 79, p. 37). Tuttavia, come ho già detto, questa riforma legislativa sembrerebbe aver finito per imporre rigorosi limiti alla tutela dell'affidamento (v. *supra*, il § 2); proprio per questa ragione, la teoria soggettiva potrebbe riprendere forza (nonostante le indubbie mancanze che essa manifesta), al fine di aggirare gli stretti limiti del § 311 *Abs. II Nr. 3*.

¹³³⁸ Il fatto è che, dinanzi alla difficoltà di accertare la presenza di una volontà seria in taluni casi, oppure all'effettiva mancanza di quest'ultima (con conseguente impossibilità di tutelare la controparte), parte della dottrina tedesca ha sopravvalutato il ruolo degli elementi oggettivi nella ricostruzione del *Rechtsbindungswille*, finendo anzi per porre essi al centro della ricerca in parola. Parte della dottrina, appostata su di una posizione ancor più intransigente, ha finito allora per ravvisare nella ricerca del *Rechtsbindungswille* niente più che una finzione da eliminare. W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., p. 91 (seguito da Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., p. 741 e poi p. 750 ss.; per Flume «was den angeblichen ‚Rechtsbindungswillen‘ anbetrifft, so handelt es sich um eine reine Fiktion» e i dati oggettivi, di cui spesso il BGH fa uso per verificare se le parti si sono volute vincolare, dovrebbero essere utilizzati, piuttosto, per decidere circa l'esistenza in concreto di obblighi di diligenza); D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., Rn. 191, p. 86 («regelmäßig jedoch haben die Parteien über die Rechtsbindung nicht wirklich nachgedacht. ... So bleibt der Rechtsbindungswille vielfach eine Fiktion ohne reale Grundlage»); D. WILLOWEIT, *Abgrenzung*, cit., *passim* (spec. p. 30 ss. e 44 ss.; ma v. *infra*), e, adesivamente, H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft*, cit., p. 440 e 443. La critica, in realtà, parrebbe per la sua portata investire anche il sistema della serietà e dei pesi e contrappesi cui ho accennato in precedenza. Essa, tuttavia, mi sembra corretta solo nei limiti in cui evidenzia il rischio che una tale analisi si risolva nell'abbandono della volontà, e nella mera valutazione delle circostanze in cui si inserisce e del suo oggetto, finendo per rinvenire un *Rechtsbindungswille* più per esigenze di tutele collegate, in realtà, a un affidamento tradito, che per l'effettiva sussistenza della volontà seria. In altri termini, la ricerca della volontà seria si risolve in una vera finzione, ogni qual volta l'ordinamento imponga di rinvenire quest'intento, nonostante la più corretta soluzione per proteggere la controparte stia nella tutela dell'affidamento; ciò avverrà là dove l'interprete si debba accontentare, per rinvenire il *Rechtsbindungswille*, di elementi oggettivi, scissi in fin dei conti proprio dalla volontà, o della mera esistenza di una volontà di perseguire un effetto economico, senza che vi sia alcuna ricerca della serietà, giacché in tal caso la valutazione non si ricalcherà su quella fattuale, ma si tradurrà nella sovrapposizione alla realtà di una forma giuridica che nulla ha a che vedere con quest'ultima (finendo per rivelare la natura di *Fiktion*; sulle finzioni, v. prima i citati scritti di Esser, Gambaro e Pugliatti). Così, difatti, era avvenuto nella già menzionata decisione del BGH (del 22 giugno 1956) da cui prendeva spunto W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., p. 90 s., in cui una società di spedizione aveva messo a disposizione di un'altra società un guidatore – la cui adeguatezza non era stata ancora verificata e valutata – per un trasporto con destinazione lontana; questi si era fermato nella strada per un guasto al motore che aveva richiesto l'intervento di un autotreno; la società che si era avvalsa del guidatore conveniva in giudizio la prima, affermando che avrebbe dovuto risarcire il danno, giacché aveva messo a disposizione un dipendente inesperto: qui, in effetti, era palese la mancanza di una

rischio di equivoci che un'indagine a tutto campo sulla volontà di vincolarsi (se intesa in senso soggettivo, come dovrebbe essere per evitare artificiosità) porta con sé¹³³⁹.

volontà di obbligarsi – tanto prima dell'esecuzione del servizio, quanto contemporaneamente al suo svolgimento, e solo per gli effetti risarcitori che ne sarebbero potuti derivare –. Ma, più in generale, la critica di Flume mi sembra corretta alla luce di certe derive subiettivistiche tipiche della dottrina tedesca (come quella, su cui v. subito *infra*, secondo cui il trasportato a titolo di cortesia rinunciarebbe alla protezione piena extracontrattuale nel momento in cui sale in macchina: l'espedito è creato, dalla letteratura tedesca, al fine di armonizzare disciplina aquiliana e diminuzioni di responsabilità contrattuali). La soluzione cui perveniva Flume, ovvero di concedere una tutela basandola su obblighi di *Sorgfalt*, mi sembra del tutto in linea con quanto vado asserendo nel testo. D'altro canto, è vero che talune correnti giurisprudenziali, che hanno deciso casi ricorrenti (come quello delle informazioni comunicate dalla banche) immaginando la conclusione di contratti conclusi *stillschweigend*, sono state criticate in dottrina anche a prescindere da una più generale disapprovazione della teoria del *Rechtsbindungswille* (e, in effetti, appare davvero artificiosa la ricostruzione proposta, che ravvisa nel comportamento delle parti un contratto che di sicuro manca, difettando la volontà di porre una qualsiasi regola di comportamento; cfr. C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., p. 47 ss., ma già ID., *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 425; v. poi il noto saggio di W. LORENZ, *Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von G. Paulus, U. Diederichsen und C.-W. Canaris, München, 1973, p. 618, ove si parla di *blutleere Fiktionen*). La ricostruzione del *Rechtsbindungswille* è stata così depurata dagli eccessi volontaristici, che avevano dato la stura all'idea che alla sua base vi fosse una mera finzione. Così inquadrata, la teoria del *Rechtsbindungswille* si è venuta comunque ad appoggiare a elementi maggiormente oggettivi (e ha perso i suoi legami con gli obblighi di protezione, la cui origine è fatta risalire tutt'al più alla legge, e non alla convenzione privata). Essa, in questa sua veste più moderna, viene tuttora coltivata dalla maggior parte della dottrina. Cfr., per tutti, K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., § 22 Rn. 27, p. 400 (in aperto dissenso nei confronti della critica di Flume); M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., § 28 Rn. 17 s., p. 314 s.; P. SCHWERDTNER, *Der Ersatz*, cit., p. 1675 (in opposizione a Flume); R. BORK, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., p. 264 ss.; E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 30 s., p. 18 (anche qui con riferimento alla contestata opinione di Flume); D. OLZEN, sub § 241 BGB, cit., Rn. 71 ss., p. 156 ss. V. poi R. HEPTING, *Ebevereinbarungen*, cit., p. 235 e 237. Viceversa, l'idea che non alla serietà debba rivolgersi l'attenzione dell'interprete, ma sempre e solo a dati oggettivi legati al contenuto dell'accordo e alle sue circostanze, è fatta propria in Germania da D. WILLOWEIT, *Abgrenzung*, cit. (lo segue in larga parte H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft*, cit., p. 444 ss.). Secondo l'autore citato, la natura negoziale di un accordo sarebbe desumibile dallo scopo che le parti perseguono col il concluderlo: scopo che emergerebbe tanto dalla natura del patto, quanto dalle contingenze in cui si inserisce (p. 36 e 38, nonché poi p. 64). Ora, è vero che taluni scopi possono essere raggiunti dalle parti solo tramite contratti (così nel caso in cui le parti mirino a un effetto reale: p. 35 e 37); ciò, tuttavia, non esclude la necessità di una ricerca della volontà seria delle parti stesse (in altri termini, l'osservazione dimostra solo che, in questi casi, in assenza di serietà non potrà esservi raggiungimento dello stesso effetto su di un piano di fatto, come può invece avvenire per i servizi; semplicemente, si dovrà ravvisare nell'accordo o un contratto che richiede minore serietà – ad esempio un comodato – o semplicemente un punto delle trattative). Vero è anche che le circostanze in cui le parti si trovano influiscono sulla giuridicità dell'accordo; nondimeno, ciò avviene proprio sul piano della prova della serietà. D'altro canto, lo stesso Willoweit ammette che, nei casi dubbi, l'analisi dell'interprete debba osservare gli interessi dei paciscenti (cfr. p. 68). In definitiva, l'approccio dell'autore tedesco non mi pare confuti i miei assunti; viceversa, esso fa notare le debolezze della teoria del *Rechtsfolgenwille*, contro cui è rivolto (e che, però, non si confonde con l'approccio che nel testo si sta coltivando, centrato sul concetto di serietà). L'autore mira a dimostrare, da un lato, che l'ordinamento impone la giuridicità per il perseguimento di taluni scopi e, dall'altro, che le parti si limitano a volere questi e, per l'effetto, richiedono la giuridicità dell'accordo (p. 44 ss. e 104 ss.): questa argomentazione, tuttavia, non esclude che l'interprete debba accertare qual è lo scopo che le parti vogliono realizzare e, di conseguenza, che debba svolgere un'analisi della loro volontà, esaminandone la serietà.

¹³³⁹ Si ricordi però l'opinione contraria di K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II³, *Istituti*, a cura di A. di Majo e A. Gambaro, Milano, 2011, p. 102. Tutt'al contrario, i problemi che si

Questo è senza dubbio vero per la donazione obbligatoria, nonché per i contratti reali poc'anzi menzionati; meno vero per il mandato, dove comunque è sempre la responsabilità per lesione dell'affidamento, integrandosi con la vera e propria responsabilità per inadempimento, a garantire un sistema omogeneo. Il legislatore, infatti, ha opportunamente previsto un diritto di recesso del mandatario: il che si pone in perfetta linea di continuazione rispetto alla responsabilità per un mero atto di cortesia. In altri termini, il giudice potrà analizzare la volontà per verificarne la serietà, basandosi su un concetto rigoroso di essa; la necessità di proteggere comunque adeguatamente il potenziale mandante è assicurata proprio grazie al fatto che, sotto il limite minimo di serietà, una tutela sarà comunque garantita, di norma, dall'interesse legittimo (pretensivo negativo)¹³⁴⁰. E, viceversa, sopra questo limite una protezione simile avviene tramite l'interesse legittimo (protettivo) che nasce a fronteggiare il potere di recesso¹³⁴¹. La vera differenza¹³⁴² si attesta sul *quantum* del risarcimento in

pongono, secondo una notissima dottrina (che li rinveniva essenzialmente nel mandato e nella promessa di mutuo gratuito: mi riferisco a G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 474 s.) sarebbero superabili ove si importasse la teoria anglosassone della *consideration* (ma la soluzione è inaccettabile, tanto più che la rigidità della *consideration* porta la stessa dottrina inglese a ricercare vie per sfuggirvi).

¹³⁴⁰ Che precluderà un ingiustificato ripensamento (in applicazione del principio descritto, per le trattative, da M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 32 s.), senza un congruo preavviso, ovvero una cattiva esecuzione della prestazione, che causi in ritardo nel procurarsene una esatta sul mercato, oppure perfino l'impossibilità di averla (e inoltre proteggerà da danni a interessi 'altri').

¹³⁴¹ Cfr. del resto P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 487, secondo il quale la problematica del recesso nelle trattative (che è analoga a quella di cui discuto nel testo) è «del tutto parallela rispetto a quella dell'abuso del diritto». In questo senso il fatto che molti dei contratti gratuiti prevedano un potere di recesso, oppure mitigazioni di responsabilità, più che complicare la ricerca della volontà seria (spostandola da una misura alta a quella 'medieta' che risulta di difficilissima individuazione), aiuta a forgiare un sistema integrato di responsabilità. Queste *causae minores* (cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., p. 172, e W. ERNST, *Entgeltlichkeit. Eine Untersuchung am Beispiel des Tauschs, der gemischten Schenkung und anderer Verträge*, in *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag*, in Gem. mit R. Richardi und J. Wilhelm, hrsg. von T. Lobinger, Tübingen, 2010, p. 162) si pongono in assoluta continuità con la fattispecie che prevedono la nascita di interessi legittimi. Quanto alle limitazioni di responsabilità, il punto è molto studiato nell'ordinamento tedesco, ove nei contratti gratuiti è limitata la responsabilità del prestatore (§§ 521, su cui v. H. OETKER-F. MAULTZSCH, *Vertragliche Schuldverhältnisse*², cit., p. 285 ss., 599, 690 BGB). Un'analoga diminuzione non vale per il mutuo gratuito – di denaro o di cose –, né per il mandato: T. FINKE, *Die Minderung der Schadenersatzpflicht in Europa*, Göttingen, 2006, § 398 ss., p. 214 ss. (giustamente l'autore esclude che si possa ipotizzare, sempre e comunque, una limitazione tacita della responsabilità nell'ambito di questi ultimi due contratti; più discutibile è l'esclusione dell'applicazione analogica delle norme sulla limitazione di responsabilità, proposta, per il mutuo, da H.J. HOFFMANN, *Der Einfluß*, cit., p. 396, ma scartata da J. KOCH, sub § 521 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012, Rn. 8; per il mandato, E.A. KRÄMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 41, p. 23, aderendo alla tesi di Esser sulla centralità della fiducia nell'ambito dell'*Auftrag*, ammette una *Milderung* solo per la «rechtsgeschäftlich übernommene unentgeltliche Tätigkeit ohne Treuhandercharakter»). Il problema delle limitazioni di responsabilità si pone, inoltre, quando non sono invocate le norme contrattuali (allorché esse prevedono limitazioni), ma quelle extracontrattuali (che non ne prevedono mai negli stessi casi). A sostegno della *Milderung* si invoca – per gli illeciti che avvengono nell'area coperta da contratti che una tale *Milderung* prevedono – un argomento *a fortiori* (cfr. D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., Rn. 188, p. 84; v. pure H.J. HOFFMANN, *Der Einfluß*, cit., p. 406, testo e nt. 70 per un'accurata, anche se non recente, bibliografia; M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., § 28 Rn. 23, p. 317). Taluno ha invece provato a immaginare una rinuncia implicita alla responsabilità

caso di imperfetta esecuzione della prestazione; ma anche questo, di fatto, si modellerà su una misura analoga (salvo non si tratti di attività che difficilmente il mandante

extracontrattuale per colpa lieve, per lo meno in corrispondenza di contratti che non prevedono una tale mitigazione di responsabilità (ne parlano, *ex multis*, H. HIRTE-M. HEBER, *Haftung*, cit., p. 243 s., ma v. già W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., p. 88 ss.); tuttavia, è chiaro che si tratterebbe qui di una *fictio* poco accettabile (v. H. KALLMEYER, *Die Gefälligkeitsverhältnisse*, cit., p. 54 – il quale richiama proprio la già citata opera di Esser sulle finzioni –; che sia una finzione è ammesso anche da M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., § 28 Rn. 28, p. 318, e da D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., Rn. 187, p. 84, e Rn. 194, p. 88; secondo K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., § 22 Rn. 39, p. 402, per evitarne il carattere artificioso bisognerebbe ammettere una tale tacita esclusione di volontà per i soli casi in cui ciò sia giustificato inequivocamente dalle circostanze; da notare, inoltre, che nei casi di trasporto gratuito un'esclusione di responsabilità viene talvolta fatta discendere dall'applicazione dell'istituto dell'*Handeln auf eigene Gefahr*, su cui v. H. STOLL, *Das Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin-Tübingen, 1961, p. 14 ss., e, per una sintesi dello stato dell'arte, D. LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen, 1999, p. 62 ss.: così, tipicamente, ove il passeggero si mette nelle mani di un autista, pur essendo consapevole del fatto che quest'ultimo è incapace a guidare; altre volte, invece, si propone di moderare la responsabilità tramite l'applicazione del § 254 BGB – previsione cui talvolta viene ascritto proprio l'*Handeln auf eigene Gefahr* –; su tutto questo cfr. E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 43, p. 24, e, ancora, D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., Rn. 194, p. 88). Lo stesso problema si è posto, inoltre, allorché sono stati invocati obblighi di protezione non accessori a un obbligo di prestazione. Si è poi notato che la questione, in fin dei conti, dovrebbe valere anche ove un contratto sia concluso: ci si è cioè chiesti se la diminuzione di responsabilità espressamente prevista valga solo per gli obblighi di prestazione o anche per quelli di protezione. In particolare, per M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil*¹⁰, cit., § 28 Rn. 23 s., p. 317, la limitazione di responsabilità si applica, nel caso di conclusione di uno dei contratti che la prevede, pure per gli obblighi di protezione da esso nascenti, purché essi abbiano una qualche attinenza con l'oggetto del contratto (a una soluzione simile mi pare arrivi pure W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., p. 654; su questi punti cfr. pure S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik*, cit., p. 462 ss.). Lo stesso, *a fortiori*, deve valere nei casi di cortesia in cui non v'è la conclusione di un contratto, ma solo la nascita di obblighi di protezione (le differenti decisioni giurisprudenziali, in base alle quali è riconosciuta la mitigazione di responsabilità solo in caso di conclusione del contratto gratuito, si fondano sul principio per cui la moderazione in parola sarebbe insopprimibilmente legata alla gratuità del rapporto e, così, dimenticano che nel più sta il meno – nel caso di cortesia si devono a maggior ragione applicare le stesse *Haftungsmilderungen* –). Più in generale, P. SCHWERTNER, *Der Ersatz*, cit., p. 1675 s., ammette la responsabilità mitigata nel caso di rapporti di cortesia, solo però se corrispondenti a contratti tipici per cui questa moderazione è prevista (concorde E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 42, p. 23). Chi ritiene le disposizioni sulla limitazione di responsabilità previste per certi tipi di contratti di stretta interpretazione, e ne esclude l'analogia, finisce per rifiutare questa soluzione anche con riguardo ai meri rapporti di cortesia (intesi come fonte di responsabilità per lesione dell'affidamento; cfr. J. KOCH, sub § 521 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, cit., Rn. 8, con riferimento al § 521 BGB).

¹³⁴² V. anche W. FLUME, *Allgemeiner Teil*⁹, cit., p. 87: «die Schwierigkeit der Abgrenzung» tra il contratto di mandato e una prestazione gratuita «wird noch dadurch erhöht, dass der Auftrag nach § 671 BGB von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden darf, die ‚Bindung‘ des Beauftragten also gegenüber anderen Schuldverhältnissen sehr schwach ist». Tuttavia, è altrettanto vero che «in Anbetracht der Möglichkeit jederzeitiger Kündigung ist es andererseits hinsichtlich der primären Leistungspflicht der Erfüllung des Auftrages auch oft ohne Bedeutung, ob ein Auftrag oder eine nicht rechtsgeschäftliche und deshalb nicht verbindliche Gefälligkeitsvereinbarung vorliegt. Die Abgrenzung ist vornehmlich von Bedeutung für die Frage der Haftung für Nichterfüllung oder Schlechterfüllung des Auftrages». Non è accettabile, invece, l'idea per cui in questi casi un vincolo contratto non è presente, oppure quella per cui esso sarebbe fonte di soli obblighi di protezione (in quest'ultimo senso H. KALLMEYER, *Die Gefälligkeitsverhältnisse*, cit., p. 90). Come ho già scritto, gli interessi legittimi (e con essi quelli altrimenti detti obblighi di protezione) nascono sempre *ex lege*, e mai *ex voluntate*. Cfr. sul punto S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik*, cit., p. 481.

avrebbe potuto procurarsi altrove nel mercato: ma si tratta, qui, di casi davvero limitati)¹³⁴³. Il che rende di fatto meno ardua la strada dell'interprete: infatti, anche dinnanzi a una interpretazione difficile della volontà, in presenza degli elementi di fatto per proteggere l'affidamento i risultati pratici dell'una o dell'altra qualificazione saranno per lo più gli stessi.

Questo moderno sistema di *vestimenta*, dunque, contribuisce a creare un sistema di tutela complessivamente congruo. L'indagine causale, poi, consente di completarlo e di collegarlo ai temi della tipicità contrattuale, del binomio causalità-astrettezza, del trasferimento dei diritti, oltre che a quelli del rischio contrattuale e della giustificazione delle attribuzioni.

Noto solo, in conclusione, come quest'integrazione consenta di fondare un sistema omogeneo di responsabilità, basato ora su una fonte oggettiva (l'affidamento), ora soggettiva (la volontà), e come questo escluda una volta di più la possibilità che un interesse legittimo nasca *ex voluntate*, anziché *ex lege*¹³⁴⁴. Le parti potranno, semmai, mutare le circostanze in cui operano, ma ciò rileverà sempre come fatto, e mai come negozio¹³⁴⁵. L'integrazione in parola, del resto, è già ampiamente conosciuta e studiata dalla dottrina, se è vero che – come ho provato a dimostrare – la disciplina dei vizi del consenso attesta l'ingresso, nella dottrina del negozio, della protezione di un interesse legittimo¹³⁴⁶. In questo senso possiamo dire che, davvero, la *Vertrauenshaftung* è un *Korrelat der Privatautonomie*¹³⁴⁷.

¹³⁴³ Giacché il recesso del mandatario durante le trattative impone di risarcire le occasioni perse durante le stesse, mentre quello in costanza di contratto (art. 1727 c.c.: su cui v. M. DELLACASA, *Il recesso unilaterale*, cit., p. 691 ss., anche con riguardo alle opinioni dottrinali – Sacco – che ne hanno fatto derivare una vincolatività diminuita del mandato) tutto ciò che si è perso per non aver ricevuto la prestazione. Su quanto ho scritto nel testo, v. E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, cit., Rn. 35, p. 21. La coincidenza pratica non deve far perdere di vista la distinzione logica: cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 87. V. anche la annotazione di P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 639.

¹³⁴⁴ Sulla *Vertrauenshaftung* come responsabilità *ex lege*, e non *ex voluntate*, ricorda C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 428 s.

¹³⁴⁵ Ciò consente tra l'altro di abbandonare quelle opinioni che ravvisano nelle cortesie dei negozi da cui sorgono obblighi di protezione.

¹³⁴⁶ Il riferimento, qui, va più ai casi di vizi del consenso e di slealtà rilevanti ai sensi dell'art. 1337 c.c. (nonché al problema dei 'vizi incompleti': v. M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., p. 25, e già l'ivi citato F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 298), che alle ipotesi sottese all'art. 1338 c.c. (per come, a suo tempo, l'ho interpretato).

¹³⁴⁷ Ripropongo l'espressione di C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung*, cit., p. 439 (che pure la usava nell'ambito di una ricostruzione della responsabilità per affidamento che, come ho già indicato, non coincide per vasti tratti con quella che ho adottato). V. pure B. HEIDERHOFF, *Vertrauen*, cit., p. 781 e anche S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik*, cit., p. 475 ss. Più in generale, già E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, Berlin-Leipzig, 1936, p. 118, scriveva riferendosi alla dottrina di Jhering che «diese Lehre ist eine äußerst wichtige Ergänzung des Vertragsrechts geworden». Da un altro punto di vista, questo è pure l'esito dell'ordinamento statunitense, ove le deficienze derivanti dalla dottrina della *consideration* sono state superate tramite la dottrina del *promissory estoppel*: però ciò avviene a costo di superare il principio della volontà, o meglio di renderlo non unico timone di governo del contratto. Su questi punti

Chiudo questo discorso con una breve esemplificazione.

Nell'ambito in discussione, ossia in quello della responsabilità per prestazioni rese liberamente al di fuori di un vincolo obbligatorio, ma nel quadro di un negozio configurativo, le ipotesi più semplici sono, senza dubbio, quelle dei rapporti davvero di cortesia (in senso stretto), in cui rileva un interesse non patrimoniale di una parte, che però non si vincola a eseguire un'attività: Tizio domanda a Caio un passaggio in auto per un appuntamento importante di lavoro; non è concluso alcun contratto (mancherebbe la forma per la donazione obbligatoria), ma la serietà è tanta che nasce un affidamento. Se Caio non provvede, o provvede male, Tizio potrà chiedere il risarcimento, parametrato a ciò che avrebbe ottenuto se Caio, fin da subito o comunque per tempo, gli avesse comunicato di non essere disponibile (o quanto meno, nel caso in cui Tizio non riesca a provare di aver potuto raggiungere l'appuntamento in altro modo, parametrato alle perdite subite e che, in assenza del tragitto, non si sarebbero sopportate: ad esempio, ove vi sia un danno alla salute da incidente).

Ma le cortesie (ora, in senso lato), ove si assuma lo schema del negozio configurativo, potrebbero spingersi ben oltre, e abbracciare pure altre ipotesi: così, in particolare, quelle in cui vi è un negozio gratuito, ma un interesse patrimoniale in capo a chi lo pone in essere (questa potrebbe essere la dimensione in cui vengono, ad esempio, fornite informazioni da parte delle banche o di soggetti specializzati).

La lesione, in questi casi, deriverà non soltanto dal 'recesso', che qui non riguarda delle trattative ma la stessa attribuzione del bene finale, o dalla violazione di interessi 'altri' del titolare della situazione giuridica di interesse legittimo, ma pure dal caso in cui tale bene sia fornito in modo inesatto. Vero che qui, a ben vedere, manca un obbligo di compiere l'attività correttamente; tuttavia, compierla in modo inesatto equivale a tradire l'affidamento, poiché equivale di fatto a decidere, nel momento di maggior serietà, di non fornire il bene finale. Tra l'altro, ciò comporta un danno parametrato a quanto si sarebbe potuto ottenere, procurandosi il bene sul mercato e comunque altrove, sottratto quanto si sarebbe dovuto impiegare economicamente per ottenere quest'attività.

In particolare, si potranno porre varie eventualità.

La prima si verifica allorché il bene possa essere ancora reperito; la seconda, invece, rappresenta il caso contrario. Nella prima, il danno sarà pari al ritardo

v. P.S. ATIYAH, *Consideration and Estoppel: the Thawing of the Ice*, in *Modern Law Review*, 1975, p. 65 ss.; Ha. STOLL, *Vertrauensschutz*, cit., p. 742 ss.; P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività nella promessa*, Bari, 2009, p. 19 ss. Sull'approccio di *common law* al problema della responsabilità precontrattuale (che non costituisce l'oggetto di una unica *doctrine*) v. A.M. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale* (culpa in contrahendo), in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 396 ss. In Germania una proposta simile è provenuta da J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981 (non vidi; prendo la citazione da F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., p. 543, nt. 13). A una «rete di protezione, costituita da una teoria dell'affidamento», e modellata sulla «vicende del *promissory estoppel*», fa riferimento G. MARINI, *Promessa*, cit., p. 247 (ma già G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 363) V. infine anche il recente studio di C. AMATO, *Affidamento*, cit., p. 49 ss.

nell'ottenere il bene e nelle maggiori spese da affrontare (Tizio confidava nel fatto che Caio avrebbe predisposto una pubblicità per la sua impresa; Caio ha offerto un servizio assolutamente inesatto; Tizio avrà perso la possibilità di lanciare al più presto la campagna pubblicitaria, e dovrà sborsare di più, a causa di un'inflazione galoppante nel mercato del *marketing*); nella seconda, il danno equivarrà al bene perso (Tizio confidava nel fatto che Caio lo portasse a Roma per un impegno di lavoro; Caio a causa di una guida assolutamente disaccorta provoca un incidente e non riesce a raggiungere Roma; Tizio avrebbe potuto recarsi a Roma in treno).

Ovviamente, ove il bene non fosse in alcun modo reperibile nel mercato, la differenza sarà solo tra quanto ottenuto e quanto si sarebbe preservato senza il servizio inesatto (Tizio confida nel fatto che Caio lo porti a Roma per il solito appuntamento, poiché non ha alcun altro mezzo a disposizione per raggiungere la capitale – vi è uno sciopero dei treni e degli aerei –, ove dovrà partecipare a un concorso; a causa di un incidente Caio non riesce ad arrivare a Roma; Tizio potrà dolersi solo di quanto avrebbe risparmiato se non fosse salito in macchina con Caio)¹³⁴⁸.

Questo genere di idee dovrà applicarsi, in particolare, per la responsabilità per false informazioni. Così, essa avrà leso un affidamento – tradottosi in interesse legittimo pretensivo negativo – in tutti i casi in cui sia errata: in questo caso vi sarà un danno pari al ritardo nell'ottenere l'informazione esatta (ove l'assicurazione del risultato finale fosse stata tanto seria, da risultare preclusa, se non per gravi ragioni, la mancata assegnazione del medesimo); tuttavia, ove il soggetto compia un investimento sulla base dell'informazione, come di norma avverrà, senza accorgersi della sua erroneità, dovrà essere risarcita pure per questa voce.

¹³⁴⁸ Che accade ove un soggetto veda tutelato il suo affidamento ma di fatto ... non si fidi? Tizio chiede a Caio alcune informazioni essenziali per la sua attività, pur sapendo che Caio non è assolutamente persona onesta e corretta; così, si disinteressa di queste informazioni. Oppure – in una diversa occasione – se ne avvale comunque, pur sapendo che esse sono, probabilmente, errate. Nel primo caso viene semplicemente a mancare il danno; non manca l'affidamento che, in quanto oggettivo, prescinde dalle peculiarità del caso concreto, che restano nella mente di Tizio (come ho già a suo tempo notato, l'affidamento si basa su apparenze, e non sulla realtà psicologica, pur quando ha una fonte soggettiva). Nel secondo, invece, potrebbero darsi gli elementi per applicare l'art. 1227, comma 2, c.c., ogni qual volta Caio riesca a dimostrare che Tizio si era accorto dell'inesattezza dell'informazione. In questo senso mi pare debba sciogliersi il dubbio di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 194, che si gioca tutto sul concetto (soggettivo-oggettivo) di affidamento (mentre, ripeto, l'affidamento è soggettivo, ma obiettivamente rilevabile; ed è destinato a oggettivizzarsi nell'interesse legittimo). Così, le trattative condotte da persone che non si fidano reciprocamente, per il fatto stesso di essere trattative, fanno nascere un affidamento; ove la sfiducia fosse tale da rendersi palese in entrambi i contraenti, probabilmente non sarebbe nemmeno una trattativa (e non una trattativa senza affidamento). Del resto, per quanto sfiduciato, chiunque inizi una negoziazione mostra di avere un interesse, e l'altra parte accetta di creare una situazione affidante.

10. c) responsabilità per false informazioni

Nell'ambito delle cortesie e generalmente delle prestazioni compiute senza esserne obbligati, la responsabilità per false informazioni¹³⁴⁹ assume notevoli peculiarità¹³⁵⁰, giacché, se nel caso più semplice essa è fornita da un soggetto verso un altro che deve compiere una qualche attività e chiede consiglio, può però accadere che

¹³⁴⁹ Che occupa buona parte dell'area volta alla tutela dell'affidamento (v., da una prospettiva storica, M.F. CURSI, *Dall'actio*, p. 97, e per il diritto attuale tedesco C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 130, ove – alla p. ss. – si fa riferimento alla proposta di ampliare l'ambito della protezione anche a condotte che non si traducono nel fornire un'informazione; v. pure ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 492 s., e ricorda come il noto saggio di F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., fosse dedicato proprio alla «responsabilità da informazioni inesatte»). La ragione, probabilmente, è duplice (ne cerca una spiegazione anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 492 ss.): una prima, del tutto estemporanea, dimora nella forza del modello della responsabilità precontrattuale (su cui si è ricalcata la *Vertrauenshaftung*), che specialmente in Germania si è tradotta, in un suo consistente nucleo, in una responsabilità per mancato (o erroneo) avviso. La seconda, invece, è di ordine logico: l'affidamento da 'contatto serio' spesso riguarda il, e altrettanto spesso impone di, fornire informazioni; anzitutto, perché questa è la forma più semplice di servizio, e quella che più facilmente può essere resa al di fuori di un rapporto obbligatorio (v. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 380); in secondo luogo, perché anche gli oneri di preavviso e in generale di cautela, onde prevenire un danno, possono essere visti anche – seppur talvolta forzatamente – come obblighi di informazione (v. l'esempio, pur esposto ad altri fini, di F. GIGLIOTTI, *Illeciti da informazione e responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 911 s.; nella società moderna, dell'informazione, pare che qualsiasi danno interno a una *Sonderverbindung* possa essere visto [ripeto, per quanto forzatamente] come lesione dell'obbligo di informazione – quanto meno di non creare la realazione –: lo dimostra a pieno titolo Cass. civ., Sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526, secondo cui «la responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c., oltre che in caso di ortura ingiustificata delle trattative, può derivare anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca che si concretizza nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto»; v. pure F. DELLA NEGRA, *Tutela*, cit., p. 177, secondo cui «la responsabilità precontrattuale sembra così essere ricondotta al *genus* della responsabilità da informazioni inesatte del quale rappresenta una *species* per il fatto di essere collocata in prossimità temporale con l'evento della conclusione del contratto»); in terzo luogo (e di nuovo da un punto di vista pratico), perché è questa l'ipotesi più comune di danno meramente patrimoniale. In generale, sugli obblighi di informazione v. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., nonché ID., *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 144 ss.; per l'ordinamento tedesco (con riguardo speciale agli obblighi di informazione collegati con la conclusione del contratto) H.C. GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung*, cit., e S. BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*, München, 1989, p. 5 ss., nonché (per una prospettiva europea) i già citati saggi di C. CASTRONOVO, *Information Duties*, p. 560 ss. e Ro. ALESSI, *Gli obblighi*, cit., p. 311 ss. Da un punto di vista storico v. L. SOLIDORO, *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione*, in *TSDP*, 2010, p. 1 ss.

¹³⁵⁰ Un altro caso particolare è quello in cui l'informazione sia fornita dalla controparte di una trattativa, ma venga utilizzata da chi la riceve in un differente contesto. Ad esempio, Tizio riceve un *depliant* pubblicitario, che sconsiglia di comprare un certo servizio da una società concorrente, elencando però dati falsi. Ove Tizio, in virtù di questi, abbia deciso di non concludere un contratto (con il concorrente) che aveva invece in animo di perfezionare, perdendo così un buon affare, potrà esservi una responsabilità precontrattuale. Ma non sempre questo è il risultato cui si può giungere. Si pensi al caso in cui una banca consigli certi investimenti, nell'ambito di una trattativa (e non di un semplice, seppur serio, rapporto di cortesia), e il privato decida però di compierli con l'intermediazione di una diversa banca. In tal caso dovrà supporre che l'eventuale danno(-conseguenza) subito non sia legato da un nesso di derivazione 'immediato e diretto': altrimenti, ne conseguirebbe uno stimolo al fenomeno del *free riding* e, di fatto, un'imputazione di responsabilità a costo, per così dire, zero.

l'informato sia parte (o divenga parte) di una trattativa con un diverso soggetto (è il caso della responsabilità da prospetto¹³⁵¹ – in numerose ipotesi –, di quella delle agenzie di rating¹³⁵², dei soggetti che compiono valutazioni dei beni o dei servizi

¹³⁵¹ Su cui v. G.B. PORTALE, *Informazione societaria*, cit., p. 3 ss. (per la tesi precontrattuale, ma non in ogni circostanza: talvolta la responsabilità si atterrebbe a oggettiva); G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986 (tesi precontrattuale 'piena'); P. JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, in *Quadrimestre*, 1986, 283 ss. (per la responsabilità aquiliana); C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 517 ss. (il quale esclude che la responsabilità verso gli intermediari sia precontrattuale, salvo il caso di «concorso nella condotta lesiva»; ciò non toglie che, anche verso tali soggetti, vi sarebbe un'obbligazione senza prestazione; v. soprattutto la nt. 163); L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 88 ss.; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 14 ss.; E. MACCHIAVELLO, *La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari*, in *Tratt. Visintini*, II, p. 795 ss.; F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., p. 570 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 247; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1072 ss. V. oggi soprattutto l'art. 94, commi 8-10, del. d.lgs. 58/1998 (t.u.f.). In giurisprudenza v. di recente Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056, che erroneamente qualifica la responsabilità come aquiliana, e non precontrattuale (vedi la nota di G. AFFERNI, *Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno resp.*, 2011, p. 621 ss.; dell' stesso autore v. già *Responsabilità dell'intermediario per omessa pubblicazione del prospetto informativo*, in *Danno resp.*, 2004, p. 847 ss.) In giurisprudenza, di recente, v. Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056 («nelle offerte pubbliche di acquisto, vendita o scambio di strumenti finanziari, non essendo concepibile nessuna trattativa ed essendo l'aderente all'offerta in grado di determinare la propria scelta contrattuale solo in base alle informazioni reperibili sul mercato, l'obbligo di predisporre un prospetto informativo redatto secondo criteri ben determinati, posto a carico dell'offerente dalla disciplina di settore [art. 18 l. n. 216 del 1974, applicabile *ratione temporis*, nel testo modificato dall'art. 12 l. n. 77 del 1983], si differenzia da quello cui, più specificamente, allude l'art. 1337 c.c., al cui disposto è dunque lecito far riferimento soltanto nella misura in cui si rinviene in esso un'applicazione del generale dovere di buona fede: ove, pertanto, tale obbligo non venga rispettato – sia stato concluso, o meno, il contratto di sottoscrizione delle azioni – si configura un'ipotesi di violazione del dovere di *neminem laedere*, con la conseguente possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito a cagione della violazione medesima, secondo i principi della responsabilità aquiliana, non solo quando egli abbia operato a titolo di dolo, ma anche se la violazione delle regole disciplinanti il prospetto d'offerta sia frutto di colpa, perché compilato con negligenza o imperizia in modo difforme dal dovuto». Sulla responsabilità per violazione dell'obbligo definito nell'art. 114 t.u.f. v. L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 89 s., nonché C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 522.

¹³⁵² Su cui v. (anche per riferimenti alla giurisprudenza, specie di merito, degli ultimi anni) L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 107 s.; M. MARIANELLO, *La responsabilità dell'agenzia di rating nei confronti dei terzi risparmiatori*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 635 ss.; ID., *Insolvenza dell'emittente e (ir)responsabilità dell'agenzia di rating*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 352 ss. (questo contributo si riferisce anche alla responsabilità verso l'emittente, oltre a quella nei confronti di creditori sociali e obbligazionisti); G. FACCI, *Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 164 ss.; A. MAIETTA, *La responsabilità delle società di rating*, in *Danno resp.*, 2015, p. 836 ss.; M. BUSSANI, *Le agenzie di rating fra immunità e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1337 ss.; M. SAPONARO, *Il danno da rating: se e come le agenzie sono tenute a rispondere*, in *Danno resp.*, 2013, p. 177 ss.; C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 764 ss. Al riguardo si sono posti, in giurisprudenza, spesso problemi in punto di giurisdizione; ne dà conto M. STELLA, *Ratings fuorvianti, downgradings 'tardivi' e la emergente natura della responsabilità delle agenzie di rating straniere, ed in specie statunitensi (tra Sezioni Unite e BGH tedesco)*, in *Int'lis*, 2013, p. 95 ss. Di recente cfr. il Regolamento UE n. 462/2013, che ha inserito nel Regolamento CE n. 1060/2009 un nuovo art. 35-bis (su cui v. P. MONTALENTI, *Le agenzie di rating: appunti*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 511 ss.; F. GRECO, *La responsabilità extracontrattuale dell'agenzia di rating nei confronti dell'investitore*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1452 ss.), disciplina propria della responsabilità dell'agenzia di rating: con una disposizione che a me pare confermare quanto andrò a dire, salvo per la terminologia (specie 'responsabilità civile') che non sempre coincide con quella che adottato. Ove si volesse diversamente ragionare, si dovrebbe alternativamente supporre: che la disciplina aumenta la protezione, ma non

scambiati e dei mediatori¹³⁵³)¹³⁵⁴, o che l'informante sia in realtà un soggetto istituzionale (così la responsabilità della Consob¹³⁵⁵) o sia legato da un contratto con la futura controparte contrattuale.

elimina una tutela preesistente dell'investitore (così il comma 5); oppure che si sia in presenza di una norma di protezione (che esclude, imperativamente, una qualificazione in termini di interesse legittimo). La previsione del secondo periodo del comma 1, stando alla quale l'investitore può chiedere il risarcimento solo dando la prova del suo 'ragionevole affidamento' o comunque della sua 'diligenza' nel prestare affidamento, riguarderebbe allora la serietà stessa della situazione (esclusa quando si tratta palesemente di informazioni incerte); salvo non ritenere che non attenga a un'esclusione *ex lege* della norma di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., che non si limiterebbe a ridurre la responsabilità, ma finirebbe per escluderla (opzione che non sembra molto persuasiva), oppure che non vi sia lesione della buona fede ove l'agenzia attribuisca informazioni erronee, utilizzate da un investitore non accorto (con piena omologazione, qui, dell'affidamento da contatto a quello 'soggettivo' di cui all'art. 1338 c.c.). Lo stesso, tra l'altro, può ripetersi per l'art. 94, comma 8, t.u.f., in tema di responsabilità da prospetto.

¹³⁵³ V. per tutti C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 531 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 88 ss. (per l'intermediazione finanziaria) e 111 ss. (per la mediazione); E. PASSARO, *Contratto, torto e persona: 'itinerari' normativi e giurisprudenziali tra intermediazione finanziaria e obblighi d'informazione*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 479 ss.

¹³⁵⁴ Si può poi accostare, a questa casistica, l'ipotesi delle lettere di *patronage* deboli, che a suo tempo ha riscosso molta attenzione presso la dottrina: la quale, in parte, ha proprio fatto riferimento alla responsabilità precontrattuale. Sul tema v. G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 11 s.; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1268 s.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 377 ss.; F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., p. 570; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 247; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1060 ss.; A. DI MAJO, voce *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 45 s. Tra le monografie dedicate alle lettere di *patronage* v. F. DI GIOVANNI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1984; A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1986. Di recente v. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 573 ss.

¹³⁵⁵ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 523 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 109 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 274 s. In giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681, che ammette una responsabilità – aquiliana – della *Consob* (v. al riguardo B. ANDÒ, *Responsabilità civile della Consob per omessa vigilanza sugli intermediari*, in *NGCC*, 2011, p. 1126 ss.; B. ZUFFI, *Omessa vigilanza sui mercati finanziari: è davvero da escludersi la possibilità di una condanna della Consob per responsabilità contrattuale [magari, in futuro, con class action]?*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1278 ss.), per la responsabilità aquiliana già Cass. civ., Sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132 (che discettava ancora, più che di interesse qualificato alla vigilanza come implicitamente sembrerebbe fare oggi la Suprema Corte, di diritto all'integrità patrimoniale e alla libertà contrattuale; cfr. le considerazioni di M. PASTORE, *Consob e omessa vigilanza: un modello di responsabilità in via di definizione*, in *Danno resp.*, 2011, p. 1175 ss., e, però, in senso diverso E. CALEVI, *Diritto all'integrità patrimoniale e responsabilità civile della Consob*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2274 ss.; in senso ancora diverso, v. C. FIN, *La rivincita degli investitori: la Cassazione condanna la Consob al risarcimento del danno per insufficiente vigilanza*, in *Resp. civ.*, 2012, p. § 4). Oltre a vari articoli del t.u.f. (tra cui l'art. 91, 94, 94-bis, 99 ss. e 115), v. oggi anche l'art. 24, comma 6-bis, l. 262/2005, secondo cui «nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità di cui al comma 1 [tra cui figura la Consob] e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave». La formulazione della previsione, che parrebbe ricordare una norma di protezione, va probabilmente intesa in un senso diverso, ossia solo come limitazione della responsabilità. Soluzione ancora più drastica in Germania, come ci informa Di responsabilità della Consob però parlerò anche – proponendo un diverso inquadramento – al § 12. Sulla responsabilità della Banca d'Italia v., invece, già Cass. civ., 27 ottobre 1994, n. 8836, e in particolare la nota di commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale*, in *BBTC*, 1995, p. 534 ss. (il quale, contrario all'idea che nel 2043 c.c. sia individuabile una clausola generale, va alla ricerca di «uno

Molto particolare è la prima eventualità, cui la giurisprudenza e la dottrina si sono spesso interessate, soprattutto in merito alla responsabilità per prospetto informativo¹³⁵⁶, o a quella dell'agenzia di *rating*. Si tratta, qui, certamente di una responsabilità per false informazioni (e di un danno meramente patrimoniale), che si atteggia in modo peculiare per una duplice ragione: anzitutto, non sembrerebbe esservi un vero e proprio rapporto tra chi fornisce l'informazione e chi la riceve; in secondo luogo, esso non parrebbe nascere comunque da un affidamento soggettivo o da un contatto (diversamente da quanto avviene nell'ambito dei rapporti di cortesia, ove l'affidamento sorge sicuramente prima che venga fornito il servizio).

In realtà, potrebbe ritenersi che chiunque fornisce l'informazione e la diffonde consenta anche che essa faccia nascere, in capo a chi la ottiene, un affidamento, il quale si rivelerebbe contestualmente leso¹³⁵⁷. In altri termini, la diffusione stessa avrebbe in sé pure quell'ulteriore elemento fattuale, a fronte del quale chi se ne serve può prestare affidamento (nel fatto che gli venga data un'informazione, e un'informazione esatta); la serietà, poi, sarebbe ricavabile a fronte della peculiare professionalità dei soggetti o delle ulteriori circostanze¹³⁵⁸.

Ma, a dire il vero, vi sarebbero anche altre ottiche attraverso cui considerare queste fattispecie¹³⁵⁹.

specifico obbligo di protezione dell'interesse [ancorché meramente patrimoniale] di un soggetto determinato», per individuarlo in quello «discendente dall'affidamento riposto in un soggetto determinato ... sull'organo di vigilanza bancaria»; seguono interessanti notazioni che anticipano l'applicazione dell'obbligazione senza prestazione – lì, a dire il vero, ancora 'obbligo di protezione' – nella tematica del risarcimento degli interessi legittimi).

¹³⁵⁶ Più semplice è la sua declinazione, invece, dove a essere responsabile sia la stessa futura controparte contrattuale. In questo caso vi sarà senza dubbio una responsabilità *ex art.* 1337 c.c. La trattativa si potrà dire iniziata (o comunque il contatto sorto) là dove il soggetto interessato al contratto venga in possesso dell'informazione: la quale, oltre a trasportare i dati di cui consiste, veicola la serietà della società che la fornisce. Sul punto cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 518 ss.; M.F. CURSI, *Dall'actio*, cit., p. 78, nt. 9.

¹³⁵⁷ L'affidamento, in tal caso, non sarebbe alla 'veridicità' dell'informazione (così invece U. RUFFOLO, *Letture de patronage e responsabilità aquiliana*, in *Dir. impr.*, 1984, I, p. 467, con riguardo alla lettera di *patronage*). Esso è sempre, e comunque, in un'attività di controparte che può condurre a un risultato positivo. Non si tratta però, nemmeno, di una promessa che rimane inadempita o comunque violata. Il fatto è che il soggetto, fornendo l'informazione, fa nascere (ove vi siano i requisiti di serietà) l'aspirazione a questo esito, e contestualmente tradisce la stessa. La norma di buona fede lesa è quella che impone di non far nascere affidamenti inutili o dannosi; se si vuole, si dirà che è pure quella che prescrive di non arrecare ulteriori danni ove non si voglia esaudire l'affidamento. La duplicità (che a mio avviso si risolve, ritenendo violata sempre e solo la prima direttiva di correttezza menzionata) ricorda da vicino quella sottesa all'art. 1338 c.c., su cui mi sono soffermato nell'ambito del § 9 di questa Parte.

¹³⁵⁸ Oltre che da considerazioni inerenti all'attuale conformazione dei mercati finanziari, all'importanza di certi servizi resi, alla loro pericolosità, al grado di controllo su certi enti, all'impossibilità per il privato di accedere alternativamente a certe informazioni (che rende molto probabile il suo affidamento), e così via.

¹³⁵⁹ Fermo restando che l'idea di un affidamento nato e subito leso non è contraddittoria, né frutto di una finzione: l'affidamento resta a un'attività eventuale, e viene leso immediatamente da una prestazione in pretesa soddisfazione dell'interesse legittimo (ma che, in realtà, è inesatta, e dunque non

In particolare, già ho detto che chi interferisce in una trattativa altrui provoca il nascere di un interesse legittimo protettivo in capo alle parti. Questa prospettiva tende a considerare i soggetti che forniscono informazioni come ‘parti’ della trattativa, rendendoli responsabili per lesione di un interesse legittimo protettivo, secondo quanto avviene normalmente per l’intrusione di terzi nelle negoziazioni (anche se future). Di certo, chi riceve l’informazione potrebbe contare tanto su questa tutela, quanto su quella dell’interesse legittimo pretensivo positivo, ove se ne dessero gli estremi (ed emergesse la necessità: ad esempio, se l’informazione fosse usata nuovamente, ma in un diverso ambito)¹³⁶⁰.

dà soddisfazione, e anzi conferma il fatto che l’affidamento aveva per oggetto una soddisfazione solo eventuale). Seppur con riferimento a fattispecie diversa, v. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 23. La mia idea non va incontro, ritengo, alla critica di E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 251, secondo cui i teorici dell’obbligazione senza prestazione in tema di «informazione che ingenera affidamento» si trovano dinnanzi al «non semplice ostacolo teorico di dover configurare nell’affidamento ingenerato con la dichiarazione inesatta, al tempo stesso, il fatto che *ex lege* dovrebbe essere fonte dell’obbligazione e il fatto che, al contempo, realizza l’inadempimento». In realtà, l’informazione veicola, come dicevo, la situazione affidante; chi la recepisce (a patto che sia provata la serietà, qui declinabile, come dirò, secondo i criteri della ragionevole prevedibilità, ovviamente a patto che il soggetto che fornisce l’informazione manifestasse una assunzione di responsabilità verso la platea del pubblico) deve compiere azioni da cui si comprenda il suo obiettivo affidamento. Queste, nel venire compiute, concretano il sorgere dello stesso interesse legittimo: ma non è l’affidamento a costituire fonte e inadempimento. Da un lato vi è il fatto da cui sorge il rapporto, dall’altro vi è il fatto che lede l’interesse legittimo. La loro sovrapposizione nell’informazione (tra l’altro parziale, visto che vi è necessità pure che l’informazione sia assunta e su di essa vi sia affidamento) è casuale, come altrove ho detto. Infine, è da sottolineare anche che l’assurdità di una situazione giuridica nata adempiuta o violata è tale ove questa nascita sia solo il pretesto per veicolare un risarcimento; così, da noi – e a differenza che in Francia – si ammette l’effetto reale del contratto senza ormai più supporre (sotto il vigore del codice del 1942) un’obbligazione adempiuta o violata. Altrettanto assurdo sarebbe supporre che chi subisce un danno fisico veda nascere su di sé un diritto di credito a non subire il danno. Ma in tutti questi casi è evidente l’*escamotage*: non vi è nessuna situazione, e la si crea, senza avvedersi che la sua stessa fonte concreta anche ciò che la adempie o la lede. Come accennato, nei nostri interessi legittimi, invece, le cose stanno diversamente, poiché la fonte dell’affidamento e quella della lesione, se pur fenomenologicamente sono in un certo senso sovrapposte, non coincidono, e corrispondono a qualificazioni, pure sociali, ben diverse di un fatto.

¹³⁶⁰ La seconda forma di responsabilità richiede, a monte, la serietà delle circostanze; la prima, invece, l’interferenza nelle trattative (che, a sua volta, ne richiede la conoscenza o la conoscibilità con una diligenza minima, oppure la previsione o prevedibilità secondo criteri di normalità ed adeguatezza). Non si deve ritenere, però, che qualsiasi informazione data a un contraente ricada in quest’ultimo ambito: da un lato, si dovrà verificare che vi sia vera e propria interferenza (e dunque che, per le modalità e le circostanze, si possa ritenere che chi dà l’informazione sia a conoscenza della trattativa o possa facilmente ipotizzare che l’informazione verrà usata in una trattativa); dall’altro, si dovrà controllare che vi sia stata una lesione della buona fede (la quale non impone di per sé di dare informazioni solo se esatte, ma di garantire la diligenza e la scrupolosità allorché non ci si limita a fornire consigli di massima). E, anzi, come a breve chiarirò, la stessa interferenza postula un ruolo attivo (e, di fatto, serio) del nuovo soggetto all’interno della relazione altrui. Non ritengo, invece, che i requisiti in parola possano essere aggirati o superati dal dolo (così invece E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 246): semmai è possibile – ma lo è in via generale – che una condotta, anche informativa, connotata da un dolo specifico costituisca ipotesi di responsabilità, pure ove non ricorrano gli elementi costitutivi di un interesse legittimo (ché, se ricorressero, la tutela offerta da questa posizione toglierebbe campo all’altra in parola). Si tratterà della violazione di una norma di protezione (quella, di cui ho già detto, che vieta di porre in essere atti connotati da dolo specifico); vi sarà dunque un risarcimento in via aquiliana.

L'obiezione, che potrebbe essere sollevata a questa tesi, sta nel fatto che in talune ipotesi l'informazione viene fornita prima ancora che vi sia trattativa; e, anzi, talvolta addirittura essa 'vaga' prima di venire recepita da un soggetto – non individuabile *ex ante* – che su questa base inizia una trattativa, vedendosi ingiustificatamente protetto da un affidamento nato *ex post* (così massimamente nel caso delle agenzie di *rating*).

La critica, però, non coglie nel segno. Quanto al primo punto, a suo tempo ho già detto che la sola prevedibilità, basata su elementi evidenti e univoci, dell'utilizzo ragionevole e normale che il destinatario dell'informazione farà di essa (ossia, la sua valorizzazione in una trattativa, anche futura), è sufficiente elemento costitutivo per la nascita dell'interesse legittimo protettivo in parola, poiché in essa vi è comunque quella 'interferenza' necessaria (e per l'appunto sufficiente).

Con riferimento al secondo (che attiene a un dubbio estendibile anche all'altra ricostruzione cui poc'anzi facevo cenno, in termini di interesse pretensivo negativo), bisogna tener conto del fatto che i rapporti giuridici, i quali, in quanto tali, non legano mai un soggetto verso tutti gli altri *cives*, possono comunque moltiplicarsi; la necessità, in questa prospettiva, è che non vengano meno gli elementi della differenziazione e della qualificazione, necessari per individuare in concreto la fonte di un interesse legittimo, e che il concetto di rapporto giuridico non si annacqui in una totale indistinzione¹³⁶¹. Il che è rispettato, qualora si concluda nel senso che l'interesse legittimo protettivo sorge solo in capo a quanti, oltre a iniziare una trattativa

Lo stesso mancherà se Tizio, consapevole dell'erroneità dell'informazione, la fornisce solo per levarsi di torno uno scocciatore.

¹³⁶¹ Il rischio è, in effetti, che si perda di vista il concetto di rapporto giuridico, finendo per creare relazioni tra un soggetto e una massa informe di soggetti (il che si esporrebbe alla critica della tesi allariana, relativa all'esistenza di una moltitudine rapporti – nei diritti reali – tra titolare del diritto e altri *cives*), o per lo meno di rinvenire rapporti tra soggetti che di per sé non sono legati. Non mi pare un pericolo, invece, supporre che un rapporto vi sia anche tra persone che non si conoscono (se è vero che la situazione affidante può essere veicolata dall'informazione); quest'obiezione sottende una certa confusione tra *fonte* del rapporto (in cui giocano un ruolo prevedibilità, conoscibilità, contatto serio, e via dicendo) e *rapporto* (che, di per sé, può esistere anche tra soggetti che mai si sono avvicinati: se una legge, per quanto assurda, imponesse a Tizio di pagare 100 a Caio, stento a credere che non si rinverrebbe in questa relazione un rapporto obbligatorio). Così, anche il requisito, che poc'anzi ponevo, della 'prevedibilità' non ha nulla a che fare con la (necessaria) individuazione, prima del danno, dei soggetti che possono essere colpiti dal danno stesso. Mi spiego: se si supponesse che il comportamento causativo del danno è, nelle nostre ipotesi, precedente all'instaurarsi del rapporto giuridico, dovrebbe per forza di cose propendersi per la responsabilità aquiliana (v. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., p. 137). Ma così non è: l'interesse legittimo sorge sempre prima del danno. La prevedibilità attiene al fatto che il soggetto passivo crei davvero una situazione affidante (interesse legittimo pretensivo da contatto) o interferisca davvero in una trattativa (interesse legittimo protettivo). In seguito, però, dovrà verificarsi pure l'individuazione: ossia che determinati soggetti abbiano fatto affidamento, o abbiano subito l'interferenza nella trattativa. Solo questo secondo elemento consente di ritenere sorto il rapporto; ed esso precede (di norma anche temporalmente, per lo meno di un istante) il danno (se si vuole, si dirà che talvolta è contestuale, ma logicamente distinto dal fatto che produce il rapporto: per cui non potrà opporsi che la mia tesi crea obbligazioni che nascono inadempite, giacché la coincidenza è casuale).

avvalendosi in qualche modo dell'informazione, siano pure i prevedibili singoli (pur nella loro molteplicità) destinatari dell'informazione stessa.

In altri termini, quanto ai destinatari dell'informazione, e dunque pure della protezione, non è richiesto che essi siano tutti identificati *ex ante*: è sufficiente la loro prevedibilità¹³⁶², ossia la possibilità di supporre che certi soggetti, secondo un criterio di normalità, vengano in contatto con l'informazione e la usino. Questo contatto risulta imprescindibile, ma anche sufficiente: non si tratta di una vera e propria individuazione preliminare, ma di un riflesso del fatto che l'attività del soggetto, dovendo esprimere almeno un'assunzione di responsabilità (come specificazione della serietà o dell'interferenza in una trattativa prevedibile o conoscibile), non possa essere rivolta alla generalità dei *cives*¹³⁶³.

¹³⁶² La prevedibilità cui mi riferisco non è l'identificabilità *ex ante* dei singoli che potranno affidarsi; è, semplicemente, la possibilità per colui che crea la situazione affidante (anzi, in generale, per un osservatore obiettivo: e in questo senso si potrebbe parlare di *ragionevole prevedibilità*) di comprendere che la sua attività, indirizzata verso una platea e un pubblico esteso, verrà interpretata come situazione affidante, su cui nascerà un'affidamento (aspirazione nell'avere un risultato positivo: ossia l'informazione [esatta]), oppure che la sua attività eserciterà un'effettiva interferenza in una trattativa futura. La limitazione in parola non fa che declinare la serietà (negli interessi legittimi pretensivi negativi) e l'interferenza (nella trattativa, negli interessi legittimi protettivi). Si tratta, in un caso, di verificare se l'informazione veicola in sé un ulteriore messaggio, che potrebbe così sintetizzarsi: 'io, soggetto X, vi rassicuro sul fatto che vi fornirò un'informazione esatta, e mi prendo carico di questo'; nell'altro, di comprendere se il 'soggetto X' può rendersi conto dell'effetto che la sua informazione può avere in una futura trattativa. In definitiva, non mi trovo d'accordo con i criteri cui ha in passato fatto riferimento la giurisprudenza inglese, richiamati da C. VON BAR, *Negligence, Eigentumsverletzung und reiner Vermögensschaden. Zu den Grenzen der Fabrlässigeitshaftung für reine Vermögensschaden in der neueren Entwicklung des Common Law*, in *RabelsZ*, 1992, p. 425. Declino così la «destinarietà ragionevolmente prevedibile», che è criteri per la selezione del danno risarcibile in F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., p. 561 ss., e spec. p. 566 s., e pure il decalogo di cui alle p. 576 s. (mentre non sono d'accordo sul fatto che, in questi casi, non vi sia rapporto *ex ante*, ma solo un 'collegamento'; segue Busnelli, invece, E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., p. 249 ss.). Anche gli altri parametri cui fa riferimento V. CARELLO, *Sulla c.d. responsabilità*, cit., p. 347 s. (in particolare la 'dominabilità' di certi soggetti, la ragionevole e legittima presunzione che certi soggetti siano ritenuti destinatari di informazione, il fatto che costoro abbiano compiuto azioni sulla base di questa dichiarazione) costituiscono, a mio avviso, coniugazioni della direttiva che ho proposto.

¹³⁶³ Dunque, si deve concludere nel senso che vi è – ai fini degli interessi pretensivi – affidamento e assunzione di responsabilità, e contatto serio, anche se tra le parti non vi era rapporto fisicamente inteso, o comunque conoscenza. Allo stesso modo – ai fini degli interessi protettivi, sempre da contatto – è sufficiente un affidamento che nasca sulla base di un'attività oggettivamente volta a interferire in una trattativa presente e futura di soggetti che, ancorché non determinati o determinabili *ex ante*, siano differenziati. La determinazione individuale, in sostanza, è necessaria per distinguere dalla moltitudine: ma, una volta che ciò avvenga, diventa funzione del giudizio di serietà del contatto produttivo dell'affidamento. In questo senso coniugherei l'idea di B. ZUFFI, *Omessa vigilanza*, cit., § 3, secondo cui «anche un contatto diffuso, purché qualificato dall'affidamento ingenerato dal ruolo istituzionale rivestito da un ente come la Consob, può divenire fonte di responsabilità contrattuale nei confronti di soggetti numerosi, ma individuabili (i risparmiatori che acquistano un certo prodotto finanziario), allorché un obbligo specifico di protezione sia violato (mancato controllo sull'informazione inveritiera dell'investimento sollecitato)».

Ovviamente, quanto ho scritto vale per la situazione affidante¹³⁶⁴. Ciò non toglie che, affinché sorga l'interesse legittimo, è necessario che vi siano dati obiettivi che permettano di ritenere che un certo soggetto abbia, concretamente, fatto affidamento (interesse pretensivo negativo) o iniziato una trattativa (o per lo meno compiuto atti che fanno scorgere l'intenzione di iniziarla; interesse protettivo).

Queste considerazioni permettono, tra l'altro, di guardare sotto nuova luce anche il problema dell'affidamento da contatto: se esso, quando aveva ad oggetto interessi legittimi pretensivi, abbisognava di un 'contatto serio' in cui si esprimesse la 'situazione affidante', il medesimo, allorché si riferisce a interessi legittimi protettivi¹³⁶⁵, richiederà o un (preteso) esercizio di una pretesa o di un diritto potestativo, che sia percepibile come reale e attuale (e dunque serio), oppure un'interferenza, che sia – di nuovo – effettiva, in un diritto di credito o in una trattativa.

Si tratta, pur sempre, di elementi relativi alla differenziazione e alla qualificazione: non tutti i contatti permettono la nascita di interessi legittimi, giacché la differenziazione di per sé non risulta sufficiente; è anche richiesta una qualificazione. E quest'ultima, per l'appunto, richiede, ad esempio, che il contatto sia volto a esercitare una pretesa posizione giuridica (relativa) attiva, e che tale esercizio non scada in un mero proposito, in un intento vacuo, se non addirittura in uno scherzo. Oppure, ancora, che alla controparte di un rapporto di credito o di una trattativa (nel qual caso il contatto assume notevoli peculiarità, giacché si instaura con un altro soggetto e per il suo tramite, e non direttamente con il titolare dell'interesse legittimo) si avvicini un soggetto che, con la sua attività, appaia interferire nella previa (o futura) relazione: il che, per l'appunto, impone di verificare, da un lato, se il soggetto è al corrente di questa relazione e, dall'altro, se egli, per la serietà della situazione, possa davvero 'interferire' (e non voglia, magari, semplicemente esprimere un'opinione, senza alcuna efficacia causale su un'eventuale lesione dei beni altrui).

¹³⁶⁴ La serietà dell'affidamento e l'interferenza effettiva nelle trattative, si badi, non replicano il criterio della *proximity* adottato un tempo in *common law* (sul punto v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 508 ss.); piuttosto, ripropongono l'idea della distinzione tra «terzo *tout court*» e «colui in vista della cui informazione ... la revisione contabile sia stata svolta». Ovvio che, più il soggetto che fornisce l'informazione è apicale (ad esempio, Consob o società di *rating*), più può attendersi che i terzi ragionevoli destinatari si amplino (e così si assumerà maggiori responsabilità, manifestando verso una platea più ampia di soggetti serietà o interferendo effettivamente in numerose trattative o negoziazioni). Più, invece, specifico è il riferimento dell'attività del soggetto a una situazione definita, meno ampi saranno i confini dei soggetti che potranno confidare nella sua condotta. Il che corrisponde all'esigenza, avvertita in dottrina, di distinguere creditori, terzi particolarmente qualificati («soggetti determinati in vista del cui investimento nella società o della concessione di credito a quest'ultima la revisione può essere condotta») e terzi *tout court*, là dove vi sia una disposizione (com'era l'art. 164 t.u.f., oggi ripreso dall'art. 15, d.lgs. 39/2010) che consente un risarcimento verso «i terzi danneggiati», formulando dunque una norma di protezione, nell'ambito dell'attività di revisione contabile (v. pure *ivi*, p. 516). Su questi punti v. comunque anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, cit., p. 207 s.

¹³⁶⁵ Sugli interessi legittimi protettivi da contatto avevo svolto un cenno nel § 8 del Capitolo primo di questa Parte.

L'altra prospettiva per configurare, nei casi peculiari prima menzionati, una responsabilità per consigli inesatti potrebbe valere per i casi di soggetti istituzionalmente tenuti a fornire informazioni (ad esempio, la Consob) e per le ipotesi in cui esse vengono rilasciate in adempimento di contratti conclusi con altri soggetti, e in specie con uno dei due contraenti¹³⁶⁶. Anzi, tutto il discorso che svilupperò ora potrebbe estendersi ai 'contratti con effetti protettivi'¹³⁶⁷.

Essi, in particolare, sono i contratti il cui adempimento si riflette immediatamente su di un altro soggetto, il quale, in virtù della sua specifica posizione (ancora: differenziata e qualificata) può contare su un'attività che si conformi a buona fede. I casi – discussi specialmente dalla dottrina tedesca – sono quelli della famiglia del conduttore rispetto al locatore, o del nascituro¹³⁶⁸ rispetto al medico, nell'ambito del contratto concluso dalla partoriente. Solitamente si scrive che, in queste ipotesi, un soggetto è esposto al rischio di danni, a causa dell'esecuzione del contratto con la controparte; tuttavia, a me sembra che questo non comporti una configurazione della tutela nei termini di un mero interesse legittimo protettivo.

Ciò cui aspira il terzo, infatti, non è semplicemente di non ricevere danni da un certo contratto; piuttosto, egli vorrebbe che esso fosse esattamente adempiuto, per trarne un'utilità in prima persona¹³⁶⁹. E tale utilità, si badi, non è tutelata solo in

¹³⁶⁶ Ad esempio, nel caso in cui Tizio si rivolga a Caio per ottenere un'informazione, che viene poi utilizzata anche da Mevio, futura controparte contrattuale, o perché sia effettuata una perizia sul bene da vendere, e così via.

¹³⁶⁷ Su cui v. M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 39 ss.; ID., *Il risarcimento*, cit., p. 209 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., p. 198 ss.; E. MOSCATI, *Profili attuali*, cit., p. 73 ss.; M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile*, cit., p. 67 ss.; L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 238 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 126 e 174 ss., nonché ID., *Problema*, cit., 229 ss., e ID., voce *Obblighi*, cit., p. 7 (nota la tesi dell'autore che collegava questa figura e la responsabilità del produttore). Per la dottrina tedesca: K. LARENZ, *Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen*, in *NJW*, 1960, p. 77 ss.; J. GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnahe*, in *Festschrift für Arthur Nikisch zum 70. Geburtstag am 25.11.1958*, hrsg. von E. Nöttischer, Tübingen, 1958, p. 249 ss.; E. VON CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 59 ss.; C.-W. CANARIS, *Norme*, cit., p. 810; ID., *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, in *ZHR*, 1999, p. 215 ss.

¹³⁶⁸ L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 32 e 44 ss. In giurisprudenza v. la nota sentenza Cass. civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503.

¹³⁶⁹ A dire il vero, in alcuni esempi tratti dall'ordinamento tedesco pare proprio che il fine delle parti sia quello di non subire danno dall'attività altrui (v. il noto *Gasuhrfall*, deciso dal Reichsgericht negli anni Trenta, della domestica ferita da una perdita della caldaia a gas e della sua pretesa nei confronti dell'impresa con cui la datrice di lavoro aveva stretto un contratto: cfr. E. MOSCATI, *Profili attuali*, cit., p. 77). In realtà, anche in questo caso l'interesse non è quello a non subire danno attraverso il mancato esercizio di un'attività potenzialmente lesiva altrui, ma quello a non subirlo attraverso il corretto esercizio di quest'attività. Sarà, concretamente, la buona fede a selezionare ciò che è davvero tutelato (non vi è di norma illecito, dunque, se l'impresa non adempie affatto; e comunque mancherebbe qui un vero e proprio danno). Accade, qui, che un soggetto si sia procurato una prestazione, e che questa si rifletta però su tutta una serie di persone che si trovano a doverla subire; la protezione parrebbe però più giustificata in capo a chi ha anche interesse di per sé all'esecuzione della prestazione, e meno nei confronti di chi ne è indifferente. Tuttavia, nel momento in cui se ne deve per l'appunto 'subire' l'esecuzione, si può ritenere che chiunque ne desideri per lo meno una corretta esecuzione, e che per

negativo (ossia per i danni che la sua mancanza, o la sua inesattezza, procura). Essa, infatti, non è oggetto di un affidamento che deriva dal contatto: tanto più che i terzi, toccati dal contratto altrui, non perdono la possibilità di rivolgersi altrove per ottenere il bene della vita cui aspirano (giacché esso viene già fornito dal contraente in parola, con effetto verso la controparte e verso i terzi¹³⁷⁰).

Viceversa, a me sembra che la differenziazione e la qualificazione dei terzi debbano tradursi nel dovere di rispettare un interesse legittimo pretensivo positivo: non è infatti tutelata l'aspirazione dei terzi come diritto, ma è tutelato l'interesse finale (positivo) nei limiti della buona fede. Così, il medico potrà farsi sostituire da un altro medico durante l'operazione, anche contravvenendo alla regola contrattuale che imponeva (in ipotesi) di eseguire personalmente l'intervento, ma senza ledere l'interesse legittimo pretensivo positivo; ancora, il medico potrà comunicare per tempo la sua volontà di non seguire il parto, anche ove ciò non sia assistito dalla giusta causa *ex* art. 2237 c.c. – intesa come limite interno, e non esterno, del potere di recesso¹³⁷¹ –, senza che ciò integri violazione della buona fede nei confronti del nascituro.

Essenziale è, però, che questi terzi siano fin da subito riconoscibili dall'altro contraente, e dunque siano individuati o individuabili: questo perché, altrimenti, si esporrebbe il debitore a una responsabilità eccessiva.

Tornerò a breve su questa categoria, dopo essermi brevemente soffermato su un altro caso tipico di interesse legittimo pretensivo negativo.

11. *d*) responsabilità del medico

l'effetto sia tutelata l'aspirazione al bene finale. Alternativamente, supporre che in questi casi non vi sia un vero e proprio contratto protettivo, e che la lesione arrecata al terzo semmai si rifletta sulla posizione del creditore (che è danneggiato, in tanto in quanto *ex* art. 2087 c.c. potrebbe dover risarcire il danno); in tal caso, tutt'al più, potrebbe immaginarsi un'azione surrogatoria. Senza dire che la protezione assicurata dalla responsabilità extracontrattuale, in questi casi, sarebbe nondimeno sufficiente. Ma è forse proprio la solita ambiguità insita nell'art. 2087 c.c. a rendere complicata questa problematica: ove s'intendesse questa disposizione come norma 'promozionale', come vero e proprio diritto di credito, potrebbe più facilmente supporre la natura pretensiva del nostro interesse legittimo. A parte queste due ricostruzioni, a me sembra che quella preferibile sia però una terza, secondo cui taluni contratti con effetti protettivi farebbero nascere, in capo al terzo, un interesse altrettanto protettivo, ogni volta in cui questi non sia interessato alla prestazione o ad altri beni, ma solo a tutelare la sua sfera, messa in pericolo da una prestazione che subisce. Questo interesse legittimo protettivo, così come altri (quello post-contrattuale, ad esempio), sarebbe privo di una vera e propria 'eventualità': o, meglio, l'eventualità starebbe tutta nel rischio di subire danni.

¹³⁷⁰ In altri termini: il nascituro non 'perde la possibilità' di rivolgersi a un diverso ginecologo, giacché uno e uno soltanto è quello che può assistere la gestante. L'interesse negativo, in altri termini, è tutelabile ove non concorra con un interesse positivo sicuramente protetto.

¹³⁷¹ In dottrina sono presenti entrambe le opinioni: cfr. G. MUSOLINO, sub *art. 2237 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, p. 567.

La costruzione dell'interesse legittimo pretensivo negativo potrebbe fornire uno schema dogmatico in cui inserire la prestazione del medico¹³⁷² svolta al di fuori di un contratto (che solitamente è concluso tra paziente e casa di cura¹³⁷³).

Varie sono le tesi che si sono contese il campo a tal riguardo: a parte il riferimento alla casa di cura, verso cui genericamente si vuole rinvenire una responsabilità contrattuale, si è ritenuto talvolta che il medico risponda aquilianamente, talaltra contrattualmente¹³⁷⁴ (magari in concorso). Oggi la Cassazione ha mostrato di aderire alla tesi di Castronovo dell'obbligazione senza prestazione, pur – come ho già accennato – declinandola in forma errata, fino a dar vita a un *monstrum* giuridico: l'obbligazione di prote-stazione¹³⁷⁵.

¹³⁷² Su questi punti cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 475 ss., nonché *Ritorno*, cit., p. 704 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 29 ss. V. in generale F. CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1997, §§ 1 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica*, cit., p. 325 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 2505 ss., e, più di recente, R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 117 ss., nonché R. FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2013, p. 1 ss.; A. GNANI, *Responsabilità del medico da contatto sociale: brevi dubbi*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 471 ss. In giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589 (con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione*, cit., p. 441 ss., e di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione*, in *NGCC*, 2000, I, p. 334 ss.), nonché Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577 (con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Giur. it.*, 2008, p. 7 ss., e di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, p. 871 ss.). Quest'ultima decisione ha forti ricadute sul regime della responsabilità contrattuale; ma di questo mi interesso, in nota, poco più avanti.

¹³⁷³ Fermo restando – dal punto di vista pratico – che la responsabilità della casa di cura di norma tutela efficacemente il paziente (salvi, tutt'al più, i casi di suo fallimento, e a patto che il medico stesso sia assicurato). Sul contratto di 'spedalità' v. F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 710 ss.

¹³⁷⁴ Così G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 313, secondo cui il medico ausiliario ex art. 1228 c.c. è terzo rispetto al cliente, «e risponde per atto illecito». V. pure A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 265.

¹³⁷⁵ V. di nuovo la decisione 589/1999, e poi C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 706 (ma già ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 486 ss.). In dottrina «padre nobile», secondo le parole dello stesso Castronovo, dell'idea sottesa all'argomentazione (per vero, non sincera, o forse semplicemente non del tutto consapevole) della Cassazione è A. DI MAJO, *L'obbligazione*, cit., p. 449 s. (ma v. pure ID., *Profili della responsabilità civile*, cit., p. 74 ss.). Non distantissimo da quest'ottica è A. NICOLUSSI, *Sezioni*, cit., p. 874 («la particolarità della obbligazione di protezione, fuori dalla cornice di un rapporto obbligatorio ordinario o di un contratto, è soltanto di costituire una pura figura di responsabilità da inadempimento, un diritto di credito [alla protezione] senza pretesa: il paziente non ha diritto di esigere l'adempimento verso quel medico determinato, ma, una volta che il medico abbia prestato il suo servizio, la valutazione dell'inadempimento di quella che è un'obbligazione puramente di protezione deve essere condotta alla stessa stregua della prestazione professionale esigibile in una situazione analogo»). V. pure A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3338 ss.

Applicandovi l'idea dei rapporti di interesse legittimo, si potrebbe concludere nel senso che il medico, per la sicura serietà dell'attività che svolge, fa nascere un affidamento psicologico in capo al paziente, obiettivamente riconoscibile, che si traduce in un interesse legittimo (affidamento oggettivo). Anzi, anche qualora gli elementi soggettivi manchino (paziente privo di facoltà intellettive), dovrà comunque sussistere la nascita di un interesse legittimo: ma di questo parlerò a breve.

Quanto alla prima evenienza, va anzitutto notato che la prestazione sanitaria di norma si svolge al di fuori di un contratto, e pure al di fuori di un rapporto di cortesia di tipo 'liberale'¹³⁷⁶. A dire il vero, la ricostruzione in termini di interesse legittimo sembrerebbe a rigore fondata solo nei casi in cui manchi un qualsiasi contratto di ospedalità con la casa di cura, e la prestazione venga svolta dal medico sulla base di un accordo nullo, di una mera cortesia, e così via (un po' come quella dell'avvocato che promette, ma non contrattualmente, di difendere un assistito).

Questo perché, ove subentri anche la casa di cura, il medico viene degradato ad ausiliario *ex art. 1228 c.c.*¹³⁷⁷, ed è difficile immaginare che un ulteriore affidamento lo leghi al paziente. Tuttavia, la giurisprudenza – pur oggi con alcuni dubbi, alla luce del recente decreto Balduzzi¹³⁷⁸ – è di quest'avviso¹³⁷⁹: e potrebbe trovarsi uno spazio per

¹³⁷⁶ La prestazione del medico dipendente avviene *ex art. 1228 c.c.*; in questo senso non può essere assimilata a un pagamento del terzo (*contra*, ma dubitativamente, E. NAVARRETTA, *Riflessioni*, cit., p. 2428).

¹³⁷⁷ D'altro canto, la mia idea – per cui non vi sarebbe interesse legittimo verso il medico dipendente, ma potrebbe sussistere verso il medico professionista – cozza contro la teoria dell'obbligazione senza prestazione da contatto sociale, ma è in linea con gli auspici della società civile: in particolare, rinvio al testo elaborato dalla Commissione consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, istituita con decreto del Ministero della Salute del 26 marzo 2015, e presieduta da Guido Alpa. Così già A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 31, nt. 42. A fine gennaio 2016, tra l'altro, la Camera dei Deputati ha approvato un disegno di legge (C. 259, unificato con altri) che al suo articolo 7, comma 3, prevede inequivocamente: «l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile».

¹³⁷⁸ Quanto alla l. 189/2012, di conversione del d.l. 158/2012, v. in particolare (anche per riferimenti alla prima giurisprudenza maturata sul punto) C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1988; D. CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1018 ss.; M. FACCIOI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *NGCC*, 2014, p. 97 ss.; V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013, p. 367 ss. Non mi pare che le nuove norme abbiano alcun rilievo sulla nostra problematica: il decreto stabilisce solo le conseguenze risarcitorie del reato, che, come di norma, sono extracontrattuali (esclusivamente, oppure in aggiunta). In altri termini, escluso il reato, il legislatore ha comunque chiarito che restano ferme le solite conseguenze risarcitorie (dunque, si potrà agire in sede civile per il danno causato dalla condotta in sé considerata, come se costituisse un reato). D'altro canto, se avesse voluto riferirsi alla prestazione medica in sé considerata, la previsione avrebbe escluso perfino l'ipotizzabilità di contratti tra paziente e medico (!). Più complicato è chiedersi se le stesse limitazioni (*rectius*: attenuazioni) risarcitorie valgano anche in caso di contatto o di contratto, ferma restando la diversa natura della responsabilità (la risposta positiva mi sembra corretta, ma non è il caso di soffermarsi). Semmai, comunque, la disposizione mi pare confermare quello che la giurisprudenza già pratica, ossia il concorso tra forme di responsabilità (su cui mi sono già intrattenuto); in questo senso

giustificare quest'idea, sottolineando il carattere personale¹³⁸⁰ della relazione che si viene a creare tra paziente e medico e l'importanza dei beni e della professionalità del prestatore d'opera. Ma se proprio si vuole ritenere legato il medico dipendente verso il privato, sarà preferibile supporre l'esistenza di un interesse legittimo pretensivo positivo¹³⁸¹.

La ricostruzione divisata, che si fonda su interessi pretensivi negativi, potrebbe applicarsi anche ove si ritenesse che tra casa di cura e paziente non sussistano (non si ritengano sussistere) contratti o comunque obbligazioni; in tal caso ci si dovrebbe chiedere se il medico, agendo, rappresenta la casa di cura e, per l'effetto, impegna quest'ultima (*id est*, l'affidamento nasce tra casa di cura e paziente, e magari contemporaneamente anche tra medico – in quanto ausiliario – e paziente), o se la sua opera involge solo la sua responsabilità. Ma di questo possiamo ora disinteressarci.

Sarebbe, nelle ipotesi in parola, il contatto serio a fornire quel 'contatto qualificato' su cui far nascere l'interesse legittimo: un affidamento oggettivo che sorge a tutela di una parte, traendo spunto dal contatto serio e dall'affidamento soggettivo serbato dal paziente, che consapevolmente si affida alle cure altrui, verso il medico.

escluderei che l'art. 2043 c.c. figuri solo 'sullo sfondo' (nonostante il contrario avviso di Castronovo). Esso, invece, è attivabile sia per il tramite del combinato disposto con l'art. 185 c.p. (qui adattato proprio dall'art. 3, l. 189/2012, come poc'anzi dicevo), sia in forma autonoma; sia, poi, può essere ipotizzabile una responsabilità contrattuale.

¹³⁷⁹ Anche se v. Corte App. Venezia, Sez. IV, 16 giugno 2005, secondo cui il medico, salvo nelle prestazioni rese *intra moenia*, risponde in via aquiliana. Si pone il problema (risolvendolo positivamente) lo stesso C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 489 s. La soluzione dell'autore, circa l'esistenza di un concorso, non convince del tutto: giacché un concorso vi è senz'altro (per lo meno tra responsabilità contrattuale del debitore ed extracontrattuale dell'ausiliario), ma il punto è piuttosto quello di comprendere se può nascere un affidamento, e dunque un titolo ulteriore di responsabilità contrattuale (per me: da violazione di interessi legittimi). D'altro canto, come dirò ancora oltre, se si risponde positivamente, si dovrebbe farlo per tutti gli ausiliari; altrimenti, bisogna trovare un criterio atto a distinguere le ipotesi. Ancora: se talvolta la risposta è negativa, allora bisogna ammettere che in certi casi una responsabilità, che comunque non è del passante (tale non è mai l'ausiliario), può ben essere aquiliana (ciò che a me sembra certamente vero: la distinzione tra forme di responsabilità non corre sulla linea della vicinanza – che semmai pone un problema – ma su quella della nascita di posizioni giuridiche – che è la risposta del sistema –).

¹³⁸⁰ In altri termini, non sempre lo svolgimento della prestazione tramite ausiliari consentirebbe di ritenere questi legati da un autonomo dovere di rispettare un altrettanto autonomo interesse legittimo. Ciò avverrebbe solo in tanto in quanto le prestazioni, per la loro intima natura fiduciaria o professionale, richiedessero comunque un rapporto personale tra i soggetti, sovrapposto a quello con la controparte contrattuale. Del resto, nessuno penserebbe mai che il dipendente di banca è responsabile per la falsa informazione, giacché comunque la sua condotta involge la responsabilità dell'ente (e il contatto sorge con quest'ultimo); mentre il professionista, che pure lavora in una struttura, potrebbe far nascere un affidamento personale (v. C. VON BAR, *Zur Haftung*, cit., p. 730). E così pure, allora, nel caso in cui il cliente avesse stretto un contratto con l'ente presso cui il professionista presta servizio. Spunti in tal senso anche in S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 505 (il quale esclude l'operatività dell'art. 1228 c.c.: ma a me non pare che, per aversi responsabilità del medico, si debba escludere che la sua azione impegni anche un altro soggetto).

¹³⁸¹ Interesse legittimo pretensivo positivo nascente non tanto dal contatto serio, quanto da altri fattori affidanti (tra cui gioca un ruolo importante, comunque, la personalità della prestazione).

Il *quantum* del risarcimento, si badi, dovrà essere sempre e comunque parametrato sull'interesse negativo: che, però, non si commisura alle *chances* di guarigione perse, intese come bene a sé stante. Come meglio vedremo oltre, non si tratta qui di un vero e proprio bene: il risarcimento ammonterà alla differenza tra lo stato in cui si trova il paziente e quello in cui si sarebbe trovato se, al posto di farsi curare dal medico in questione, si fosse rivolto altrove, magari chiedendo una prestazione a pagamento (e per mezzo di un contratto, dunque vincolandosi) a un altro medico. Le *chances*, a ben vedere, presuppongono l'azione di un qualche soggetto, e dunque non sono un bene in sé, già appartenente al patrimonio, come se la guarigione potesse accadere di per sé e miracolosamente. Diverso sarà il caso – che si porrà in particolare nell'ipotesi in cui la cura fosse futile, o richiesta da pure esigenze estetiche, o comunque si possa supporre che sarebbe stata rifiutata da un paziente informato o da chi per lui – in cui, in mancanza della violazione della buona fede, si dia la prova che il paziente non si sarebbe sottoposto ad alcun intervento medico.

Il ragionamento ipotetico del giudice dovrà di norma supporre che, in assenza dell'intervento del medico, il paziente si sarebbe potuto rivolgere a un altro medico, concludendo un contratto e dunque assicurandosi una prestazione¹³⁸²; per questo il *quantum* sarà pari alla differenza tra la situazione ipotetica e quella reale, dedotto però il costo della prestazione del professionista (ove essa compaia nella situazione ipotetica). Quest'impostazione, a dire il vero, discende dall'idea, che ho fatto mia, per cui l'interesse legittimo pretensivo negativo nasce da contatto serio, e dunque da un affidamento soggettivo; ove, invece, si prediligesse la tesi del contatto qualificato, si dovrebbero probabilmente ritenere risarcibili solo i danni arrecati al patrimonio e alla persona dalla cura errata¹³⁸³ (giacché la questione, qui, non sta più nel ritenere

¹³⁸² A quest'impostazione si potrebbe obiettare che non sempre il privato riesce a dare questa prova. Ma valgono due osservazioni. Anzitutto, essa non è richiesta là dove il medico eserciti l'attività ai sensi dell'art. 1228 c.c., giacché lì vi sarà un interesse legittimo pretensivo positivo (lo dirò a breve). In secondo luogo, la dimostrazione potrà avvalersi di presunzioni (come l'esistenza di altri soggetti che operano sul mercato). Infine, ove non si riuscisse a dare, ne deriverebbe che il privato può contare su un solo medico per guarire: ma, se così è, vuol dire che egli versa in condizioni d'urgenza, o comunque tali per cui l'unico medico è onerato di intervenire. Come vedremo, anche in questo caso vi è un interesse legittimo pretensivo positivo nascente in capo a quest'ultimo.

¹³⁸³ In altri termini, si porrà il soggetto leso nella situazione in cui sarebbe stato senza danni, ravvisando in questi come altrettante violazioni della buona fede. Ma i danni non sarebbero più, qui, quelli derivanti dall'essersi inutilmente affidati, perdendo altre occasioni di cura; bensì quegli stessi danni che altrimenti rileverebbero in ottica aquiliana. In altri termini, questo rapporto di 'protezione', nascente dalla possibilità di danno che la vicinanza arreca, e dalla facoltà di confidare nel fatto che un professionista eviti però questi danni, tutelerebbe in chiave contrattuale semplicemente beni già protetti aquilianamente, nonché altri danni solo meramente patrimoniali, che non riguardano però l'inutile affidamento (nella mia ottica scriverei: l'interesse legittimo, non derivando da 'contatto serio', si atterrebbe a 'protettivo', e non 'pretensivo negativo'). Sul punto v. C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 706 ss. A dire il vero lo stesso Castronovo, che si avvicina nei suoi scritti all'idea (pur criticata, ma per altri profili – e precisamente per la precarietà della teoria germanica degli obblighi di protezione, se vista solo come meccanismo per sopperire alle deficienze della responsabilità aquiliana – da L. MENGONI, *La parte generale*, cit., p. 286 ss., ripreso dallo stesso C. CASTRONOVO, *La relazione*, cit., p. 58, testo e nt. 7)

per cui gli obblighi di protezione rappresentano un'enclave aquiliana in terreno contrattuale (ID., voce *Obblighi*, cit., p. 3 s.; ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 446 s.; il giudizio è di S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita*, cit., p. 81 s., nonché ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, cit., p. 136 ss., ed è ripetuto da A. IULIANI, *Attività amministrativa*, cit., p. 76; v. pure L. NIVARRA, *La contrattualizzazione*, cit., p. 483 s., nt. 10) non arriva (v. ID., *Eclissi*, cit., p. 148 s.) al punto di ritenere che il rapporto di protezione non sia altro che una finzione legislativa per tutelare contrattualmente beni altrimenti tutelati in sede extracontrattuale (così invece U. BÄLZ, *Die vertragliche Erfüllung*, cit., p. 46 ss., alla luce della *Modernisierung*; in parte già U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen*, cit., p. 865 ss.), giacché per l'illustre autore resta comunque centrale il ruolo della buona fede; ma, come egli stesso avverte, «la suggerita differenza finisce nel nominalismo». L'idea è diversa, a mio avviso, da quella C.-W. Canaris, su cui ho già indugiato, di una terza forma di responsabilità tra quella aquiliana e quella contrattuale, che si appunta sull'affidamento: e ciò tanto perché si tratterebbe di una rilevanza in chiave obbligatoria di una protezione altrimenti rimessa alla disciplina aquiliana, quanto perché la responsabilità sarebbe davvero contrattuale (non conoscendo il nostro ordinamento che la scelta tra queste due forme; cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 688; ma v. pure 693, per l'idea secondo cui il rapporto obbligatorio nasce prima del contratto e con esso si arricchisce solo dell'obbligo di prestazione, che non va però confusa con la teoria della *dritte Spur*, v. pure L. MENGONI, *La parte generale*, cit., p. 287). Bisognerà però chiedersi se (in quest'ottica) anche quelli che extracontrattualmente sarebbero valutati come danni-evento, dovuti però a condotte omissive, siano qui risarcibili (e, dunque, se la mancata guarigione possa rilevare come lesione del bene vita, o delle *chances*) o se siano risarcibili solo i danni arrecati da condotte commissive. In altri termini: accettato che, nell'ottica di Castronovo, siano sanzionabili solo «quei contegni che abbiano prodotto un peggioramento della situazione preesistente, non anche il mancato miglioramento di essa» (L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 65; v. pure C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 485), v'è da domandarsi se la mancata cura, o l'erronea cura, sia da ritenere 'peggioramento' o 'mancato miglioramento' (non basterebbe dire che è un 'peggioramento', giacché si è privato il paziente delle possibilità di farsi curare altrove: giacché questo è risarcibile solo nell'ottica dell'interesse legittimo da contatto). Probabilmente la prima interpretazione è più corretta: quanto al medico, la sua posizione di garanzia verso il bene salute deriverebbe qui probabilmente dall'essersi assunto la tutela della medesima. Così, il medico, anche in virtù della sua specifica professionalità (sempre nell'ottica del contatto sociale), dovrà evitare che il rapporto 'causi danno', ossia che ne esca dimidiata la salute del paziente; dovrà 'conservarne la salute', giacché un eventuale danno gli potrebbe essere imputabile. E, tuttavia, quest'esito a mio avviso mette in crisi proprio l'idea di un affidamento solo da contatto qualificato, che tende ad appiattire anche l'aspirazione a valori nuovi (la prestazione) sulla protezione di valori già assunti al patrimonio, confondendo ciò che, nella dimensione dell'interesse legittimo, deve essere inquadrato nella prestazione (e che tutt'al più può rifluire nel risarcimento dell'interesse negativo). In altri termini: l'interesse protetto qui verrebbe ravvisato in quello a non subire danni (anche inteso nel senso di 'interesse a non subire danni per mezzo di condotte omissive', che verranno considerate fonte di responsabilità in quanto difformi dalla buona fede, alla luce di una norma di condotta che replica le posizioni di garanzia rilevanti in sede aquiliana); ma ciò oscurerebbe il fatto che l'interesse finale tutelato è viceversa quello a godere della prestazione, che pure viene protetto solo in negativo e nei limiti della lesione della buona fede (per un cenno significativo, anche se in merito a un esito non conforme al mio, v. anche M. PARADISO, *La responsabilità medica*, cit., p. 331). In un certo senso, il primo modello replicherebbe quello degli illeciti omissivi (impropri), i quali proiettano sul piano statico della responsabilità aquiliana (volta a difendere valori già assunti alla persona e al patrimonio del soggetto leso) aspettative di comportamento altrui, necessitando, per farlo, da un lato di avvalersi delle posizioni di garanzia, dall'altro di guardare al bene leso in modo piatto, senza considerare le sue naturali evoluzioni (ad esempio, la salute è lesa dal medico che sbaglia l'intervento, ed essa va considerata come un bene pienamente sussistente nella sfera patrimoniale e personale del danneggiato, benché minacciato da una patologia idonea a portare a un evento, che il medico ha il dovere di impedire). Il secondo modello invece riproduce quello davvero degli interessi legittimi pretensivi negativi, ed è dogmaticamente più fondato: giacché il primo rischia di cadere in una petizione di principio (da cosa nasce l'obbligo di impedire l'evento, se dal contatto qualificato sorge semmai l'obbligo di evitare i danni che dalla vicinanza possono derivare? la fonte, in effetti, non può che essere l'affidamento che ha portato a preferire un medico a qualsiasi altro). Ciò non toglie che eventuali condotte omissive possano rilevare, pure nell'ambito di interessi legittimi protettivi (o nella parte protettiva di interessi legittimi pretensivi:

inutilmente nato l'affidamento, ma nel ritenere lesi certi beni nell'esecuzione, pur non dovuta, di una prestazione).

Tra l'altro, la lesione della buona fede avverrà, a mio avviso, ogni qual volta l'esecuzione della prestazione non sia conforme alle regole della diligenza (come sempre avviene nel caso di obbligazioni – qui: prestazioni – di mezzi)¹³⁸⁴.

possono essere tali, d'altro canto, gli 'obblighi di informazione'; v., con riguardo alla teorica degli obblighi di protezione, E. MOSCATI, *Profili attuali*, cit., p. 72); a distinguere queste ipotesi da quelle di veri e propri interessi pretensivi (nella loro parte in senso stretto di prestazione) è sempre il tipo di interesse che l'ordinamento protegge (seppur eventualmente), e dunque la considerazione che ha dell'attività del soggetto passivo (in altri termini: la sovrapposizione di un interesse per così dire di spettanza annulla ogni rilievo protettivo, così come avviene nel diritto di credito vero e proprio alla cura). E pure, forse, tale tipo di tutela potrebbe emergere anche nell'ambito dell'interesse legittimo verso il medico, ogni qual volta non si potesse dare la prova di altre occasioni perse (come nei confronti del medico di una struttura sanitaria con cui è concluso un contratto; salvo in tal caso non si preferisse – secondo quanto a me sembra meglio – una ricostruzione nei termini di interesse legittimo pretensivo positivo, dettata in particolare dalla specifica relazione che emerge tra ausiliario *ex art. 1228 c.c.* e paziente, oltre che dall'emergere degli altri elementi su cui mi soffermerò oltre: il problema della diversa, e qui contestata, idea sta a mio avviso nel fatto che si vengono a sovrapporre la responsabilità omissiva per assunzione di una garanzia e la situazione da cui deriva la qualificazione dell'interesse legittimo, e quindi a riversare nel contenuto della nostra posizione giuridica qualcosa che a rigore appartiene alla sua fonte). Se il mio ragionamento, come credo, è corretto, si riescono anche a spiegare talune perplessità della dottrina dinanzi alla costruzione di Castronovo (v. ad esempio A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 27, nonché ID., *Profili della responsabilità civile*, cit., p. 77), nonché la 'fuga in avanti' (o indietro?) della Cassazione, verso una prestazione senza obbligazione. Il rapporto in parola, definito solo 'protettivo', non collima con la realtà, che richiede al giurista di trovare una figura rispondente all'aspirazione a una prestazione: per l'appunto, l'interesse legittimo pretensivo negativo. Si comprende così anche l'atteggiamento della giurisprudenza, che si allontana facilmente e quasi inevitabilmente (come se non riuscisse a tenersi aggrappata a una parete scivolosa) dal concetto di protezione, per rifluire in quello di prestazione (v. le osservazioni di L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 53 ss.).

¹³⁸⁴ Non posso più rinviare una breve parentesi sulla responsabilità contrattuale: che, premetto, intendo qui – come ho sinora inteso in questo lavoro – ricostruire senza disallinearmi, se non per pochi profili, da Mengoni (i cui interventi sul tema ho già citato *supra*, al § 5 del Capitolo secondo della Parte Prima). Fermo restando che, come spesso ho scritto, le obbligazioni sono tutte di risultato, giacché tutte mirano a soddisfare un interesse attribuendo un bene (che altro non è che il compimento dell'attività debitoria), è pur vero che la contrapposizione mezzi-risultato ha un suo senso (in altri termini le obbligazioni di mezzi e di risultato soggiacciono a criteri analoghi: soltanto che, di norma, per quelle di risultato si valorizzerà la prova liberatoria, per quelle di mezzi invece la prova dell'avvenuto adempimento). Precisamente, nel caso di obbligazioni di risultato il creditore potrà limitarsi ad allegare il mancato adempimento o a provare quello inesatto (come a suo tempo dimostravo, l'inesattezza non può essere solo allegata, ma va provata). Il debitore proverà invece o di aver adempiuto (di aver esattamente adempiuto), e cioè che il risultato si è prodotto, o che la mancanza del risultato (o dell'esatto risultato) è dipesa da causa a lui non imputabile: la prima prova sarà limitata a casi di scuola, giacché il risultato, nelle obbligazioni omonime, è autoevidente; la seconda invece è più comune, e concreta quella prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c. (il debitore dimostrerà di essersi diligentemente sforzato di mantenere possibile la prestazione; il creditore, dal canto suo, potrà invece provare la mancata diligenza, e cioè la colpa in funzione della causa sopravvenuta – la sua prevedibilità ed evitabilità, v. F. PIRAINO, *Sulla natura*, cit., p. 1063 –; tutto questo, poi, non varrà per le obbligazioni *ex recepto*, L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., § 11, nel cui ambito il legislatore, invertendo il criterio, crea una responsabilità oggettiva ma non stocastica, cui ci si può dunque sottrarre solo sul piano del nesso causale). Nell'ambito delle obbligazioni di mezzi, invece, il creditore di norma affermerà che il debitore non ha esattamente adempiuto; tuttavia, per dimostrarlo, dovrà dimostrare come si è dipanata l'attività del debitore, e come invece avrebbe dovuto svolgersi per mantenersi aderente alla diligenza richiesta per

i mezzi prestati. Non potrà, quindi, limitarsi a provare il suo attuale stato, allegando che l'esatto adempimento l'avrebbe fatto trovare in una situazione diversa (così invece F. PIRAINO, *Obbligazioni*, cit., *passim*; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni 'di risultato' e delle obbligazioni 'di mezzi': la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contr.*, 2014, p. 904; v. pure C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 325). Se così fosse, infatti, si renderebbe oggetto di discussione il 'come si sarebbe trovato il creditore con un adempimento esatto': ma questo è proprio quello che non può essere oggetto di discussione, giacché nelle obbligazioni di mezzi non solo non è garantito che avvenga il risultato vero e proprio (per intenderci, quello non dedotto in obbligazione: la guarigione), ma nemmeno spetta al debitore valutare se con la sua condotta esso si potrebbe produrre o meno. In altri termini, il rischio della causa ignota non incombe, in alcun modo, sul debitore (nemmeno, a mio avviso, nelle obbligazioni di risultato, e con l'eccezione di quelle *ex recepto*; v. L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1092 ss.). Vero è che il risultato cui ambisce il creditore è pari al suo stato una volta eseguita dal debitore la condotta, ma ciò non vuol dire che l'adempimento dell'obbligazione coincida con questo stato: esso, piuttosto, corrisponde alla piena ed esatta esecuzione dell'attività debitoria. La diversa opinione finisce ad esporre il debitore a eccessivi rischi; viceversa, è giusto ritenere che la dimostrazione attenga all'attività in sé, e non allo stato della persona o del patrimonio del creditore per mezzo della medesima (ché, altrimenti, rimarrebbe un *gap* tale da fare dell'obbligazione una garanzia; v. p. F. PIRAINO, *Corsi*, cit., p. 905). Nel caso della responsabilità medica, poi, potrà supporre che il paziente si limiti ad allegare l'inadempimento inesatto (alla luce del principio di vicinanza della prova e delle eccezioni al normale riparto, allorché è dedotto l'adempimento per l'appunto inesatto) e a provare il suo attuale stato di salute (ai fini della valutazione del danno-conseguenza). La controparte potrà provare che non vi è stato danno-evento, ossia che ha esattamente adempiuto o che l'inesatto adempimento non gli è imputabile (*rectius*: che l'impossibilità sopravvenuta, derivante dall'inesatto adempimento, non gli è imputabile; ove non vi fosse impossibilità – anche per venir meno dell'interesse del creditore – o inesigibilità, vi sarebbe solo ritardo, eventualmente imputabile, e adempimento sanante [v. F. PIRAINO, *Sulla natura*, cit., p. 1057 s., che però tende a distinguere impossibilità sopravvenuta e inadempimento dannoso, mentre a mio avviso l'inesatto o il mancato adempimento da cui deriva il venir meno dell'interesse del creditore dà luogo a una impossibilità sopravvenuta imputabile – sempre che l'esatto adempimento fosse rimasto sempre possibile, altrimenti si sarebbe dovuto parlare di una impossibilità sopravvenuta parziale o temporanea non imputabile –]); quest'ultima prova, ad esempio, potrà essere data ove si dimostri che lo scostamento dalla diligenza è stato imposto da fattori esterni non dominabili dal medico. Potrà pure avvenire (in casi di scuola) che il paziente si limiti ad allegare l'inadempimento (il medico non ha punto operato, e ormai c'è impossibilità): nel qual caso il medico potrebbe opporre che il ritardo, e la conseguente impossibilità (si badi: dovuta al ritardo stesso, e non rilevante *ex art. 1221 c.c.*), sono dovuti a causa non imputabile (ad esempio, un masso aveva chiuso una strada). Il medico non potrebbe però essere convenuto dalla famiglia di un paziente defunto durante un'operazione che alleggi semplicemente l'impossibilità sopravvenuta che lo stesso venga curato, imputandola al medico reo di aver sbagliato cura: quest'impossibilità sopravvenuta non è ascrivibile al medico direttamente, giacché fuoriesce dall'oggetto dell'obbligazione (il medico non deve tenere in vita, deve offrire una cura). Davanti a una tale allegazione il medico proverebbe di aver esattamente adempiuto, e la famiglia dovrebbe dimostrare che così non è, non potendosi accontentare di valorizzare il mancato risultato (la mancata cura) imputandola al medico. La prova della non imputabilità, cui si riferisce l'art. 1218 c.c., riguarda infatti l'attività del debitore considerata come un tutto, di cui sia già stata data la prova de (o sia già stato allegato) l'inesatto o mancato (anche parziale) adempimento; e qui il problema è, invece e a monte, proprio di inesatto adempimento. Altra questione si porrebbe, invece, ove la morte discendesse dalla lesione di un autonomo obbligo di protezione (utilizzo, come al solito, quest'espressione in senso descrittivo), ove però proprio questa lesione dovrebbe essere provata: in nessun caso, dunque, basterebbe l'allegazione della morte. Sul punto v. pure F. PIRAINO, *Corsi*, cit., p. 906 (che, nel riconoscerlo, non parla però della condotta in sé, ma del presumibile risultato di questa, finendo per spostare l'oggetto dell'indagine: una cosa è il risultato inteso come condotta effettuata, un'altra è il risultato inteso come assunzione della condotta nella sfera giuridica del paziente, che risente di altre incertezze, le quali debbono rimanere a carico del creditore; v. pure F. PIRAINO, *Obbligazioni*, cit., p. 141 ss. Ciò detto, va però ricordato che le Sezioni Unite (sentenza 577/2008) addossano, come noto, al debitore o comunque al soggetto vincolato in virtù di un contatto sociale (si tratta sempre del medico) la prova della causa ignota. In realtà

Una volta iniziata la cura, dunque, in caso di affidamento pretensivo negativo il medico non ha il dovere di portarla a termine, ma di dare un certo preavviso, ove non voglia continuarla, nonché di prestarla (in quanto in quanto la voglia prestare) secondo modalità corrette¹³⁸⁵. Altrimenti, nell'ipotesi in cui l'attività non fosse diligente (oppure, se si trattasse di interventi semplici, nell'ipotesi in cui l'attività non raggiungesse il risultato¹³⁸⁶) potrebbe considerarsi leso l'affidamento. Infatti, eseguire male la

l'orientamento è da disattendere: se è vero che tutte le obbligazioni sono di risultato, è ormai chiaro che l'impegno del medico (ciò che concreta il 'risultato') non è la guarigione, ma la prestazione della cura. Riassumendo: nel momento in cui questa è inesattamente compiuta, il paziente potrà allegare l'inadempimento (o addirittura dovrà provarlo, a seguire un'idea differente rispetto a quella che la Cassazione ha fatto propria nel 2001); il medico, invece, dovrà – per andare esente da responsabilità – provare di aver esattamente adempiuto. Una volta fornita questa dimostrazione il medico non sarà considerato responsabile, anche ove il paziente lamenti lesioni di cui rimanga ignota la causa. Si potrebbe ritenere diversamente solo deducendo, quale oggetto dell'obbligazione, la stessa guarigione del paziente, e ipotizzando che la prova liberatoria del medico riguardi proprio quella causa estranea al proprio operato (questo, in fin dei conti, è ciò su cui poggia l'idea di obbligazione di risultato per G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni 'di mezzi' e 'di risultato'. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, p. 130 ss., il quale però ne esclude la applicazione alla prestazione del medico – v. anche ID., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 155 –). Ma ciò snaturerebbe la stessa costruzione dell'obbligazione del medico (proprio in virtù delle sue peculiarità), tramutandola di fatto in garanzia (v. A. NICOLUSSI, *Sezioni*, cit., p. 874). Opinioni diverse, invece, che non posso che richiamare sono state di recente sostenute da G. D'AMICO, *Responsabilità*, cit., p. 141 ss. (dedicato proprio al tema della responsabilità medica) e da G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale. Tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008.

¹³⁸⁵ Si tratterà, dunque, di risarcire le occasioni perse (di guarigione), oltre che le spese fatte, sottratto però quanto si sarebbe (in astratto) speso per assicurarsi il servizio medico. Nel caso in cui le occasioni perse riguardino la mancata pronta guarigione (il medico ha sbagliato, ma il suo errore potrà essere corretto, anche se questo richiederà più tempo), il risarcimento si commisurerà a questo, salva la deduzione delle spese maggiori che si sarebbero dovute al tempo sopportare, rispetto a quelle invece cui il paziente andrà ora incontro. Debbo avvertire che, secondo questa impostazione, la lesione dell'interesse legittimo si avrebbe sempre e comunque alla luce della sola difformità tra regola di condotta dettata dalla buona fede e comportamento concretamente tenuto (così come in ogni caso di inesatto adempimento). Viceversa, il danno in sé considerato non entrerebbe nel giudizio di ingiustizia; esso sarebbe confinato al livello di danno conseguenza. Così, mentre in sede extracontrattuale la lesione del bene vita, a causa di una cura non appropriata, sarebbe risarcibile in tanto in quanto vi siano condotta (omissiva), nesso di causalità (materiale) ed evento, in sede contrattuale (e pseudo-contrattuale) la lesione vi sarebbe per il dato oggettivo della non corrispondenza tra dovuto e fatto, mentre il risarcimento sarebbe condizionato all'efficienza causale della condotta. Viceversa, l'impostazione della giurisprudenza attuale mi sembra ben diversa, se è vero che essa inquadra danni, come quello relativo alla perdita di *chances* di guarigione, come danni evento (cfr. M. BONA, *Causalità da perdita di chance e lost years: nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, in *Corr. giur.*, 2014, nt. 11): ma, probabilmente, ciò si deve all'adesione (per questo profilo) alla teoria del contatto sociale, e all'ipostatizzazione della *chance*, che viene (erroneamente) intesa come bene. Preciso che non solo in queste ipotesi il danno evento è l'inesecuzione in sé dell'obbligo, ma che, per di più, la lesione della *chance* non può mai costituire, nemmeno in sede di responsabilità contrattuale, un danno evento: giacché la *chance*, come chiarirò oltre, non è un bene a sé stante, ma una modalità di valutazione (e, al fondo, di calcolo) del danno conseguenza.

¹³⁸⁶ Così, nell'ambito degli interessi legittimi pretensivi negativi si dovrà provare l'esistenza di un affidamento, la regola di buona fede violata, e la violazione della stessa (ove la violazione si traduca in inesattezza, e non in mancanza *tout court*). Nonostante il diverso avviso della Corte di cassazione,

prestazione – ossia, non diligentemente – importa la violazione della regola di correttezza che prescrive di non rendere inutile o dannoso l'affidamento prestato. Così come risulta scorretta l'attività del medico che, nell'operare o nel curare, lede beni 'altri' del paziente¹³⁸⁷.

Che dire, poi, dei casi in cui l'operazione avviene d'urgenza, senza che risulti possibile per il paziente contattare un altro professionista? In tal caso, a ben vedere, il problema non è tanto quello di esser stati assistiti da un medico che ha errato la cura (facendo perdere altre occasioni che, già in ipotesi, non vi erano), quanto quello della necessità che il medico, davanti all'urgenza, operi, ed operi bene: la logica non è più quella dell'interesse legittimo pretensivo negativo, ma quella del diritto soggettivo (del diritto di credito).

Cosa giustifica positivamente questa trasmigrazione? Qui, effettivamente, e lungi dal voler parlare di contratti conclusi sulla base di una volontà che sarebbe del tutto ipotetica, può forse tornarsi all'idea dei rapporti di fatto, che danno luogo a vere e proprie prestazioni senza obbligazione; salvo, forse, non ritenere che sussista un vero e proprio diritto di credito, nascente in capo al paziente, *ex art. 1173 c.c.* Non è qui il problema solo di un'omissione di soccorso, rilevante in sede penale e aquiliana; viceversa, si tratta proprio della necessità che, dinnanzi a beni dall'altissimo valore, un soggetto (il medico) sia tenuto e da una posizione di garanzia in sede aquiliana, e da un'obbligazione di prestazione in sede contrattuale, ad attivarsi.

Anzi, a ben vedere la situazione non è così dissimile da quella cui sovrintendono gli interessi legittimi pretensivi positivi, trattandosi – qui – della necessità per un

suppongo sia ancora questa l'interpretazione migliore (per la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato).

¹³⁸⁷ Ci si deve chiedere, dunque, se i medesimi principi possano applicarsi nel caso in cui il medico, con la sua cura, leda altri beni del paziente (ad esempio, nel compiere un intervento a un rene, sbagli e asporti l'altro). La soluzione non può che provenire dall'indagine circa il contenuto della regola di buona fede che, caso per caso, vincola la controparte (rispetto a un interesse legittimo o a un credito): ove essa imponga al medico di non ledere certi beni del paziente (che saranno quelli fisiologicamente non toccati dall'intervento), questi proverà l'avvenuta violazione, e dunque dovrà dimostrare condotta, nesso di causalità ed evento (come nella responsabilità aquiliana); viceversa, ove essa richieda di utilizzare un certo standard di accortezza per non ledere taluni beni del paziente, costui proverà la violazione della regola e, di poi, in sede di danno conseguenza, gli effetti di tale condotta (salvo non voler ritenere che l'obbligo in questione si atteggi quale obbligo di risultato sempre e comunque: ma, a ben vedere, ciò non potrebbe essere, perché tramuterebbe l'obbligazione di mezzi del medico in obbligazione di risultato, ad esempio in quei casi in cui l'intervento prestato sia tanto pericoloso da poter condurre alla morte del paziente, snaturando la tipologia di prestazione del medico proprio per quelle attività che più da vicino toccano la prestazione e che, forse, più che alla protezione afferiscono proprio alla prestazione intesa in senso stretto; queste annotazioni, si badi, non contraddicono l'idea dell'unitarietà del rapporto obbligatorio o di quello di interesse legittimo, giacché – come a suo tempo ho chiarito – l'autonomizzazione di singoli obblighi avviene solo per chiarire il funzionamento, nei suoi singoli aspetti, del rapporto). Che in un solo rapporto obbligatorio convivano momenti in cui è richiesto un risultato e momenti in cui è richiesta la prestazione di certi mezzi mi sembra assolutamente normale, e non impone di considerare ciascuno di questi profili come un obbligo a sé: basti pensare al dovere dell'avvocato rispetto alla proposizione tempestiva dell'appello e alla vittoria del medesimo. Del resto, v. anche L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1098 s.

soggetto di comportarsi secondo buona fede nell'assegnare un bene, e non nel dovere di attribuirlo. Il medico, infatti, può pure dismettere l'intervento, ma a condizione che cessino le ragioni d'urgenza oppure che vi sia un altro medico disposto a subentrare.

Ma, giacché in tante cure vi è un'operazione che viene svolta in condizioni difficili, e che concreta essa stessa un'emergenza (effettuare un trapianto, ad esempio), vi è un'area di apparente sovrapposizione tra l'interesse da contatto e quello positivo: area, però, che sbiadisce, ove si tenga conto che ciò che nasce da contatto resta tale anche successivamente.

Dovrei ora considerare, come mi ero proposto *supra*, le ipotesi in cui il paziente non si 'affida' in senso tecnico al medico, giacché è inconsapevole nel momento in cui viene sottoposto alle cure. Preferisco però farlo nell'ambito del prossimo paragrafo, per ragioni che risulteranno subito evidenti.

12. Contatto 'serio' e contatto 'sociale'

Una replica, di ordine generale, alla mia tesi potrebbe trarre spunto proprio dal caso delle professioni sanitarie: il fatto che il malato si 'metta nelle mani del medico', anche se spinto in ciò da altri (pure al di fuori della sua coscienza), sembrerebbe far sì che un contatto nasca anche là dove il paziente sia di fatto inconsapevole. A rigore, si dovrebbe ritenere che in questi casi non sussista alcun affidamento soggettivo, e dunque nessun interesse legittimo da contatto, che su di esso si ricalca. E, tuttavia, quest'argomentazione sembrerebbe inappropriata: da un lato, esigenze di equità farebbero repellere al senso del giusto di ciascun interprete la mancanza di protezione per il soggetto in esame; dall'altro, come spesso ho scritto, l'affidamento protetto è sempre oggettivo, e la legge può scegliere fin dove proteggerlo, indipendentemente dalla psiche del soggetto tutelato: tanto che risulterebbe difficile supporre che il paziente, ove capace d'intendere, possa vedersi protetto, e che così non sia ove non sia capace d'intendere. Lo stesso, poi, potrebbe replicarsi anche per altre evenienze: basti pensare al trasporto di cortesia, ove inteso come fonte di un affidamento (per la serietà del contatto), e alla possibilità che sia un soggetto inconsapevole (magari un neonato) a salire inconsapevolmente su una vettura. Egli non potrebbe non trovare analoga protezione, sol perché incapace di confidare soggettivamente. Coltivando quest'obiezione, dunque, si finirebbe per ritenere erronea l'ottica che ho sposato, secondo cui la responsabilità nasce in tutti questi casi per affidamento (soggettivo, poi tramutatosi in oggettivo): preferibile sarebbe supporre che sia il contatto qualificato a far nascere la protezione.

In realtà, si tocca qui una critica molto più estesa: e precisamente quella, secondo cui l'affidamento prestato nei confronti degli esercenti certe professioni, o comunque

in svariate situazioni, nascerebbe automaticamente, da ‘contatto sociale’¹³⁸⁸. L’idea, come noto, è particolarmente diffusa, ed è in particolare sostenuta da chi ritiene che un’obbligazione senza prestazione sorga proprio in queste circostanze. Eppure, essa a mio avviso lascia insoddisfatti per due profili (oltre che per la difficoltà di individuare le corrispondenti situazioni affidanti¹³⁸⁹): il primo, relativo alla oscurità del concetto di ‘contatto sociale’ (del resto, complesso è individuarne il referente normativo: di certo non l’art. 1337 c.c., che richiede palesemente un affidamento soggettivo); il secondo, inerente al tipo di protezione che ne discenderebbe¹³⁹⁰.

¹³⁸⁸ Da ultimo C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 475 e 482 (ove si parla di «affidamento giustificato dalla qualità professionale, la quale sembra idonea come tale a fondare una pretesa specifica di protezione in capo al malato»). La formula, in realtà, è breviloquente: essa sta per responsabilità fondata sugli «obblighi generati dalla buona fede come conseguenza dell’affidamento innescato dal contatto sociale con il professionista» (così C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 705).

¹³⁸⁹ Questa critica, già avanzata in dottrina, ricorda più in generale quella cui è sottoposto il modello dell’obbligazione senza prestazione anche in Germania (si ricordino, ad esempio, le obiezioni di Picker, che a suo tempo ho già menzionato). Si ritiene, infatti, che «per scongiurare simili ipotesi [ovvero una dilatazione enorme delle situazioni di affidamento, tale da risucchiare tutta la responsabilità extracontrattuale] si è tentato di riservare un ruolo decisivo alla qualificazione professionale di uno dei soggetti del contatto sociale, quale criterio di selezione delle fattispecie di obbligazione senza prestazione. Ma anche questo parametro non è pienamente soddisfacente. È stato infatti obiettato che lo *status* professionale di un soggetto non è in generale un elemento necessario per individuare le ipotesi da assoggettare agli obblighi di protezione: si pensi, ad esempio, a quelli che derivano dal contatto sociale che nasce tra passeggero e guidatore in un trasporto di cortesia. E anche laddove intervenga un rapporto professionale, lo *status* concorre a creare obblighi di protezione nella misura in cui ricorrono i presupposti per applicare direttamente l’art. 1175 c.c. o l’art. 1337 c.c.». Così M.F. CURSI, *Dall’actio*, cit., p. 81 s. (la replica di C. CASTRONOVO è contenuta in *Ritorno*, cit., p. 682 ss.). A dire il vero, il criterio di cui si serve la teorica del ‘contatto sociale’ non mi sembra condivisibile, ma non per queste ragioni, che semmai ne richiederebbero un affinamento.

¹³⁹⁰ Vi è di più: se davvero la protezione discendesse dalla qualifica professionale, essa dovrebbe estendersi nei confronti di qualsiasi soggetto che viene in contatto con l’informazione. Ma così, di certo, non è (nemmeno per Castronovo), giacché ciò esporrebbe colui che fornisce l’informazione a una responsabilità smisurata e poco controllabile (tra l’altro alimentando il fenomeno dei *free riders*). Per evitare questo rischio, tuttavia, la via migliore – a mio avviso – è quella di non fondare mai l’affidamento sullo *status* (proprio perché ciò non lascia intendere che, oltre allo *status*, vi è necessità di un contatto; e, anche ove lo si precisi, non si chiarisce come mai, ad esempio, la Consob possa suscitare l’affidamento di chiunque o quasi, e così non invece una società di revisione), e lasciare che esso concorra semmai a specificare la vera e propria fonte dell’affidamento (ad esempio, la serietà del contatto o l’effettività dell’interferenza nella trattativa). Contro quella che diverrebbe, di fatto, una responsabilità da *status* (su cui per l’appunto v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 541 s.; L. NIVARRA-V. RICCIUTO-C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*², Torino, 2013, p. 455; A. THIENE, *Inadempimento*, cit., p. 317 ss. e 336 s., nt. 63, e già, più ampiamente, in *Nuovi percorsi*, cit., p. 45 ss. e 168 ss.; già C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell’impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 356 ss.; per una sintesi complessiva che mette a paragone responsabilità da affidamento, da contatto sociale, da *status* e obbligazione senza prestazione, v. di recente M. MAGGIOLO, *La [de]contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *www.juscivile.it*, 2015; l’intuizione per cui lo «*status* di professionista, con la relativa qualifica di ‘esercente un servizio di pubblica necessità’, che lo Stato gli attribuisce, fa sorgere nel pubblico l’affidamento nella preparazione professionale di lui», è di G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 62) si ricordino i criteri di selezione proposti da F.D. BUSNELLI, *Itinerari*, cit., p. 561 ss.

Effettivamente, quanto a quest'ultimo punto, se da un contatto di questo tipo nascesse un interesse legittimo, esso dovrebbe essere pretensivo positivo, più che negativo: in altri termini, non sussistendo alcun affidamento soggettivo, la regola di buona fede non difenderebbe il soggetto protetto dagli affidamenti nati inutilmente, ma imporrebbe di eseguire correttamente la prestazione (pur non dovuta). Il che, palesemente, attiene all'interesse positivo¹³⁹¹.

Salvo non voler supporre, allora, che il contatto in questione – e pure l'interesse legittimo in esame – tuteli solo, e davvero, un interesse negativo: ossia, imponga a chi esegue la prestazione di non ledere beni 'altri' del soggetto che riceve il servizio. Ma anche questa prospettiva lascerebbe insoddisfatti: essa, che pur risulta ad esempio accettabile per quelle ipotesi in cui viene in discussione una cura che, se non realizzata, non avrebbe leso gli interessi del paziente (così, ad esempio, nell'ambito delle operazioni estetiche, ove si presenti un danno ulteriore, come può essere la morte per un'infezione), non appare corretta per tutte le ipotesi in cui vi è davvero la necessità della cura per poter guarire, e che corrispondono in chiave extracontrattuale a fattispecie di eventuale responsabilità omissiva.

Questi cenni, a mio avviso, permettono anche di comprendere certe posizioni della giurisprudenza. Seguendo la seconda tesi, poc'anzi descritta, il risarcimento per la mancata o erronea cura potrebbe tutt'al più attenere alle *chances* di guarigione, considerate però come bene autonomo: e, da qui, sorge l'idea allora di una ipostatizzazione della *chance*, che come vedremo non è esatta. Seguendo la prima, viceversa, il risarcimento si legherebbe a un interesse positivo: il che lascia comprendere come mai la giurisprudenza, effettivamente, risulti spesso incline a considerare l'obbligazione del medico come, più che senza prestazione, di 'protezione'¹³⁹², ossia per farla diventare di fatto un'obbligazione di prestazione.

In definitiva, a me sembra che l'idea di una responsabilità da 'contatto sociale' richiami interessi legittimi pretensivi positivi, e non più negativi: qui, infatti, il contatto non fa più nascere un affidamento soggettivo, ma direttamente uno oggettivo. Il contatto, più che elemento da cui sorge l'aspettativa di un soggetto, è un dato che permette *ex lege* di differenziare e qualificare: in altri termini, non vi è bisogno di una comunicazione, di un affidamento soggettivo, ma è la stessa posizione qualificata che riveste un soggetto verso l'altro a consentire la protezione. Il contatto, per quanto simile a quello 'serio' e 'soggettivo', sarebbe qui 'oggettivo': non diversamente, tra l'altro, di quello tra privato e p.a.

¹³⁹¹ Si potrebbe obiettare che, in questi casi, il soggetto tutelato perde un bene che già gli spetta, e dunque l'interesse è negativo. Ma ciò prova troppo: si finirebbe per supporre che anche il creditore, dinnanzi all'inadempimento, perde un bene che gli spetta, e che dunque il risarcimento attiene a un interesse negativo. Il che è sicuramente errato.

¹³⁹² V. il § 10 di questo Capitolo.

Una tale ottica, tuttavia, può essere condivisa solo per alcuni punti: per dimostrarlo, debbo però anticipare alcuni cenni a proposito degli interessi legittimi pretensivi positivi, i quali, come il nome dice, tutelano (seppur eventualmente) interessi positivi e risarciscono una perdita commisurata (anche) direttamente a questi.

Mentre gli interessi legittimi protettivi sorgono allorché vi è la presenza di un potere giuridico altrui (genericamente: di una situazione giuridica attiva) o in situazioni analoghe (si pensi al potere fattuale riconosciuto e protetto, in virtù del quale si entra in una logica di relazione, seppur solo se entro certi confini rigidamente determinati), e per quelli pretensivi negativi è necessario il contatto serio da situazione (anche apparente) affidante, viceversa gli interessi legittimi pretensivi positivi possono sorgere solo allorché – in linea generale – vi sia un’attività di un’altra parte, di regola considerata doverosa dall’ordinamento, senza che in capo a un soggetto, toccato da quest’attività e considerato degno di protezione in base a certi indici (che vedremo), siano ipotizzabili però diritti di credito. Ad attestarli, e dunque a fornire il dato normativo su cui costruire questa classe di interessi legittimi, è ancora una volta l’interesse legittimo pretensivo pubblicistico, da cui si può facilmente argomentare analogicamente, una volta ricostruita una figura generale di interesse legittimo¹³⁹³. Il ragionamento analogico che parte dal diritto amministrativo per giungere a quello privato non è, del resto, erroneo: esso è giustificato dall’unitarietà dell’ordinamento, dall’esigenza di una p.a. sempre più in posizione paritaria, dalla sussistenza di situazioni di potere anche in ambito non pubblicistico, dall’applicazione da parte del legislatore di istituti privatistici alla tutela dell’interesse legittimo (art. 30, cod. proc. amm.); e l’elenco potrebbe continuare.

Se così è, risulta giocoforza necessario ritenere che il ‘contatto sociale’, di per sé, non faccia nascere alcuna protezione, al di fuori delle ipotesi in cui un affidamento soggettivo vi è, oppure di quelle in cui può considerarsi attiva la protezione di un interesse pretensivo positivo (o di un diritto di credito). E questo, allora, dovrebbe chiudere le discussioni circa l’incertezza di configurare un ‘contatto’ che sia ‘socialmente rilevante’, ‘qualificato’¹³⁹⁴ e la difficoltà di trovarne un appiglio normativo¹³⁹⁵.

¹³⁹³ Si tratta, del resto, di ricostruire una norma sulla base di quelle previste per ‘casi simili’. Il legislatore, d’altro canto, avrebbe (in quest’ottica) disciplinato l’interesse legittimo, così denominandolo, solo nell’area in cui statisticamente è più frequente rintracciarlo. Di una sineddoche del legislatore, che impone una rivisitazione dei confini tra privato e pubblico, parla anche G. POLI, *L’interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 156 s.

¹³⁹⁴ Va ricordato come la stessa dottrina tedesca non conosca alcuna specie di protezione del ‘contatto qualificato’; mi riferisco, in particolare, al caso di prestazione medica (di recente regolato dal legislatore d’oltralpe, che è intervenuto sul BGB: cfr., per i contributi in lingua italiana, soprattutto J.F. STAGL, *La legge sul miglioramento dei diritti del paziente in Germania*, in *NGCC*, 2014, II, p. 35 ss., R. FAVALE, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *NLCC*, 2014, p. 693 ss. Vero è pure, però, che vi è chi mette in dubbio l’afferenza di certe ipotesi di rapporto di protezione alla responsabilità precontrattuale (ricostruita secondo le maglie larghe del § 311 *Abs.* II, e apparentemente comprensiva di

Così, la protezione degli interessi legittimi pretensivi è concessa in capo a chi si trova in una posizione differenziata e qualificata rispetto al dovere della p.a. di compiere una certa attività (o di compierla in un certo modo, nel momento in cui ne viene decisa l'esecuzione); allo stesso modo, dovrà sorgere nei confronti di quanti si trovino in una posizione differenziata e qualificata rispetto al dovere della Consob di svolgere certi controlli. Si tratta, in questi casi, di affidamenti che non sorgono di sicuro dal contatto concretamente inteso; che nascono, cioè, oggettivamente, e non soggettivamente, giacché l'ordinamento impone o comunque consente di confidare in una certa attività.

Certo, l'eventualità della tutela – che come sempre costituisce un dato insostituibile dell'interesse legittimo – si declina diversamente: verso la p.a., non è altro che la possibilità che l'amministrazione decida in senso sfavorevole al privato; nel caso della Consob¹³⁹⁶, invece, sta nel fatto che i privati non sono titolari di diritti soggettivi di credito verso essa, ma solo di un generico affidamento al controllo del mercato¹³⁹⁷, e

ogni fattispecie di affidamento giuridicamente rilevante). Ad esempio, B. SCHINKELS, *'Dritthaftung'*, cit., p. 276, nota come la ricostruzione in termini precontrattuali della responsabilità per perizie inattendibili dovrebbe a rigore rendere irrilevanti gli stessi errori, ove la perizia sia resa durante la vigenza di un contratto (ovviamente, con riferimento a chi non è parte del rapporto con il perito; l'autore si accosta alle teorie di Stoll e Picker sulla «privatautonome, aber nicht rechtsgeschäftliche Adressierung eines Gutachtens», valorizzando a tal fine il nuovo § 311 Abs. II Nr. 3: *ivi*, p. 277 s.). Tuttavia, da ciò non trarrei elemento (come implicitamente fa C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 695, nt. 34) per la teoria del 'contatto sociale', essendovi altre vie per dare fondamento a questa responsabilità (interferenza in un rapporto creditorio da parte di un terzo; contatto serio).

¹³⁹⁵ Si veda il dibattito tra A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 77 ss., e C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 133 ss. Sembra oggi condividere il pensiero di Zaccaria A. DI MAJO, *La 'via di fuga'*, cit., p. 1104, nt. 107. Di recente proprio A. ZACCARIA è ritornato su questi temi (*La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 344 ss.), sottolineando la necessità di superare le ricostruzioni della responsabilità fondata sul contatto sociale, così da elaborare anche in Italia una generale figura di *Vertrauenshaftung* (intesa come responsabilità – secondo quanto avviene generalmente in Germania – per affidamento in un fatto presente, modellata sull'art. 1338 e sull'art. 1398 c.c.).

¹³⁹⁶ La cui responsabilità, a scanso di equivoci, non può essere di certo predicata ove l'inesattezza dell'operato non abbia avuto efficacia causale rispetto al danno subito dagli investitori (secondo un modello di causalità analogo a quella omissiva, qui applicato al nesso di causalità giuridica). V. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 524. A mio avviso, però, qui – come altrove – il danno-evento sta nella violazione della buona fede, che imponeva di svolgere una certa attività in un dato contesto; viceversa, se non erro (anche in virtù del richiamo, in nt. 171, del comma 1 dell'art. 1227 c.c.), per l'illustre autore esso sta nella 'mancata protezione', intesa come mancato impedimento di un danno (dunque, applicando la causalità omissiva al vero e proprio nesso di causalità materiale; v. F. GIGLIOTTI, *Illeciti*, cit., p. 916). Si tratta, del resto, della stessa diversità di vedute che ho esposto in merito alla responsabilità medica; la mia persuasione deriva dal fatto che l'interesse legittimo pretensivo ha un nucleo che scimmiotta la prestazione, e non la mera protezione, non imponendo quindi di rispettare la buona fede 'nell'impedire l'evento' – l'investimento errato –, ma semmai nel 'fornire l'utilità' (ove, per l'appunto, la buona fede lo richieda) – il controllo su di una certa società –.

¹³⁹⁷ Generalmente parlando, quello che per C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 496, è un connotato dell'obbligazione senza prestazione («l'assenza previa del *vinculum iuris* sta infatti a denotare che il soggetto professionale, richiesto dell'informazione, può ben non fornirla proprio perché non vi è tenuto. Nel momento però in cui l'informazione viene data, questa non può non essere

anzi a un controllo pieno e totalmente efficiente ed efficace. Dunque, qualora la Consob violi certi doveri d'ufficio (sia in ritardo nel loro rispetto, o si comporti comunque difformemente, magari non reprimendo idoneamente una certa condotta), non vi sarà comunque lesione della buona fede ove l'ente predisponga comunque le opportune cautele¹³⁹⁸. D'altro canto, la mancanza di un diritto di credito risulta anche dall'osservazione per cui l'affidamento generico al controllo del mercato si specifica in violazione della buona fede (e in responsabilità) solo se non viene interdetta l'azione di (o l'investimento su) certe società, e solo con riferimento a quelle oggetto di attenzione da parte del privato. In altri termini, se il mero *status* di investitore (o di futuro tale) fa nascere un interesse legittimo, in virtù dell'esigenza di godere di un mercato sano, non può dirsi esistente un credito (il privato non potrebbe lamentarsi astrattamente del mancato controllo), né potrebbe esservi la certezza della soddisfazione dell'interesse (la buona fede non imporrebbe di rendere sano il mercato, ma semmai di evitare che il privato attui investimenti pericolosi, o interdicendo certe società, o comunque predisponendo le necessarie cautele). Potrebbe però anche supporre una diversa ricostruzione, ove si preferisse valorizzare – oltre agli elementi di differenziazione e qualificazione già individuati¹³⁹⁹ – l'assenza, in capo al privato, di un'aspirazione all'informazione o comunque all'ampliamento della sfera giuridica, e la sola esigenza di non subire danno da parte di un soggetto la cui inattività potrebbe essere pregiudizievole. Si tratterebbe allora di un interesse legittimo protettivo¹⁴⁰⁰.

corredata della stessa perizia e diligenza che la contrassegnerebbero ove essa fosse oggetto di un obbligo di prestazione»), a mio avviso non rappresenta altro che l'«eventualità» tipica dell'interesse legittimo.

¹³⁹⁸ La differenziazione e la qualificazione, qui, non sono date dal mero aumento del pericolo di danno (ciò che non fornisce, come a suo tempo ho chiarito, mai un elemento di prova di questi requisiti); viceversa, a rilevare è lo *status* di risparmiatore o investitore, alla luce della specifica tutela che esso riceve nell'ordinamento. Tuttavia, ove si ritenesse insufficiente questo dato, non resterebbe che ricostruire l'interesse legittimo come protettivo, alla luce del legame con una futura (o attuale) trattativa (in senso lato, come 'avviamento verso un contratto'); legame, tra l'altro, che si fonda sulla posizione istituzionale e sull'efficacia orientativa sulla scelte private dell'attività della Consob. In ogni caso, risulta necessario sottolineare la differenza tra queste fattispecie ed altre all'apparenza simili, come quelle relative alla responsabilità dell'istituto nivometrico per non aver segnalato il rischio di valanghe agli sciatori: in quest'ultima ipotesi mancano differenziazione e qualificazione, potendo risultare una responsabilità solo per violazione di una posizione di garanzia e dunque per danno ingiusto *ex art.* 2043 c.c. derivante da un comportamento omissivo (il discrimine, in fondo, è sempre quello relativo alla preesistenza di un rapporto: vero che qui la Consob interesserebbe una miriade di rapporti, ma vero anche che essa riveste per l'appunto un ruolo di garanzia appositamente affidatole, e che ciascun investitore, operando nel mercato, si affida alla sua prestazione [o protezione: v. *infra*] – venendo i suoi interessi, tra l'altro, tenuti particolarmente in considerazione –).

¹³⁹⁹ Magari, però, rinviando il sorgere dell'interesse legittimo alla specificazione dell'affidamento privato verso un dato investimento (ovviamente, in quanto obiettivamente rilevabile).

¹⁴⁰⁰ Né qui varrebbe l'obiezione che ho sollevato parlando dell'affidamento nella prestazione del medico dipendente (per cui, in quel caso, ho affermato che non poteva trattarsi di affidamento protettivo). Lì scrivevo che il dovere di non omettere un'attività, se rientra nel nucleo dell'interesse legittimo, lo fa divenire pretensivo. Ma lì, a ben vedere, il privato davvero aspira a un'attività più complessa della semplice conservazione (e, precisamente, la cura). Qui, invece, l'affidamento – nell'ottica di cui al testo – è solo a proteggere il proprio patrimonio e i propri interessi. Non si aspira,

Ragionamenti simili, a mio avviso, devono ripetersi per svariate ipotesi¹⁴⁰¹ in cui sembrerebbe esservi un affidamento soggettivo nei confronti di certi soggetti, dominato da un contatto che, in realtà, non rappresenta altro se non quella differenziazione e qualificazione richiesta dalla regola generale in tema di interessi legittimi pretensivi. Si pensi alla protezione del soggetto prenditore di un assegno o che lo abbia immesso nel mercato, nei confronti della banca negoziatrice¹⁴⁰². L'art. 43, l.

cioè, a un incremento, ma solo a evitare futuri danni (o semplicemente futuri rischi), il cui prodursi deriva proprio dall'inattività della Consob (unitamente all'iniziativa del privato). In altri termini, l'affidamento è a che la Consob, nell'ambito della sua attività, non causi danno: ossia, che a causa della sua inattività (mancanza di controllo), che è comunque una forma di attività, non pregiudichi la conservazione del patrimonio del privato. Il ragionamento ricorda il modello delle posizioni di garanzia; d'altronde, l'affidamento conservativo nascerebbe proprio in virtù del dovere legale, per la Consob, di effettuare il suo controllo – stante il quale i privati possono contare sul fatto che il mercato sia sano, e che dunque possono contare sul fatto che l'attività, *rectius* inattività, della Consob non li leda –. Probabilmente per questo, ove si valorizzasse l'aspetto di 'conservazione', più che quello di 'prestazione', e però si supponesse che tra Consob e investitori non vi è alcun rapporto, si scivolerebbe automaticamente nella responsabilità aquiliana 'per non aver impedito l'evento' (ovviamente, però, secondo il modulo della norma di protezione, essendo il danno solo patrimoniale).

¹⁴⁰¹ Così, ad esempio, per la responsabilità delle emittenti verso i soggetti che possiedono titoli, ove le prime non informino i secondi di eventuali cambiamenti rilevanti; così, per quanto attiene alle società di revisione (salvo non vedere qui un contratto con effetti protettivi). Dubbio se siano assimilabili le ipotesi di informazioni errate da parte delle agenzie di *rating*: l'affidamento parrebbe più che altro negativo, da contatto serio (veicolato proprio dall'informazione); tuttavia, ove si ponesse l'accento sul potere economico di queste società, sull'oligopolio in cui operano, sui doveri assegnati loro *ex lege*, verrebbe da chiedersi se non si possa parlare, come per la Consob, di un affidamento immediatamente oggettivo.

¹⁴⁰² V. Cass. civ., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, che compone al riguardo il contrasto giurisprudenziale (si registravano, allora, almeno tre opinioni: responsabilità contrattuale, extracontrattuale o altrimenti prevista dalla legge, per la banca girataria per l'incasso che avesse pagato a persona non legittimata un assegno non trasferibile). Ne parlano, tra gli altri, L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 118 ss.; L. BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, in *Giur. it.*, 2008, p. 864 ss.; G. COTTINO, *Dalle Sezioni Unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, *ivi*, p. 1150 ss.. Lo stesso relatore della sentenza in parola aveva rivestito lo stesso ruolo anche nel Collegio che ha emesso la decisione Cass. civ., Sez. I, 10 agosto 2012, n. 14400 (e le altre, dello stesso giorno, nn. 14392 e 1439, probabilmente recependo lo spunto offerto da G. MERUZZI, *Responsabilità da contatto, culpa in contrahendo e dintorni: il caso Sai-Fondiaria-Mediobanca tra vecchi pregiudizi e nuove prospettive*, in *Giur. mer.*, 2007, p. 2578 ss. – di commento a Corte App. Milano, 15 gennaio 2007 –, che accordava un risarcimento agli investitori rimasti danneggiati per il mancato lancio di una o.p.a. obbligatoria per superamento della soglia del 30%. Lo stesso *dictum* è stato ribadito, molto di recente, da Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20560. Le sentenze notano, molto opportunamente, il carattere doveroso dell'azione della società, ricavandolo da norme quali gli artt. 110 e 192 s. t.u.f. Per tale ragione potrebbe ritenersi che i risparmiatori siano dotati di un interesse legittimo di tal fatta nei confronti di chi si trova a possedere più del 30% delle azioni (gli altri elementi, del riflesso diretto, della posizione qualificata, della mancanza di diritto, ricorrono tutti). Il fatto è però che – e da ciò credo si comprenda bene il linguaggio delle sentenze, vicino all'idea di 'prestazione senza obbligazione', la quale sembrerebbe essere un'obbligazione vera e propria, salva l'impossibilità di chiederne l'adempimento in giudizio, giacché «difficilmente compatibile con il meccanismo sanzionatorio legale sopra descritto», come nota la prima decisione – in tal caso mancherebbe l'eventualità tipica dell'interesse legittimo; anzi, la posizione degli investitori assomiglia di più a un diritto (essatamente come avviene per i provvedimenti vincolati della p.a.). Dunque, più che di interesse legittimo, si tratterebbe di diritto di credito, seppur privato della facoltà di agire per l'adempimento (il che non contraddice i principi in merito di obbligazione: cfr. l'art.

assegni, infatti, sembrerebbe riferirsi a un obbligo dal contenuto pieno («colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario per l'incasso risponde del pagamento»), ma la dottrina e la giurisprudenza, più che di un credito, hanno parlato di recente di un'obbligazione senza prestazione: e l'approccio è giusto, senonché si tratta di interesse legittimo pretensivo positivo. La posizione di tutela sorge in virtù della specifica posizione della banca e di quella del prenditore (o degli altri soggetti protetti). L'eventualità qui è data dal fatto che la banca negoziatrice non ha un dovere di agire: ma, allorché agisce, deve rispettare determinate regole.

La tutela in esame, del resto, non potrebbe in queste ipotesi basarsi su un affidamento soggettivo: il quale, oltre a non essere per forza di cose presente, finirebbe per ridurre grandemente la protezione. Infatti, si tratta di norma di attività che vengono svolte in situazioni tali per cui non vi è una vera e propria 'perdita di altre occasioni'¹⁴⁰³: la tutela dell'interesse negativo, dunque, si limiterebbe a certi danni subiti, ma difficilmente sarebbe effettiva. In altri termini: se non fosse nato l'affidamento (soggettivo) nella p.a., non si sarebbe richiesto un provvedimento, e dunque il risarcimento si dovrebbe commisurare alle spese del procedimento e alle migliori modalità di impiego di un certo tempo; se non fosse nato l'affidamento (soggettivo) nella Consob, non si sarebbe potuto richiedere lo svolgimento di quell'attività di controllo del mercato a un altro soggetto, e magari si sarebbe comunque compiuto quello specifico investimento. In tutte queste ipotesi, dunque, vi è un solo soggetto abilitato a fornire un certo bene, in astratto o in concreto, e il soggetto che può prestare affidamento (oggettivo), anche rivolgendosi al mercato, non verrebbe mai in alcun altro modo soddisfatto.

Ora, a me sembra che, in linea generale, un interesse legittimo pretensivo positivo possa sorgere anche nei confronti degli esercenti una data professione.

2932 c.c. per un'ipotesi analoga, nonché G. AMADIO, *Inattuazione*, cit., p. 25). Tutt'al più, si potrebbe anche qui ritenere che l'eventualità riemerge sotto specie di 'eventualità dell'azione', giacché la società che supera la soglia del 30% non è obbligata *ex ante* a un certo comportamento, ma solo in virtù di questa (libera) condotta. Senonché la contemporaneità della nascita della posizione di tutela degli investitori e del superamento della soglia rendono più difficile giustificare questa tesi; bisognerebbe, infatti, supporre che l'interesse legittimo nasce con un'eventualità contestualmente azzerata. Il caso, poi, è anche diverso da quello dell'informazione data inesattamente, che contestualmente crea un affidamento, giacché là l'eventualità è salvata dalla, seppur minima, scansione logica (e finanche temporale) tra nascita dell'affidamento e assunzione dell'informazione (scansione logica che non esiste nel caso dell'opa, in cui il fatto stesso che crea l'obbligo è quello che annichilisce ogni margine di eventualità e rende certo il contenuto del comportamento dovuto; mentre, ad esempio, nel caso di informazione che veicola un contatto serio è un solo fenomeno reale, che però cela in sé due fatti – talvolta anche temporalmente distinti, e così pure nel caso di informazione che costituisce un'interferenza nelle trattative).

¹⁴⁰³ Il che economicamente vale a dire che non c'è un mercato, oppure vi è un fallimento del mercato, e però la legge vuole comunque tutelare l'aspirazione di un soggetto a un bene; l'ordinamento non potrebbe, allora, demandare la tutela semplicemente al risarcimento dell'interesse negativo, giacché esso sarebbe pari a occasioni perse che, già in ipotesi, non esistono.

Tuttavia, ciò non avviene sempre e comunque: del resto, se così fosse, verrebbe spesso superata la tutela dell'affidamento soggettivo. Una tale evenienza si pone solo allorché un certo soggetto, che pure si sarebbe procurato un certo bene sul mercato, non possa farlo (e non solo perché distante, disinteressato, assente, e così via dicendo, ma perché la scelta in questione è affidata ad altri per lui), e debba invece subire la decisione, che si riflette immediatamente ed evidentemente su di lui, di altri di acquistare o direttamente fornire un certo bene¹⁴⁰⁴.

In effetti, in queste ipotesi vi sono tutti gli elementi necessari per supporre la nascita di un interesse legittimo pretensivo positivo: vi è un'attività doverosa (o equiparabile a essa – ecco la qualificazione quanto al soggetto passivo –); vi è un soggetto che non gode della protezione di un diritto di credito; vi è l'immediato (e palese) riflesso di quest'attività sulla sua sfera (il che fornisce la differenziazione); vi è il particolare legame (anche dal punto di vista giuridico) tra questo soggetto e l'attività in questione (ed è qui la qualificazione, dal punto di vista del soggetto attivo)¹⁴⁰⁵. E, si badi, non basterebbe un riflesso qualsiasi: è necessario che la condotta della controparte si atteggi a essere l'unica che può fornire quella certa utilità, così, tanto giuridicamente quanto fattualmente, precludendo al soggetto protetto la facoltà di scegliere chi dovrà attribuire quest'utilità (e conseguentemente precludendo pure una diretta tutela verso di esso nelle forme del diritto di credito, e ammettendo solo quella nei termini di un affidamento). Con tali osservazioni non voglio di certo tornare, né per il diritto privato né, soprattutto, per quello amministrativo, all'idea dell'interesse

¹⁴⁰⁴ Lo stesso ragionamento si dovrebbe applicare per il medico ausiliario *ex art.* 1228 c.c., sottolineando anche il carattere personale della prestazione (e pure per l'avvocato che opera nell'ambito di una società tra professionisti; sul punto v. C. RINALDO, *Profili*, cit., p. 848; proprio la fonte che farebbe nascere questo interesse legittimo, ossia l'incastro tra società, cliente e avvocato, permetterebbe di ritenere automaticamente sciolto il vincolo legittimo a far data dalla fuoriuscita del professionista della società – e così sfuggire alla critica dell'autrice: p. 850 –, salva, comunque, la solita permanenza di un interesse legittimo protettivo per gli effetti postumi – tra cui, probabilmente, avrebbe un ruolo la regola di buona fede che impone di evitare tutti danni che potrebbero derivare dalla dismissione dell'incarico professionale, ove la società non fosse in grado di affidare in tempi utili la pratica ad altro professionista –). Come osserva M. PARADISO, *La responsabilità medica*, cit., p. 333, «il malato, in una struttura sanitaria, non sceglie il medico e il suo perciò è un affidamento subito, non di elezione»; non concordo però con la conclusione, per cui la responsabilità non potrebbe basarsi sull'affidamento.

¹⁴⁰⁵ Nel caso della p.a. la doverosità è in sé (nella potestà pubblica), mentre differenziazione e qualificazione derivano dal fatto che l'attività tocchi direttamente e specificamente un soggetto in un suo bene particolarmente tutelato dall'ordinamento. Lo stesso, a dire il vero, vale anche con riguardo agli interessi legittimi protettivi (e infatti varrà anche per il contratto con effetti protettivi; a dire il vero, nel caso della p.a. solitamente si cumula a questa differenziazione-qualificazione quella che proviene dal potere di incidere direttamente sulla sfera giuridica altrui). Nell'ambito del diritto pubblico il 'prendere in considerazione gli interessi altrui', in cui si specifica l'obbligo della p.a. di rispettare la buona fede, non coincide con l'assicurare il bene o con il non far subire un danno. Così, a dire il vero, non è nemmeno nel diritto privato, ove non è richiesto di attribuire un bene, ma solo di rispettare la buona fede (che impone, nell'attribuirlo, di non arrecare danni, e di preavvisare per tempo ove non lo si voglia più conferire), e ove non è richiesto di non arrecare danni (*tout court*), ma solo di rispettare la buona fede nell'ambito di un'attività che potrebbe arrecare danni.

legittimo come interesse occasionalmente protetto¹⁴⁰⁶. Così non è di certo, giacché il mio discorso vuole individuare la situazione in cui nasce una posizione giuridica che per il resto è sostanziale; come, parlando dell'interesse legittimo pubblicistico, ho evidenziato che la buona fede permette di contare sul rispetto della normativa sul procedimento e sul provvedimento, attraendola quasi di riflesso, qui si può sottolineare il carattere di rimbalzo della tutela. Ma la situazione che ne scaturisce non è di certo un mero interesse vago, occasionale, o una semplice legittimazione processuale.

Gli elementi che prima ho evidenziato, a ben vedere, ricorrono nell'ambito dei contratti con effetti protettivi¹⁴⁰⁷, ove, ad esempio, un soggetto potrebbe ambire a una

¹⁴⁰⁶ V. d'altro canto G. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 39, per il quale «l'interesse [tra cui veniva ricompreso anche l'interesse legittimo] è la situazione favorevole (di interesse) di un soggetto, che casualmente si connette ad una situazione attiva altrui o ad una parte del suo contenuto, senza che la norma in nessun modo abbia previsto o voluto il collegamento tra il vantaggio del titolare della situazione inattiva e la situazione attiva altrui». Voglio sottolineare, comunque, che pure la normativa pubblicistica, nell'interesse legittimo amministrativo, non tuteli direttamente il privato, ma solo 'di rimbalzo', grazie alla buona fede.

¹⁴⁰⁷ Si è notato, in dottrina, come l'istituto del contratto con effetti protettivi del terzo abbia finito per estendersi oltre modo, fino a raggruppare casi in cui non vi era un vero e proprio interesse parallelo del terzo rispetto a quello del contraente, ma bensì opposto o comunque non coincidente (v. M. MAGGIOLO, *Effetti*, cit., p. 45), con esiti poco condivisibili. In effetti, nei casi interesse opposto, come notava già Canaris nel 1983, è sufficiente la protezione offerta dai principi sulla *c.i.c.* Nelle ipotesi, ad esempio, di perizia falsa redatta da un professionista legato da un contratto con la controparte nelle trattative, la responsabilità deriva dall'interferenza nelle trattative o dal contatto serio. Manca, perché vi sia un contratto con effetti protettivi, l'immediato riflesso sulla sfera del terzo, il quale è avvantaggiato o danneggiato solo da un punto di vista fattuale dalla perizia (nel senso che non dovrà procurarsene una a proprie spese). D'altro canto, anche a voler ritenere diversamente, mancherebbe qui un particolare legame tra il trattante e la perizia (quella specifica perizia): ovvio che questa è funzionale ai suoi fini, ma solo per ragioni di fatto, e non per la specifica relazione giuridica con la perizia stessa (quella particolare perizia), che non è mai presa in considerazione dall'ordinamento in quanto tale. Diverso potrebbe essere il ragionamento, forse, solo se il trattante non avesse altre possibilità di fornirsi di una valutazione del bene: in tal caso le necessità, avvertite di sicuro dall'ordinamento, di consentirgli di continuare la negoziazione si riverserebbero a carico del contraente, che dovrebbe assumersi la responsabilità anche nei suoi confronti (per di più il trattante non avrebbe avuto altre possibilità che 'subire l'affidamento'). Qualcosa di simile, del resto, potrebbe esser avvenuto anche nel caso del *Girokonto* (che qui, per brevità, non riassumo; v. M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile*, cit., p. 80 s.), ove la banca effettivamente godeva di una posizione unica e privilegiata (quella di conoscere l'ammontare dell'estratto conto del cliente che ordinava il giroconto). Quanto ai casi di interesse comunque non coincidente, viene in luce, in specie, il notissimo *Testamentfall* (v. ad esempio M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile*, cit., p. 76 ss.): accadeva, in quella circostanza, che un avvocato si recasse da un anziano signore, il quale avrebbe voluto fare testamento in favore della figlia, lasciando un piccolo legato alla nipote. L'avvocato, pur richiesto successivamente di tornare accompagnato da un notaio, ritardava, finché non sopraggiungeva la morte dell'anziano e l'apertura della successione intestata. Il BGH condannava l'avvocato a risarcire i danni subiti dalla figlia per aver perso la possibilità di divenire unica erede. Orbene, si tratta qui, a mio avviso, del risarcimento di un interesse positivo (la figlia aspirava all'attività dell'avvocato, non intervenuta; è però interessante notare come, nella ricostruzione di E. MOSCATI, *Profili attuali*, p. 80, traspaia chiaramente la natura di 'interesse positivo' – «interesse all'adempimento dell'obbligazione primaria del debitore» – dell'interesse tutelato). Solo che mancava, evidentemente, il riflesso automatico di quest'attività a favore del terzo, giacché il mero ausilio dell'avvocato alla redazione di un testamento, tramite anche la partecipazione di un notaio, non equivale certo alla soddisfazione dell'interesse; vi si frapponeva un elemento – la volontà

determinata prestazione (o per lo meno all'esattezza della medesima), ma la scelta sulla medesima gli è sottratta, ed è compiuta da altri (ad esempio, Tizio conclude un contratto di locazione di un immobile, ove andrà a vivere anche con Caia, che ovviamente non potrebbe procurarsi lo stesso bene altrove, se vuole risiedere nello stesso luogo di Tizio).

Vi è qui, palesemente, un'attività doverosa (quella del debitore contrattuale); vi è un soggetto che non gode della protezione di un diritto di credito (il terzo); vi è l'immediato riflesso di quest'attività sulla sua sfera; vi è il particolare legame tra questo soggetto e l'attività in questione (e in effetti in Germania si sono elaborati criteri per distinguere i terzi protetti – seppur su di essi non è stato raggiunto consenso ¹⁴⁰⁸). Non qualsiasi terzo sarà protetto, ma solo colui che, in base a criteri di differenziazione e qualificazione giuridica, si trova particolarmente esposto e in una specifica relazione, giuridicamente rilevante, con il creditore (madre e figlio; marito e moglie o comunque conviventi). Le caratteristiche di questa varieranno, ovviamente, a seconda del tipo di contratto con effetti protettivi.

Quest'ottica, di poi, permette di comprendere la limitazione soggettiva per cui non tutti i soggetti che si trovano a godere della prestazione (o a sperare di godere in una prestazione esatta) sono protetti: a risultare tutelati saranno solo quelli, la cui sussistenza era stata prevista o per lo meno era prevedibile da parte del debitore (della prestazione contrattuale). Questo si giustifica alla luce del fatto che la 'norma', che rende qui l'attività doverosa, è una 'legge singolare' (un contratto) ¹⁴⁰⁹.

Ed è questo pure ¹⁴¹⁰ quello che, di norma, accade là dove vi sia una prestazione medica nei confronti di un soggetto inconsapevole: in questo caso, infatti, il contratto

testamentaria – che per legge risulta sempre libera. Su tale base, quindi, si sarebbe dovuta negare la tutela del terzo, mancando l'immediato riflesso dell'attività sulla sua sfera. D'altro canto, difettava pure la qualificazione della posizione dell'(eventuale) futuro erede, che, come tale, non poteva essere protetto (non è certo un legame giuridicamente rilevante l'aspettativa di ereditare), e nemmeno come parente o figlia, giacché questo rapporto di sicuro non rilevava nella vicenda in discussione. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 541 ss., si sofferma sul *Testamentfall* e su di un suo omologo inglese, per giungere alla conclusione secondo cui, nell'ordinamento italiano, i principi in materia testamentaria impedirebbero la proiezione verso il terzo di un obbligo del legale. Il rifiuto di Castronovo, se non erro, non riguarda però la possibilità di ravvisare un contatto sociale con un avvocato, ma semplicemente si riferisce al caso di specie (v. però, per un'opinione che sembrerebbe parzialmente diversa, L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 116).

¹⁴⁰⁸ Cfr. M. MAGGIOLO, *Effetti*, cit., p. 49 ss.

¹⁴⁰⁹ Il che distingue questo caso rispetto a quello dell'interesse legittimo di diritto pubblico, in cui la p.a. è vincolata da una norma di legge. E, tra l'altro, ciò è perfettamente in linea con i maggiori poteri di ricerca di cui gode l'amministrazione.

¹⁴¹⁰ A una tale protezione può appellarsi anche il minore nell'ambito degli istituti scolastici, con riguardo all'affidamento del medesimo in un'attività dell'istituto che (lo educi e) lo preservi dagli stessi danni che i compagni li potranno arrecare o che egli stesso potrà autoinfliggersi (attività dunque, si badi, positiva, consistente in un *facere*). Si tratta di un interesse legittimo pretensivo positivo, e non negativo, visto che il minore è tenuto a frequentare la scuola. A voler, invece, considerare un vero e proprio contratto quello tra scuola e genitori (come parte della giurisprudenza oggi fa; critico A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, in *Danno resp.*, 2003, p. 48), ne discende di certo

(o il contatto serio¹⁴¹¹) tra il medico e chi è abilitato a decidere per il paziente non può che rivolgersi anche a favore di quest'ultimo. Ove, viceversa, un tale contratto o contatto non vi sia (nemmeno mediatamente), sarà di norma perché dinnanzi a un caso d'urgenza il medico è dovuto intervenire (ipotesi su cui v. *infra*), o perché comunque si è assunto quest'incarico (e qui si tratterà di una *negotiorum gestio*: ma nella nostra società mi pare davvero difficile ipotizzare che un medico trovi abbandonato un soggetto incosciente al di fuori di specifici casi d'urgenza¹⁴¹²). Anche se, a ben vedere, là dove il medico operi nell'ambito di una struttura ospedaliera, e dunque gli si applichi l'art. 1228 c.c., il dubbio circa la possibilità di rinvenire un interesse legittimo pretensivo potrebbe essere risolto supponendo che esso non sia negativo, ma positivo, e che anzi ciò avvenga sempre e comunque nei confronti degli ausiliari del debitore, o comunque per lo meno ove essi, per la loro specifica professionalità, mantengano un'autonoma individuabilità ai fini dell'esecuzione della prestazione¹⁴¹³.

Tra l'altro, v'è pure da considerare che, come l'operato di certi soggetti involge la responsabilità dell'ente cui afferiscono e, anzi, fa nascere un rapporto giuridico tra ente e controparte (e non tra l'ausiliario e quest'ultima: basti pensare ai consigli degli impiegati di banca), così in talune situazioni si deve supporre che un soggetto possa veder sorgere un affidamento pretensivo negativo in virtù del contatto con un diverso

automaticamente un effetto protettivo per il minore (dalla stessa esistenza di obbligazioni). Quanto all'insegnante, potranno replicarsi i discorsi che a breve svolgerò con riferimento al medico che opera in una struttura. In ogni caso, e qualunque ragionamento si prediliga, non potrà evitarsi di notare come, nei casi in parola, vi è un vero e proprio dovere del minore di frequentare l'istituto: per cui non potrebbe non postularsi un affidamento positivo, come in tutte le altre occasioni in cui una certa prestazione è, per così dire, 'subita', più che 'scelta'. Su questi punti, nell'ottica dell'obbligazione senza prestazione, v. Cass. civ., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, e poi Cass. civ., Sez. III, 18 novembre 2005, n. 24456, Cass. civ., sez. III, 29 aprile 2006, n. 10030; Cass. civ., Sez. III, 31 marzo 2007 n. 8067; v. pure C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 490 ss.; L. MANNA, *Le obbligazioni*, cit., p. 72 ss.

¹⁴¹¹ D'altro canto anche K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*⁴, cit., p. 231, parla di «Schuldverhältnisse aus geschäftlichem Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte» (seppur, ovviamente, nel senso congruo con gli assunti fondamentali circa il rapporto obbligatorio da contatto negoziale). In questo caso, però, l'interesse legittimo positivo dovrà subire il limite di tutela di questa posizione (altrimenti esorbitando dai limiti di risarcimento cui è sottoposto lo stesso interesse legittimo nascente tra coloro che sono entrati direttamente in contatto). La tutela dovrà, quindi, modellarsi sulle scelte di cura che, in virtù del contatto, avrà compiuto la famiglia (o siano comunque oggettivamente richiedibili in pari circostanze). Non ci si potrà limitare a risarcire lo stato ipotetico del paziente senza la cura, ma bisognerà, anche qui, risarcire la differenza tra lo stato attuale e quello potenzialmente ottenibile tramite la cura di un altro medico, di cui si presumerà la diligenza. Che dire, però, del caso in cui sia uno stesso familiare ad eseguire l'intervento? Si applicherà, in questo caso, la disciplina della *negotiorum gestio*.

¹⁴¹² Così C. CASTRONOVO, *Ritorno*, cit., p. 705.

¹⁴¹³ In altri termini: ove si valorizzasse l'identificazione del medico con la struttura (egli altro non è che il soggetto tramite cui la struttura sanitaria agisce materialmente), allora non vi potrebbe essere duplicità di posizioni (ma solo una responsabilità contrattuale dell'ente e aquiliana del medico); ove, invece, si valorizzasse la personalità della prestazione del medico, sino a considerarlo centro di interessi autonomo, potrebbe sorgere un interesse legittimo pretensivo positivo: del resto, vi è qui un obbligo (tra il medico e la struttura) che ricade (rimbalza) immediatamente a vantaggio di un terzo, specificamente individuato, toccando un suo bene particolarmente tenuto in considerazione dall'ordinamento (la salute).

soggetto, che in quel frangente lo rappresenta (si pensi al caso in cui il padre di un neonato, che ha ereditato un immobile dalla madre defunta durante il parto, chieda a un amico di ristrutturare a titolo gratuito e senza vincolarsi l'immobile in questione).

Certo, stando alla tesi qui accolta resterebbero scoperte tutte quelle attività prestate a un soggetto inconsapevole in esecuzione di un debito che, pur supponendosi (o apparendo) esistente (o addirittura mancando palesemente), in realtà non sussiste (se egli fosse consapevole, potrebbe infatti nascere un affidamento soggettivo, similmente a quanto avviene là dove vi è un contratto nullo). Ma quest'esito, che tra l'altro è statisticamente irrilevante, non mi sembra dogmaticamente errato¹⁴¹⁴, e nemmeno contrario al senso del giusto. Se Tizio, medico, entrasse a casa del malato terminale Mevio per operarlo, e per errore invece curasse Sempronio, in stato vegetativo, non vedo che differenza ci sarebbe rispetto al caso in cui l'impresa Alfa, supponendo di esservi tenuta, entrasse nella proprietà di Tizio per eseguire un restauro. La diversa natura della prestazione, solo in un caso professionale, non mi sembra sufficiente per concludere nel senso di un diverso trattamento delle due fattispecie. In senso contrario potrebbero dimorare solo gli specifici obblighi deontologici, e in generale la formazione richiesta per gli esercenti certe professioni: mi pare, però, davvero troppo poco¹⁴¹⁵.

In tutte queste fattispecie l'eventualità, che connota le posizioni come interessi legittimi, sta nel fatto che il debitore è tale, e cioè è obbligato, verso un altro soggetto: e, dunque, non è tenuto direttamente verso il titolare dell'interesse legittimo a soddisfare la sua aspettativa. Egli deve soltanto, quindi, comportarsi secondo buona fede: così, in particolare, mentre eseguirà la prestazione (salvo che non decida di non eseguire, facendosi ad esempio sostituire), dovrà procedere con esattezza, potendo altrimenti venire convenuto per il risarcimento del danno (e, probabilmente, pure con una inibitoria se se ne desse la necessità: ma su questo v. dopo).

In ogni caso, a me non pare che da ciò si possa argomentare nel senso che la professionalità del medico consenta, di per sé, la nascita di un interesse legittimo in capo a chi viene operato: infatti, se così fosse, dovrebbe potersi affermare lo stesso

¹⁴¹⁴ Se non erro, esso corrisponde all'idea di A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 31 s.

¹⁴¹⁵ Le norme deontologiche, infatti, non impongono di svolgere 'quell'attività concreta': impongono, tutt'al più, certi livelli di competenza, una volta che essa venga compiuta (e, dunque, in un momento successivo a quello in cui l'interesse legittimo dovrebbe esser sorto). D'altro canto, se fosse corretto quel ragionamento, bisognerebbe ripeterlo pure per svariate altre attività: il codice della strada, ad esempio, impone (prevedendo anche sanzioni) un certo livello di accortezza nella guida; innumerevoli normative impongono vari doveri di controllo a chi svolge attività d'ordine materiale, e via dicendo. Vi è anche da tener conto, poi, che l'estensione dell'interesse legittimo a tutte le prestazioni svolte da un professionista, sol perché sono da lui svolte verso un soggetto o un certo numero di soggetti, supererebbe il discorso sulla serietà, che svolgo prima; non solo, ma incentiverebbe il fenomeno dei *free riders* (S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik*, cit., p. 488), giacché – ad esempio – qualsiasi informazione data creerebbe responsabilità (v. pure le osservazioni di G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., p. 381). Meglio, per giustificare tali responsabilità, fare ricorso alla categoria della serietà, su cui v. *supra*. Ne parlo di nuovo *infra*, nel testo.

anche per tutti coloro che esercitano professionalmente un'attività, e a prescindere dalla specifica ragione per cui nel caso concreto non è sorto alcun affidamento soggettivo¹⁴¹⁶. Il che, però, vorrebbe dire annullare gli spazi della gestione d'affari (avente ad oggetto attività materiali direttamente svolte dal *gestor*), tutte le volte in cui la controparte sia semplicemente assente, e finire per far dipendere la responsabilità semplicemente dall'esecuzione della prestazione, così tradendo la *ratio* della responsabilità nascente da affidamento soggettivo. D'altro canto, nulla imporrebbe di limitare il contatto rilevante solo a quello con professionisti: ove, dunque, si esca dall'ottica dell'affidamento soggettivo e della serietà del contatto, tutto sembra diventare uguale, venendo tra l'altro pure a mancare un orizzonte normativo di riferimento (ché tale non può più essere l'art. 1337 c.c.). Non vedo perché un privato debba confidare nell'operato del medico, ma non in quello di un operaio che provvede a una ristrutturazione, o in quello del barbiere che rischia di tagliare il viso del cliente, e così via dicendo¹⁴¹⁷.

In questo senso mi pare di poter affermare che la responsabilità da lesione di interessi legittimi (negativi) non è mai responsabilità da 'contatto sociale'¹⁴¹⁸, ma semmai da 'contatto serio'¹⁴¹⁹.

E, dunque, escluderei che l'affidamento da contatto possa nascere sempre e comunque dal fatto che un professionista, o addirittura un qualsiasi soggetto, compia

¹⁴¹⁶ Al riguardo va rammentata anche la critica al 'contatto sociale' esposta da L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 389 ss. Secondo l'autore sbaglierebbe Castronovo a rinvenire quest'elemento alla base dell'obbligazione senza prestazione (*rectius*: quale fonte ai sensi dell'art. 1173 c.c.). E, questo, giacché non opererebbe l'analogia rispetto alla «fattispecie modello», ossia la responsabilità precontrattuale. La critica è corretta; al fondo di essa vi è, secondo l'ottica che ho adottato in questo lavoro, la distinzione tra affidamenti da contatto e affidamenti che non sorgono da contatto. La confusione tra responsabilità precontrattuale e contatto sociale viene da questo: la prima ipotesi configura un interesse legittimo sicuramente pretensivo negativo; la seconda si aggira tra l'interesse protettivo (così per rimanere più aderenti all'idea del suo elaboratore) e quello pretensivo positivo (così però eccedendo di certo nella tutela, e finendo per creare una prestazione senza obbligazione). L'esito cui giunge Lambo però è eccessivo: ovvero, ritenere che solo il contatto negoziale possa far nascere meri obblighi di protezione. Viceversa, e sempre per restare nella mia ottica, vi sono gli estremi per un'interpretazione analogica (o di ricostruzione sistematica, che tragga spunto dai principi e assieme dalla norma recata nell'art. 1337 c.c.), tale da rinvenire una schiera di situazioni in cui sorgono interessi pretensivi da contatto. Di certo vi è in questi casi la 'somiglianza', e vi è pure una 'lacuna' legislativa. La replica di C. CASTRONOVO, *Ritorno*, p. 698, alle obiezioni di Lambo in questo coglie nel segno.

¹⁴¹⁷ V. L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 391 (che cita anche l'idea di Castronovo per cui un'obbligazione senza prestazione nascerebbe anche verso qualsiasi autista: che di certo non è un professionista). Altra questione è quella, su cui mi sono prima soffermato, della possibile nascita di interessi legittimi anche verso i soggetti ausiliari *ex* art. 1228 c.c.; in tal caso non è la 'professionalità', ma l'estrema 'personalità' del servizio reso a costituire ragione per una protezione ulteriore. Di recente anche F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute*, cit., § 8.

¹⁴¹⁸ Cfr. anche, in sintesi, S. ROSSI, voce *Contatto sociale (fonte di obbligazioni)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2010, p. 347 ss.

¹⁴¹⁹ Ciò non toglie che la qualifica professionale di un soggetto potrà servire quale elemento da cui dedurre la serietà (lo intuisce L. LAMBO, *Obblighi*, cit., p. 392 s.); ma il contatto dev'essere comunque basato su un affidamento soggettivo (obiettivamente riconoscibile).

una prestazione (creandosi – in tale ottica – un affidamento all’esatta e completa esecuzione, che proteggerebbe, più che dalla perdita di altre occasioni – difficilmente rinvenibile qui – dai danni arrecati con l’esecuzione stessa della prestazione). Infatti, gli stessi casi sono già presidiati da specifiche discipline (della *negotiorum gestio*¹⁴²⁰ o dell’affidamento da contatto serio, nei termini predetti). Né dimorano in senso contrario tutte le ipotesi in cui sembrerebbe non esservi alcun affidamento soggettivo: così, in particolare, può accadere che un soggetto riceva un’informazione e faccia affidamento su di essa, senza che vi sia stato un vero e proprio contatto verbalmente inteso; ma in tal caso vi è pur sempre un affidamento soggettivo a un risultato eventuale (e una presa in carico dei beni altrui, che pur si cristallizza nell’informazione, la quale funge da veicolo pure della creazione dell’affidamento). Semmai, è da dire che talvolta il contatto, che crea l’affidamento, è veicolato da un mezzo (nell’ultimo caso, ad esempio, si accompagna alla stessa informazione).

In conclusione, al di fuori dei casi di interessi legittimi pretensivi positivi (o protettivi), a mio avviso non vi è spazio per un affidamento senza un contatto serio, e cioè senza che vi si colleghi una situazione affidante anche dal punto di vista soggettivo. Se Tizio si prende in carico la ristrutturazione della casa di Caio, senza che questi possa confidare nella relativa attività, giacché non ne è venuto a conoscenza, non si tratterà giammai di protezione dell’affidamento, ma tutt’al più di *negotiorum gestio*: da cui, com’è noto, sorge in capo al gestore l’obbligo di continuare l’attività (e, in particolare, nascono le «stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato»), «finché l’interessato non sia in grado di provvedersi da se stesso». Il parallelismo con i casi di affidamento è massimo: ma, per l’appunto, si tratta di un altro istituto, la cui cittadinanza nell’ordinamento offre una comprova di quanto ho sinora argomentato.

Né si potrebbe argomentare in senso diverso, per quanto attiene ai professionisti, supponendo che qui vi sia una specifica disciplina che rende la loro attività doverosa (la disciplina deontologica), e che dunque sempre l’esecuzione di una prestazione di tal genere imponga la nascita di interessi legittimi pretensivi positivi. Così non è, per varie ragioni. Anzitutto, il dovere che rileva – ai fini della creazione di interessi legittimi pretensivi positivi (e della tutela ‘di rimbalzo’) – deve nascere *ex ante*, e non ridursi a una valutazione *ex post* della condotta (altrimenti, anche nel caso delle norme aquiliane di protezione sorgerebbe il dubbio circa la nascita di interessi legittimi; si contraddirebbe, di fatto, proprio la natura di ‘rapporto’ della relazione interesse legittimo-dovere legittimo); inoltre, esso deve riguardare una specifica attività (e non, genericamente, tutta quella svolta da un soggetto); in ultimo, la doverosità (che

¹⁴²⁰ D’altro canto, sull’applicazione della *negotiorum gestio* alla prestazione del medico v. S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, cit., p. 504 s. A dire il vero F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute*, cit., § 3, abbina la disciplina della *negotiorum gestio* a specifici obblighi di protezione; e, a tal fine, potrebbe sostenersi che quel rinvio alle norme sul mandato, che la legge contiene (oltre all’obbligo di continuare la gestione già iniziata), altro non sia che il riferimento a un interesse legittimo pretensivo positivo. Possiamo, però, non approfondire il punto.

rimbalza su colui la cui posizione è differenziata e qualificata) non può attenersi a qualsiasi norma. Se così non fosse, si finirebbe per ritenere che le leggi, la cui violazione concreta semplicemente la colpa (ad esempio, il codice della strada), siano volte a proteggere terzi. Invece, vi è la necessità che la norma in questione sia volta a stimolare un'attività per il perseguimento di un fine (pubblico o privato che sia), la cui realizzazione tocca anche gli interessi di un altro soggetto. Così, potrà trattarsi di una potestà pubblicistica o privatistica (che è potere e dovere); di un'obbligazione privatistica; di un'attività di un organo pubblico resa necessaria per legge al fine di soddisfare interessi pubblici o collettivi (come quella della Consob)¹⁴²¹.

La deontologia dei professionisti, invece, si cala in un ordinamento specifico privo di capacità espansiva; essa non impone il raggiungimento di un risultato (ad esempio, non si richiede un esercizio della professione competente, ma si sanziona quello incompetente, imponendosi doveri di astensione là dove non vi siano: per cui sarebbe vieppiù strano che da essa possa nascere un affidamento tutelato in positivo).

Ancora, tale regolamentazione opera in un momento successivo rispetto a quello della supposta nascita di un interesse legittimo pretensivo (ponendosi contraddittoriamente a valle rispetto al sorgere del rapporto); per la sua latitudine, la stessa non sembra tener conto di specifiche condotte che hanno un riflesso immediato su soggetti qualificati, ma genericamente di tutta l'attività del professionista.

Per di più, la deontologia non impone il dovere di compiere (ovviamente, bene) una specifica attività, come avviene invece negli altri casi poc'anzi richiamati.

Un discorso simile potrebbe farsi con riferimento alla responsabilità disciplinare e amministrativa dei dirigenti della p.a., là dove queste non danno di sicuro vita a quella doverosità atta a creare interessi legittimi: si tratta, infatti, di una normativa interna, priva di efficacia riflessa, unicamente sanzionatoria (ossia, volta a sanzionare condotte in sé intese, a prescindere dalla loro rilevanza in un rapporto o comunque dal loro calarsi in un concreto assetto di interessi).

Ma, in fondo, la *ratio* è la stessa anche per la normativa penale¹⁴²²: che correttamente il legislatore lascia incidere a livello aquiliano, ma su cui non si potrebbe

¹⁴²¹ Ove si preferisse un inquadramento aquiliano per la responsabilità della Consob, si potrebbe ritenere che è necessario, affinché sorgano interessi legittimi pretensivi positivi, che l'attività svolta costituisca esecuzione di un dovere che assurge a posizione giuridica soggettiva (anche se, effettivamente, pure nel caso della Consob l'attività parrebbe essere esercizio di una 'potestà' intesa in senso lato – *rectius*, di una somma di potestà –).

¹⁴²² Non si fraintenda: quanto affermo ora non contraddice le considerazioni di cui al § 5 dello scorso Capitolo. L'interesse legittimo protettivo ha davvero una notevole somiglianza con gli illeciti aquiliani di condotta (la sua peculiarità è, però, il fatto di creare – e di vivere in – un rapporto). Tuttavia, lì la questione era di comprendere quando una certa norma, che impone un contegno, è indice della previa nascita di un interesse legittimo (o è solo una norma di protezione). Qui, viceversa, si vuol invece affermare che la norma che pone un contegno, rilevante per la soddisfazione di un interesse altro (che sia di un altro privato, o che sia l'interesse pubblico), non sempre consente di dedurre l'esistenza di interessi legittimi in capo ai terzi toccati da quel contegno (interessi di norma pretensivi, ma talvolta protettivi – sia in taluni contratti con effetti protettivi, sia negli stessi procedimenti pubblici, specie nel

fondatamente sostenere la nascita di interessi legittimi (e non solo, ovviamente, giacché la legge predispone autoritativamente la rilevanza ai sensi dell'art. 2043 c.c.). La disciplina penale non riguarda rapporti: o, meglio, si distinteressa delle previe relazioni. Per essa tutti i danni sono 'del passante', giacché il suo obiettivo è la sanzione della condotta del reo, avvenga essa nell'ambito di una previa relazione, o meno. E per lo stesso motivo non potrà essere questa disciplina a giustificare, di riflesso, la creazione di un rapporto, ponendosi il più limitato fine di regolare il momento del dell'illecito (a prescindere da quanto si pone nella dimensione precedente).

In ultimo, e prima di passare agli interessi legittimi pretensivi pubblicistici, varrà la pena di riassumere gli strumenti di tutela concessi al titolare di un interesse legittimo pretensivo negativo.

Tra essi non può comparire l'azione inibitoria, giacché essa li trasformerebbe in interessi legittimi positivi (e salva la protezione di interessi 'altri', per cui una tale facoltà dovrebbe essere ammessa). Viceversa, potrebbe darsi spazio per un risarcimento in forma specifica, nei limiti in cui, però, non tramuti la protezione in quella di un interesse positivo. Altra peculiarità, poi, sta nel fatto che non sempre – come a suo tempo ho già detto – la lesione della buona fede, relativa all'interesse centrale di prestazione (inteso in senso stretto), estingue radicalmente l'interesse legittimo. Può avvenire, infatti, che se ne formi un altro con oggetto rinnovato, al fine di dare la facoltà al soggetto passivo di soddisfare l'aspettativa e a quello attivo di non doversi accontentare di un risarcimento (se si vuole, si potrà dire che è lo stesso interesse legittimo, che muta il suo oggetto).

caso di controinteressati all'esercizio favorevole del potere). Viceversa, è necessario che la previsione che pone il dovere non sia meramente volta a prevenire un danno, ma imponga un'attività per la salvaguardia (attiva, per così dire) di un interesse: una potestà pubblica, un'obbligazione, o perfino la disciplina che impone agli organi di garanzia di attivarsi nello svolgimento del controllo. Ciò non deve portare nemmeno all'eccesso di credere che ogni dovere legale di attivarsi corrisponda a un interesse legittimo: vi è la necessità, infatti, che i terzi 'subiscano' (più che 'scelgano') quest'affidamento. Il che avviene, come già evidenziato, quando la condotta di per sé tocca interessi, strettamente connessi con l'attività stessa (e pure con l'esigenza per cui essa è rivestita di doverosità), che il privato (o comunque determinati privati) non potrebbe soddisfare altrimenti.

CAPITOLO TERZO

INTERESSE LEGITTIMO PRETENSIVO POSITIVO

SOMMARIO: 1. L'interesse legittimo pretensivo nel diritto pubblico. – 2. Una parentesi: la tutela della *chance*. – 3. L'interesse legittimo pretensivo positivo in diritto privato: i concorsi privati, la rinegoziazione e altre ipotesi.

1. L'interesse legittimo pretensivo nel diritto pubblico

In conclusione, cercherò di tirare le fila con riferimento all'interesse legittimo di diritto pubblico, concludendo anche con riguardo a quei profili che erano rimasti – allorché mi ero soffermato su quello protettivo pubblico – ancora incerti.

Come quest'ultimo, anche l'interesse pretensivo nasce di fronte a un potere della pubblica amministrazione di stampo pubblicistico: e, dunque, non in virtù di un contatto, ma semplicemente della posizione che un privato riveste verso la p.a. (o che va a rivestire allorché presenta un'istanza)¹⁴²³.

Tuttavia, a differenza di quello protettivo, esso non sussiste allorché l'attività sia vincolata e non discrezionale (mentre, di certo, il fatto che il provvedimento emesso

¹⁴²³ Il punto è essenziale, alla luce delle ricadute che ha in merito al *quantum* del risarcimento (riferito di norma a un interesse positivo e non negativo, seppur in ragione delle *chances* perse). Ma esso contribuisce anche a spiegare certi caratteri su cui spesso indugia la dottrina: ad esempio, ci si è chiesti come mai la p.a., nel non concedere un'autorizzazione o nel rifiutare una concessione, eserciti un potere autoritativo, mentre così non è di certo per il privato che non intende vendere un suo bene a chi ne fa richiesta. Pur non entrando nel dibattito sulla imperatività di questi provvedimenti (la negano, ad esempio, D. SORACE-C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, § 7: ma forse sarebbe solo da intendersi sui termini, e sul significato di imperatività, che a mio avviso è correttamente «ravvisato nell'attitudine di un provvedimento a produrre effetti che incidono in sfere giuridiche altrui», come sottolineano R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 14), vorrei notare che, per dimostrare il contrario, non basta osservare che la p.a., nell'attribuire a un soggetto il bene, indirettamente incide anche sul resto dei consociati (giacché ciò avviene pure per il privato che vende a Tizio e non a Caio; nel senso contro cui mi esprimo, invece, F.G. SCOCA, *La teoria*, cit., *passim*); piuttosto, è questa stessa annotazione a costituire una ricaduta del fatto che l'atto dell'amministrazione, anche attributivo di nuove utilità, viene considerato esercizio di un vero e proprio potere, e ciò in virtù dello specifico *status* dell'amministrazione, che sempre (accogliendo un'istanza e denegandola, attribuendo un bene o asportandolo) persegue, nel migliore dei modi, l'interesse pubblico. Proprio da questo principio discende l'automatica presenza di posizioni di interesse legittimo in capo ai consociati: ciò che manca, invece, nell'ambito delle trattative di diritto comune, in cui v'è bisogno di un previo contatto tra i soggetti.

sia in un certo caso nullo risulta influente rispetto alla sussistenza, che si situa a monte, di un interesse legittimo¹⁴²⁴).

Non è questa la sede per indagare un concetto così complesso come quello della discrezionalità¹⁴²⁵: basti, allora, sottolineare come essa sussista allorché alla pubblica amministrazione è rimesso un margine di scelta nella decisione circa le modalità di migliore soddisfazione dell'interesse pubblico¹⁴²⁶ (e dunque nel bilanciamento tra i vari interessi in gioco¹⁴²⁷), e come dunque l'attività sia vincolata nel caso opposto¹⁴²⁸.

Non affronterò, nemmeno con la brevità che sarebbe imposta, il problema della discrezionalità tecnica¹⁴²⁹.

¹⁴²⁴ Diverso il caso della nullità per carenza assoluta di potere (ma, a sua volta, salva la possibilità di ritenere che la p.a. che asserisca di esser titolare di un potere non faccia nascere anche l'interesse legittimo corrispondente: la cui natura – pubblicistica o privatistica – è tutta da indagare).

¹⁴²⁵ La bibliografia è sterminata. V., tra gli altri, E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 174 ss.; ID., *Manuale*, cit., p. 280 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II³, cit., p. 45 ss.; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 43 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., p. 668 ss.

¹⁴²⁶ Di «situazione intermedia tra la libertà e il vincolo, caratterizzata dal vincolo nel fine», parla B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., p. 639.

¹⁴²⁷ Ché questo individua, per l'appunto, il miglior perseguimento dell'interesse pubblico inteso in senso lato, come comprensivo dell'interesse pubblico in senso stretto e di tutti quegli interessi particolari (o quegli altri interessi pubblici) che con esso confliggono. Sul bilanciamento dei vari interessi v. soprattutto M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939.

¹⁴²⁸ Ovviamente, il vincolo di cui parlo non è quello mischiato alla discrezionalità amministrativa, e che porta necessariamente a un certo contenuto del provvedimento (nel qual caso il bene finale resta dal privato solo oggetto d'aspirazione, non di tutela piena). Si tratta, invece, di un potere *interamente* vincolato (nel merito: A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 38). E questo giacché «la potestà discrezionale ha sempre dei momenti 'vincolati', anche quando è amplissima» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II³, cit., p. 54; v. pure ID., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 268, per l'osservazione secondo cui l'atto vincolato lo è sempre interamente, mentre l'atto discrezionale può essere vincolato anche per tutti i profili tranne uno, che resta per l'appunto discrezionale). Vale la pena di precisare che l'opinione, secondo cui «l'attività della p.a. non sarebbe mai totalmente vincolata», o forse solo in rari casi, «non ha avuto seguito» (così A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 7; v. pure L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, p. 12 ss.), come non ha avuto seguito quella opposta, secondo cui «tutta l'attività amministrativa è attività vincolata» (R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 63).

¹⁴²⁹ Utilizzo quest'espressione, nonostante sia riconosciuto da più parti che essa è impropria, benché entrata nell'uso comune (F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 372, nt. 1). Il problema, a volerlo sintetizzare il più possibile, si riduce a questo: se, allorché il potere amministrativo non richieda ponderazione di interessi, ma valutazioni tecniche, esso possa dirsi comunque discrezionale. Da un lato (v., con accenti diversi, F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 434 ss., da cui la successiva citazione; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 485 ss., che pur per certi profili – *ivi*, p. 496 ss. – si avvicina all'altra tesi, su cui v. subito dopo; v. pure ID., *Lineamenti*², cit., p. 288 ss.), si osserva che «i dubbi di carattere scientifico non si risolvono con lo strumento del potere» e che, «per questo aspetto, la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore» (ciò che non avviene mai in caso di discrezionalità amministrativa: pure in caso di giurisdizione di merito, infatti, si ritiene che il giudice si sostituisca alla p.a., ma solo dopo aver annullato il provvedimento – cfr. A. TRAVI, *Lezioni*⁹, cit., p. 188 –

Quel che è più interessante, infatti, è notare che, in carenza di discrezionalità, al privato spetterà un vero e proprio diritto, giacché il risultato cui tenderà gli sarà assegnato con certezza¹⁴³⁰. Con ciò non voglio affermare – come faceva una

e, comunque, stante la natura stessa della discrezionalità amministrativa – probabilmente perché il giudizio di opportunità su un bilanciamento di interessi va oltre la mera attività intellettuale-interpretativa, rappresentando piuttosto e per l'appunto cura di interessi [v. almeno M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 62 ss. e 166] –, ove si ammettesse un sindacato sul merito stesso dell'atto, ciò significherebbe un'attribuzione al giudice di compiti amministrativi, e non tramuterebbe l'interesse legittimo in diritto soggettivo); dall'altro lato, invece, si ritiene che il giudice incontri in quest'ambito una limitazione dei suoi poteri d'accertamento (escludendosi un sindacato giurisdizionale 'forte'). Ove si sostenga (cfr. ad esempio C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 185 ss.) che, in caso di valutazione tecnica, la p.a. gode di una «competenza esclusiva» (v. E. CAPACCIOLI, *Manuale*, cit., p. 286 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 51) nel compiere la valutazione stessa, non potrebbe non ammettersi la sussistenza di interessi legittimi, e non di diritti soggettivi, in capo al privato, giacché resterebbe un'area di insindacabilità dell'azione amministrativa (e mancherebbe la garanzia piena del risultato ambito dal privato; non è un caso che i fautori della tesi in esame, ossia della esclusività del giudizio tecnico della p.a., sono gli stessi propugnatori della tesi relativa alla corrispondenza tra diritti soggettivi e attività vincolata: quasi a voler far fuoriuscire – a mio avviso condivisibilmente – dalla giurisdizione del giudice ordinario e dall'ambito di qualificazione in termini di diritto soggettivo un'estesa area di attività amministrativa che vi era appena stata riversata). Viceversa, accettando un sindacato forte del giudice, ne deriverebbe la configurabilità di diritti soggettivi del privato: vera che sia l'idea, spesso ripetuta in dottrina, per cui in caso di discrezionalità tecnica vi è una 'opinabilità' della valutazione che mancherebbe in caso di attività vincolata (ma, in fin dei conti, non è tutto opinabile? superflui i rinvii, già svolti, agli studi sull'ermeneutica giuridica, nonché, sempre nella dimensione giuridica, alla contrapposizione tra *Begriffskern* e *Begriffshof*), va comunque tenuta ferma la conclusione per cui, là dove l'organo giurisdizionale può accertare e può (deve) dunque fornire una sola interpretazione del reale, il privato non può che ritenersi dotato di diritti (che si muovono secondo la logica binaria del sì-no, e non quella probabilistica dell'interesse legittimo). In realtà – ma non posso soffermarmi su questo profilo – si dovrà parlare di attività vincolata ogni qual volta il giudice possa spingersi a sindacare l'intero giudizio della p.a., e di attività valutativa riservata in caso contrario; nella prima ipotesi l'opinabilità, pur sussistendo nella teoria, è cancellata dal mondo del diritto, giacché il giudice, con la sua decisione, sancisce una e una sola verità. V. pure L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., p. 5, secondo cui l'attività vincolata è quella «attività dell'amministrazione che non si espliciti attraverso apprezzamenti o valutazioni, tanto di carattere discrezionale che di carattere tecnico», nonché D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, *passim*, ma spec. p. 353 ss., ove, nell'escludere che «il mero carattere opinabile ... [possa] costituire ragione sufficiente per la configurazione di un potere riservato», si afferma la necessità di un'attribuzione, derivante dall'«oggetto stesso della valutazione» o dall'«inequivocabile volontà legislativa» (le prime parole virgolettate sono della *Recensione* di C. MARZUOLI, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 706). È di F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 712, l'annotazione secondo cui il rapporto tra discrezionalità amministrativa e tecnica non integra un «movimento lineare», ma «circolare», che «anima le medesime creando assai più complesse interrelazioni». Per un quadro complessivo della problematica, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, v. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 104 ss.; F. VOLPE, *Discrezionalità*, cit., p. 791 ss.; ID., *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013, p. 694 ss.; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 705 ss.; oggi, poi, v. pure l'art. 31, comma 3, cod. proc. amm., là dove parla di «adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione». Tradizionale, infine, il rinvio agli scritti di P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 95 ss., e di V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

¹⁴³⁰ Mi allineo, in parte, a quell'orientamento, che annovera tra i suoi propugnatori già E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi*, cit., p. 138 ss. (in cui, in verità, il tema è solo implicitamente accennato); ID., *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, p. 301 ss., spec. p. 310 ss.; ID., *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, *ivi*, p. 357 s.;

dottrina¹⁴³¹ – che la discrezionalità sia il dato connotante gli interessi legittimi, e così pure quelli di diritto privato. Viceversa, a me pare che essa, pur costituendo un concetto tipico del diritto pubblico, consenta di affermare che un certo bene al privato non è garantito con sicurezza. Se così fosse, invece, al privato spetterebbe una tutela diversa, e maggiore, giacché egli avrebbe diritto a una certa prestazione da parte della p.a. (l'esercizio del potere¹⁴³²), e non si limiterebbe soltanto a confidare nell'attività,

ID., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, p. 267 s.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 3 ss.; D. SORACE, *Il metodo*, cit., p. 889 ss. *Contra*, tra gli altri, G. GRECO, *L'accertamento*, cit., p. 126 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria*, cit., § 14 (ma non è convincente l'idea di quest'ultimo, secondo cui attività vincolata vuol dire dovuta e non per questo obbligatoria: ciò è vero – il vincolo è sempre nell'interesse pubblico –, ma è altrettanto vero che il privato, il quale si trova protetto sempre in virtù di una recezione indiretta, di un affidamento riflesso nella normativa pubblicistica, non può non vedere ispessirsi il suo interesse legittimo, che assume inevitabilmente la consistenza di un diritto; senza dubbio, dunque, la norma che conferisce il potere alla p.a. e la vincola nel suo esercizio finisce pure per attribuire un diritto di credito); P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 s. (che anticipa la posizione dello Scoca, ritenendo che la potestà pubblica e il provvedimento siano incompatibili con il diritto di credito; in particolare, «la doverosità del dovere si risolve necessariamente in un dovere generico correlato all'interesse pubblico e non in un obbligo nei confronti del privato», mentre ove vi sia un obbligo vi sarebbe anche un atto dovuto e non un provvedimento dovuto). Sin troppo noto è il diverbio tra giurisdizioni che si è prodotto proprio a proposito del problema che vado esaminando: se la Cassazione (v. Cass. civ., Sez. Un., 18 marzo 2004, n. 5502) propende per la corrispondenza tra attività vincolata e diritto soggettivo, il Consiglio di Stato (cfr. soprattutto Cons. Stato, Ad. Plen., 24 maggio 2007, n. 8, secondo cui «l'acclarata natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione»: «anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo») ha invece riprodotto un criterio diverso e meno rigoroso (contro cui si pronunciava già A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 3 ss.; esso mi pare sotteso invece alle parole di G. GUARINO, *Atti*, cit., p. 352). Più di recente, il Consiglio di Stato ha mitigato (anche se non abbandonato) le sue tesi (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 12 luglio 2011, n. 11; ricostruisce queste oscillazioni, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Sez. III-bis, 21 aprile 2015, n. 5842). Di questa evoluzione parla ampiamente L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., p. 16 ss.

¹⁴³¹ Ho già citato, a suo tempo, le opinioni della Bigliuzzi Geri e di Iannotta. Se funzionalizzazione è finalizzazione del potere, essa non sussiste sempre di fronte a un interesse legittimo. Se, viceversa, è intesa nel senso genericissimo (e atecnico) di 'limite del potere', o di 'libertà parziale', allora potrebbe anche esservi una corrispondenza reciproca (ma, per l'appunto, ciò richiederebbe di snaturare il concetto di funzionalizzazione). Proprio l'idea per cui l'interesse legittimo sta sempre di fronte a un potere funzionalizzato ha portato la dottrina, ad esempio nel diritto del lavoro, ad allontanarsi dall'idea di interesse legittimo (giacché, con tutta evidenza, il potere del dato non è funzionalizzato; cfr. C. CESTER-M.G. MATTAROLO, sub *art. 2104 c.c.*, cit., p. 421 ss. V. pure S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Torino, 2015, p. 1 ss.

¹⁴³² Secondo E. CAPACCIOLI, *Disciplina*, cit., p. 310, i «due schemi di fondo dell'esperienza giuridica» sarebbero: «a) norma-fatto ...; b) norma-potere-fatto» (v., su questo indirizzo, oggi F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 873 ss.). L'idea è assolutamente condivisibile: mi preme solo avvertire che, a mio avviso, il primo schema non esclude la sussistenza di un potere, giacché può succedere che oggetto di un credito sia – come nell'esempio fatto nel testo – l'esercizio stesso di un potere. In questo caso il credito ha ad oggetto un comportamento del debitore, e non il bene finale di cui disporrà il creditore una volta esercitato il

potere e adempiuta l'obbligazione che ne sorge. *Contra* G. GRECO, *L'accertamento*, cit., p. 130, secondo cui «diritti soggettivi e potestà sono termini non conciliabili all'interno di un medesimo rapporto giuridico»: l'autore, però, non tiene conto del fatto che, se di fronte alla (e in funzione del corretto esercizio della) potestà v'è sempre un interesse legittimo, può accadere che l'esercizio stesso della potestà sia contenuto di una pretesa. Ovviamente, ciò non toglie che il diritto del privato possa riguardare anche, e direttamente, una prestazione diversa (per esempio, il pagamento di una somma di denaro, e non l'atto di esercizio del potere, in seguito al quale sorgerà un diritto di credito), pur nascendo comunque *ex lege*. Segue il Greco anche E. CASSETTA, *Manuale*⁹, cit., p. 299 (ma l'autore mi pare si riferisca precipuamente agli interessi oppositivi, giacché parte dall'idea, propria di Hohfeld e oggi di Occhiena, secondo cui il diritto soggettivo «può dunque essere definito come la situazione giuridica di immunità dal potere»). Ma *contra* v. pure lo stesso E. CAPACCIOLI, *Manuale*, cit., p. 279, secondo cui «allo schema dell'atto che si caratterizza in quanto atto di esercizio di un potere di supremazia appartiene propriamente la sola categoria degli atti discrezionali» (su posizioni simili, e cioè per la necessità di discrezionalità affinché si tratti di un potere amministrativo, v. F. LEDDA, *Potere*, cit., p. 376 s. – «d'un potere dell'amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima dispone d'un certo margine di discrezionalità, cioè di un margine che consenta l'affermazione di una volontà non compiutamente espressa nella norma» –; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 42, e poi v. p. 48 s. sulle ricadute sul concetto di atto amministrativo, che parla di «potere amministrativo in senso stretto, vale a dire ... potere discrezionale»; G. GUARINO, *Atti*, cit., p. 101, che insiste sul fatto che «potere amministrativo», «potere amministrativo discrezionale» e «potere discrezionale» sono espressioni «equivalenti»; L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., p. 44, che arriva fino ad escludere l'efficacia costitutiva in senso proprio dell'atto vincolato). Tuttavia, a me non sembra che così sia: potere e discrezionalità stanno, a ben vedere, su piani diversi (per questo limitato profilo aderisco all'idea di F.G. SCOCA, *La teoria*, cit., *passim*, mentre non condivido la generalizzazione già compiuta dall'autore in ID., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 247 ss.; v. pure E. CASSETTA, voce *Provvedimento*, cit., § 10; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, cit., p. 673 e soprattutto 691, secondo cui «si può ammettere che tale schema operi [quello del potere come strumento di produzione di effetti giuridici] anche quando l'esercizio del potere sia obbligatorio»; così – secondo la stessa indicazione dell'autore – P. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 381; in ultimo, osservo che non vi è incompatibilità tra vincolo e potere nemmeno dal punto di vista della negoziabilità dell'atto di esercizio del potere, giacché possono a questo fine ripetersi le note affermazioni, svolte in tema di pagamento traslativo, da R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 155 s.; in caso di esistenza del potere e mancanza del dovere, chi abbia esercitato il potere stesso sul falso presupposto di esservi obbligato potrà, ove si presentino le condizioni, chiedere l'annullamento del negozio per errore). Si potrà semmai dire che l'atto compiuto in esercizio di un potere vincolato (specie se attributivo di un nuovo bene, e non ablatorio) sia un negozio di diritto privato, e non più un atto di amministrazione (con conseguente applicazione dei vizi di tipo privatistico; v. in effetti quanto dirò, nelle successive note, a proposito della possibilità di ricostruire in termini privatistici tutte le posizioni di chi ha interesse all'emanazione o alla non emanazione di un atto vincolato; più complesso – ma v. già § 3, Capitolo primo, Parte Prima – sarebbe chiedersi se di 'potere' in senso proprio si possa parlare con riferimento agli atti della p.a. aventi efficacia – secondo la nota tripartizione di A. FALZEA, voce *Efficacia*, cit., ripresa nel diritto pubblico da V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*⁴, Torino, 2014, p. 421 ss.; per indicazioni, anche bibliografiche, v. di recente A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, p. 102 ss. – solo dichiarativa, cui vanno ascritti in gran parte, anche se non interamente, gli atti vincolati: se è vero che tale efficacia non richiede il compimento di negozi, come ha magistralmente chiarito V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni*, cit., *passim*, e se è vero che non tutti gli accertamenti in parola sono 'costitutivi' e dunque danno luogo a provvedimenti [su questo concetto, che mi pare da accogliere nonostante la contraria opinione di M.S. GIANNINI, voce *Accertamento {dir. cost. e amm.}*, I, Milano, 1958, § 4, cfr. di recente L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., p. 62, nt. 79, che tuttavia lo sostituisce con quello di «diritto soggettivo a necessario accertamento amministrativo» riprendendo l'idea cara alla processualistica tedesca di *Gestaltungsklagerecht*, cui adde A. FALZEA, voce *Efficacia*, cit., p. 505], vero è pure che dovrebbe ritenersi che queste dichiarazioni di scienza o di volontà non costituiscono né provvedimenti, né negozi, ma meri atti – su tutto questo, v. in particolare P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2³, cit., p. 4 ss. e 13 ss., nonché M. RUFFERT, *Verwaltungsakt*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁴, hrsg. von H.-U. Erichsen und D. Ehlers, Berlin-New York, 2010, p. 690, per la dottrina tedesca –; di seguito,

svolta secondo buona fede, dell'amministrazione. In altri termini, il diritto si sostituirebbe all'interesse legittimo perché più ampia sarebbe la protezione così assicurata¹⁴³³.

V'è di più. Come noto, il codice del processo amministrativo ammette oggi che il privato chieda la condanna della p.a. all'adempimento (al di fuori dunque dalla logica dell'ottemperanza¹⁴³⁴ della sentenza del T.A.R. o del Consiglio di Stato)¹⁴³⁵: ma ciò

comunque, mi interesserebbe degli atti vincolati aventi comunque efficacia costitutiva e, per l'effetto, corrispondenti a provvedimenti o tutt'al più negozi). Ma, allora, potrebbe ritenersi incostituzionale (ai sensi delle note decisioni 6 luglio 2004, n. 204, e 11 maggio 2006, n. 191, della Consulta, recepite dall'art. 7, comma 1, cod. proc. amm., secondo cui «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni») l'eventuale attribuzione al g.a. di controversie su questi diritti: esse, pur rientrando nella giurisdizione esclusiva, non sono riconducibili, nemmeno mediatamente, a un potere amministrativo. Vero è, però, che il concetto di potere amministrativo versato nell'art. 7 cod. proc. amm. potrebbe essere inteso non solo come potere pubblicistico della p.a., ma anche come potere che, pur essendo assoggettato nella sua espressione (quanto al negozio di esercizio) alla disciplina privatistica, rientra nella logica di cura degli interessi pubblici (e così distinto dai veri e propri poteri di diritto comune, come il recesso da un contratto, che non sono in sé funzionalizzati, ma lo divengono se di essi è titolare una p.a.).

¹⁴³³ Spettando la giurisdizione al g.o., questi potrebbe limitarsi a condannare la p.a. a rilasciare il provvedimento, senza che questo comporti alcuna intrusione nella sfera riservata all'amministrazione. Quanto al provvedimento sfavorevole, esso si potrebbe alternativamente ritenere nullo o comunque inefficace (giacché la norma che assegna il diritto al privato finisce pure per delimitare con precisione il perimetro di esistenza del potere) oppure annullabile (e con potere del g.o. di disapplicarlo, condannando la p.a. a reiterarlo in senso diverso e, dunque, anzitutto a ritirarlo). Le due ricostruzioni (la prima delle quali pone problemi ricostruttivi non da poco, e probabilmente non superabili, in particolare richiamando il dibattito sulla nullità per carenza in concreto di potere: cfr. G. GRECO, *L'accertamento*, cit., p. 129 e anche le p. ss.; v. anche R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 360 ss., e di recente P. LAZZARA, voce *Nullità [dir. amm.]*, in *Treccani-Diritto on line*, § 7; diverso sarebbe se si ricostruisse il potere come privatistico e il negozio di esercizio come inefficace per mancanza dei presupposti del potere) reggono anche due corollari ben importanti: la prima imporrebbe, alla p.a. che ritiene di aver adottato l'atto al di fuori dei presupposti, di accertarne la nullità presso il g.o., e il privato in tal caso non godrebbe di alcun risarcimento per lesione di un suo affidamento (nel caso, ovviamente, di sentenza favorevole alla p.a.); la seconda, invece, consentirebbe al privato di dolersi della lesione di un suo interesse, ove la p.a. ritirasse il provvedimento efficace. A dire il vero, la conclusione mi sembra giustificata: nell'ottica della prima teoria il privato avrebbe avuto i mezzi per accorgersi della nullità (carenza dei presupposti di legge per la sussistenza del potere); in quella della seconda si porrebbe invece l'accento sul fatto che, pur in assenza di un diritto di credito, il preteso creditore che vede la controparte eseguire la prestazione può vantare un interesse legittimo (privatistico: come in ogni caso in cui un soggetto pretende l'esecuzione di una prestazione, pur essendo l'obbligazione inesistente – magari per nullità del contratto –, e la controparte vi dà comunque adempimento). Probabilmente, al fine di venire incontro a evidenti esigenze di certezza, il legislatore bene farebbe ad assegnare la decisione su queste fattispecie alla giurisdizione esclusiva del g.a.

¹⁴³⁴ Che appartiene, come noto, alla giurisdizione di merito (v. oggi art. 134, comma 1, lett. a), cod. proc. amm.).

¹⁴³⁵ Il tema è stato studiato approfonditamente, e in vari scritti, da A. CARBONE: *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2011, p. 1499 ss.; *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, *ivi*, p. 2959 ss.; *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione*

avviene «solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione» (artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c], cod. proc. amm.¹⁴³⁶). Il che mi sembra confermare il fatto che la

degli effetti caducatori, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 428 ss. (quest'ultimo contributo, in particolare, verte sulla nota decisione Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, che meriterebbe più di un cenno in questo contributo, se non fosse per la necessità di limitarne l'ampiezza; dello stesso autore cfr. anche, in merito alle azioni esperibili dinanzi al g.a. sotto il vigore del recente codice, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 864 ss.). V. pure, tra gli altri, P. CARPENTIERI, *Azione*, cit.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2011, § 5.2; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 328 ss.; D. VALIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 714 ss.; A. COMINO, *La condanna 'atipica' nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2011, p. 960 ss.; N. DI MODUGNO, *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra codice e secondo decreto correttivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 804 ss.; M.A. SANDULLI, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*, in *Libro dell'anno del diritto - 2013*, Roma, 2013, p. 710 ss. Prima del codice v., tra tutti, il noto contributo di F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, p. 331 ss.

¹⁴³⁶ Nel testo che risulta dalle integrazioni apportate con d.lgs. 160/2012. V. pure il comma 2 dell'art. 34, secondo cui «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati». Quest'ultima disposizione si spiega alla luce del fatto che, fino all'esercizio del potere l'interesse legittimo mantiene la sua dimensione di potenzialità ed eventualità, e non consente la reazione verso lesioni solo minacciate, non ancora concrete ed attuali. Una tale previsione, del resto, si giustifica non solo alla luce del principio della divisione di poteri, ma anche in virtù dei caratteri dell'interesse legittimo: tanto che, se anche (ciò di cui non sono affatto convinto) nel diritto privato si ammettesse in linea generale un'inibitoria preventiva – volta a ordinare a una parte di non tenere una condotta minacciata, giacché fonte di danno, e non solo a ordinare di cessare l'illecito –, essa potrebbe avere ad oggetto uno specifico comportamento – diversamente da ciò che accade nel diritto pubblico –, ma comunque giammai potrebbe addentarsi ad accertare le *chances* di spettanza del bene o a condannare a fornire il bene o ad astenersi *tout court* dal lederlo. Il tema, poi, si lega da vicino a quello relativo all'esperibilità un'azione di accertamento dell'interesse legittimo: azione che, disconosciuta dal codice del processo amministrativo (nonostante fosse prevista nel testo originario, poi non approvato dal Governo; l'ampiezza delle azioni esperibili vigente il codice ha suscitato un forte dibattito nei mesi subito successivi all'emanazione del d.lgs. 104/2010, cui hanno – tra i tanti – partecipato, oltre agli autori citati alla nt. precedente: M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, *ivi*; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, *ivi*; R. GISONDI, *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, *ivi*; G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, *ivi*; A. CERRETO, *Osservazioni sulle azioni esperibili nel processo amministrativo*, in www.lexitalia.it; in giurisprudenza v. – su posizioni a mio avviso solo apparentemente distanti – Cons. Stato, Sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2979; Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3149; Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 231; prima del codice v. soprattutto G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., p. 174 ss. e 201 ss., spec. p. 209 e 220, e, in disaccordo, R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 721 s.; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 24 ss.), potrebbe davvero non sussistere mai, né nel diritto pubblico né in quello privato, giacché non si vede che interesse ad agire avrebbe chi la esperisce prima dell'avvenuta lesione e a prescindere da una inibitoria (diverso è ipotizzare un effetto conformativo indipendente da un previo annullamento, come sembra avvenire nella decisione poc'anzi citata Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755; diverse sono, evidentemente, pure le azioni di accertamento in caso di silenzio, in caso di nullità del provvedimento amministrativo e anche quella che il Consiglio di Stato – con la decisione Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, su cui per tutti v. A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. [o della s.c.i.a.]: il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III, c. 517 ss. – ammetteva in caso

di s.c.i.a. per la tutela del terzo che volesse impedire al segnalante di svolgere l'attività dichiarata o segnalata: in tale occasione si supponeva che la segnalazione valesse a far decorrere il termine per la p.a. di attivare i suoi poteri inibitori e sanzionatori, contro i quali si immaginava un interesse oppositivo – ricostruzione cui ha aderito il legislatore con il nuovo comma 6-ter dell'art. 19, l. 241/1990, ad opera del d.l. 138/2011, conv. con modificazioni in l. 148/2011 –; che oltre tale termine vi fossero solo poteri di autotutela rispetto all'atto di non applicazione della sanzione [l'organo giudicante seguiva quasi *in toto* la tesi di G. GRECO, *La s.c.i.a. e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 359 ss.]; che il terzo potesse impugnare quest'ultimo atto oppure, prima della sua adozione, agire per l'accertamento «non ... solo [della] mera sussistenza o insussistenza dei presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia ma, in coerenza con i caratteri della giurisdizione amministrativa come giurisdizione avente ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'articolo 7, comma 1, del codice, [della] sussistenza o [dell']insussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti interdittivi doverosi, e, quindi, [della] fondatezza dell'interesse pretensivo all'uopo azionato del terzo»; orbene, la ricostruzione poteva giustificarsi tanto sulla base del fatto che il terzo, in realtà, faceva valere un diritto – stante la natura vincolata del provvedimento sanzionatorio, rispetto a cui godeva di una pretesa –, quanto in virtù del fatto che [così spiegava l'Adunanza Plenaria] la necessità che il giudice amministrativo non intervenisse prima dell'esercizio del potere riguardava le pronunce di merito, in quanto condizione dell'azione, e non quelle cautelari; in ogni caso, i dubbi residuavano [che dire della ricostruzione non in termini di diritto ma di interesse legittimo? e, nonostante le giustificazioni addotte, non si trattava comunque di un'invasione giurisdizionale dello spazio riservato alla p.a. *ex art.* 34, comma 2, cod. proc. amm.]; in ogni caso, il legislatore decideva di intervenire e di sconfessare l'Adunanza Plenaria con la seconda parte del comma 6-ter poc'anzi citato, stando al quale «gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione» contro il silenzio, e così qualificando in termini di silenzio inadempimento il comportamento della p.a. che non esercita il potere [probabilmente, allora, dovrà oggi ritenersi che il rinvio all'autotutela non supponga la preesistenza di un provvedimento da annullare, ma semplicemente disponga *per relationem* dei limiti ai poteri sanzionatori e inibitori; l'azione per il silenzio, che riguarderebbe quest'unico procedimento e quest'unico potere – e non un altro attivato su istanza di parte, come taluno ritiene –, potrebbe potersi esperire anche prima del decorso dei sessanta o trenta giorni di cui ai commi 3 e 6-bis dell'art. 19, se il procedimento nel caso specifico si vede assegnato un termine più breve per la sua conclusione o comunque ove si ravvisi nel comma 6-ter una di quelle norme di legge cui rinvia l'art. 31, comma 1, cod. proc. amm., ma sempre – a differenza di quanto sancito dall'art. 117, comma 1, cod. proc. amm. – solo dopo una diffida; l'azione sarebbe soggetta all'ordinario termine di decadenza per l'annullamento – e non a quello generalmente previsto per il silenzio – a far data dall'inutile scadenza dei sessanta giorni, mentre non sarebbe più esperibile da quel momento – o tutt'al più sarebbe esperibile con riguardo all'autotutela –: il che, pur essendo a mio avviso necessitato da ragioni di simmetria, di protezione del segnalante e dall'osservazione per cui l'inerzia della p.a. qui consuma un certo potere o comunque riduce la latitudine del medesimo, rende questo rimedio contro il silenzio *sui generis*, e lascia emergere tutte le difficoltà ermeneutiche, che si ripercuotono nel dibattito dottrinale ancor oggi più che mai vivo: cfr. in giurisprudenza T.A.R. Liguria, Sez. I, 21 luglio 2014, n. 1145; T.A.R. Veneto, Sez. II, 17 febbraio 2014, n. 233; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II-ter, 3 luglio 2013, n. 6571; T.A.R. Lazio-Roma, 18 luglio 2012, n. 6564; T.A.R. Lombardia-Milano, 12 aprile 2012, n. 1075; T.A.R. Veneto, 5 marzo 2012, n. 298; in dottrina v. G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo [alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90]*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 645 ss.; C. CUDIA, *S.c.i.a. e d.i.a. in edilizia [pensavo fosse liberalizzazione e invece era un calesse]*, in *www.giustamm.it*; S.S. SCOCA, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1787 ss.; A. DOMINICI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: un'azione avverso il silenzio sui generis?*, in *Corr. mer.*, 2012, p. 1063 ss.; F. PIPICELLI, *La natura giuridica della d.i.a. e i rimedi a tutela del terzo*, in *Corr. mer.*, 2013, p. 679 ss.; R. GISONDI, *Il regime della tutela dei terzi contro la s.c.i.a. dopo la manovra di agosto 2011 ed il decreto correttivo del codice del processo amministrativo: un'interpretazione costituzionalmente orientata per evitare il deficit di effettività*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; v. M. RAMAJOLI-R. VILLATA, *Procedimento. S.c.i.a.*, in *Libro dell'anno del diritto - 2012*, Roma, 2012). D'altro canto, non sarebbe possibile accertare un interesse legittimo al di fuori della specificità della situazione concreta (la quale, però, è sempre mutevole); inoltre, ciò che potrebbe tutt'al più essere oggetto di verifica giudiziale sarebbe (questo punto risulta assolutamente centrale) *una singola regola di condotta imposta dalla buona fede*, e

condanna all'adempimento, ossia la richiesta di un provvedimento giudiziale tipicamente adottato in caso di lesione di diritti di credito, possa esser richiesta solo allorché la discrezionalità non è mai esistita (e si sarà trattato, allora, di giurisdizione esclusiva¹⁴³⁷) o è venuta meno¹⁴³⁸.

non il fascio di regole di correttezza. Se così è, si comprende che a nulla vale l'argomento per cui una azione di accertamento atipica non può non sussistere nell'ambito del processo amministrativo, giacché il giudice sempre e comunque 'accerta': questo è senza dubbio vero, ma non toglie che pure il semplice accertamento ha i suoi limiti e confini ben definiti.

¹⁴³⁷ Esempio palese quello del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), cod. proc. amm., che devolve alla giurisdizione esclusiva «le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio»; in dottrina v. R. GISONDI, *Via libera all'azione di adempimento per ottenere il rilascio del permesso di costruire*, in *Urb. app.*, 2012, p. 589 ss.

¹⁴³⁸ V. D. VAIANO, *L'azione di adempimento*, cit., § 4; P. CARPENTIERI, *Azione*, cit.; in giurisprudenza soprattutto Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, e T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428; nell'ordinamento tedesco si parla di *Ermessensreduzierung auf Null* (M. JESTAEDT, *Maßstäbe des Verwaltungsbandelns*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁴⁴, hrsg. von H.-U. Erichsen und D. Ehlers, Berlin-New York, 2010, p. 376 s.). L'esaurimento si potrebbe avere (oltre al caso in cui tutti i profili di discrezionalità siano stati fatti tutti oggetto di giudizio amministrativo: il che però non è sempre facile da ipotizzare) probabilmente là dove i profili di discrezionalità non siano stati fatti oggetto di giudizio amministrativo oppure lo siano stati per profili ridotti, superabili interamente con la decisione finale; in tali casi il giudice potrebbe condannare la p.a. ad adottare il provvedimento. Ci sarebbe da chiedersi se, in tal caso, il giudizio rescindente del g.a. faccia sì che la posizione del ricorrente diventi immediatamente di diritto soggettivo, o resti di interesse legittimo; a mio avviso, si tratterà, vista l'unitarietà della fase giurisdizionale e vista anche la possibilità che residui un potere di annullamento in autotutela in capo alla p.a., sempre e comunque di interesse legittimo: che, tuttavia, alla luce delle specificità della situazione in cui è calato, si vede assistere da una tutela analoga a quella del diritto soggettivo. Così, solo per esigenze di concentrazione processuale il g.a. emetterà una condanna: ma la sua sentenza non avrà efficacia di accertamento riguardo ai motivi di rifiuto del provvedimento (che ne sancirebbero una eventuale illegittimità) non dedotti (e dunque non precluderà alla p.a. di emanare, per questi profili, un provvedimento di secondo grado, essendo il caso diverso da quello in cui è il commissario *ad acta* nominato nel corso dell'ottemperanza a emanare un provvedimento che la p.a. ritiene illegittimo e che, di conseguenza, la p.a. in parola può impugnare dinnanzi al g.a., come illustrato da ultimo da Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6953; la dottrina, d'altro canto, e in particolare C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, p. 322, ha chiarito che – con riferimento al giudizio di annullamento – la p.a. non vede preclusa dall'accertamento ivi versato la facoltà di negare il provvedimento per ragioni non discusse in giudizio – salve, aggiungerei, le ipotesi che ridondano in elusione del giudicato, vista come manifesto aggiramento del *dictum* del giudice [di recente v. T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 22 agosto 2015, n. 1781] –: se così è, se ne deve dedurre che lo stesso valga in caso di azione di condanna, seppur in tal caso si tratterà non di diniego ma di annullamento in autotutela, quand'anche contestuale all'emanazione del nuovo provvedimento; alternativamente dovrà escludersi un provvedimento di condanna nelle ipotesi in parola, oppure dovrà ritenersi che la p.a. si veda condannata ad emettere il provvedimento solo *rebus sic stantibus* o, per meglio dire, nella sola eventualità in cui non rilevino ragioni diverse da quelle analizzate per non spiccarlo – v. uno spunto in tal senso in ID., *Il giudicato*, in *Giustizia amministrativa*⁴, a cura di F.G. Scoca, p. 555 – oppure, infine, che la preclusione, di cui ho detto, effettivamente sussista, di contro a quello che sostiene la tesi menzionata e come viceversa appare implicito in A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., p. 213 ss. e 581 s., testo e nt. 172, e – con giustificazioni e implicazioni diverse – in M. CLARICH, *Giudicato*, cit., 1989, p. 150 ss., il quale, sebbene – *ivi*, p. 152 – espressamente avverta che «l'amministrazione», dopo il giudicato, «conserva intatto il potere di annullare d'ufficio l'atto di cui trattasi per motivi diversi rispetto a quelli che sono stati oggetto della cognizione del giudice», risultando la preclusione del dedotto e del deducibili per così dire 'a senso unico' e solo in capo al privato, recupera poi in parte tale preclusione

Il ragionamento svolto non vale, però, con riferimento all'interesse legittimo protettivo¹⁴³⁹. Qui, in effetti, il fatto che l'attività sia vincolata a emettere un

anche dal lato della p.a., anticipandola al procedimento per il tramite dell'imposizione – *ivi*, spec. p. 189, 193 e 253 – «in capo alla pubblica amministrazione [del]l'onere di acclarare e di dedurre tutti i fatti costitutivi del potere già nella fase del procedimento»; parte della giurisprudenza oggi – ad esempio Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1415; Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1001 – sembra aderire seppur in forma attenuata alla tesi di Clarich: ma in realtà, nel sancire, anche alla luce dell'art. 10-*bis*, l. 241/1990, che è «dovere dell'amministrazione, in sede di riesame della vicenda controversa, di essere particolarmente rigorosa nella verifica di tutti i possibili profili rilevanti, esaminando l'affare nella sua interezza e sollevando tutte le questioni che ritenga d'interesse, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati; tanto allo scopo di evitare che la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente possa essere frustrata dall'artata reiterazione *ad libitum* di provvedimenti sfavorevoli, basati su sempre nuovi e inediti supporti motivazionali», la giurisprudenza menzionata appare più che altro fondarsi su un concetto lato, e a mio avviso non condivisibile, di elusione del giudicato, e non su preclusioni d'ordine sostanziale: che, sempre a mio avviso, vanno incontro all'obiezione per cui si renderebbe irrimediabile una illegittimità, con possibilità di giungere a una situazione contraddittoria, in cui la p.a. è vincolata a emanare un certo provvedimento, che un eventuale controinteressato potrà però impugnare; contraddizione che deriva, se non erro, dall'aver confuso i piani, e cioè quello della legittimità e della tutela dell'interesse pubblico, e quello della tutela del privato ricorrente; in ogni caso, sull'idea – variamente motivata – per cui «ogni questione insorta successivamente alla sentenza di cognizione [ogni illegittimità contestata, anche quella ritenuta – esattamente o meno ... – non contrastante con il giudicato, in quanto il provvedimento è stato motivato diversamente] avrebbe dovuto essere sottoposta al giudice dell'ottemperanza», v. L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 617 ss.; in questo senso, e cioè ampliando le maglie dell'elusione del giudicato quanto meno in terza battuta, potrebbe forse aderirsi a quell'orientamento che consente alla p.a. di riesercitare per una volta liberamente il potere, mentre le preclude di riesaminare la situazione in sede di seconda esecuzione di un giudicato – e quindi di terza effusione del potere –: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; Cons. stato, Sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4987). I problemi in esame, che inevitabilmente l'applicazione dell'azione di condanna alle posizioni di interesse legittimo pone, sono esattamente avvertiti da I. PAGNI, *L'azione di adempimento*, cit., p. 328 ss. Viene in rilievo, a tal fine, anche la questione dell'aticipità della tutela cautelare, risolto dalla giurisprudenza più recente nel senso dell'ammissibilità di ordinanze propulsive (tramite la tecnica del *remand*: cfr. F. GOISIS, *Atti estranei all'oggetto sociale, autorizzazioni e ratifiche dell'assemblea dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 284 ss.; ID., *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto 'propulsivo' nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 856 ss.; M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1130 ss.).

¹⁴³⁹ Scrivo questo conscio del fatto che la ricostruzione, cui poc'anzi ho mostrato di aderire, solitamente viene sostenuta in dottrina senza distinguere tra tipologie di interessi legittimi. V. tra tutti E. CAPACCIOLI, *Manuale*, cit., p. 292, secondo cui, in caso di provvedimenti del tutto vincolati, «la amministrazione che interviene su situazioni tutelate dell'interessato, senza averne il potere, viola l'obbligo di *non facere* (o, se del caso, di *pati*)». L'idea che sostengo nel testo potrebbe però spiegare anche la norma recata nella prima parte dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990, secondo cui «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Essa presuppone (lo notano anche F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve, *ivi**, in *www.giustamm.it*, p. 25 e 32) la sussistenza di un provvedimento (in teoria annullabile), e dunque anche di un potere amministrativo (illegittimamente, ma efficacemente, esercitato), pure nel caso di attività vincolata, così dando la stura per una ricostruzione in termini di interesse legittimo, tra l'altro pubblicistico, che tuttavia andrebbe a mio avviso limitata agli interessi oppositivi (ma la disposizione sembrerebbe anche riferirsi ai casi in cui l'attività, lungi dall'esser stata fin dal suo sorgere vincolata, lo era ormai divenuta al momento in cui la p.a. ha omesso un adempimento formale: così come avviene nel caso – opposto – dell'azione di condanna, di cui ho poc'anzi detto; v. su questo D. CORLETTI, *Vizi*

formali, cit., § 4, e L. FERRARA, *I riflessi*, cit., p. 600 s.; a dire il vero, queste ipotesi, ponendo questioni peculiari, resteranno al di fuori del mio discorso, come pure quelle – che si riferiranno a interessi pretensivi e provvedimenti discrezionali – in cui la p.a. incorre in un vizio relativo a una fase discrezionale, ininfluente rispetto al contenuto di fatto vincolato del provvedimento – un privato viene escluso da un concorso per la presenza di segni di riconoscimento in una prova, dopo esser stato valutato con un punteggio eccessivamente basso, ma sufficiente, in una diversa prova –, ove il problema è tutt'al più di interesse al ricorso, se non addirittura di avvenuta, o meno, lesione dell'interesse legittimo). La stessa previsione, però, potrebbe essere fatta valere al contrario – ciò che dimostra il carattere anfibio del nostro argomento – per escludere che si tratti, in questi casi, di veri e propri poteri (e provvedimenti) amministrativi (accennerò ancora a questo punto a breve; quest'argomentazione, comunque, dovrebbe applicarsi in pieno ai casi di interessi pretensivi e attività vincolata, per i quali mi sembra molto più probabile la ricostruzione in termini interamente privatistici: un cenno in tal senso anche in L. FERRARA, *I riflessi*, cit., p. 601 s.; una qualche incertezza, non insuperabile, resta per il fatto che il comma in parola si riferisce non solo alla vincolatività, ma pure al fatto che «sia palese che il ... contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso», così dando l'impressione, probabilmente errata, che resti annullabile, anche a fronte di interessi pretensivi, il provvedimento vincolato frutto dell'applicazione di una norma di difficile o comunque ondivaga interpretazione, e che quindi anche in questi casi un provvedimento – amministrativo – e un potere – pubblico – esistano: su quest'ultimo punto, e sulla forse diversa intenzione del legislatore che nel 2005 ha modificato la l. 241/1990, cfr. D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 389; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, p. 309; D. CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, § 4). Sul carattere vincolato dell'attività cui rinvia questa disposizione v., prima ancora della sua approvazione, F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, § 3; nel tempo successivo, D. SORACE, *Il principio*, cit., p. 387 ss. (a p. 399 ss. l'autore pone il dubbio che si sia di fronte a posizioni diverse dall'interesse legittimo, attribuite solo per ragioni pragmatiche alla giurisdizione amministrativa, così come già affermato da G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, § 13; l'idea, come si sarà inteso, non mi persuade con riferimento al vero e proprio ambito di applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, prima parte, ove sussistono di certo provvedimenti, poteri e interessi legittimi pubblici, come – in buona sostanza – nota anche D. CORLETTI, *Vizi formali*, cit., § 6, e pure ID., *Efficacia e invalidità dell'atto amministrativo*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, a cura di G. Sciullo, Bologna, 2006, p. 50 ss. dell'estratto reperibile nel sito <http://www.webalice.it/corletto/PubblicPDF/CorlettoEfficInvaliditAtto.pdf>); G. CHINÈ, *L'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 6.4. Osservo solo, in conclusione, che oggi, alla luce del nuovo testo dell'art. 21-nonies, l. 241/1990 (risultante dalla modifica intervenuta con l. 164/2014), viene a mancare uno degli indici testuali che adduceva la tesi in virtù della quale il provvedimento non annullabile ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2 (prima parte), sarebbe stato comunque illegittimo (G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, § 4; dubitativamente D. SORACE, *Il principio*, cit., p. 397). Probabilmente, oggi deve ritenersi che il provvedimento in questione sia in sé legittimo (lascio perdere ogni cenno alla categoria della irregolarità, su cui v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, nonché ID., *I problemi*, cit., p. 64): il che non toglie, però, che possa esser illecito come comportamento, e dunque fonte di risarcimento dei danni (o quanto meno che giustifichi una condanna alle spese processuali), parametrato solo al tempo in cui si sarebbe goduto di beni asportati prima dell'eventuale (e non più necessaria) riedizione del potere (o, secondo una diversa opinione che potrebbe trarre spunto anche dall'art. 1227, comma 2, c.c. e che mi sembra preferibile per gli interessi legittimi pretensivi e i vizi procedurali in cui incorre la p.a. una volta esaurita la discrezionalità, alle sole spese sostenute dal privato per predisporre, anche stragiudizialmente, la propria difesa; la tesi che sostengo mi sembra, d'altro canto, confermata nell'ambito del diritto privato dal nuovo comma 6 dell'art. 18, l. 300/1970, e si giustifica se si pensa che, nel caso di interessi oppositivi, il risarcimento corrispondente all'intero, cui dovrebbe parametrarsi ogni responsabilità per violazione anche di regole solo formali, va diminuito di quanto non sarebbe stato, dopo il processo, comunque assicurato al privato). Salvo non voler ritenere che la nuova disposizione abbia fatto sì che il rispetto della buona fede cui la p.a. è tenuta verso il privato non inglobi più certe norme, declassandole e rendendo nei casi di loro violazione il provvedimento comunque legittimo e il comportamento in ogni caso lecito (con eventuale mera condanna alle spese processuali della p.a. o

provvedimento sfavorevole non può far ritenere che al privato competa un diritto (a che cosa?)¹⁴⁴⁰, e nemmeno la circostanza opposta, ossia che la p.a. debba per forza di cose emanare un atto favorevole (non sfavorevole), può condurre a una soluzione diversa. Anche qui, infatti, resterebbe da dimostrare di quale diritto è provvisto il privato verso la p.a.: in realtà, non sarebbe né un diritto al provvedimento favorevole o alla non emanazione di un provvedimento sfavorevole (che non rappresenta un bene per il privato, attorno al quale può costruirsi una pretesa), né potrebbe coincidere con un altro diritto eventualmente sottostante (per esempio, la proprietà: rimarrebbero sguarniti di protezione i casi di danni meramente patrimoniali)¹⁴⁴¹. V'è di più:

tutt'al più compensazione delle stesse; per l'esclusione del risarcimento si pronuncia V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 214 s.; tra l'altro, l'altra ipotesi versata nel comma in esame evoca un problema di preclusione o sanatoria del provvedimento, venendo accertata di norma *ex post*, e non *ex ante*, e di [eventuale] irrisarcibilità per mancanza di danno, più che per assenza di illecito). Sarebbe ora da approfondire il tema della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali: ciò che riaprirebbe anche il discorso sulla teoria della fattispecie e sulla logica del procedimento, oltre che sulla differenza tra formalità e formalismo (senza dire che, per limitarci all'art. 21-*octies*, l. 241/1990, esso ha fin dalla sua approvazione – e soprattutto nel tempo subito successivo a essa – stimolato giudizi molto diversi: v. quello positivo di A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, p. 6 ss., e di G. CORSO, *Manuale*⁴, cit., p. 343 s., e quello negativo di E. CASSETTA, *Manuale*⁹, cit., p. 521, di F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria*, cit., p. 29 ss., e di F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 393 ss., che manifesta dubbi di costituzionalità, peraltro già sollevati da E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. app.*, 2005, p. 625 ss.). Tutto ciò però porterebbe troppo lontano: basti allora il rinvio, per il diritto amministrativo, alle interessanti notazioni di A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi cd. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 735 ss., e per quello privato ai noti scritti di N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, e P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

¹⁴⁴⁰ Ciò può comportare una certa disarmonia: che ne è del soggetto che si oppone a un'attività della p.a., vincolata però ad attribuire un certo bene della vita a un altro privato (che, in ipotesi, goda di certo di un diritto, come nei casi di cui ho detto poc'anzi)? Il primo verrebbe tutelato in forma legittima, il secondo in forma certa e assoluta. Così, il primo potrebbe iniziare un processo amministrativo, e il secondo contestare la giurisdizione. Non posso però soffermarmi sul punto, che richiederebbe di aprire una parentesi processualista molto ampia (probabilmente, comunque, dovrà ritenersi che, nel giudizio ipotizzato, il soggetto in parola faccia valere il suo interesse legittimo e il T.A.R., ove reputi legittimo il provvedimento, debba ritenersi carente di giurisdizione, salvo per i profili inerenti i danni da ritardo e così via; ove lo reputi illegittimo, invece, debba annullarlo, vantando il controinteressato non più un diritto, né un interesse legittimo, ma solo un interesse semplice; il tutto, poi, perverrebbe a soluzioni diverse ove si ritenesse nullo il provvedimento – o il negozio di esercizio di un potere privato? – in parola e di diritto privato gli interessi legittimi fatti valere). Solo come spunto valga questa domanda: non potrebbe fors'anche ritenersi che in tutti questi casi il privato faccia valere sì un interesse legittimo, ma di diritto privato? Così potrebbe essere, allora, in tutti le eventualità di poteri vincolati (per lo meno – come ho già scritto – ove si tratti di poteri non ablatori, che andrebbe ricostruiti come esistenti in tanto in quanto sussistano i presupposti del loro esercizio). Il rischio sarebbe qui, piuttosto, quello di un contrasto tra giudicati (giacché il processo civile non prevede la chiamata in causa dei controinteressati); esso può però superarsi, tenendo conto degli istituti del litisconsorzio (necessario o facoltativo), della chiamata in causa su ordine del giudice, dell'opposizione di terzo e badando al fatto che colui che agisce in giudizio contro il provvedimento favorevole, nel nostro caso, citerà tanto la p.a., quanto l'altro privato (per l'accertamento dell'inefficacia dell'atto di esercizio del potere).

¹⁴⁴¹ D'altro canto, nel caso in esame la p.a. è vincolata a emettere un certo provvedimento in determinate ipotesi, e a non emetterlo in altre; l'obbligo verso il privato (di *non facere*, secondo

ammettendo che la p.a. disponga di un potere (e disponga di questo perfino al di fuori dei presupposti del suo esercizio pur vincolato), non si può fare a meno di ritenere che al privato spetti sempre e comunque la tutela offerta dall'interesse legittimo, come in ogni caso in cui v'è una situazione di soggezione¹⁴⁴².

Capaccioli) riguarderebbe la non adozione del provvedimento, e non la sua obbligatoria adozione nel caso in cui ne sussistano i presupposti (in tal caso il dovere riguarda il pubblico interesse). Ma ipotizzare un credito che esiste fin tanto che non sussistono certi presupposti per la sua non esistenza mi sembra assurdo: diverso è il discorso, invece, nell'ipotesi opposta, in cui un obbligo (di *facere*) esiste in tanto in quanto ne sussista la fattispecie costitutiva. Il fatto è che, in un caso, il bene della vita (l'adozione del provvedimento) è davvero protetto con maggiore garanzia (con la certezza di un diritto soggettivo); nell'altro, invece, il bene della vita non coincide con il vincolo imposto alla p.a. (né con il dovere di emanare in certe situazioni il provvedimento, né con quello di non emanarlo in altre), ma corrisponde al patrimonio e alla persona del soggetto protetto (ossia alla sua sfera, per come già è, e non per come dovrebbe essere). Inoltre, l'eventualità della tutela sta nel fatto che, se è vero che la p.a. può essere tenuta in presenza dei presupposti a esercitare il suo potere (ad esempio, sanzionatorio), è vero – ripeto – che tale dovere sussiste di certo non verso il privato, ma verso la collettività; verso il privato, invece, rimane sempre e comunque l'eventualità.

¹⁴⁴² E, allora, deve ammettersi che un discorso diverso potrebbe accettarsi solo con riguardo ai casi di inesistenza del potere (salvo quanto s'è detto sul potere apparente e sulla possibilità che da una dichiarazione di esercizio, compiuta in radicale assenza del potere, nasca comunque la protezione offerta dall'interesse legittimo: per forza di cose privatistico). Resterebbe da domandarsi se ciò possa valere anche per il caso di mancanza dei presupposti di legge per l'esercizio di un potere (vincolato): e, allora, ci si dovrebbe domandare se l'atto che ne risulta sia inefficace (nullo come provvedimento o solo inefficace come negozio privatistico), o solo annullabile, e se comunque, in caso di difetto assoluto di potere, possa opporsi al suo esercizio, oltre alla tutela di singoli diritti e interessi preesistenti, anche un interesse legittimo (che, come poc'anzi detto, nasce dalla pretesa della p.a. di godere del potere). E, di nuovo, sorgerebbe il quesito relativo alla natura di queste posizioni: ovvero, se esse non siano forse di diritto privato (e se così fosse, ciò varrebbe pure per i casi in cui il potere vincolato parrebbe esistere, ed essere solo esercitato male? un indizio in tal senso proverrebbe proprio dal fatto che la legge – art. 21-*octies*, comma 2, parte prima – esclude l'impugnabilità dell'atto che ne deriva). A dire il vero, se la ricostruzione in termini di negozio di diritto privato mi sembra efficace per i casi in cui il potere tocca direttamente la sfera giuridica di un soggetto che ne sarebbe avvantaggiato, il contrario avviene per il caso qui in esame, ove mi pare più consona la teorizzazione pubblicistica (d'altro canto, nel primo gruppo di ipotesi mi pare possibile affermare che il potere – privato – manchi radicalmente in assenza dei presupposti; nel secondo, invece, il potere – pubblico – sarebbe solo esercitato male in carenza – concreta – delle circostanze che lo legittimano). In ogni caso, quanto al potere sanzionatorio e al dibattito giurisprudenziale sulle forme di tutela (e sulla giurisdizione competente), risolto in parte dalla l. 689/1981 e dal d.lgs. 80/1998 (oggi v. l'art. 6 del d.lgs. 150/2011 e l'art. 133 del d.lgs. 104/2010), v. sinteticamente E. CASSETTA, *Manuale*⁹, cit., p. 338 (si badi che l'art. 6 del d.lgs. 150/2011, che ho poc'anzi citato, parrebbe ammettere che in caso di sanzioni amministrative regolate dalla l. 689/1981 la p.a. disponga di poteri privatistici – stante la giurisdizione ordinaria – e il privato di interessi legittimi che gli permettono di reagire a provvedimenti efficaci ma annullabili: v. i commi 7, che rinvia all'art. 5, e 12, che prevede pure un potere del giudice di modificare la sanzione «limitatamente all'entità»). In giurisprudenza cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 febbraio 2006, n. 2446, secondo cui il «provvedimento prefettizio di revoca della patente in dipendenza di misure di prevenzione non esprime quindi esercizio di discrezionalità amministrativa, cioè di potere idoneo a degradare la posizione di diritto soggettivo della persona abilitata alla guida, ma è un atto dovuto, nel concorso delle condizioni all'uopo stabilite dalla norma»; l'orientamento del Consiglio di Stato, come ho già avuto modo di riferire, invece insiste sulla connotazione pubblica o privata del potere, pur vincolato, assegnato alla p.a. Da un altro punto di vista, va notato che taluni terzi controinteressati (ad esempio, i confinanti che hanno interesse all'emanazione di un ordine di demolizione per un abuso edilizio, in ipotesi interamente vincolato; cfr. G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*⁶, Milano, 2009, p. 1146 s.) sembrerebbero – in parallelo con le fattispecie pretensive già viste – dotati di un diritto soggettivo. Il che si spiega bene dal punto di vista

In questi casi, insomma, l'interesse legittimo perde l'eventualità che di solito lo connota: e ciononostante resta un interesse legittimo. Questo dato si spiegherebbe in ragione del fatto per cui la tutela che la nostra posizione giuridica offre risulta, nell'interesse protettivo, da un potenziamento di una tutela che altrimenti rimarrebbe aquiliana; per cui, anche ove venisse meno l'eventualità, non si potrebbe rinvenire né

della giurisdizione ordinaria (se la si ritenga sussistente su tutta la vicenda, e si inquadrino tutte le posizioni in termini privatistici); molto meno ove si ritenga preferibile che sia adito il giudice amministrativo (salvo osservare che il legislatore del cod. proc. amm. – art. 133, comma 1, lett. f) – ha opportunamente previsto la giurisdizione esclusiva su questa materia: ma, per semplicità, ipotizzerò che questa disposizione non esista). A dire il vero, però, potrebbe sostenersi che i terzi in parola non siano dotati di diritti per una diversa ragione: le norme che impongono alla p.a. di agire in modo vincolato non vorrebbero qui assegnare una garanzia a questi soggetti, ma solo disciplinare l'azione stessa dell'amministrazione. A differenza di quanto avviene per coloro che direttamente ambiscono a un nuovo bene della vita che si produrrà nella loro sfera (per i quali avviene la trasmutazione dell'interesse legittimo in diritto), tali soggetti continuerebbero solo ad aspirare a un bene (risulterebbe qui condivisibile l'idea di F.G. SCOCA, *La teoria*, cit., § 14). L'eventualità di questa tutela non starebbe più, allora, nella discrezionalità, ma nel fatto che il vincolo d'azione della p.a. non ricadrebbe immediatamente a favore di tutti: e questo proprio perché, anche se un certo singolo avesse un diritto all'attività della p.a., questa nell'esercitare il potere dovrebbe comunque rispettare la posizione del titolare dell'interesse protettivo. Vi sarebbe un singolare fenomeno di attrazione, che mi sembra lasci trasparire una ricostruzione non così bizzarra: dove vi è un soggetto titolare di un interesse legittimo pretensivo che ambisce a un provvedimento ed è tutelato con un diritto (visto che esso influirà sulla sua sfera), si tratterà di giurisdizione ordinaria (e di interessi legittimi privati); invece, il contrario accadrà nell'ipotesi inversa. Ovvio, però, che tutto si risolverebbe ammettendo sempre solo la competenza giurisdizionale del g.o. (e ritenendo dunque che i soggetti in parola siano davvero dotati di un diritto, e che la p.a. convenuta possa essere condannata ad emanare un atto – che sarebbe un negozio privatistico –, che si rivelerà eventualmente inefficace in seguito a una domanda di accertamento del soggetto toccato dal medesimo, a sua volta il più delle volte chiamato in causa dall'amministrazione stessa). Non solo: la necessità di postulare un'attrazione tra posizioni giuridiche lascia trasparire quella che è la vera finalità, e in fin dei conti la reale lacuna dell'ordinamento: una disciplina della connessione tra azioni proposte dinnanzi a plessi giurisdizionali diversi (che consentirebbe di evitare gli inconvenienti cui darebbe luogo la difficile ricerca di un *discrimen* in concreto tra provvedimenti vincolati, vincolati solo sull'*an*, discrezionali). Denunciavo già questo nel mio contributo, cui mi permetto di rinviare ancora, *La concorrenza*, cit., p. 1102 ss., ove anche indicazioni bibliografiche (essenziale, sul punto, la lettura di Cass. civ., Sez. Un., 28 febbraio 2007, n. 4636). Solcando questa via si giungerebbe a ritenere che le controversie sui provvedimenti vincolati siano rimesse tutte alla giurisdizione ordinaria (se si tratta di atti attributivi di beni, probabilmente corrispondenti a poteri amministrativi soggetti a disciplina privatistica, a diritti e a interessi legittimi privatistici) o amministrativa (nel caso inverso, in cui si tratterebbe di poteri pubblicistici e interessi legittimi altrettanti pubblicistici, e fors'anche di diritti soggettivi in capo agli eventuali controinteressati); salvo non voler – e così concludo – ricostruire anche i poteri autorizzatori come davvero pubblici (dinnanzi ai quali sussistono diritti e interessi legittimi pubblicistici, non privatistici), con conseguente attribuzione di tutte le controversie al g.a., in base a un principio di concentrazione che automaticamente postula quest'ampia giurisdizione esclusiva: il che, in fin dei conti, corrisponde all'attuale giurisprudenza del Consiglio di Stato. Resta, in quest'ultima opzione, da giustificare la ragione per cui il titolare di un diritto può procedere all'annullamento di un provvedimento (quando l'annullamento è tutela tipica di un interesse legittimo; mi riferisco ovviamente ai casi di provvedimenti di diniego); si tratterebbe di un rimedio appositamente previsto, avendo il legislatore (sempre restando in quest'ottica) esteso alla giurisdizione esclusiva tutti i mezzi di tutela propri di quella di legittimità (con riflessi anche sostanziali, e non solo di riparto di giurisdizione; cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme*, cit., p. 144 s.; altra idea sarebbe quella di limitarsi a ritenere tutelabile con la condanna il diritto soggettivo, e ammettere che il g.a. possa provvedere alla disapplicazione dell'atto di diniego: sulla disapplicazione nei casi di giurisdizione esclusiva v. di recente V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, p. 221 ss.).

un diritto soggettivo, né una mera applicazione dei principi in tema di responsabilità extracontrattuale.

Ci si dovrebbe chiedere, allora, se lo stesso possa valere con riferimento all'interesse pretensivo, allorché la p.a. sia vincolata a rigettare l'istanza privata: il privato potrà dolersi dell'inosservanza di norme strumentali e, per l'effetto, chiedere per lo meno il risarcimento per il danno da mero ritardo? A mio avviso, ciò non è sostenibile: la mancanza dei presupposti di legge perché sorga il diritto non può condurre a una diversa configurazione della situazione giuridica soggettiva. Dovrà allora ritenersi che il singolo non solo non abbia un diritto soggettivo, ma più radicalmente non sia in alcun modo protetto: risultando il suo interesse semplice, e sfornito di ogni garanzia¹⁴⁴³.

Un ultimo cenno. Quanto ho scritto potrebbe revocarsi in dubbio – finendo per ammettersi interessi legittimi anche nell'ambito di poteri vincolati ad attribuire beni – se si valorizzasse il fatto che la legge, pur quando vincola il potere, non prescinde da esso, e, contemporaneamente, mira comunque a tutelare il cittadino interessato. Il privato, trovandosi nella situazione di 'terzo' tra la p.a. e l'interesse pubblico, vedrebbe sorgere comunque un interesse legittimo; mentre la p.a. risulterebbe semplicemente obbligata a osservare la buona fede, e con essa le norme sull'esercizio del potere. E tale obbligo, come pure l'interesse legittimo in parola, sorgerebbero indipendentemente dalla sussistenza dei presupposti per l'emanazione di un provvedimento favorevole (ecco dove riapparirebbe l'eventualità). In tal modo si finirebbe per dare ragione alla giurisprudenza amministrativa che ravvisa interessi legittimi in ogni caso in cui la disciplina attributiva del potere resta connotata dalla finalità pubblicistica. Né verrebbe (mai) meno il carattere di eventualità tipico dell'interesse legittimo: il vincolo (ad attribuire il bene) verrebbe infatti dimorare in una dimensione diversa da quella del rapporto privato-p.a.

Chiusa questa parentesi, torno ai caratteri generali dell'interesse pretensivo. Con esso – come pure accadeva per quello protettivo – l'ordinamento predispone una tutela, in forma specifica (annullamento con effetto conformativo) e risarcitoria, per l'affidamento del privato. L'annullamento, in particolare, riapre la partita, permettendo alla pubblica amministrazione di decidere nuovamente sull'istanza del privato; esso non è da confondere con il rimedio della reintegrazione in forma specifica, che presuppone un danno già verificatosi (al passato), da riparare per l'appunto in forma specifica¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴³ E assurgendo a interesse legittimo di diritto privato, come ho già detto, a partire dal momento in cui la p.a. esegue comunque la prestazione che asseritamente deve, esattamente come avviene nei casi in cui difetta il diritto di credito (per esempio perché il contratto da cui dovrebbe nascere è nullo) e la controparte lo esegue comunque.

¹⁴⁴⁴ V. *supra*.

Ma l'interesse legittimo pretensivo, se non vado errato, tutela più ampiamente il privato. Anche per esso si potrà parlare di lesioni non provvedimentali, ovvero che non si concretano in alcun modo in un atto; e anche per esso la prima a venire in luce è quella consistente nel ritardo¹⁴⁴⁵. Qui si inserisce un tema, la cui trattazione avevo rinviato e che merita quanto meno un cenno, che è quello della risarcibilità del danno da mero ritardo, che sorge allorché il provvedimento, emesso non puntualmente, è sfavorevole al privato, ossia gli nega il bene della vita finale. Il danno è qui tutto insito nella situazione di incertezza che si protrae a detrimento del privato, e non nel mancato ottenimento del bene. A mio avviso non potrà negarsi risarcimento per queste ipotesi, che comunque rappresentano una lesione della buona fede: pur essendo molto difficile per il privato la prova di aver risentito di un pregiudizio¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁵ Il ritardo – è giunto il momento di parlarne – non lede di certo un interesse a sé considerato (un interesse procedimentale o un interesse al ‘tempo’ – così invece C. SALTELLI, *La responsabilità dell'amministrazione per omissione o ritardo nell'esercizio del potere*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Milano, 2009, p. 183 s.). Questo è invece il punto di vista sempre più spesso adottato dalla giurisprudenza (v. per tutte Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271), in conformità del resto con le visioni – attualmente predominanti – che riconducono all'art. 2043 c.c. la responsabilità per lesione di interessi legittimi (e talvolta al fine pratico di consentire il risarcimento del danno da mero ritardo). Dunque, il ‘tempo’ sarebbe un bene autonomo; un interesse tutelato di per sé: la cui consistenza rimane, però, quanto mai incerta. Una tale forma di protezione, d'altro canto, potrebbe tutt'al più spiegarsi in un'ottica tesa a ravvisare nella responsabilità aquiliana un giudizio di bilanciamento (secondo la prospettiva di Busnelli e della Navarretta); ma non secondo le indicazioni cui oggi si attiene la giurisprudenza amministrativa. A proposito dell'indirizzo dei giudici amministrativi e in generale sul tema del ritardo v. R. CARANTA, *L'inerzia e il ritardo della pubblica amministrazione tra indennizzo e risarcimento*, in *Studi in onore di Giovanni Indica*, Milano, 2014, p. 295 ss.; P. COSMAI, *Il danno da ritardo: tra risarcimento ed indennizzo*, in *Corr. mer.*, 2013, p. 1200 ss.; P. QUINTO, *Il tempo 'bene della vita' nel procedimento amministrativo: la tutela risarcitoria*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, p. 169 s.; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile*, cit., p. 47 ss.; A. COMINO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo: una questione aperta*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 942 ss. A un esito ‘aquiliano’, si badi, non porta nemmeno l'art. 30, comma 4, c.c., che parla di inosservanza ‘dolosa o colposa’ del termine (così invece C. CAVALLARI, *Il danno da ritardo: nozione, inquadramento e presupposti di risarcibilità*, in *Corr. mer.*, 2013, nt. 7), giacché molte sono le norme in tema di responsabilità contrattuale che si riferiscono a dolo o colpa (artt. 1225, 1229, 1710 c.c. e così via). Il rinvio ai due criteri, poi, assume un senso, se si immagina che la buona fede imponga alla p.a. una regola, qui, di mezzi. Nemmeno può dirsi che si sia in presenza della lesione di un diritto a una risposta sull'istanza avanzata (secondo la tesi di M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, *passim*); d'altro canto la tesi, oltre a violare il principio per cui *entia non sunt multiplicanda*, raddoppia il risarcimento nel caso di interesse pretensivo e provvedimento favorevole. E nemmeno, però, può darsi che si tratti di uno di quegli interessi solo procedimentali, che risulterebbero autonomamente tutelabili: la cui sussistenza, però, ho già a suo tempo negato. Esso, viceversa, concreta una lesione dell'interesse legittimo (lesione però non ‘provvedimentale’). Molto interessante è l'orientamento giurisprudenziale che, risarcendo il danno da ritardo, ammette pure il danno non patrimoniale (v. Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271). L'idea si spiega, invero, se si tiene conto che l'interesse legittimo può proteggere beni non patrimoniali in due casi: anzitutto, ove la violazione della buona fede leda interessi protetti a livello costituzionale (così come avviene *ex art.* 2043 c.c. oggi); in secondo luogo, nel caso in cui l'interesse finale stesso sia specificato nel suo contenuto non patrimoniale.

¹⁴⁴⁶ In quest'ottica il nuovo comma 1-bis dell'art. 2-bis, l. 241/1990, si spiega proprio per facilitare l'onere della prova (e non quale disposizione che prevede, anziché un risarcimento, un'indennità da atto lecito). D'altro canto, ciò mi sembra conformato dall'inciso secondo cui «le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento». V. pure, in tema, l'art. 28, l.

Con riguardo al *quantum*, il danno da ritardo si commisurerà, nel caso in cui si accerti la spettanza, al danno emergente e al lucro cessante patiti per non aver subito goduto del bene (comprese eventuali occasioni perse, nel caso in cui esse fossero compatibili con una pronta attribuzione del bene stesso); nel caso contrario, invece, si guarderà al danno subito a causa dell'incertezza (ma tenendo conto, come limite massimo, dell'interesse positivo pieno¹⁴⁴⁷).

Il discorso sulle lesioni non provvedimentali¹⁴⁴⁸ va ben oltre, e anche qui postula un'alternativa: o ricostruire in modo ampio l'interesse legittimo pubblico, ponendo l'accento su tutta l'attività che la p.a. svolge, più che sulla condotta che costituisce atto di esercizio del potere (in senso stretto), o ammettere che, al di fuori dell'interesse pubblicistico, vi sia un affidamento protetto in sede ordinaria¹⁴⁴⁹ (oppure vi siano altre e autonome posizioni).

98/2013, che specifica la disposizione menzionata. Sul danno da mero ritardo in giurisprudenza (dopo una stagione che ne aveva visto l'ostracizzazione: cfr. soprattutto Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7, e che in buona parte continua ancor oggi) v. oggi Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406, e già Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639, e Cons. giust. amm., 4 novembre 2010, n. 1368. Non sono dunque del tutto d'accordo con la prospettiva di F. CORTESE, *Il danno da ritardo nel risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1932 ss., secondo il danno da ritardo mero è risarcibile solo se si espelle il bene tempo dal nucleo dell'interesse legittimo (viceversa, se si risarcisse il danno da ritardo come lesione dell'interesse legittimo, si dovrebbe provare pure la spettanza). La teoria che ho proposto dell'interesse legittimo, e così il concetto di 'lesione non provvedimentale', dovrebbe ammettere invece il risarcimento dell'interesse legittimo anche per ritardo mero. Allo stesso modo, non è in linea con la mia prospettiva quella di E. FOLLIERI, *La penalità di mora nell'azione amministrativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1775 ss., che qualifica l'indennizzo in parola come 'penalità di mora' (avente funzione dunque propulsiva), anche per evitare di contraddire il tenore testuale della norma (che, parlando di indennizzo, sembrerebbe escludere una finalità risarcitoria, ma, contestualmente, non potrebbe escludere l'illiceità della condotta della p.a. ritardataria; a me non sembra però un ostacolo l'atecnico linguaggio legislativo – che sta più per 'forfettizzazione' che per 'indennizzo' in senso proprio, e dunque che ha più lati in comune con la penale di diritto civile che con una *astreinte* –, tanto più che il termine 'indennità' è costantemente denotato da una certa genericità: v. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, cit., p. 33; cfr. anche F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., p. 738 ss.).

¹⁴⁴⁷ Si potrebbe opporre che non sempre l'interesse 'negativo' da incertezza è minore a quello 'positivo'. Ad esempio, Tizio potrebbe aver rifiutato un'offerta di lavoro, immaginando di poter essere selezionato dalla p.a. per una collaborazione, poi non realizzata (si valuteranno, d'altro canto, anche le *chance* su cui il cittadino poteva contare, affinché il risarcimento non si traduca in una iper-protezione). Se la p.a. fosse stata puntuale non avrebbe dovuto rinunciarvi. Qui, però, il limite dell'interesse positivo non riguarda il risarcimento del ritardo in caso di avvenuta assunzione, ma l'intero guadagno che si ottiene dalla soddisfazione piena dell'interesse legittimo.

¹⁴⁴⁸ Su cui v. pure F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile*, cit., p. 36 ss.

¹⁴⁴⁹ La mia tesi, come si sarà inteso, dilata la tutela dell'interesse legittimo a scapito di quella di altri interessi autonomamente considerati (compreso un, a mio avviso inesistente, affidamento privatistico). Tuttavia, potrebbe sorgere il dubbio che ciò vada oltre gli intendimenti del legislatore, il quale – agli art. 7 e 133 cod. proc. amm. – dimostra di aderire a un'idea di interesse legittimo più ristretta: tanto che le controversie sul ritardo, per far solo un esempio, sono assegnate alla giurisdizione esclusiva (lasciando intendere che non si tratta di tutela di un interesse legittimo; proprio su questi problemi v., anche per la bibliografia ivi citata, G. MARI, *L'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardo esercizio dell'attività amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, I, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2013, p. 281 ss.; tra l'altro, che lo stesso legislatore del codice del processo amministrativo non sia certo del tipo di giurisdizione sul danno da ritardo lo dimostra la lettura del

Quest'ultima è la soluzione cui aderisce la giurisprudenza più recente, secondo cui – ad esempio – l'annullamento in autotutela¹⁴⁵⁰ di un provvedimento può ledere l'affidamento di un privato, che confidava nella validità di questo; tale affidamento sarebbe tutelato con un'azione risarcitoria esperibile dinnanzi al g.o. Lo stesso principio, poi, viene *a fortiori* applicato alla tematica delle gare pubbliche, ove la revoca del bando di gara (o dell'aggiudicazione) o il suo annullamento sono, entro certi limiti, ritenuti fonte di una responsabilità precontrattuale della p.a. che, configurando un comportamento illecito (non derivante da un provvedimento illegittimo), provoca un danno risarcibile con azione promossa presso la giurisdizione ordinaria¹⁴⁵¹. Proprio questo è un ambito che può fornire un'ottima riprova alla tesi che vorrei sostenere.

comma secondo dell'art. 30). Ma gli esempi sarebbero numerosi: del resto, la giurisdizione esclusiva è definita come quella in cui si fa questione di diritti soggettivi e di «provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio» del potere amministrativo (già ho detto dell'influenza, su questa disposizione, della giurisprudenza costituzionale dei primi anni del nuovo millennio; v. qui pure G. GIOVANNINI-R. CAPONIGRO, sub *art. 7*, cit., p. 91 ss.). A mio avviso, invece, molte di queste condotte riconducibili mediamente all'esercizio del potere ledono già, e piuttosto, l'interesse legittimo (anziché fantomatici affidamenti o interessi autonomamente considerabili, il più delle volte inesistenti), ove si ricostruisca la posizione di interesse legittimo nella sua esatta ampiezza. Orbene, a questo punto devo allora sottolineare come l'etichetta legislativa attribuita al tipo di giurisdizione in cui rifluisce una controversia non ha alcun valore, essendo la ricostruzione teorica sempre riservata alla dottrina: vero che gli studiosi devono basarsi sul fatto che la controversia sia attribuita al g.a., verificando di quali poteri quest'ultimo egli goda, ma vero è anche che essi non vedono precluse certe sistemazioni dogmatiche solo per gli attributi assegnati dal legislatore al tipo di giurisdizione (di legittimità, di merito, esclusiva; tra l'altro, si tratta qui davvero solo di un problema classificatorio, e non di una volontà dell'interprete di sottrarsi alle definizioni sancite dal legislatore). Se così è, mi pare che la mia teoria, lungi dal porsi in contrasto con la volontà della legge, realizzi anzi le sue aspirazioni: ossia di attribuire alla cognizione piena del g.a. certe controversie.

¹⁴⁵⁰ Sui provvedimenti di secondo grado di annullamento in autotutela e revoca v. soprattutto P.M. VIPIANA PERPETUA, *Invaldità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della legge n. 15 del 2005*, Padova, 2007, spec. p. 83 ss. e 103 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo*², a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, p. 314 ss.; R. CHIEPPA, voce *Provvedimenti di secondo grado*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, p. 910 ss.

¹⁴⁵¹ La responsabilità precontrattuale della p.a. non è stata sempre ammessa. Le prime timide aperture riguardano ipotesi in cui non figuravano, o non figuravano direttamente, poteri pubblicistici, sembrando incompatibile quest'ultima situazione giuridica con una *culpa in contrahendo* (e, come vedremo a breve nel testo, non del tutto infondatamente: senonché, alla chiusura di una *c.i.c.* non può non accompagnarsi un'apertura dell'interesse legittimo come strumento di tutela). Così avveniva, in particolare, con le due sentenze torinesi commentate, sulle colonne del *Foro it.*, 1951, I, c. 347 ss., da D.L. BIANCO, *Pubblica amministrazione e responsabilità per culpa in contrahendo*, cui subito seguiva la chiusura di un altro Tribunale (di Verbania), con decisione annotata da L. SALVI, *In tema di culpa in contrahendo nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro pad.*, 1953, I, spec. c. 529 (in specie, si negava l'applicabilità dell'art. 1338 c.c. in un caso in cui il contratto non era stato preceduto da una delibera comunale). Il fatto è, tra l'altro, che in questi casi vi era una «apparente impossibilità di configurare nella fase del procedimento di gara la violazione di un diritto soggettivo del singolo quale necessario presupposto per l'azione di anni verso la pubblica amministrazione»: sembra infatti «insuperabile l'argomento per il quale le norme che regolano il procedimento che deve essere seguito dall'ente pubblico per l'attuazione dei suoi fini siano dirette non già alla tutela del privato ma dell'amministrazione» (così sintetizza M.G. PERINI, *La responsabilità civile dell'amministrazione durante le operazioni di gara pubblica*, in *Foro pad.*, 1955, I, c. 50). Appariva, in questo frangente, anche un breve contributo firmato da un noto autore, che a fondo aveva studiato proprio la *c.i.c.*: mi riferisco a F.

L'idea sottesa a questo orientamento, e in ispecie nell'ambito delle gare e del diritto privato della p.a., è quella – notissima – in virtù della quale si ritiene che il contratto di diritto privato concluso dall'amministrazione sia preceduto da una fase a

BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 1357 ss. (ma cfr. pure ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 89 ss.). Lo studioso riteneva che occorresse «distinguere nella serie di atti e fasi che preparano la conclusione di un contratto quelli sottoposti alla disciplina del diritto pubblico da quelli che vi sono sottratti». Anche L. BIGLIAZZI GERI si interessa all'argomento, in *Culpa in contrahendo, pubblica amministrazione e terzi*, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1165 ss., che accoglieva con favore una sentenza con cui la Cassazione aveva applicato l'art. 1338 c.c. a un contratto di diritto privato stipulato dalla p.a. M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 265 ss., studiava il fenomeno dal punto di vista dei contratti a evidenza pubblica (ritenendo che non vi fossero particolari problemi per i contratti «posti in essere da amministrazioni non assoggettate alla legge di contabilità pubblica»). L'atteggiamento della giurisprudenza, che apriva con maggiore frequenza alla responsabilità precontrattuale della p.a., veniva accolto favorevolmente anche da G. STOLFI, *Sulla colpa in contrahendo dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 22 ss. In tempi a noi più vicini, «superata la fase dello scontro di principio, la questione della responsabilità precontrattuale della p.a.» si è posta «nei termini del quando, ed a quali condizioni» (così F. CARINGELLA, *Problemi della responsabilità contrattuale alla luce della giurisprudenza sulla culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1995, c. 101). Ancora in quegli anni, però, la giurisprudenza ha spesso negato la *c.i.c.* della p.a., per condotte tenute nell'ambito del «procedimento amministrativo di scelta del futuro contraente in relazione all'aspettativa di aggiudicazione da parte del privato» (così ID., *La lunga strada verso l'erosione dei privilegi del contraente pubblico*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 299). Il ragionamento, che velatamente si rifaceva all'irrisarcibilità degli interessi legittimi (uniche posizioni rilevante nell'ambito delle fasi pubblicistiche), non risultava più sostenibile dopo la sentenza n. 500/1999; e, difatti, da quel momento la giurisprudenza ha mutato rotta (cfr. F. BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. dopo la sentenza n. 500/99*, in *Urb. app.*, 2000, p. 1251 ss.; T. LOTITO, *Alcune osservazioni in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Urb. app.*, 2001, p. 353 ss.). Nel farlo, però, ha sempre più spesso ammesso che, a venire risarciti, comunque non sono interessi legittimi; a provocare il danno, infatti, è una condotta della p.a. lesiva dell'art. 1337 c.c. (cfr. ad esempio A. RALLO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: risarcimento o indennizzo?*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2002, p. 904 s.). Si è giunti, dunque, a una contestuale qualificazione della gara pubblica tanto come procedimento finalizzato all'aggiudicazione, quanto come comportamento rilevante in senso privatistico quale trattativa (G. CHINÉ, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2003, p. 824 ss. – con giudizio negativo –), che ha portato alla duplicazione di giurisdizioni, ogni qual volta non si ricada in un ambito di giurisdizione esclusiva (cfr. L. FELLETTI, *Il danno da responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione: quale giurisdizione?*, a cura di M. Andreis, Milano, 2009, p. 203 ss.; sul tema, più in generale, v. pure AA. VV., *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013). A complicare lo scenario, poi, vi è la previsione di cui all'art. 21-*quinquies* della l. 241/1990, in merito a un indennizzo in caso di revoca del provvedimento (ciò che ha dato adito all'idea di un ristoro patrimoniale ammissibile, seppur entro certi limiti, in ogni ipotesi di revoca, e di un vero e proprio risarcimento del danno nel caso di vere e proprie scorrettezze). Sulla responsabilità in parola v., tra moltissimi, G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995; A. LIBERATI, *La responsabilità pre-contrattuale e la p.a.*, in *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, a cura di A. Liberati, con la collaborazione di A. Reggio d'Acì e M. Reggio d'Acì, Torino, 2009, p. 10 ss.; O.M. CAPUTO, *Illegittimità del bando e affidamento risarcibile dell'aggiudicatario*, in *Urb. app.*, 2013, p. 93 ss. (in nota a T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017, che, si noti, applica il 'contatto sociale' alla *c.i.c.*). Su questi temi, oltre agli autori poc'anzi citati, e a quelli richiamati nelle prossime note, cfr. pure L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 273 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², cit., p. 178 ss.; R. SACCO, *La preparazione*, cit., p. 245; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 130 ss.; M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., p. 69 ss.; G. PATTI, sub art. 1337 c.c., cit., p. 137 ss.; F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale della p.a.*, in A. DE MAURO-F. FORTINGUERRA-S. TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*², Padova, 2007, p. 307 ss.

rilievo pubblicistico¹⁴⁵², nonché privatistico, quanto a *culpa in contrabendo*: una doppia sequenza, dunque, che vede l'applicazione di regole dei due sistemi normativi, con la possibilità che nella stessa fase pubblicistica rilevino anche norme di condotta privatistiche.

A mio avviso, questa ricostruzione – senza dubbio corretta per molti profili – oblitera in parte il fatto che l'affidamento del privato, che partecipa a una gara soggetta alle regole dell'evidenza pubblica, ha come oggetto la vittoria della medesima (l'aggiudicazione), ossia quella situazione giuridica in cui verserà se il provvedimento amministrativo sarà a lui favorevole. Se è così, bisogna anche ritenere che esso può essere leso tanto da un bando illegittimo (ove esso precluda la partecipazione alla gara: l'interesse legittimo sorgerà assieme alla sua violazione), quanto da un'esclusione altrettanto illegittima o da una mancata aggiudicazione¹⁴⁵³. Ma esso sarà leso anche da un comportamento mero della p.a., quale il ritiro del bando, giacché – come già a suo tempo evidenziavo – l'interesse legittimo, violato in via provvedimentale o meno, è sempre leso da un comportamento (eventualmente cristallizzatosi in un atto). D'altro canto, l'affidamento in un risultato eventuale ha, come ben sappiamo, sempre una parte protettiva (affidamento in un risultato con il minimo danno possibile): e così dev'essere pure per quell'affidamento espresso dall'interesse legittimo di diritto pubblico.

Il comportamento della p.a. che emana un bando e lo ritira, poi, è sicuramente tenuto 'nell'esercizio di un potere', ove si intenda questa espressione in senso sufficientemente lato, come comprensiva di tutta l'attività causalmente connessa con la posizione della p.a., la sua attività provvedimentale e il bene della vita finale cui il privato aspira (e a nulla varrebbe opporre che, venendo meno il bando, viene meno pure l'interesse legittimo, giacché esso, prima di estinguersi, verrebbe violato)¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵² Sulla scansione tra fasi v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II³, cit., p. 363 ss. V. però pure G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 81 ss. Classica resta la lettura di A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 455 ss. Di recente si è interessato di questi temi in particolare C. CICERO, in una monografia dal titolo *Sul diritto civile dell'ente pubblico*, Napoli, 2010, spec. p. 79 ss., in un lavoro collettaneo da lui curato (*Contratto pubblico e principi di diritto privato*, Padova, 2011: *ivi* v. soprattutto C. CICERO, *Interesse pubblico e anamorfosi del contratto. I principi di diritto privato nel contratto dell'ente pubblico*, p. 1 ss., nonché A.M. MANCALEONI, *Buona fede ed affidamento nelle procedure ad evidenza pubblica: la responsabilità precontrattuale della p.a.*, p. 87 ss.), oltre che nella già menzionata *Silloge*.

¹⁴⁵³ E sarà sempre lo stesso interesse legittimo, fin dal primo atto della gara, sorto sempre sullo stesso bene della vita finale. Mi si potrebbe opporre che, di norma, le procedure a evidenza pubblica si compongono di più provvedimenti, e che a ogni provvedimento corrisponde un interesse legittimo. Questa prospettiva, pur tradizionale, non mi persuade: semmai, nel caso di più provvedimenti concatenati, avverrà che gli interessi legittimi di talune parti possano essere lesi in momenti diversi dagli interessi legittimi delle altre parti. Così, l'esclusione di Tizio consentirà a quest'ultimo di ricorrere contro il provvedimento, mentre gli altri partecipanti seguiranno nella gara e si vedranno tutelati sempre dallo stesso interesse legittimo, sorto con il primo provvedimento (il bando).

¹⁴⁵⁴ In quest'ottica, il problema delle gare pubbliche e dell'applicazione alle stesse dei principi sulla responsabilità precontrattuale andrebbe inteso in tal senso: finché non vi è aggiudicazione, la tutela

Transitando dall'ottica delle gare (o dei concorsi) a quella più generale, credo si possano esportare codesti risultati: non v'è bisogno¹⁴⁵⁵ di creare alcun affidamento ulteriore¹⁴⁵⁶ rispetto a quello rappresentato dall'interesse legittimo per dare tutela al privato¹⁴⁵⁷, allorché abbia confidato nella validità di un provvedimento illegittimo poi

è riservata all'interesse legittimo di diritto pubblico, e così pure se interviene la revoca o l'annullamento della stessa aggiudicazione. Da questo momento sorge un vero e proprio diritto. Dal punto di vista della p.a., invece, vi è fin da subito un interesse legittimo di diritto privato. Più complesso è comprendere se il privato possa annullare per un vizio del consenso il contratto che conclude con la p.a. Probabilmente è da tenere conto che le lesioni della buona fede rilevano qui sempre nell'ambito dell'interesse legittimo pubblicistico, e a fini solo risarcitori (salva l'applicazione dell'*exceptio doli*); salvo non supporre che esista effettivamente un interesse legittimo privatistico, avente ad oggetto, ad esempio, il diverso programma negoziale (travisato). Di esso però resterebbe problematico l'incastro con il vero e proprio interesse legittimo pubblicistico; cosicché mi sembra preferibile la diversa soluzione prima menzionata.

¹⁴⁵⁵ A differenza di quanto non ritenga la Cassazione (v. le tre ordinanze gemelle del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596, già citate nell'Introduzione). Oltre ai contributi di C. Scognamiglio e di Majo ivi citati, v. F. RONCAROLO, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1278 ss., e M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in www.giustizia-amministrativa.it. Di recente v. anche, sempre in tema, M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno e antigiuridicità da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Danno resp.*, 2014, p. 939 ss.

¹⁴⁵⁶ Più ampiamente, vi sarebbe da chiedersi quando si estingue l'interesse legittimo (pubblicistico) del privato. In realtà, giacché l'interesse legittimo pubblicistico sorge *ex lege*, esso non viene meno finché non muta la situazione di fatto che lo fa sorgere. L'avvenuta lesione dell'interesse legittimo non ne impone la sua estinzione (v. E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie*, cit., p. 67), ma, per l'appunto, solo la violazione: tanto che, una volta annullato (anche da parte della p.a.) il provvedimento, sarà lo stesso interesse legittimo a fronteggiare la riedizione del potere amministrativo (nel caso in cui l'annullamento da parte della p.a. avvenga dopo la scadenza del termine per l'impugnazione, si potrà ritenere che sorga un altro – e analogo – interesse legittimo o che sia lo stesso interesse legittimo, leso ma quiescente, a riespandersi). Solo dal momento in cui diventa impossibile la sua soddisfazione l'interesse legittimo si estingue e si tramuta, eventualmente, in diritto al risarcimento del danno (da notare – si badi – che l'annullamento, anche da parte della p.a., non rappresenta mai un risarcimento del danno). Nel caso, poi, di interesse legittimo soddisfatto in via provvedimentale, v'è da dire che esso comunque non si estingue (per la parte protettiva, e fino alla scadenza dei termini per l'impugnazione del controinteressato nemmeno nella parte pretensiva – cfr. G. GRECO, *Il rapporto*, p. 604 –, stante l'instabilità del provvedimento: tutt'al più potrà dirsi che anche qui codesta parte sia stata disattivata, ossia resa quiescente), per lo meno tutte le volte in cui si tratti di provvedimento illegittimo favorevole: e, ciò, proprio in base a quanto vado scrivendo nel testo.

¹⁴⁵⁷ F. CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Corr. giur.*, 1996, *passim*, nel commentare Trib. Voghera, 11 gennaio 1996, notava come la decisione avesse fatto riferimento al principio di affidamento per tutelare un interesse legittimo (si trattava, nella specie, di un provvedimento illegittimo che di fatto aveva superato, e paralizzato, una autorizzazione che un diverso ente aveva concesso). Nei propositi del Tribunale vi era, di certo, la ricerca di una via per superare l'irrisarcibilità degli interessi legittimi (fermo restando che, in questi casi, la giurisprudenza avrebbe comunque concesso il risarcimento per lesione di un 'diritto derivato', secondo l'insegnamento di Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 1979, n. 5145). Casi del genere sarebbero oggi sicuramente decisi facendo applicazione dei principi sul risarcimento per lesione di interessi legittimi. Dico questo per sottolineare come si sia già presentato il fenomeno che descrivo nel testo: ossia che la giurisprudenza individua un fatto generatore di responsabilità nella lesione dell'affidamento, anziché, come preferibile, nella lesione di un interesse legittimo. D'altro canto, come osservava A. ROMANO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi ed opere pubbliche*, cit., p. 139, in sede di interpretazione dell'art. 13, l. 142/1992 (che per prima dispose, recependo indicazioni comunitarie, il risarcimento da

ritirato¹⁴⁵⁸. V'è però da precisare che, in questo caso, il comportamento illecito della p.a. si presenta quando il provvedimento è già stato emesso. Da ciò si deve dedurre che¹⁴⁵⁹ all'apparente soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo sopravvive una parte protettiva. La quale, si badi, non va confusa con quel diverso interesse legittimo (stavolta solo protettivo) nascente con l'apertura del procedimento di secondo grado (ad esempio, di annullamento in autotutela).

Ma da un altro punto di vista, potrebbe addirittura sostenersi che l'interesse legittimo che sta di fronte a un potere ampliativo della sfera giuridica altrui non viene meno allorché il provvedimento favorevole è stato emesso; difatti, tale atto è di per sé instabile, e la posizione di interesse legittimo non può non tenerne conto. Non si tratterà più, com'è ovvio, di sindacare il vizio del diniego: piuttosto, il privato potrà lamentarsi del comportamento contraddittorio della p.a., visto nella sua interezza. In un certo senso, l'emanazione del provvedimento favorevole lascia l'interesse legittimo in una fase di quiescenza, destinata a concludersi allorché l'atto sia ritirato (d'ufficio) per i suoi vizi intrinseci. In questo istante, infatti, si sarà prodotta la lesione dell'interesse legittimo, solo germogliata in occasione dell'emissione dell'atto; in questo momento, dunque, l'interesse legittimo riemergerà dallo stato di compressione in cui si

lesione di interessi legittimi in tema di appalti) si era fatta strada l'idea che la responsabilità ivi prevista fosse di tipo precontrattuale.

¹⁴⁵⁸ Salvo il caso in cui vi siano interessi legittimi corrispondenti a ciascun procedimento (e a ciascun potere), ma il privato sia interessato anche e ulteriormente a un risultato più ampio e ulteriore. Quale esempio, si potrebbe pensare a un privato che tende ad ottenere un certo bene della vita (ad esempio, una certa autorizzazione) e, non godendo di tutti i requisiti, presenta un'istanza di esonero rispetto ad alcuni, magari a un'amministrazione diversa. La p.a. in questione, rispondendo alla medesima, suggerisce di ritirarla, ritenendola superflua; tuttavia, l'altro ente rifiuta il provvedimento autorizzatorio. In questo caso la lesione, derivante dall'erroneo suggerimento, e sicuramente non provvedimento, riguarda un bene della vita finale diverso rispetto a quello cui l'istanza di esonero atteneva. A dire il vero, a me sembra che ciò non causi alcun problema: diverso è il piano dell'illiceità da quello della parametrizzazione del danno (che ne sia conseguenza immediata e diretta). Tuttavia, a voler ritenere diversamente, potrebbe sostenersi che il privato gode – in casi complessi come quello in esame – di una pluralità di interessi legittimi, tra cui uno che li raccoglie tutti e che appare altrettanto complesso. Esso si contrapporrebbe, più che al singolo procedimento, all'intera 'operazione amministrativa' (il riferimento va qui alla tesi di D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, spec. p. 183 ss.) D'altronde, che l'interesse legittimo graviti tra privato e p.a., intesa nelle sue varie articolazioni, è già un dato acquisito: si pensi al fatto che il privato talvolta può impugnare un parere endoprocedimentale (se di contenuto tale da lederlo in modo attuale e definitivo), ma non per questo si sostiene che egli duplica i suoi interessi legittimi. Cenni in ordine alla necessità di una valutazione complessiva dell'attività amministrativa anche in F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile*, cit., p. 38.

¹⁴⁵⁹ Non dissimili sono le ipotesi di negozi unilaterali recettizi di diritto privato, poi annullati (v. anche il § 7 dell'ultimo Capitolo). Solo che qui, a differenza che nei casi di cui all'art. 1338 c.c., non si può ritenere che il danno derivi dalla violazione della regola di buona fede che impone di non creare contatti inutili e dannosi (il che ha un senso solo nell'ottica dell'interesse legittimo da contatto, ove – secondo una delle due teorie che esponevo nel § 5 sempre dello scorso Capitolo – potrebbe supporre che lo stesso atto, la conclusione del negozio nullo o annullabile, provochi sia l'inutilità delle trattative, sia il danno che consegue all'affidamento nella validità dell'atto). Qui il contatto non crea l'interesse legittimo; qui, in definitiva, la lesione attiene sicuramente alla fascia 'protettiva' dell'interesse legittimo.

trovava (e di apparente soddisfazione). Si tratta, in altri termini, di quella lesione degli interessi 'altri' (di quella parte protettiva che vi è in ogni posizione pretensiva) cui la situazione di interesse legittimo dà sanzione: se è vero che la tutela dell'interesse finale è eventuale, è anche vero che non sono ammesse condotte che, nel concedere o pure nel non concedere tale soddisfazione, violino in modo contrario alla buona fede la sfera giuridica della controparte. Tale violazione, del resto, discende in queste ipotesi dall'affidamento (soggettivo) che il privato ha posto nel provvedimento, che si commisurerà sulle spese fatte e sulle occasioni perse in conseguenza di ciò: anzi, a ben vedere si tratta di un affidamento che il privato non ha 'posto', ma ha 'dovuto porre', stante l'impossibilità di impugnare il provvedimento, pur illegittimo ma favorevole (in tale istante la lesione non è attuale e concreta), nonché stante la presunzione di legittimità del provvedimento¹⁴⁶⁰.

Per di più, e a differenza di quanto non avvenga nei casi in cui un soggetto conclude un negozio palesemente viziato da errore altrui (magari ostativo), riconoscibile solo a far data dall'avvenuta conclusione¹⁴⁶¹, il privato non potrebbe nemmeno agire in forma inibitoria davanti all'incertezza provocata dal potere della p.a. di recedere o di annullare l'atto: anche ove quest'ultimo fosse palesemente illegittimo o difforme dall'interesse pubblico, lo vieterebbe il solito disposto del codice del processo amministrativo, che preclude al g.a. di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati. D'altro canto, non trovandoci qui di fronte a provvedimenti che richiedono un'iniziativa di parte, il privato non potrebbe nemmeno agire contro il silenzio.

Ecco dunque che, nel caso di annullamento in autotutela o revoca del provvedimento, che coincidano con altrettante scorrettezze, potrà dirsi leso l'interesse legittimo: quello di connotazione solo protettiva, sorto dopo l'emanazione del provvedimento, oppure – e più probabilmente – lo stesso interesse legittimo pretensivo, giacché la violazione della buona fede si perpetra a far data dall'emanazione dell'atto illegittimo, e giacché il provvedimento di secondo grado fa rivivere l'interesse legittimo pretensivo in tutta la sua ampiezza (pur manifestando pienamente e contestualmente la sua lesione).

Il che, però, non risolve ancora tutte le questioni poste dal provvedimento illegittimo favorevole, di cui mi vado occupando. Resta, infatti, un'altra obiezione alla ricostruzione che avevo proposto, e precisamente proprio quella per cui la lesione

¹⁴⁶⁰ Che, come nota G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile*, cit., § 1, «da concetto creato dalla risalente dottrina al fine di tutelare la p.a. sembra essere divenuto, nell'ottica paritaria di cui si diceva, uno strumento di tutela dell'amministrato, che di tale presunzione si può giovare proprio al fine di pretendere il risarcimento del danno derivante da un comportamento che egli non poteva che presumere come legittimo».

¹⁴⁶¹ Per i quali, *supra*, proponevo la concessione di un'inibitoria, piegata di fatto ad *actio interrogatoria* sull'esercizio del potere di annullamento altrui, e salva una *Verwirkung* (che nel diritto amministrativo non può trovare spazio, salvo che non rientri nei vizi stessi del provvedimento – e non nella lesione della buona fede interna al solo rapporto p.a.-privato –).

sarebbe arrecata a un ulteriore affidamento, nato dal contatto, e precisamente dall'assegnazione del bene della vita, lesione già in quel momento *in nuce* arrecata, e palesatasi in tutta la sua ampiezza con il ritiro del provvedimento. D'altro canto, trattandosi di affidamento soggettivo (*rectius*: affidamento oggettivo modellato sull'affidamento soggettivo) sembrerebbe logico supporre l'esistenza di un interesse legittimo nascente dal contatto. Questa ricostruzione, in ogni caso, sconta il fatto di calzare solo per i casi di bandi di gara ritirati, e non – o almeno non facilmente – per quelli di provvedimenti attributivi di un bene annullati o revocati: ove l'affidamento, più che in un futuro risultato, sembra essere nella validità di un atto.

Tuttavia, bisogna considerare che, come nel diritto di credito la buona fede colora il risultato finale (il quale dev'essere assicurato con correttezza), nell'interesse legittimo pretensivo vi è, oltre a un risultato finale incerto, la cui soddisfazione dipende dalla libera scelta altrui entro i limiti della buona fede, anche la necessità che esso (il risultato finale) sia attribuito secondo buona fede, e pure quella che, ove tale risultato finale non sia assegnato (o lo sia solo parzialmente), non vi sia però alcuna lesione degli altri beni della controparte.

In questo senso, come avevo scritto a suo tempo, l'interesse legittimo protegge l'aspirazione a un bene senza lesioni di altri beni, e dunque senza diminuzioni patrimoniali o non patrimoniali: debbo aggiungere solo che ciò riguarda sia il caso in cui il bene venga assegnato, sia quello in cui così non sia.

Finalmente, possiamo vedere come nell'interesse legittimo pretensivo positivo rientri il danno da provvedimento illegittimo favorevole poi ritirato: infatti, l'affidamento (soggettivo) che ne nasce, e che poi è tradito, concreta un danno avvenuto in lesione della buona fede¹⁴⁶². In altri termini, non è tanto un nuovo e diverso affidamento che nasce (il quale, poi, stenterebbe a trovare collocazione sistematica); piuttosto, vi è un comportamento scorretto, in quanto contraddittorio, che induce a confidare soggettivamente nella validità di un atto poi ritirato, e che – in quanto tale – concreta violazione della buona fede, e lesione di 'altri' beni del titolare dell'interesse legittimo (con un evidente parallelo rispetto al caso tracciato dall'art. 1338 c.c., se interpretato secondo una prospettiva simile).

Nell'assegnazione del risultato finale, dunque, è sanzionata la lesione delle norme di correttezza anche per quanto riguarda la restante 'parte' della posizione giuridica del titolare dell'interesse legittimo; e quest'esigenza si pone, *a fortiori*, quando il bene finale

¹⁴⁶² Il fatto che un affidamento possa essere tutelato all'interno di una più ampia posizione giuridica non deve stupire: ciò può avvenire anche nell'ambito del diritto di credito. Così, ad esempio, se Tizio ha concluso con Caio un contratto per riassetto del giardino della grande villa per il matrimonio di quest'ultimo, e, senza ricordare il tenore del testo, gli assicura che in esso dovrebbe essere sancito che a Tizio spetti anche la sistemazione di altre aiuole, non è detto che per questo il contenuto del contratto – che in ipotesi non abbraccia anche questa prestazione – si allarghi (ossia, che vi sia una modifica consensuale e implicita dell'accordo originario). Tuttavia, la dichiarazione di Tizio fa sorgere un affidamento (soggettivo), che, se tradito, impone di risarcire il danno: e ciò avverrà in via contrattuale, giacché l'illecito assumerà le vesti di una lesione della buona fede nell'esecuzione dell'obbligazione.

non è assegnato (trattandosi, comunque, dell'attività compiuta da controparte nell'ambito del dovere di rispetto dell'interesse legittimo, perfino se la soddisfazione finale del medesimo si appalesi contestualmente come impossibile: in tal caso resta comunque il fatto che l'attività di controparte, che pur lecitamente può non assegnare il bene, non può ledere beni 'altri' del titolare dell'interesse legittimo). In altri termini: che sia o meno assegnato il bene finale, deve essere comunque garantito il rispetto della buona fede (nell'ambito dell'attività di controparte, ossia quella esercitata dall'altra parte nella sua specifica veste) anche per tutto ciò che è attorno a tal bene finale.

Dal che si traggono pure altri corollari: se il titolare dell'interesse legittimo, nell'ambito della complessiva attività in parola, ha ottenuto qualcosa (per esempio, potendo godere per un certo periodo del bene della vita finale), dovrà operarsi una *compensatio lucri cum damni*, giacché la stessa attività illecita ha permesso di ottenere certi vantaggi.

In secondo luogo, dev'essere esclusa¹⁴⁶³ radicalmente qualsiasi pregiudizialità amministrativa tra l'annullamento del provvedimento di autotutela o revoca e il risarcimento del danno, trattandosi di interessi legittimi differenti, e non di rimedi in concorso per un'unica lesione dello stesso interesse legittimo. Vero è che, anche in questo caso, l'azione di annullamento costituirebbe un onere processuale teso a evitare (l'aggravamento de) il danno: il che farebbe pensare che residui uno spazio per la nuova pregiudizialità attenuata. E, tuttavia, nelle ipotesi solite è lo stesso provvedimento illegittimo la fonte del danno, e dunque il privato ben potrebbe, anziché lamentarsi *ex post* della sua illegittimità – per quanto indirettamente – tramite la domanda risarcitoria, agire fin da subito; qui, invece, i provvedimenti sono distinti, come distinte sono le poste risarcibili. Senza dire che proprio le norme in materia di indennità di revoca lasciano supporre la mancanza, nelle circostanze in esame, di una pregiudizialità, per quanto debole.

Inoltre, questo discorso mi pare possa confermare quanto scrivevo a proposito della distinzione tra interessi legittimi e affidamento rilevante nell'ambito del procedimento, ossia tra interesse privato tutelato dall'interesse legittimo e interesse pubblico concreto (o in senso lato): infatti, deve ammettersi che l'affidamento cui fa riferimento l'art. 21-*nonies* non ha nulla a che vedere con l'interesse legittimo, anche perché si riferisce a un affidamento soggettivo (alla validità del provvedimento), che non è il fulcro della nostra posizione, pur potendo trovare tutela in essa (nei modi che ho detto).

In conclusione di questa parentesi, si può provare a offrire una, per quanto breve e quasi impressionistica, raffigurazione della responsabilità 'precontrattuale' della p.a.,

¹⁴⁶³ Cfr., su questo punto, ma pure più in generale, il contributo di G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra risarcimento e indennizzo*, in *Danno resp.*, 2008, p. 633 ss.

ossia della sua responsabilità nell'ambito delle gare¹⁴⁶⁴ e dei concorsi: o, per delimitare l'indagine, alle procedure a evidenza pubblica che si concludono con provvedimenti aggiudicatori.

Probabilmente non è scorretto immaginare che il privato goda solo di un interesse legittimo pubblicistico (di talché pure eventuali vizi del consenso¹⁴⁶⁵ – ancorché difficilmente immaginabili – si declasserebbero ad altrettante scorrettezze della p.a., incidenti nella fascia protettiva dell'interesse legittimo pretensivo, e foriere non tanto di rimedi civilistici, quanto di risarcimenti del danno ed eventualmente tutele in forma specifica; viceversa, in capo alla p.a. si formerebbe un normale interesse legittimo privatistico, con tutte le conseguenze che ciò comporta).

La p.a. fornirebbe, con l'aggiudicazione, un diritto soggettivo al privato¹⁴⁶⁶, che potrebbe però essere vanificato in virtù di una revoca o di un annullamento in autotutela.

¹⁴⁶⁴ Sulle gare, in particolare, e sui problemi che pone soprattutto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, v. di recente G. PETRELLA, *Il risarcimento del danno da gara illegittima*, Milano, 2013.

¹⁴⁶⁵ Ne avevo parlato poc'anzi in nota. Debbo dire che la soluzione, oltre ad attenermi a ipotesi davvero di scuola, è comunque soddisfacente a mio avviso. Essa tutela il privato in modo diverso da quanto avviene secondo il diritto privato: ma non per questo minore. Inoltre, consente di modulare l'apparato rimediabile alle specifiche esigenze della p.a., così come già avviene per l'invalidità del contratto stipulato sulla base di una gara caducata.

¹⁴⁶⁶ Secondo la giurisprudenza (v., *ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20596) la fase pubblicistica del procedimento a evidenza pubblica si conclude con l'aggiudicazione, mentre quella privatistica inizia con la conclusione del contratto. In mezzo v'è la «fase nevralgica compresa tra aggiudicazione e stipulazione del contratto: nella quale rientra, dunque, anche la domanda di risarcimento del danno avanzata dall'aspirante contraente nei confronti della stazione appaltante, a titolo di responsabilità extracontrattuale e/o precontrattuale, per attività illecita consistente nella revoca dell'aggiudicazione». Tuttavia, resta molto dubbia la consistenza delle posizioni giuridiche di cui dispone il privato dopo l'aggiudicazione: se si tratti ancora di un interesse legittimo o già di un diritto soggettivo (e con che contenuto). Il codice degli appalti (d.lgs. 163/2006) sancisce che (art. 11, commi 7 e 8) «l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta» e che quest'ultima «diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti». A mio avviso (e così, seppur non del tutto esplicitamente, pure per Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2004, n. 7772; v. però A.M. MANCALEONI, *Buona fede*, cit., p. 98), a partire da tale aggiudicazione il privato dispone di un vero e proprio diritto alla conclusione del contratto (problema diverso, e che va oltre i miei fini, è se ad esso sia applicabile l'art. 2932 c.c., oppure solo una condanna con *astreinte* o al risarcimento del danno). Come provvedimento, infatti, l'aggiudicazione definitiva (e non quella provvisoria che, pacificamente, il privato può anche non impugnare, non incorrendo in alcuna decadenza) muta la sfera giuridica del soggetto privato, e lo fa assegnandogli un diritto soggettivo (più complessi i casi di appalto-concorso e trattativa privata, in cui – v. C. BENETAZZO, *Contratti della p.a. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, 2012, p. 51 – «l'aggiudicazione non consegue immediatamente, alla stregua di un effetto automatico, alle operazioni di gara»). Mi permetto, sul punto, di rinviare anche al mio *Posizioni*, cit. Non vale in senso contrario la disposizione recata subito dopo (comma 9: «diventa efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto

A prescindere dalla loro illegittimità (per valutare la quale, specie ai sensi del nuovo art. 21-*nonies*, l. 241/1990, bisognerà verificare anche l'affidamento del privato), il cittadino potrà chiedere, se vi siano gli estremi di una scorrettezza da parte dell'amministrazione, un risarcimento del danno¹⁴⁶⁷.

Il caso di revoca disciplinato dall'art. 21-*quinquies*, l. 241/1990 (e un tempo pure dall'art. 1, comma 136, l. 311/2004, ora abrogato) è, ai nostri fini, emblematico.

Una interpretazione restrittiva dei requisiti in virtù dei quali la p.a. è abilitata a revocare un provvedimento potrebbe lasciar ipotizzare che questo provvedimento di secondo grado sia ammissibile solo e soltanto in casi in cui non vi è, di fatto, una scorrettezza.

Il che, d'altronde, si abbinerebbe bene alla previsione di una indennità in caso di revoca: stabilita su un certo *quantum* dal legislatore, e palesemente operante quale rimedio per la lesione dell'interesse legittimo da atto lecito¹⁴⁶⁸ (nei casi di provvedimenti revocandi a effetti durevoli, come le aggiudicazioni definitive¹⁴⁶⁹).

notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-*ter*, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari); essa, semplicemente, consente all'aggiudicatario di revocare la sua proposta (si ricordi che la partecipazione alla gara costituisce una «offerta ... vincolante» e «irrevocabile» – commi 6 e 7 –), concedendo una facoltà aggiuntiva, che non esclude quella di agire per la tutela del diritto a concludere il contratto (la diversa opinione indurrebbe a ritenere che il privato, a fronte dell'inerzia della p.a., sia meno tutelato quando risulti aggiudicatario, rispetto ai casi in cui la p.a. annulli in autotutela il bando). Né milita in senso contrario il comma 7, che semplicemente esclude che l'aggiudicazione in via definitiva valga automaticamente da accettazione di una proposta contrattuale (superando il principio fatto proprio dall'art. 16, comma 4, r.d. 2440/1923; v. anche Cass. civ., Sez. I, 13 ottobre 2014, n. 21593). Di recente, in senso parzialmente contrario (ovvero per la qualificazione in termini di interesse legittimo pretensivo della posizione giuridica del privato verso la p.a. ad aggiudicazione definitiva intervenuta, e dunque per l'ammissibilità di una tutela avverso il silenzio) T.A.R. Lazio-Roma, 3 novembre 2015, n. 12400.

¹⁴⁶⁷ In ogni caso, che l'interesse legittimo non violato da un provvedimento e quello che sorge in contrapposizione al procedimento volto all'annullamento in autotutela siano connessi (e, *a fortiori*, che la prima posizione possa convivere con la seconda) lo attesta il fatto che, leso un interesse legittimo da un provvedimento non impugnato, il privato non potrà chiederne l'annullamento in autotutela lamentandosi poi della mancata risposta della p.a. su questa sua istanza (giacché ciò equivarrebbe a riaprire i termini per l'impugnazione: cfr. R. MARRAMA, *Rinuncia*, cit., p. 101, secondo cui tra l'altro – v. le p. ss. – il discorso sarebbe diverso se il privato facesse valere nuovi mezzi di prova, sopraggiunti o comunque a lui in precedenza ignoti).

¹⁴⁶⁸ La previsione di cui all'art. 21-*quinquies* assomiglia visibilmente a quella dell'art. 1328 c.c. Entrambe, tra l'altro, contemplano un'indennità da attività lecita. Il problema dell'atto lecito dannoso è

In ogni caso, non è questo il punto, giacché potrebbero darsi ipotesi di revoche illegittime non impugnate (ove si supponga che possa esservi una revoca legittima, ma fonte di danno illecito, si lascerà, come sempre, operare l'interesse legittimo, decurtando l'eventuale indennità già ottenuta¹⁴⁷⁰).

Ove revoca o annullamento ledessero la correttezza, e dunque l'affidamento (soggettivo, e però sempre valutabile tramite dati obiettivi) maturato dal privato, vi sarebbe azione per il risarcimento del danno: dinnanzi al g.a.¹⁴⁷¹, grazie alla riconduzione di queste lesioni all'interesse legittimo.

A sua volta, bisognerebbe compiere una distinzione, tra i casi in cui è revocato o annullato il bando, che comportano (se vi è una scorrettezza) il risarcimento di un interesse negativo pieno, e quelli in cui oggetto del provvedimento di secondo grado è invece l'aggiudicazione; i primi fonte sempre di risarcimento per tutti i partecipanti, se la condotta risultasse scorretta; i secondi solo per l'aggiudicatario (e per tutto ciò che si è perso a far data dall'aggiudicazione, e a causa dell'affidamento – soggettivo – nella

stato studiato, sia dalla dottrina pubblicistica (v. *infra*) che civilistica. Spesso, a tal riguardo, si sostiene che l'atto lecito dannoso altro non sia che un danno causato da una condotta cui si accompagna una causa di giustificazione, e che l'indennità vada equitativamente determinata (così, ad esempio, F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, p. 11, e già ID., *La lesione*, cit., p. 77, nt. 73, nonché R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito*, cit., p. 30, e ID., voce *Indennità*, cit., p. 37). Quanto al primo profilo, esso è sicuramente corretto, anche se va messo in connessione con quanto ho scritto sinora a proposito dell'interesse legittimo nelle trattative e pubblicistico. Ora, se è ovvio che esso provvede a sanzionare condotte lesive della buona fede, e che nel caso di cui all'art. 1328 c.c., o in quello descritto dal nostro 21-*quinquies*, l. 241/1990, manca una vera e propria 'ingiustizia del danno' – *rectius*, difetta la scorrettezza –, potrebbe sembrare che ciò non dipenda dall'esistenza di una causa di giustificazione (com'è sicuramente, invece, in altre ipotesi: cfr. l'art. 843 c.c.). Tuttavia, l'apparente contraddittorietà deriva dal fatto che, là dove si tratta di un illecito di condotta, il giudizio di anti-giuridicità e quello di ingiustizia sono sovrapposti nella stessa difformità rispetto alla norma di buona fede (si ricordi quanto avviene in Germania nel caso di *Verkehrspflichten*, ove si sostiene che l'anti-giuridicità – la *Rechtswidrigkeit* – attenga alla difformità rispetto al dovere – divenendo *Verkehrswidrigkeit* –; v. lo schema riassuntivo di H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*¹⁴², cit., p. 51 s.): per cui, nei casi in esame, a risultare assente non è tanto il profilo (sotteso alla regola di buona fede) che attiene all'interesse protetto, quanto quello riferibile alla 'causa di giustificazione' (qui: conformità a buona fede). Quanto al secondo, una riprova è offerta proprio dall'art. 21-*quinquies*. Tra la dottrina pubblicistica che si è occupata di questi temi cfr. A. PUBUSA, voce *Indennità e indennizzo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 223 ss.; G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Milano, 2009, p. 187 ss.

¹⁴⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 luglio 2015, n. 3453; Cons. Stato, Sez. III, 4 settembre 2013, n. 4433.

¹⁴⁷⁰ Cfr. T.A.R. Liguria-Genova, Sez. II, 22 luglio 2013, n. 1104.

¹⁴⁷¹ Sui problemi di giurisdizione v. Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20596. Essi sono meno sentiti, ovviamente, ove il legislatore prevede la giurisdizione esclusiva del g.a. Si potrebbe, anzi, obiettare che proprio la previsione di una giurisdizione esclusiva vada contro la mia interpretazione: ma, a ben vedere, così non è. Non spetta, infatti, al legislatore la risoluzione di questioni dogmatiche: e così nemmeno la qualificazione di un certo tipo di giurisdizione; il legislatore assegna certe controversie a un plesso giurisdizionale, e nulla più.

stessa). Ma su questi punti esiste ormai copiosa giurisprudenza, anche se spesso non unanime¹⁴⁷².

Più interessante è invece soffermarsi su una recente decisione dell'Adunanza Plenaria¹⁴⁷³, con cui si è escluso che la p.a. possa procedere a revocare atti amministrativi prodromici all'avvenuta stipulazione del contratto d'appalto, qualora l'amministrazione abbia a disposizione il diverso strumento del recesso (disciplinato dal codice degli appalti).

Il che ribadisce quella cesura tra la fase pubblicistica, a monte (e a mio avviso *interamente* pubblicistica), e la fase privatistica, a valle, pur segnata dalla specialità della disciplina del contratto.

Possiamo, ora, tornare al tema dell'interesse legittimo pretensivo di diritto pubblico, e in particolare concludere indagando gli ultimi aspetti rilevanti.

Con riferimento al *quantum* risarcibile in caso di lesione, bisognerà indicare alcune delle situazioni tipiche che vengono in rilievo. Una avvertenza essenziale, però, è che questo interesse legittimo nasce *ex lege*, e non *ex facto*¹⁴⁷⁴: per questa ragione il suo risarcimento – secondo la *ratio* già esposta – si commisurerà non a un interesse negativo, ma positivo.

Potrà, ad esempio, accadere che l'annullamento si accompagni a una riedizione del potere; in tal caso il risarcimento dovrà equivalere al danno da ritardo (ed eventualmente da incertezza)¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷² Da ultimo v. Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674; Cons. Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790; Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 467. Cfr. anche S. PONZIO, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile*, in *Urb. app.*, 2013, p. 1085 ss.

¹⁴⁷³ Si tratta di Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14.

¹⁴⁷⁴ Ciò comporta, senza dubbio, una notevole fissità dell'interesse legittimo, che sorge in base a una situazione e si mantiene costante finché essa sopravvive. Diverse sono, come ho chiarito, le vicende dell'interesse legittimo pretensivo negativo, soprattutto ove esso sorge nell'ambito di trattative volte alla conclusione di un contratto: esso, infatti, tende ad avere un oggetto in continuo mutamento. Ciò non toglie che pure l'interesse pretensivo pubblicistico possa mutare il suo oggetto, anche se questo avverrà in ipotesi molto più limitate: così, in particolare, ove «l'istante ... rimodul[i] la sua richiesta, in modo tale da renderla accoglibile» (così G. GRECO, *Il rapporto*, cit., p. 614).

¹⁴⁷⁵ Se il provvedimento, successivamente, sarà positivo, il danno sarà quello da ritardo in senso proprio (fermo restando che in questa voce comparirà anche quel lucro che si potrebbe aver perso a causa dell'incertezza: ad esempio, nel caso in cui un privato non abbia intrapreso una diversa attività da cui avrebbe tratto un lucro, e abbia invece atteso la decisione del g.a., al fine di tenersi pronto a eseguire un servizio in favore della p.a., che – se svolto immediatamente – non gli avrebbe occupato che qualche mese, lasciandolo poi libero di dedicarsi ad altro). Se il provvedimento sarà, invece, negativo, il danno non potrà che essere quello da mero ritardo. Come a suo tempo rilevavo, nel risarcimento dell'interesse legittimo pretensivo non c'è solitamente invasione alcuna nel campo di discrezionalità riservato alla p.a. (come in passato si era ritenuto: cfr. E. FOLLIERI, *Lo stato*, p. 85; del resto, sulla soluzione che si dà a questo problema ha influito non poco la disciplina che il codice reca in materia di pregiudiziale amministrativa): si tratta, infatti, di poteri non più esercitabili. Diverso, però, se il danno dovrà coprire solo un ritardo, come nei casi in parola: il potere risulta ancora esercitabile, e, anzi, proprio solo dal suo esercizio si potrà scoprire il *quantum* del risarcimento. Qui non vi è altra scelta (nonostante anch'essa si

Diverso il caso in cui non sia stato richiesto l'annullamento (di cui ho già detto: si applicherà il principio sotteso all'art. 1227 c.c., che gestisce qui il rapporto tra rimedio in forma specifica e per equivalente) o non sia possibile esercitare nuovamente il potere. In quest'ultimo caso il risarcimento sarà pieno, con riferimento però a un giudizio prognostico di *chance*, da valutare con riferimento a un ipotetico nuovo esercizio del potere: e questo proprio perché se un nuovo esercizio non può avere luogo è perché vi è un'impossibilità sopravvenuta, che non può non ritenersi addebitabile alla p.a. (così come, nel diritto di credito, avviene in caso di mora del debitore).

Da notare che, ai nostri fini, i vizi formali e sostanziali hanno lo stesso peso¹⁴⁷⁶; di diverso rilievo godono solo i vizi formali in cui la p.a. cade allorché il potere è ormai divenuto vincolato, dovendosi allora applicare la norma dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990¹⁴⁷⁷.

Dal momento in cui è divenuto impossibile soddisfare l'aspettativa privata non vi sarà più necessità di risarcire il danno da ritardo¹⁴⁷⁸, risultando questo tutt'al più compendiato negli interessi e nella rivalutazione da applicarsi alla somma dovuta per la perdita della *chance* (e non essendovi bisogno di risarcire più alcun danno da incertezza); fino a quell'istante, invece, esso rimane una voce autonoma di danno (ridotto, comunque, in proporzione alla *chance* riconosciuta¹⁴⁷⁹).

Nel caso, invece, di annullamento in autotutela o revoca, lesivi della buona fede, il risarcimento si paramerterà sull'affidamento (soggettivo) inutilmente sorto, e dunque su tutto ciò che si è perso a causa dell'apparenza di provvedimento (dell'apparenza di provvedimento valido).

presti a comportamenti della p.a. volti a diminuire l'entità del risarcimento) che lasciare ancora aperta la questione: il giudice, dunque, non potrà che pronunciare una condanna generica (cfr. pure Cons. Stato, Ad. Plen., 3 dicembre 2008, n. 13).

¹⁴⁷⁶ Giacché, finché vi è discrezionalità, anche un diverso *iter* procedimentale può comportare scelte nel merito difformi. Solo nel caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento l'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990 consente un diverso approccio, escludendo l'annullabilità del provvedimento e (si deve ritenere) anche precludendo un diritto al risarcimento del danno calcolato sulle *chances* di godere del bene finale che il privato, astrattamente, aveva.

¹⁴⁷⁷ E a fini risarcitori, secondo l'ipotesi che mi sembra più plausibile, la limitazione ai soli danni derivanti (in caso di interessi pretensivi) da spese legali inutili; ne ho parlato *supra*, ove ho anche immaginato che una limitazione, sulla scia di quella tracciata nella prima parte della disposizione citata nel testo, valga per i vizi formali che avvengono nel corso del procedimento, in una fase in cui la discrezionalità è già stata parzialmente esaurita: nel qual caso sarà risarcibile non la *chance* astrattamente calcolata, ma – forse – quella cristallizzata all'ingresso della rispettiva fase procedimentale.

¹⁴⁷⁸ Salvo che questa impossibilità non sia impossibile a percepirsi per il privato, nel qual caso potrebbe ipotizzarsi la risarcibilità, comunque, del danno (sotto forma di danno da incertezza).

¹⁴⁷⁹ E per la parte di possibilità di non ottenimento del bene parametrato al danno da ritardo mero, ridotto anch'esso proporzionalmente, e sempre fermo restando che il totale non potrà mai superare il danno da ritardo vero e proprio (che rappresenta qui l'interesse positivo).

Un'ultima precisazione: gli artt. 121 s. del codice del processo amministrativo, nel disciplinare gli effetti¹⁴⁸⁰ dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato nelle more dalla p.a. con l'aggiudicatario, declinano in modo davvero peculiare il rapporto tra norme di validità e norme di condotta, e tra rimedi specifici e per equivalente dell'interesse legittimo, stabilendo, oltre a un certo numero di ipotesi in cui il contratto è sicuramente caducato, che negli altri casi spetta al giudice, dopo aver annullato l'aggiudicazione, decidere se dichiarare inefficace il contratto¹⁴⁸¹.

2. Una parentesi: la tutela della *chance*

Ho finora spesso parlato di *chances*, senza però mai chiarire la mia posizione al riguardo: credo che ora, alla luce dei risultati conseguiti, sia possibile abbozzare, per quanto brevemente, una tesi a tal proposito, prima di passare a considerare, in conclusione, l'interesse legittimo pretensivo positivo di diritto privato.

A me pare che la *chance*, nel nostro ordinamento, possa godere di rilevanza – in sede risarcitoria – secondo modalità spesso diverse, e che tale ambiguità sia fonte di molta della confusione che in quest'ambito impera. Non si è infatti ottenuto accordo, ancora, tra quanti in dottrina ritengono che questa voce attenga al danno emergente e quanto preferiscono ravvisarla nel lucro cessante; tra quanti appartengono al filone 'ontologico' e quanti a quello 'eziologico'; tra gli autori che ammettono la lesione della *chance* come danno ingiusto, gli autori che non accettano quest'idea ma la ritengono risarcibile anche in ambito extracontrattuale, e infine quegli studiosi che ritengono risarcibile la *chance* solo *ex art. 1218 c.c.*¹⁴⁸²

Pensiamo, ad esempio, a quanto avviene in caso di lesione provvedimentoale nell'ambito dell'interesse pretensivo: qui la *chance* riguarda un giudizio prognostico che, nell'inutilità (o impossibilità) di un annullamento, il giudice amministrativo è tenuto a compiere. Viceversa, nell'interesse oppositivo essa viene incontro alle esigenze di tutela del danneggiante, per evitare che debba rispondere sempre e comunque per l'intero. Non è necessario ripetere quanto ho già chiarito prima; basterà infatti mettere a paragone questi esempi con altri¹⁴⁸³: ad esempio, il caso della modella che, subendo un

¹⁴⁸⁰ Il punto, come noto, aveva impegnato a fondo la dottrina prima dell'entrata in vigore del codice. Cfr. per tutti L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 138 ss.

¹⁴⁸¹ Di recente sul tema è intervenuto H. SIMONETTI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente nelle controversie relative all'affidamento dei contratti pubblici*, in *NGCC*, 2013, II, p. 669 ss.

¹⁴⁸² Sul tema v. varie note del § 3, Capitolo primo, Parte Prima.

¹⁴⁸³ Per talune fattispecie tipiche, che si ripropongono spesso in giurisprudenza, v. C. SEVERI, *Il danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2222; R. PUCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 82 s.; M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile*, cit., p. 308 ss.

incidente, non potrà partecipare a un concorso di bellezza; quello del paziente operato da un chirurgo negligente che perde la possibilità di guarire; quello del pilota automobilistico che non ha occasione di partecipare a gare e non riesce, così, a intraprendere una carriera da professionista. Vi sono, tra tutte queste ipotesi, notevoli diversità.

Non è difficile osservare come, solo nel primo caso considerato, la *chance* si atteggi di fatto a meccanismo per consentire la tutela risarcitoria in capo a un privato che non può, ontologicamente, dare una prova ‘certa’ del risultato finale protetto da un interesse legittimo (salvi, ovviamente, i casi in cui la discrezionalità amministrativa è venuta ormai meno). Inoltre, in quest’ipotesi la *chance* dimora in un giudizio di spettanza: ossia, in un giudizio ove l’aspirazione a un bene finale è lesa non da un terzo, ma dallo stesso soggetto che avrebbe dovuto fornire il medesimo. Non è così nella seconda classe di fattispecie, ove piuttosto la *chance* sovviene alle esigenze di tutela del danneggiante per evitare un onere risarcitorio eccessivo. E diversi sono pure gli altri casi, ove la (supposta) lesione della *chance* avviene in ambiente ora contrattuale, ora extracontrattuale, ma al di fuori, almeno apparentemente, da un problema di tutela degli interessi legittimi.

Tutto questo, però, attiene alla tipologia di danno (evento) che consente di risarcire la *chance*, e non, invece, alla sua collocazione nel danno conseguenza.

Qui, effettivamente, il tema in parola riacquista una sua unitarietà, nel segno di un risarcimento accordato a un danno che, comunque si voglia ricostruire, non è certo. Qualsiasi sia l’artificio retorico o giuridico che si usi, in effetti, non si può oltrepassare quest’evidenza: il danno da perdita di *chance* non è sicuro; riguarda di norma una posta patrimoniale che, in mancanza dell’evento dannoso, avrebbe potuto evolversi in senso altamente positivo o azzerarsi del tutto.

Proprio, però, la mancata esplicazione di questo regolare percorso¹⁴⁸⁴ si ritiene addebitabile al danneggiante nei casi in questione. Ora, dall’analisi della casistica giurisprudenziale parrebbe potersi evincere che la ragione di fondo di tale orientamento stia nel fatto che, in certe situazioni della vita, una voce di danno – conseguenza¹⁴⁸⁵ – non si presenta distesa in un orizzonte temporale e spaziale, nonché quantitativo, molto vasto, concentrandosi – tutt’all’opposto – in un solo evento che segue una logica binaria di tutto-niente¹⁴⁸⁶. Una logica, per di più, su cui pesa

¹⁴⁸⁴ Il che determina una incognita «destinata a non poter essere mai sciolta»: M. BOCCHIOLA, *Perdita*, cit., p. 59.

¹⁴⁸⁵ Viceversa, il danno evento, ossia l’ingiustizia, è sempre soggetto all’ascrizione causale secondo la logica del sì-no. Ne ho già parlato e mi intratterrò ancora sul punto. Vale la pena di sottolineare che il danno-conseguenza cui mi riferisco è sempre legato da un nesso di causalità (giuridica) al danno-evento, non identificandosi nella semplice valutazione economica (sotto il profilo delle perdite subite) del danno-evento stesso.

¹⁴⁸⁶ Gli ordinamenti occidentali hanno difficoltà nel combinare la logica tutto-niente con quella probabilistica. Lo attesta emblematicamente il caso tedesco solitamente nominato *Lottospiel* (decisione

l'interferenza di fattori rientranti in un autonomo processo causale già avviato, che tra l'altro risulta di difficile, se non impossibile, ponderazione (la decisione della commissione di gara, l'apprezzamento dei commissari di concorso, ...) ¹⁴⁸⁷, e su cui direttamente interviene l'evento lesivo ¹⁴⁸⁸.

Proverò a chiarire con un esempio: la perdita di certe possibilità di lavoro, in seguito a un incidente, è solitamente risarcita a titolo di lucro cessante. In questi casi, in effetti, l'incertezza può tutt'al più dimorare nel *quantum* (quanto avrebbe lavorato il danneggiato? con che reddito?), ma non nell'*an*; e anche quando risiede nell'*an*, si tratta di un giudizio fisiologico che non ripulsa alla coscienza (e all'ordinamento) ¹⁴⁸⁹.

del BGH del 16 maggio 1974; v. NJW, 1974, p. 1705, nonché H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft*, cit., p. 425), di cui ho già brevemente detto. Riassumo la fattispecie: cinque persone si erano accordate per giocare assieme al lotto; tutte conferivano una somma di denaro al quinto che avrebbe dovuto giocare l'intero ammontare su alcuni numeri previamente decisi. In un'occasione questi si rivelano vincenti: e, però, il 'mandatario' risulta non aver adempiuto correttamente il suo incarico. Secondo il *Bundesgerichtshof* sorgono obblighi giuridici quanto alla ripartizione della vincita ottenuta o al risarcimento delle puntate anticipate; non, invece, per quanto riguarda il risarcimento per la vittoria mancata. La motivazione è che «keiner der Spieler würde, falls die Frage im Voraus bedacht und ausdrücklich erörtert würde, ein solches Risiko übernehmen oder es den Mitspielern zumuten». Su questo caso v., tra gli altri, D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*⁰, cit., Rn. 193, p. 86 s.; H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft*, cit., p. 445; S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik*, cit., p. 472.

¹⁴⁸⁷ Anzi: questa interferenza ha un ruolo centrale, perché su di essa è costruita la probabilità della *chance*. In altri termini, il bene che non è stato ottenuto o di cui è stato privato il nostro danneggiato era già di per sé soggetto a un percorso causale autonomo, che avrebbe potuto impedirne l'acquisizione o che avrebbe comunque potuto farne venire meno il godimento e su cui si è inserita l'attività lesiva. A loro volta, solo i fattori (appartenenti a questo processo causale già attivato) che fisiologicamente incidono su un risultato, rendendo imponderabile la sua esplicazione, permettono di rifluire nell'ottica della *chance*; i diversi fattori di incertezza, viceversa, atterrano davvero e soltanto al giudizio di causalità giuridica. L'interprete dovrà, allora, controllare di aver assegnato alla *chance* un grado corretto di probabilità e, soprattutto, chiedersi se non vi fossero altri elementi, estranei a quell'autonomo processo causale, che avrebbero potuto impedire, secondo il criterio del 'più probabile che non', il raggiungimento del risultato sperato (ad esempio, potrebbe apparire certo che il candidato a un concorso stesse per ritirare la sua domanda; in questo senso recupererei l'affermazione, secondo cui la *chance* dev'essere una probabilità certa: v. ad esempio A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più sì*, cit., c. 385). Altrimenti, si finirebbe per fare della tutela della *chance* un moltiplicatore di risarcimenti: si pensi al caso in cui Tizio, che partecipa a dieci concorsi (per posti di lavoro tra loro incompatibili), si vede privato delle *chances* di vincerli, magari per tutti alte (e pari al 60%); ne deriverebbe un risarcimento pari al ... 600%!

¹⁴⁸⁸ La necessità che il processo causale (autonomo e specifico) sia già avviato, e che su di esso interferisca direttamente l'azione lesiva, si coglie alla luce del fatto che, altrimenti, non si renderebbe necessario il distacco rispetto alla logica sottesa agli artt. 1223 e 1226 c.c. Questi requisiti sono sottesi, se non mi sbaglio, a A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 320.

¹⁴⁸⁹ Ciò non è sempre vero: vi sono casi, eccezionali, in cui si parla di *chance* nonostante il periodo di tempo considerato sia vasto (Tizio perde la possibilità di formarsi professionalmente e, con questo, certe *chance* reddituali; v. anche il caso deciso da Trib. Roma, 28 ottobre 1999, cui è dedicata la nota critica di A. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizj [e virtù] di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 2000, p. 658 ss.). In tal caso si potrà discorrere di *chance*, ove si provi che le specifiche condizioni di mercato (altissima disoccupazione) impediscano al giudice un margine di manovra sul *quantum* del lucro cessante.

Viceversa, può accadere che sia lesa – non interessa ora comprendere come, o se ciò sia risarcibile – la possibilità di partecipare a un concorso, il cui esito positivo coinciderebbe con un aumento patrimoniale molto favorevole. Orbene, in questo caso il giudice non potrebbe giocare sul *quantum*, ove non ritenesse offerta la prova della certa vittoria del concorso: tutto, infatti, si appunta su un solo evento; tutto si concentra nel tempo e nello spazio, senza lasciare margini di dubbio che non si radicalizzino¹⁴⁹⁰.

Tra le due circostanze, a ben vedere, non vi è solo una differenza di inquadramento da parte di un potenziale attore: esse si presentano di per sé differenti; lo sono, per così dire, ontologicamente (ed è corretto che lo siano, altrimenti la *chance* non sarebbe altro che una tecnica risarcitoria lasciata alla libera scelta dell'attore ove questi senta di non poter provare il nesso causale con la certezza – 'più probabile che non' – richiesta dall'ordinamento).

Non vi è possibilità, per il giudice, di accordare risarcimento (o di non accordare un eccessivo risarcimento) qui se non procedendo a una suddivisione probabilistica, e dunque retrocedendo un certo evento futuro, ormai reso impossibile, al momento del danno e recuperando quel margine di apprezzamento in un *quantum* creato ipoteticamente, giuridicamente, che fattualmente non esiste. Ma è proprio la legittimità di quest'operazione a porre dei dubbi.

Cerchiamo, comunque, di applicare questi principi a quanto ho scritto poc'anzi, ossia alle varie ipotesi in cui una *chance* sembrerebbe risarcibile, per valutarne l'ammissibilità. E l'indagine deve iniziare proprio con le fattispecie di interesse legittimo, che, alla luce del loro carattere informale e probabilistico richiamano¹⁴⁹¹ con tutta evidenza la *chance*, quale tecnica risarcitoria.

Ora, nel caso più semplice – interesse legittimo pretensivo positivo – avviene che un soggetto renda impossibile il conferimento di un bene, auspicato dalla controparte. In quest'ipotesi, di norma, viene meno proprio la *chance* di godere del bene finale.

L'interesse pretensivo, come ho spesso sottolineato, assomiglia al (scimmietta il, in un certo senso) diritto di credito: soltanto che la spettanza, lungi dall'essere certa, è eventuale. Nel caso di inadempimento di un debito, non vi è dubbio alcuno riguardo

¹⁴⁹⁰ Ecco il punto di contatto tra la teoria della *chance* e i problemi del risarcimento impostato, come dicono inglesi e tedeschi, sulla regola dell'*all or nothing* o dell'*Alles-oder-nichts-Prinzip*. Per una comparazione tra questi due ordinamenti v. N. JANSEN, *The idea of a Lost Chance*, in *Oxford Jour. Legal Studies*, 1999, 19, p. 271 ss. Secondo T. KADNER GRAZIANO, '*All or Nothing*' or *Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, in *ERPL*, 2008, p. 1041, afferma che «the solution for the future could be to partially abandon the 'all or nothing' principle and to compensate, under certain conditions, for damage according to the probability of causation».

¹⁴⁹¹ Non è un caso se L. NOCCO, *Il 'sincretismo causale'*, cit., p. 159, parla di «*chance* 'oppositiva'» e di «*chance* 'pretensiva'».

alla natura del danno da risarcire: si tratta, anzitutto e a tacere delle altre poste, di un danno emergente parametrato al valore della prestazione mancata.

Lo stesso ragionamento dovrà replicarsi nell'ambito degli interessi pretensivi¹⁴⁹²: il danno, nel momento in cui si realizza, riguarda non un lucro cessante, ma un danno emergente¹⁴⁹³. Non si può, però, nemmeno cadere nell'estremo opposto: e, quindi, quest'espressione non sta a significare che il danno riguarda il venir meno di una 'possibilità di futuro guadagno' autonomamente tutelata¹⁴⁹⁴, giacché – se così si facesse – si finirebbe per confondere la posizione tutelata, considerata in sé, e ciò che essa tutela (riprendendo il parallelo con il credito: come se si ritenesse che il debitore inadempiente faccia venire meno un bene già facente parte del patrimonio del creditore, così confondendo il credito come diritto dall'oggetto del credito e da ciò che esso tutela).

In altri termini: la *chance*, nell'interesse pretensivo, non è una posta che già appartiene al patrimonio del soggetto leso; si tratta, viceversa, di una mera modalità di (prova e di) quantificazione di un danno emergente¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹² In altri termini: è ben vero che è impedito, in questi casi, un aumento del patrimonio; ma un aumento del patrimonio è ciò che manca pure nei casi di inadempimento del debitore, ove (pure) il giudizio si attegga nei termini della 'spettanza', e non della 'conservazione'.

¹⁴⁹³ *Contra* S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita*, cit., p. 80 (secondo cui, se è vero che il mancato ottenimento della prestazione dovuta è un danno emergente, è pur vero che «il lucro cessante consiste nella mancata percezione di beni o di utilità non dovuti ma liberamente conseguibili con un alto tasso di probabilità, nel presupposto però del rispetto del vincolo obbligatorio»). Tuttavia, a provare il contrario sta (oltre al fatto che la cessione della posizione cui accede l'interesse legittimo risente economicamente della *chance*, per lo meno qualora le parti si accordino su questi profili di aleatorietà: si pensi al caso di vendita di un fondo per cui è stata richiesta un'autorizzazione ad utilizzarlo come discarica) il fatto che, venuta meno la discrezionalità o la libertà della controparte, il mancato conferimento del bene non potrebbe che essere un danno emergente: e, tuttavia, come sappiamo la posizione giuridica non è solo per questo fatto divenuta di diritto soggettivo (nonostante paia tale, quanto a rimedi e – soprattutto – quanto all'ammissibilità di un'azione di 'condanna'). La contraria posizione confonde, se non erro, le *chances* come possibilità di futuro guadagno, che si atteggiano a tali al di fuori di un rapporto di interesse legittimo, e il vero e proprio interesse legittimo, che tutela fin da subito un'aspettativa la quale, per sua natura, non può che essere attuale; esso, inoltre, non protegge semplicemente un soggetto da attività altrui che possono far venire meno i presupposti di un lucro futuro – le quali tra l'altro smetterebbero di essere tali non appena il lucro divenisse certo – ma tutela, seppur solo parzialmente, il bene finale, come ben sappiamo.

¹⁴⁹⁴ Come se si trattasse di un'utilità già facente parte del patrimonio del soggetto leso, al pari di qualsiasi altro bene che viene leso dall'attività illecita. Così non è: la *chance* individua una modalità di calcolo del danno conseguenza, indipendentemente dalla sua qualificazione come danno emergente o lucro cessante.

¹⁴⁹⁵ In realtà, il coefficiente di riduzione dovrebbe applicarsi, oltre che al danno emergente (relativo all'ottenimento del bene finale), anche al lucro cessante (possibilità di guadagno che si sono irrimediabilmente perse). Concordo con A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., p. 324, secondo cui, «contrariamente a quanto fin qui sostenuto da una parte della dottrina, la risarcibilità della *chance* perduta non sta semplicemente nella sua qualificazione di danno emergente o lucro cessante ..., ma nel problema della causalità». E v. pure M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile*, cit., p. 297. Da un altro punto di vista, va rimarcata la differenza della *chance* anche con il concetto di lucro cessante e con quello di danno futuro: tutti questi, infatti, dimorano su piani diversi, che possono

Ciò¹⁴⁹⁶ è possibile perché il risultato finale, pur dimorando nel futuro e in un'area di accertamenti binari (che si deve ritenere preclusa all'interprete), viene anticipato e reso conoscibile da parte del giudice. L'ordinamento non può non permettere quest'operazione: nel momento in cui apre a una visione dinamica del patrimonio (ad esempio consentendo di risarcire il lucro cessante), deve pure ammettere che il giudizio di danno si affidi a criteri probabilistici, là dove la prognosi, oltre a esser complicata da fattori di interferenza che autonomamente avrebbero potuto privare il soggetto leso del bene della vita, non possa svolgersi su un periodo sufficientemente lungo e ampio (come avviene nel lucro cessante: in cui, per l'appunto, v'è un apprezzamento complessivo e non analitico delle probabilità, e al giudice è tra l'altro concesso di far uso di un potere equitativo¹⁴⁹⁷, ai sensi dell'art. 1226 c.c. e 2056, comma 2, c.c.¹⁴⁹⁸).

pure intrecciarsi (ma che non vanno sovrapposti): v., per annotazioni simili, R. PUCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 141 s.

¹⁴⁹⁶ Vorrei allontanarmi, dunque, tanto dalla visione 'ontologica', per cui la *chance* è un bene attualmente presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, tanto da quella 'eziologica', per cui si tratta semplicemente dell'accertamento del nesso di causalità.

¹⁴⁹⁷ Incidentalmente debbo osservare che le due norme differiscono: il 2056, comma 2, c.c. pare identificare non tanto una facoltà del giudice, ove il danno non sia provato nell'ammontare, ma una direttiva di giudizio che sempre lo deve guidare. Sul punto v. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 94 (ma anche ID., voce *Obblighi*, cit., p. 5), secondo cui il lucro cessante avrebbe un trattamento diverso in sede aquiliana, giacché qui la dimensione dinamica del patrimonio avrebbe minor rilievo (seppur non nullo), rispetto a quanto avviene in ottica contrattuale. Vi è però (e a tacer di quanti ritengono che l'art. 2056, comma 2, non dica nulla di nuovo rispetto all'art. 1226: v. G. VISINTINI, *Trattato breve*³, cit., p. 633) anche chi ritiene che la disposizione in parola sia volta ad alleggerire l'onere probatorio del lucro cessante, permettendo al giudice di «accordare il risarcimento del danno patrimoniale nel caso di perdita della concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire incrementi patrimoniali futuri (c.d. danno da perdita di *chance*)» (così D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 393; v. pure F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal 'diritto vivente' al 'diritto vigente'*, Torino, 2001, p. p. 301, per l'idea «secondo cui [ai sensi dell'art. 2056, comma 2, c.c.] quando è riferita al lucro cessante la valutazione equitativa coinvolgerebbe anche l'*an debeatum*», ove diverrebbe dunque «evanescente la distinzione tra l'*an* e il *quantum*»). La prospettiva, tuttavia, non mi pare persuasiva: la *chance*, come vado dicendo, non attiene per forza di cose al lucro cessante, né al solo danno patrimoniale; per di più, l'art. 2056, comma 2, mi sembra dia per scontata l'avvenuta prova dell'*an* del danno-conseguenza, esattamente come l'art. 1226 c.c.

¹⁴⁹⁸ Ci si potrebbe chiedere se il risarcimento del lucro cessante, al di fuori dell'ottica della *chance*, non corrisponda alla sommatoria di una serie notevole di probabilità. Si pensi a un commerciante, che intesse duecento trattative all'anno, il 50% delle quali ha solitamente esito favorevole; ciascuna trattativa rappresenta una *chance* del 50%, ma tutte le trattative rappresentano cento contratti conclusi. In questo caso, in effetto, le probabilità del singolo evento sono compensate da quelle dell'evento successivo, e la legge dei grandi numeri permette di risarcire il lucro cessante senza le difficoltà della *chance*, e anzi sommando le varie singole probabilità. Ma non è sempre così: anzi, il più delle volte questa prospettiva si rivela insoddisfacente, richiedendosi invece una valutazione più generale. Basti pensare al caso dei concorsi: qui, infatti, per quanto ci siano poche probabilità di successo, il candidato potrebbe ripetere la prova (ritardando così l'assunzione del posto, ma comunque ottenendolo). Qui non è tanto la legge dei grandi numeri a dettare le modalità di risarcimento del lucro cessante; viceversa, il giudice dovrà – ad esempio, nel caso in cui un giovane perda ogni possibilità di lavorare – apprezzare quale professione avrebbe probabilmente svolto o comunque che genere di attività (restando in una certa classe) e quantificare su questa valutazione il danno (non dovrebbe, viceversa, calcolare le *chances* di seguire

Ove si ricerchi un addentellato normativo per questa soluzione, non potrà che concludersi nel senso della mancanza di una norma in tal senso: il che però, lungi dal contraddire quanto vado dicendo e dall'imporre l'applicazione delle disposizioni e dei principi in tema di danno emergente e lucro cessante, identifica proprio, e piuttosto, una lacuna ordinamentale¹⁴⁹⁹, che andrà riempita tramite l'interpretazione analogica¹⁵⁰⁰, ricostruendo la norma¹⁵⁰¹ più adatta alla luce dei principi generali¹⁵⁰².

ciascuna via lavorativa, calcolando di ciascuna il valore, giacché, se così facesse, confonderebbe l'unitarietà del risarcimento del lucro cessante con la visione analitica del giudizio relativo alla *chance*).

¹⁴⁹⁹ Sul concetto, vieppiù dibattuto, di lacuna – qui, assiologica –: R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino, 1993, §§ 1 ss.; N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Nov.mo Dig.*, XI, Torino, 1963, p. 419 ss.; M. CORSALE, voce *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, §§ 1 ss.; di recente C. ANGELICI, *Sulle lacune nel diritto delle società*, in *Società*, 2015, p. 1251 ss., ove l'autore sostiene che «è ormai consueto sottolineare che una 'lacuna' può riconoscersi solo quando l'«assenza» di una norma è da ritenere *planwidrige*: quando cioè contraddittoria con le finalità perseguite dall'ordinamento nel disciplinare un dato assetto d'interessi, quello per cui si richiede il giudizio»). Tale lacuna andrà riempita tramite l'interpretazione analogica, ricostruendo la norma più adatta alla luce dei principi generali dell'ordinamento.

¹⁵⁰⁰ Sostiene un'idea simile, ma per superare nel nostro ordinamento il principio di irrilevanza delle concause naturali (che, invece, a mio avviso è assolutamente accettato dall'ordinamento), G. MIOTTO, *Il 'difficile' concorso di cause naturali e cause umane del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, § 5.

¹⁵⁰¹ Né si dica che questo modo di ricostruire la causalità giuridica non rispetta il dato fenomenico: la causalità, infatti, «non è qualcosa di esistente *in rerum natura* che possa formare oggetto di esperienza, bensì costituisce una forma della nostra conoscenza, un modo di intendere, di spiegare determinate realtà» (F. REALMONTE, *Il problema*, cit., p. 97; così pure G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica*, cit., p. 409, richiamando Hume e il Kant della *Kritik der reinen Vernunft*); per di più, va anche tenuto presente che la causalità 'fattuale' è sempre anche 'giuridica', giacché altro non rappresenta che l'individuazione di «rapporti di causalità [senza aggettivi] giuridicamente rilevanti», con le parole di A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴¹, Padova, 2004, p. 904 (v. per queste osservazioni A. BELVEDERE, *Causalità*, cit., p. 7 ss.; v. pure R. PUCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 219). Da un altro punto di vista, va tenuto conto del fatto che lo stesso legislatore si emancipa talvolta dai criteri generali per la determinazione del danno, addirittura discostandosi dalla normale funzione compensativa del rimedio risarcitorio: mi riferisco agli art. 125, d.lgs. 30/2005, e 158, l. 633/1941, su cui v. A. THIENE, *L'immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria*, in *NGCC*, 2011, II, p. 355.

¹⁵⁰² Il che val come dire che l'art. 1226 c.c., che ammette un giudizio equitativo sul *quantum* del danno ove risulti già provato l'*an* (v. L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, cit., p. 730), non può regolare anche le ipotesi in cui la dimostrazione dell'*an* risulti particolarmente complessa, o addirittura impossibile, alla luce di quelle stesse particolarità che inducono il legislatore ad ammettere, negli altri casi, la valutazione equitativa in parola. Non dimora in senso contrario l'art. 1485 c.c., da una parte della dottrina avvicinato alla nostra problematica (v. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 186 e 190): a prescindere da ogni altra considerazione, infatti, basta osservare che si tratta di una norma espressa, dettata per una serie limitata di casi e per questa stessa ragione non estensibile oltre tali confini (tale disposizione, tra l'altro, impone all'interprete di compiere nuovamente un giudizio, oggetto di un diverso processo, e non solo di limitarsi a considerare come 'imponderabile' la decisione di questo, adottando la tecnica della *chance*: il che, però, abbisogna ... proprio di una disposizione che preveda una tale valutazione del giudice, non solo prognostica, ma volta a penetrare tutti i profili della controversia; ne abbisogna, si badi, non tanto per una – inesistente in quest'ordine di idee – preclusione della cosa giudicata, ma per evitare quella dichiarazione di imponderabilità da cui il giudice, in sede di giudizio sul nesso di causalità, non potrebbe esimersi). Non mi sembra lontano dalla mia idea quanto scrive A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances*, cit., p. 324 s., secondo cui la perdita di *chances* «descrive solo una sequenza causale»: «dimostrata la colpa

Non è tutto: v'è infatti da avvertire che la possibilità di lasciar presiedere il giudizio sul danno conseguenza a questa proiezione probabilistica non è solo facoltativo, ma addirittura necessario là dove sia anche possibile. A ben vedere, infatti, ciò che può essere richiesto, in sede risarcitoria, come *chance* non può essere risarcito in altro modo (ossia, per l'intero).

Mi spiego: se è vero che, solitamente, la prova del nesso di causalità in diritto privato è affidata a criteri probabilistici, di certezza relativa¹⁵⁰³, tali per cui un'elevatissima probabilità consente per certo di ritenere dimostrato il danno per l'intero, lo stesso non può avvenire ove sia lesa una *chance* (*rectius*: ove sia lesa una posizione giuridica, da tutelarsi in sede risarcitoria tramite la tecnica della *chance* alla luce dell'ottica binaria in cui si colloca). Si applicherà comunque lo stesso ragionamento, ma lo si dovrà fare (e non si potrà non farlo) con riferimento alla probabilità del bene¹⁵⁰⁴, e non al bene intero¹⁵⁰⁵. Da ciò consegue, ad esempio¹⁵⁰⁶, che

del soggetto agente e quindi l'*an* della responsabilità, si tratta di determinare il *quantum* del risarcimento» (non concordo, però, sull'inserimento della colpa nella responsabilità contrattuale; inoltre, più che di determinazione del *quantum*, parlerei di questione relativa al nesso di causalità giuridica, che la tecnica della *chance* permette di risolvere in modo peculiare, con inevitabili riflessi sul *quantum*; registro, infine, il dissenso della decisione n. 4400/2004 della Cassazione rispetto alle parole della Princigalli: «la ricostruzione più convincente, sulla quale si allinea la giurisprudenza dominante in materia di lavoro ..., dissocia invece il danno come perdita della possibilità dal danno per mancata realizzazione del risultato finale, introducendo così una distinta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, la possibilità del risultato appunto»).

¹⁵⁰³ Oggi la giurisprudenza è ferma nel ritenere applicabile il principio di probabilità logica e il criterio del 'più probabile che non', differente rispetto al parametro penalistico che si appunta sul superamento del ragionevole dubbio (e tanto con riferimento alla causalità materiale, quanto a quella giuridica). Riprendo il tema *infra*.

¹⁵⁰⁴ Cfr. M. BONA, *La Cassazione*, cit., *passim*. V. pure Cass. civ., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255 (la solita decisione Cir-Fininvest).

¹⁵⁰⁵ Un'indicazione in tal senso anche nell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990: «il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». La prova, qui, non attiene al fatto che con probabilità maggiore del 50% il provvedimento avrebbe avuto quel tenore; viceversa, essa si riferisce al fatto che è 'più probabile che non' la circostanza che, al 100%, il provvedimento avrebbe dovuto avere quel tenore.

¹⁵⁰⁶ Questo corollario e gli altri che si possono trarre dalle mie affermazioni superano a mio avviso le perplessità avvertite da parte della dottrina nei confronti della *chance* (v. le conclusioni di R. PUCCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno resp.*, 2008, p. 58 ss., e pure ID., *La causalità 'incerta'*, cit., p. 87 ss. e 91 ss.), e condivise anche dalla letteratura straniera (v. R.W. WRIGHT, *Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof*, *Loy. L.A. L. Rev.*, 2008, 41, p. 1319 ss.), relative soprattutto al rischio che la tutela della *chance*, specie in ambito sanitario (su cui v. *infra*), costituisca null'altro che un *escamotage* per aggirare la rigida prova del nesso di causalità, finendo per condurre «i giudici a ritenere sufficienti valutazioni probatorie meno stringenti» (così L. NOCCO, *Il 'sincretismo causale'*, cit., p. 159) o a «mascherare decisioni sostanzialmente equitative» (M. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento*, cit., p. 15). Non basterebbe, viceversa, addurre il fatto che il principio del 'più probabile che non' si recupera anche nell'ottica della *chance* (così M. BONA, *La Cassazione*, cit., *passim*): il vizio di questa confutazione sta nel replicare spostando l'oggetto del discorso. Come scrivo nel testo, è invece necessario ipotizzare che la legge, nel valutare il nesso di causalità giuridica, adotti non più la tecnica della valutazione delle conseguenze immediate e dirette, ma una totalmente diversa, che è quella

una probabilità del 90% non consente di ritenere risarcibile l'intero: ed ecco che la *chance*, da strumento a favore del danneggiato, si trasforma in istituto che assiste il danneggiante, il quale potrà richiamare il suo margine di discrezionalità per ridurre il *quantum debeat*¹⁵⁰⁷; allo stesso modo, un risarcimento non sarà escluso nemmeno ove finisca per essere ridotto o addirittura risibile¹⁵⁰⁸. Solo là dove le probabilità si avvicinino a 100 o all'opposto a 0 l'interprete dovrà procedere a un 'taglio delle ali', per evitare di accordare un risarcimento o all'opposto ridurre un risarcimento, applicando dunque la logica della *chance*, in situazioni in cui l'incertezza è determinata da elementi del tutto aleatori¹⁵⁰⁹. In tutti gli altri casi, a mio avviso, dovrà operarsi una decurtazione del valore delle utilità perse in ragione del coefficiente di probabilità.

probabilistica, esautorando nelle rispettive ipotesi il diverso metodo di apprezzamento del nesso causale (diversamente da come avviene oggi in giurisprudenza: cfr. per tutti L. NOCCO, *Il 'sincretismo causale'*, cit., p. 161).

¹⁵⁰⁷ V., tra le altre, la già menzionata (e per altre ragioni) sentenza di Cassazione n. 975/2009, nonché la più recente 21619/2011, ove si legge: si deve optare, «nelle situazioni caratterizzate dal 'più probabile che non', ma anche da una non eliminabile porzione di incertezza, per una applicazione generalizzata degli esiti della tecnica risarcitoria della *chance* e quindi nel senso di distribuire il peso del danno tra le parti in misura proporzionale all'apporto causale della colpa e dei fattori di rischio presenti nel paziente» (se bene intendo, ciò vorrebbe dire – proprio secondo quanto scrivevo – che, allorché si può applicare la tecnica della *chance*, lo si deve anche fare). *Contra* L. NOCCO, *Causalità*, cit., p. 1239 ss. Infatti, ID., *Il 'sincretismo causale'*, cit., p. 164 s., ritiene (parla sempre in tema di responsabilità medica) che la contraria opinione giunga a esiti 'paradossali', seppur coerenti: a me non sembrano assolutamente paradossali; è la legge (*rectius* il sistema ricostruito tramite il ricorso all'analogia) che sceglie un diverso metodo di conteggio del danno conseguenza in ipotesi in cui l'usuale valutazione non consentirebbe di apprezzare *chances* scarse (e, come aiuta il danneggiato in quest'ipotesi, lo penalizza in quelle opposte), lasciando privo di risarcimento un soggetto che non può vedere compiuto un processo causale (già iniziato) proprio in ragione della condotta lesiva altrui. L'opinione in esame, ove si combinasse con quell'orientamento che richiede almeno il 50% di possibilità perché la *chance* sia risarcibile (M. BOCCHIOLA, *Perdita*, cit., p. 101) finirebbe però per ... eliminare il risarcimento per perdita di *chance* (cfr. *ivi*, p. 171, nt. 166).

¹⁵⁰⁸ V. Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195; cfr. pure la nota di M. BONA, *Causalità*, cit., p. 1080 ss. V. pure R. PUCCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 120 ss.

¹⁵⁰⁹ I quali, più che dipendere dagli elementi connessi al processo causale in cui s'inserisce l'evento lesivo, attengono a errori di approssimazione, se non a fattori ulteriori ed eccezionali (Tizio ha l'1% di possibilità che la sua domanda di autorizzazione venga accolta: dove quell'1% si riferirà, magari, a una stravaganza del responsabile del procedimento o a una sua dimenticanza, quando non addirittura a un suo illecito, rispetto ai quali l'ordinamento si dovrebbe mantenere estraneo). Codesta soluzione è, dal punto di vista pratico, accettata da L. LOCATELLI, *Le chance di risarcibilità delle chance perdute*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 916 s. (ma v. già ID., *Le differenti vesti della chance perduta e i suoi criteri di risarcibilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2371 ss.) ed è conosciuta nel diritto europeo (cfr. I. GILEAD-M.D. GREEN-B.A. KOCH, *General Report*, cit., p. 7, che si pongono la questione «whether proportional liability should be applied at the ends of the distribution of probabilities, i.e., when the probability is quite low or exceedingly high»), oltre che presso la dottrina italiana (v. L. NOCCO, *Il 'sincretismo causale'*, cit., p. 165 s., ove anche ulteriori citazioni; R. PUCCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 105, pur in un'ottica di complessiva revisione del concetto di *chances*, si spinge perfino oltre, ritenendo che «l'effetto negativo della perdita di *chances* appare necessariamente relativo e come tale sottratto a criteri di mera proporzionalità tra *chance* perduta e danno finale»: in altri termini «colui che ha perduto, ad esempio, 30% di probabilità di successo, passando dal 70% al 40%, ha verosimilmente subito un pregiudizio inferiore rispetto a colui che, pur prendendo sempre il 30% di probabilità, ha tuttavia visto scemare le proprie *chances* dal 40% al 10%»). Lo stesso

Potrà poi accadere che non sia la controparte a ledere l'interesse pretensivo, ma un terzo: il quale, ad esempio, impedisca al soggetto tutelato di partecipare a un concorso o si aggiudichi una gara d'appalto tramite mezzi scorretti e così via dicendo.

In queste ipotesi, a ben vedere, il risarcimento aquiliano non può essere negato, giacché una posizione lesa vi è: ed è proprio l'interesse legittimo pretensivo¹⁵¹⁰.

Passiamo a considerare l'interesse protettivo: qui, certamente, la considerazione in termini di *chance* avviene per agevolare il danneggiante, ed evitare un risarcimento smisurato.

Non vi è dubbio alcuno che si tratti di un danno emergente¹⁵¹¹, rispetto a cui la *chance* funziona solo da agente moderatore, nei termini che ho già detto. Anche qui, però, non può ritenersi di essere di fronte a un bene già acquisito al patrimonio: esso non è di certo la 'probabilità' in sé considerata, che funziona sola nell'ottica del giudizio risarcitorio, per sovvenire ad alcune peculiarità del caso concreto (e, in particolare, per fornire il mezzo attraverso cui compiere un giudizio ipotetico su un'astratta riedizione del potere).

Restano fuori da quanto detto tutti i casi in cui la perdita di una *chance* non avviene a causa della lesione, anche da parte di un terzo, di un interesse legittimo.

Le ipotesi sono, a dire il vero, frequenti: proprio qui si situano i casi del soggetto che, non messo in condizione di allenarsi o gareggiare dal proprio datore di lavoro,

varrà anche, e soprattutto, nelle diverse ipotesi di interventi medici routinari, che non dovrebbero comportare rischi per salute (o di mancata guarigione). D'altronde, si può giustificare anche altrimenti quest'esito: in tali casi un eventuale danno alla salute non deriva normalmente da un processo causale già in atto (la malattia, su cui interviene l'omissione del medico), per cui mancherebbero già i presupposti per risarcire in termini di *chance*. Perché questo, invece, sia possibile si dovrà fornire la prova che, nel caso di specie, l'intervento non era a 'rischio (di fatto) zero' (senza esserlo diventato proprio a causa di una omissione del medico). Ciò che potrà dare l'impressione che il risarcimento dell'intero degradi in risarcimento della *chance* di fronte a un nesso causale più tenue (di «scala discendente» parla la decisione n. 21619/2007 della Cassazione): ma, per l'appunto, solo di impressione si tratta (M. BONA, *La Cassazione*, cit., p. 1679 ss., insiste sul fatto che la dottrina della *chance* non si risolve in uno svuotamento del nesso di causa; a mio avviso, però, per ammetterlo bisogna anche compiere il passo ulteriore che ho descritto, ritenendo che in certi casi non tanto il danneggiato abbia a disposizione due beni o due modalità di valutazione del danno da far valere, ma piuttosto che gli si applichi una diversa modalità di apprezzamento e quantificazione del danno conseguenza).

¹⁵¹⁰ Più complesso, semmai, sarà comprendere quando la condotta possa dirsi lesiva dell'interesse legittimo: ma non posso soffermarmi su questo profilo, su cui ho già svolto taluni, necessariamente contenuti, cenni, qualificando la posizione verso il terzo quale interesse legittimo protettivo. Esempio eclatante viene, a mio avviso, dal caso Cir-Fininvest (che solo in primo grado è stato risolto, però, secondo la tecnica della *chances*: v. B. TASSONE, *L'azione di responsabilità*, cit., p. 609 ss., e C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno*, cit., § 3). Rinvio a tutto quanto ho già scritto in precedenza (specialmente nel § 5 dello scorso Capitolo). Il giudizio in termini di *chances* è a mio avviso non sostituibile, nemmeno evidenziando che il Collegio di sicuro avrebbe deciso in senso opposto; semmai, sarebbe stato ammissibile un calcolo del risarcimento nei termini di una probabilità elevatissima e, addirittura, di fatto pari al 100%.

¹⁵¹¹ Anche qui, però, a ben vedere, il coefficiente di riduzione non dovrà applicarsi solo al vero e proprio danno emergente (bene già facente parte del patrimonio del soggetto leso), ma anche al lucro cessante (possibilità di guadagno che si sono irrimediabilmente perse).

perde la possibilità di divenire un importante pilota automobilistico (in questo caso è l'inadempimento che causa il danno¹⁵¹²); quelli del soggetto che, a causa di una lesione fisica, non può partecipare a un concorso di bellezza¹⁵¹³.

Nel primo caso, il giudizio di ingiustizia a mio avviso, attenendo all'inadempimento, rende risarcibile il danno da perdita di *chance*: che altro non è – ripeto – che una modalità di calcolo, qui del lucro cessante. D'altro canto, nei casi di professioni che richiedono non solo una particolare qualificazione, ma anche un talento fuori dal comune (automobilista, ballerina, e si potrebbe aggiungere: calciatore, sportivo in genere, e così via), tanto che l'aumento di guadagno, rispetto all'aumento di categoria, non è proporzionale ma esponenziale, il lucro cessante non può che configurarsi come *chance*.

In altri termini: solitamente, nel lucro cessante la vastità dell'orizzonte temporale (e non solo) permette di far sì che si appianino le asperità del giudizio binario. Viceversa, nelle professioni in cui i risultati positivi permettono di incrementare il reddito in modo esponenziale (e non solo proporzionale), ritorna l'ottica della *chance*. I più bravi dieci pianista al mondo, infatti, non guadagnano il doppio dei novanta successivi, ma dieci volte tanto (invento questi numeri, che, però, non credo si distacchino molto dal reale). Essere tra i dieci più bravi, effettivamente, richiede non solo talento, ma anche quella dose di fortuna ('trovarsi nel momento giusto al posto giusto') che afferisce all'imponderabile; e, però, risarcire il danno da perdita della carriera come 'decimo pianista al mondo' o come 'undicesimo' porterebbe a risultati iniqui. Tanto più nei casi in cui il divario in parola si amplia: e, quindi, si danno poche persone cui il successo arride, e molte altre che, pur essendo poco meno talentuose (o semplicemente più sfortunate), non godono di fama o popolarità.

Nell'altro caso in esame, la prospettiva è quella della responsabilità extracontrattuale. In tal caso il danno resta, a mio avviso, risarcibile, in tanto in quanto se ne rinvenga altrove l'ingiustizia (ad esempio, in una lesione corporale)¹⁵¹⁴. Più

¹⁵¹² Per lo meno secondo la tesi per cui vi sarebbe un diritto ad adempiere. Altrimenti sarebbe la lesione del solito interesse legittimo protettivo.

¹⁵¹³ V. all'inizio del paragrafo.

¹⁵¹⁴ Cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², II, cit., p. 88, sostiene espressamente che la *chance* non rientra nell'area del danno ingiusto ma in quella del danno patrimoniale risarcibile. La prospettiva che seguo, riducendo la *chance* a modalità di verifica e di calcolo del danno conseguenza, dovrebbe indicare la sicura risarcibilità dei pregiudizi in parola. Ma a diverso risultato non porta nemmeno, a mio avviso, l'idea di quanti vi ravvisano un vero e proprio bene. A tal proposito, va però ricordata l'opinione di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 545, nt. 212, nonché ID., *Del non risarcibile aquiliano*, cit., p. 325 s., e ID., *Vaga culpa*, cit., p. 32 s., secondo cui la *chance*, ricondotta a bene patrimoniale, dovrebbe essere oggetto di un giudizio in termini di ingiustizia ex art. 2043 c.c., che la avvolgesse direttamente: ciò che non sarebbe però ipotizzabile, in quanto la *chance*, se anche fosse considerata 'bene', non sarebbe 'bene autonomamente risarcibile' (dal che deriverebbe la risarcibilità del danno da perdita di *chance* solo in ambiente contrattuale). Il problema suscita però notevoli interrogativi: se è vero che la *chance* talvolta è l'unico bene leso, spesso avviene però che, anche in sede di responsabilità extracontrattuale la *chance* non sia altro che una lesione ulteriore rispetto a quella che dà luogo al giudizio

complesso sarà comprendere se il danno in parola sia conseguenza immediata e diretta o meno, e se sia prevedibile ai sensi dell'art. 1225 c.c. (ove se ne estenda l'applicazione alla responsabilità *ex art.* 2043 c.c.): ma questo, qui, non interessa.

Particolarmente interessante, però, è notare come la mancata partecipazione a un concorso, una volta risarcita in termini di *chance*, non possa riemergere – a pena di una duplicazione inammissibile – quale (normale) lucro cessante. Il rischio vi è, a dispetto delle apparenze, giacché potrebbe risultare che un soggetto chieda non solo il risarcimento per la *chance* persa, ma anche il lucro cessante derivante dalla carriera non intrapresa: basti immaginare il caso in cui Tizia, già attrice professionista, sfregiata in volto, chieda di essere compensata delle perdite causate dalla mancata partecipazione a un provino che avrebbe potuto farle ottenere una partecipazione in un importante film, nonché il lucro cessante per la carriera rovinata. Ovvio, infatti, che nella carriera, intesa quale lucro cessante, vi è anche il provino di cui si è detto: per cui, ove Tizia chieda entrambe le voci di danno, dal lucro cessante dovrà essere sottratto quanto già risarcito, sempre a titolo di lucro cessante, ma tramite la tecnica risarcitoria della *chance*.

Da questa osservazione si trae una riprova della tesi sostenuta: ossia che la *chance* non sia bene a sé, ma modalità di calcolo del danno. Se così non fosse, infatti, non si potrebbe sottrarre la posta corrispondente da quella dovuta in virtù del generico lucro cessante: non potendosi, come si suol dire, mischiare le mele con le pere¹⁵¹⁵.

di ingiustizia. Emerge qui, allora, il dubbio se la lesione di più interessi differenti (tutti protetti *ex art.* 2043 c.c.) richieda, per ciascuno dei medesimi, una fattispecie aquiliana o per lo meno l'indicazione di un diverso danno-evento (e la ricerca autonoma degli altri elementi relativi alla responsabilità aquiliana). Così mi pare avvenga nel caso di pregiudizio alla salute che si traduce in pregiudizio alla vita (ma qui si tratta di interessi situati su di una stessa linea), mentre non dovrebbe essere così ove una condotta leda un solo interesse, e un fattore causale (normale) successivo si limiti a rendere più grave la lesione (anziché diffonderla anche verso un altro bene; v. però la diversa opinione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 583). Ma, nel caso della *chance*, si è già escluso che essa assurga a interesse tutelato *ex art.* 2043 c.c.: per cui dovrebbe ammettersi che il giudizio di ingiustizia, relativo a un interesse a monte, possa diffondersi direttamente sulla *chance*, la quale verrebbe risarcita a titolo di danno emergente o lucro cessante (parlo sempre in un'ottica – da me, ripeto, non condivisa – che fa della 'probabilità' un vero e proprio valore, e non solo una modalità di calcolo di altri valori – di valutazione del nesso di causalità e in generale del danno conseguenza –, come invece mi pare preferibile). In effetti, parte della dottrina (che ipostatizza la *chance*) ritiene che, ammessa l'esistenza di un danno ingiusto, la lesione della *chance* rilevi solo a livello di danno conseguenza, non dovendo essere avvinta essa stessa da un autonomo giudizio di anti-giuridicità (cfr. M. BOCCHIOLA, *Perdita*, cit., p. 69: «l'ingiustizia', qualunque sia il valore che ad essa si vuole attribuire, non è per nulla richiesta come qualificante gli ulteriori danni derivanti dalla 'lesione base'»). A tal riguardo, però, va menzionata l'opinione di S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita*, cit., p. 76, secondo il quale la *chance* non sarebbe risarcibile a titolo di lucro cessante in via extracontrattuale, difettando di un 'presupposto specifico'. Il che trova riscontro nell'ottica castronoviana di interpretazione dell'art. 2056 c.c. che ho poc'anzi menzionato; anche se, a mio avviso, non è detto che ciò escluda radicalmente il risarcimento della *chance* in via extracontrattuale (tendendo semmai a diminuirlo). Per di più, non è a mio avviso vero che la *chance* attiene sempre solo al lucro cessante, come ho cercato di spiegare (anche se in ottica extracontrattuale, per essere risarcibile, è normale che debba consistere in un lucro cessante: v. oltre nel testo).

¹⁵¹⁵ Non è un caso se la Cassazione, con l'importante decisione 4400/2004, aderendo a principi opposti finisce per statuire che «nell'ambito della responsabilità dei medici, per prestazione errata o mancante, cui è conseguito il danno del mancato raggiungimento del risultato sperato, se è stato

Ipotesi che si atteggia come caso a sé, giacché attiene al danno non patrimoniale, è quella, rilevante in caso di responsabilità medica, di lesione della *chance* di sopravvivenza (o di guarigione)¹⁵¹⁶. La giurisprudenza ne ha fatto spesso uso per venire incontro ai pazienti (o ai loro eredi), ogni qual volta questi non fossero riusciti a dimostrare, con il grado di probabilità necessario¹⁵¹⁷, che il corretto intervento del sanitario avrebbe permesso la guarigione o comunque la permanenza in vita.

A mio avviso, e pur senza potermi addentrare in questa problematica spinosa, nei casi in esame la *chance* gioca davvero ruoli ben diversi, a seconda del tipo di responsabilità che emerge. In una responsabilità contrattuale vera e propria (lasciando da perdere, per ora, il caso di ‘contatto sociale’ – a mio avviso di interesse legittimo pretensivo negativo o positivo –), essa favorisce la prova del nesso di causalità giuridica: dandosi per allegata o addirittura provata, secondo le note regole¹⁵¹⁸, l’esistenza dell’ingiustizia, che è qui *in re ipsa* nell’adempimento inesatto (o che addirittura non rileva), il creditore è onerato di provare il danno che sia conseguenza immediata e diretta.

Orbene, in queste circostanze emerge la *chance*, che anzi toglie il campo a ogni diverso giudizio causalistico, tutte le volte che il giudizio controfattuale riguardi eventi i quali, oltre a concentrarsi in un *an* (la sopravvivenza, che c’è o non c’è; la guarigione, in tanto in quanto sia vista come partecipe di un sistema binario e non come una graduazione tra più stati fisici), presentano un elevato grado di incertezza per il

richiesto solo questo danno, non può il giudice esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di *chances*, che il creditore della prestazione sanitaria aveva, neppure intendendo questa domanda come un *minus* rispetto a quella proposta, costituendo, invece domande diverse, non ricomprese l’una nell’altra». V. però Cass. civ., Sez. III, 14 giugno 2011, n. 12961: «può superarsi la tesi secondo cui esito positivo probabile e possibilità di tale esito costituiscono oggetto di pretese risarcitorie diverse ed accedere ad un risultato per cui probabilità di esito favorevole dell’intervento medico e la sua sola possibilità non siano che gradazioni di una stessa affermazione di pregiudizio, risentito a causa dell’omissione colposa del comportamento dovuto».

¹⁵¹⁶ Ben nota, in particolare, alla giurisprudenza francese. V. soprattutto, sul punto, la sentenza n. 4400/2004, già citata, secondo cui (le parole seguono subito dopo l’adesione ai principi della sentenza Franzese, per distanziarsene con riferimento al danno da perdita di *chance*, che nel diritto penale ovviamente non è conosciuto) «in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza (che integra l’inadempimento della prestazione sanitaria) aggrava la possibilità che l’esito negativo si produca. Non è possibile affermare che l’evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle *chances*, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta (segnatamente se si era portato in ambiente ospedaliero)». V. anche l’altrettanto nota decisione n. 21619/2007, pure questa già menzionata, a mente della quale, a lato della «causalità civile ‘ordinaria’», che seguirebbe il criterio del ‘più probabile che non’, starebbe «la causalità da perdita di *chance*, attestata *tout court* sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, inteso tale aspettativa (la guarigione da parte del paziente) come ‘bene’, come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute».

¹⁵¹⁷ Ossia, ripeto, secondo il criterio del ‘più probabile che non’.

¹⁵¹⁸ Quelle di cui ho detto nel § 5 del Capito primo della Parte Prima.

cumularsi di fattori d'interferenza di difficile percezione per il giudice, afferenti a un processo causale già in atto e non ancora compiutosi, sul quale si inserisce direttamente la condotta del danneggiante.

In queste circostanze, poi, si comprende bene perché il giudizio sulla *chance* rilevi come modello di calcolo. Infatti, la riduzione, in base al coefficiente di probabilità, dovrà qui riguardare tanto il danno emergente (bene vita o bene salute), quanto il lucro cessante (ad esempio: redditi da lavoro futuri)¹⁵¹⁹. V'è poi da precisare che la *chance* non ha nulla a che fare col problema invece dell'imputazione della causa ignota di impossibilità sopravvenuta (al creditore o al debitore), o con quello di un inadempimento di cui è difficile stabilire l'influenza causale nei confronti della mancata guarigione¹⁵²⁰ (nel senso che sia difficile provare se essa discende dall'inadempimento o da altri fattori sopravvenuti).

Ove si passi, però, dal sistema contrattuale a quello extracontrattuale, il discorso si fa più complesso: qui, in effetti, la lesione della *chance* diverrebbe lo stesso danno evento, venendo ontologizzata a interesse protetto, in concreto leso¹⁵²¹. Tuttavia, ciò

¹⁵¹⁹ Che ne è dei casi in cui l'intervento errato non causa la morte, ma semplicemente non permette una piena guarigione, cui però – anche ad intervento effettuato correttamente – non corrispondeva il 100% di probabilità, ma una cifra minore? Il fatto è che la salute, a differenza della vita, è un *continuum*; e, dunque, potrebbe darsi che un corretto intervento avrebbe assicurato un 20% di possibilità di guarire completamente, un 60% di guarire parzialmente, un 20% di non guarire. Il giudice, allora, potrebbe decidere di risarcire semplicemente la mancata guarigione parziale, intesa come evento che, sulla base di un giudizio controfattuale, appare 'più probabile che non'. Tuttavia, questo ragionamento tradirebbe un'altra logica: qui, in realtà, si deve risarcire ciascuna probabilità in modo autonomo, sommando poi le varie voci; si tratta, cioè, di costruire una curva cartesiana delle probabilità e calcolarne l'integrale matematico, così quantificando il danno nel suo complesso. In questa sede, allora, mi pare trovi spazio adeguato anche il risarcimento per danno iatrogeno incrementativo.

¹⁵²⁰ M. BOCCHIOLA, *Perdita*, cit., p. 88 s.

¹⁵²¹ Il che, da un lato, andrebbe contro i noti principi dell'irrisarcibilità dei meri interessi, cui va – come già ho detto – prestata adesione; dall'altro, cozzerebbe con l'orientamento che vuole soggetto alla regola del sì-no il giudizio sul nesso di causalità materiale, non ammettendosi in tal sede alcuna risposta dubitativa (cfr. la già menzionata decisione della Cassazione n. 15991/2011). Resta il fatto che, ammesso il concorso tra responsabilità, il danneggiato potrà chiedere il risarcimento anche a titolo aquiliano del bene salute, ove possa dare la prova certa (*rectius*: 'più probabile che non') che, in assenza dell'illecito omissivo del medico, sarebbe guarito. Questo perché in tale sede non dovrà sopportare la riduzione in virtù del coefficiente probabilistico della somma assegnatagli a titolo di risarcimento. Salvo non ritenere che, in siffatti casi (caratterizzati dall'immediata interferenza di un autonomo processo causale, rispetto al quale per l'appunto l'attività lesiva interagisce direttamente), il bene salute non sia mai di per sé tutelato nemmeno in prospettiva extracontrattuale, degradando automaticamente in *chance* di guarigione (meglio: potendosi ravvisare un nesso di causalità materiale solo con la lesione della *chance*), e venendo protetto o in ottica contrattuale, o tutt'al più in sede penale (ma, a voler seguire quest'idea, rimarrebbero problematici quei casi di illeciti omissivi compiuti da soggetti che, pur rivestendo una posizione di garanzia, non si trovano in un rapporto contrattuale: per cui è forse preferibile l'altra opinione, che evita anche le confusioni che potrebbe lasciar emergere la diversa idea, la quale sembrerebbe recuperare un concetto [anche] ontologico della *chance*; d'altro canto, essa pone alcuni problemi per il caso di concorso di responsabilità della casa di cura e del medico, se ricondotti l'una a un rapporto contrattuale, l'altra a un illecito extracontrattuale: ma, a risolvere questi dubbi, basta la notazione per cui, stando alla premessa da cui sono partito, chi risponde a titolo contrattuale è tenuto anche a titolo aquiliano). Nulla hanno a che vedere i casi in cui una condotta extracontrattuale di un soggetto abbia sicuramente leso un bene, la

cui distruzione però sarebbe potuta avvenire anche per cause autonome (il bene, ad esempio, aveva solo un 20% di possibilità di restare integro, per via di ragioni a sé stanti: naturali – la malattia di una pianta – o giuridiche – il possibile esercizio, legittimo, di un potere ablatorio amministrativo –): in tal caso, non essendovi alcuna interazione tra i due processi causali, bisognerà comunque provare il nesso di causalità tra condotta ed evento (dove riemergerà la scarsa probabilità del bene di rimanere integro? tutt'al più in sede di danno emergente, come minor valore del bene stesso; forse anche in sede di lucro cessante, eventualmente tramite la tecnica risarcitoria delle *chance* – inapplicabile al danno emergente qui: ove non vi è dubbio che sia stato l'atto illecito sanzionato a ledere il bene in questione –, che dunque riemergerebbe – come sempre, solo in sede di danno conseguenza – ove si dessero gli altri suoi soliti presupposti di applicabilità; diversamente avviene ove l'interazione dell'atto illecito con il processo causale vi è, come quando è la stessa p.a., titolare del potere, a emettere illegittimamente il provvedimento ablatorio). Nulla hanno – inoltre – a che fare i casi in cui un solo evento sia stato prodotto dal cumularsi di più concause, tutte necessarie alla sua produzione (problema che tocca quello delle preesistenze: basti pensare al famoso caso dell'emofiliaco che, a causa di una piccolissima ferita, cagionata da un malvivente, muore; a queste fattispecie dovrebbero essere assimilate quelle in cui più cause, tutte idonee a cagionare l'evento, si affermano contemporaneamente e in modo assolutamente contestuale producono l'evento stesso: sono i casi di causalità addizionale, su cui v. tra tutti P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 5 ss., e F. REALMONTE, *Il problema*, cit., p. 124 ss., da non confondere con la causalità alternativa ipotetica – casistiche tutte elaborate per confutare, ma senza successo, l'idea della causalità basata sulla condizione *sine qua non*: v. A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, p. 370; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, p. 149; F. STELLA, voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 5 –); questa ipotesi è diversa, o per lo meno è trattata diversamente nel nostro ordinamento, rispetto a quella in cui non si può stabilire quale causa concorrente abbia in concreto cagionato l'evento (perché, in astratto, ognuna sarebbe stata sufficiente), di talché a ciascuna causa può essere attribuita solo una percentuale di probabilità (un tumore può essere stato cagionato tanto da una esposizione all'amianto, quanto da altre ragioni; un paziente presenta un problema, trascurato dai sanitari, ai vasi, tale per cui l'intervento non ha esito positivo, ma il medico prova che, anche ove ci fosse stata contezza della patologia, vi erano molte probabilità che l'operazione fallisse o che comunque la patologia portasse il paziente alla morte indipendentemente dalla sua opera; cfr. R. PUCCELLA, *Concorso*, cit., p. 191 ss., e A. GNANI, *Causa umana*, cit., § 3). Diversa, dicevo, ma in realtà solo parzialmente: può accadere che la causa concorrente sia, in termini dubitativi, per una certa percentuale di probabilità la sola ad aver cagionato l'evento, e che per la restante percentuale l'abbia prodotto in concorso con un'altra (di talché l'evento è stato più grave proprio a causa del concorso: A. GNANI, sub *art. 2055 c.c.*, cit., p. 183; casi estremi sono quelli, di nuovo, dell'emofiliaco ferito o comunque quelli di cui alla *thin skull rule* o *eggshell rule*) o, in taluni casi, in «sovrapposizione» con quest'ultima (giacché anche la sola altra causa concorrente non si limita ad avere una parziale efficacia causale sull'evento finale, ma lede già in parte il bene – di norma, la salute –: l'espressione è di S. GATTI, *Concorso*, cit., § 4; il riferimento va soprattutto a quelle patologie male curate che già hanno dimidiato in parte la salute o che comunque, anche in presenza di un intervento perfetto, l'avrebbero pregiudicata). L'obliterazione della differenza tra le due ipotesi (che, pur così ridotta, permane) è alla base dell'orientamento giurisprudenziale – la sentenza 975/2009 – che ha proposto una valutazione del nesso di causalità per così dire proporzionale-equitativo (lo nota M. BONA, *La Cassazione*, cit., p. 1679 ss.; in giurisprudenza, v. anche Trib. Terni, 2 luglio 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 895 ss., e in particolare il punto 5). In ogni caso, quest'ultima problematica (quella relativa alla seconda ipotesi) tocca da molto più vicino il tema della *chance*, allontanandosene soltanto in tanto in quanto attiene al nesso di causalità materiale e non a quello di causalità giuridica, e perché non presuppone necessariamente un previo processo causale su cui si inserisce l'azione o l'omissione (così avviene, in effetti, solo nel secondo esempio, e non nel primo, dei due poc'anzi esposti; il secondo, per di più, coincide nei tratti essenziali con il caso analizzato dalla Cassazione nella decisione 975/2009, che – forse – avrebbe potuto essere risolto, più che con l'apporzionamento del nesso di causalità materiale, tramite la logica della *chance*, tanto più che trattavasi di responsabilità contrattuale o comunque da contatto, in cui il danno evento risultava già concretato dalla condotta inadempimento: salvo, però, non si voglia ritenere che, in quel caso, la patologia non concretava un processo causale su cui il medico si era inserito, ma una concausa naturale – *rectius*: una potenzialmente unica causa naturale – dell'evento infausto, ascritto a titolo di lesione di un obbligo di protezione [atteggiatosi a obbligazione di risultato: ma, come ho detto a suo

non può darsi: la *chance* non è un interesse protetto¹⁵²², ma solo una modalità di calcolo concreto dei danni conseguenza emergenti da un certo danno evento (già provato)¹⁵²³. Qui, dunque, la perdita di *chance* non è mai autonomamente risarcibile¹⁵²⁴.

tempo, proprio a questo punto non mi pare possibile prestare adesione]; quest'ultima ricostruzione, però, calzerebbe di più per ipotesi in cui la morte fosse avvenuta all'esito di un processo indipendente, e non proprio di quello su cui interveniva la prestazione di cura del medico [così, mi parrebbe accettabile nel caso di un'operazione di chirurgia estetica, che si concluda con la morte del paziente, e non si riesca a provare se ciò sia derivato da un errore del sanitario, già attestato con sicurezza, o da fattori naturali preesistenti e indipendenti, che non abbiano però dato la stura a un processo causale sul quale si è inserito l'errore, altrimenti si tornerebbe alla fattispecie principale]). Ovvio, tuttavia, che dilatando il concetto di 'previo processo causale' si aumenterebbe anche l'ambito di applicazione della *chance*: l'omissione del datore che non evita il contatto del lavoratore con l'amianto può essere causa (più probabile che non' secondo criteri logici e razionali e non solo statistici: ossia, adeguando le percentuali astratte date dalla singola legge di copertura al caso di specie; cfr. G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 694 ss., in nota a Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576 – ma v. anche le n. da 577 a 585 –, M. BONA, *La Cassazione*, cit., p. 1679 ss., nonché già ID., *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 384 ss., e per il diverso criterio penalistico la famosissima sentenza Franzese, ossia Cass. pen., Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, oltre a F. STELLA, *Giustizia e modernità*³, Milano, 2003; dello stesso autore v., ovviamente, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*², Milano, 2000) di un tumore, ma può anche far venire meno le *chances* di non ammalarsi di tumore nell'ambito del processo causale 'vita' privo dell'omissione in parola. Tuttavia, mi sembra preferibile non allargare le maglie di questo concetto, lasciando che denoti solo le serie causali specificamente definite e individuate (come il decorso fisiologico di una malattia e della sua cura). Solo così, infatti, può evitarsi quella eccessiva discrezionalità del giudice nel maneggiare i problemi della causalità, che portavano H.L.A. HART-T. HONORÉ, *Causation in the Law*², Oxford, 1959, p. LII, a scrivere: «causation is a peg on which the judge can hang any decision he likes». Nulla – infine – hanno da spartire, con la tematica della *chance*, le ipotesi in cui il processo causale autonomo non è ancora sorto: nel qual caso non potrebbe che applicarsi il criterio del 'più probabile che non', salvo accertare che il danno non si sia verificato per cause autonome o sopravvenute, intese come quelle assolutamente eccezionali (v. per una rassegna delle varie teorie sull'art. 41, comma 2, c.p. di recente A. VALLINI, «Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nessi tra condotte, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, p. 341 ss.): cfr. in giurisprudenza Cass. civ., Sez. III, 22 ottobre 2013, n. 23933, sul depistaggio successivo alla strage di Ustica (su cui v. B. TASSONE, *L'accertamento del nesso di causalità e il 'caso Ustica'*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2155 ss.). Nella *chance*, in definitiva, deve figurare un processo causale già iniziato che di per sé può portare a un certo evento (la partecipazione al concorso, alla vittoria; la malattia e la cura, alla guarigione o alla sopravvivenza), su cui si inserisce l'azione o l'omissione che costituiscono l'illecito.

¹⁵²² Per questo profilo concordo pienamente con C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., p. 323 s.

¹⁵²³ Varrebbe la replica di S. LANDINI, *Causalità giuridica e favor veritatis*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 433, secondo cui non si può porre accanto «al diritto alla salute ... l'interesse a non veder aumentate le probabilità di lesioni alla stessa».

¹⁵²⁴ Codesti principi trovano applicazione anche ai casi di concorso tra cause umane (per lo meno *de iure condito*, e nonostante la sicura necessità di provvedere a soluzioni migliori in una prospettiva di riforma legislativa). Là dove vi sia una causa antecedente, potenzialmente idonea a ledere un bene, e derivante da una condotta illecita, e una successiva causa, anch'essa umana e concretante un illecito, potrebbe sembrare in certe circostanze che la seconda azione azzeri le *chances* di sopravvivenza del bene. I problemi si pongono allorché non si possa stabilire con certezza se il bene è stato leso dal primo processo causale, dal secondo oppure dalla sommatoria di entrambi. Nel caso in cui la seconda causa derivi da un'azione, mi sembra che si tratti di un caso di causalità alternativa ipotetica (pur con notevoli peculiarità, giacché una serie causale è semplice, l'altra è per così dire complessa, derivando dalla somma di più cause; sulla causalità alternativa ipotetica v. F. REALMONTE, *Il problema*, cit., p. 115 ss.): per

Che si deve supporre, però, nel caso di interesse pretensivo negativo sorto tra il privato e il medico? La questione mi permette di esporre la mia convinzione sul punto.

Se si aderisse all'idea di C. Castronovo, per cui in caso di lesione di un'obbligazione senza prestazione si ha la violazione di un obbligo di protezione della sfera patrimoniale e personale altrui, tale per cui a essere risarcite sono proprio le singole perdite causate al patrimonio o alla sfera non patrimoniale, probabilmente dovrebbe dedursi la risarcibilità del bene vita (o del bene salute), in sé considerato, e a mio avviso da ridurre secondo il noto coefficiente di probabilità.

Tuttavia, in caso di violazione di un interesse legittimo pretensivo negativo, a mio avviso, il discorso da compiersi è in parte diverso (e sarebbe così anche ove, nell'ottica di Castronovo, si considerasse perso il bene 'possibilità di avere una cura efficace', cui il concetto di interesse negativo si riferisce). La correttezza, come ho già chiarito, non impone al medico di compiere una buona operazione, di assicurare una buona cura; essa, viceversa, lo obbliga a dar conto delle sue scelte: e, così, a poter scegliere di non curare, pur dovendone dare avviso per tempo; a poter scegliere di interrompere le terapie, pur dovendo garantire la continuità di esse al paziente; e così via dicendo. Non gli è ovviamente consentito l'operare male, ove egli decida di non operare.

risolvere il quale basterà notare che non ci si deve chiedere se il primo processo causale era in astratto idoneo a ledere il bene, ma bisogna domandarsi se lo è stato in concreto (con riferimento all'evento storico), o se sempre in concreto non sia piuttosto stato il concorso tra fattori a realizzare il fatto (alla luce delle modalità secondo cui è avvenuto); in caso di risposta nel primo senso, sempre sulla scorta del criterio del 'più probabile che non', la prima causa sarà anche l'unica. Non si tratterà, dunque, di concorso di cause; e così non sarà nemmeno nell'ipotesi in cui la seconda causa sia tale da spezzare il primo nesso eziologico. Di concorso si potrà parlare, allora, solo nei casi restanti. Se la seconda causa sorge da un'omissione (il medico cura erroneamente colui che è stato ferito durante una sparatoria e versa in pericolo gravissimo di vita, con scarse *chances* di sopravvivere; mi riferisco sempre alla responsabilità aquiliana), il giudizio controfattuale esige di chiedersi se, in assenza dell'omissione, vi sarebbe stata lesione; la risposta probabilistica porterà ad ammettere il concorso solo nelle ipotesi in cui sia 'più probabile che non' che la prima causa non fosse idonea a produrre l'evento (qui non si tratterà dell'evento storico, ma di un evento, giuridicamente inteso, con caratteristiche analoghe a quello storico; nelle ipotesi di concorso, si badi, si applicherà l'art. 2055 c.c., restando da comprendere se la morte, per il primo danneggiante, sia danno evento o conseguenza: probabilmente si deve individuare in essa, in via di riqualificazione, l'evento vero e proprio, confluendo nella stessa, anche in virtù dell'importanza dell'interesse violato e della sua consecuzione rispetto al bene salute, il giudizio di ingiustizia: è il solito problema, su cui mi sono interrogato anche nella Parte Prima, a proposito delle critiche al concetto di causalità di fatto espresse da R. PUCCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 218 s.). Si badi, però, al fatto che il medico potrebbe essere tenuto contrattualmente a risarcire il danno – stavolta da perdita di *chances* –, con conseguente locupletazione del danneggiato (o dei suoi eredi); in tal caso il danneggiante potrà rivalersi, in parte, sul medico. L'eventuale applicazione dell'art. 2055, con la previsione di una responsabilità solidale, dovrà però essere evitata, per non giungere a risultati assurdi (v. per un cenno al riguardo R. PUCCELLA, *La causalità 'incerta'*, cit., p. 188 ss.): ma non sull'argomento per cui tra lesione delle *chances* e lesione del bene vita non v'è concorso, trattandosi di beni diversi (così non è), ma su quello per cui la lesione delle *chances* non tollera la responsabilità solidale nei casi in esame (l'interprete dovrà ricostruire in questo modo, sempre nell'ambito della sua operazione di interpretazione analogica, il sistema della *chance*).

In quest'ultimo caso, il risarcimento si commisurerà comunque sempre a ciò che il privato ha perso, e mai a ciò che avrebbe potuto ottenere (interesse, cioè, negativo e non positivo: lo sappiamo già). Il che ha un suo senso (e anche su questo mi sono già espresso): la correttezza, nel caso in cui l'interesse legittimo sorga da contatto, impone sempre di non tradire l'affidamento prestato, da cui è sorto l'affidamento protetto (quello di cui si compone la posizione di interesse legittimo). In altri termini: le regole di correttezza si rifanno sempre alla nascita di quella posizione, e paiono affermare: 'Tizio non avrebbe dovuto far sorgere inutilmente un affidamento, con perdita di tempo, spese e altre occasioni'.

Così, nel caso del medico non si può che ritenere questo: il nostro medico dovrà operare correttamente (se deciderà di farlo), a pena di dover risarcire l'occasione persa. Quest'ultima, a sua volta, non può corrispondere alla possibilità per il privato di ottenere una prestazione diligente, pagando il servizio corrispondente (salvi casi del tutto eccezionali, in cui potrebbe ritenersi che un solo medico al mondo sia capace di compiere quella specifica operazione)¹⁵²⁵. E, a valle, il danno dovrà dunque commisurarsi a ciò che si è perso, a causa della negligenza del medico curante.

Se così è, mi pare ovvio ritenere che possa essere risarcita, qui come altrove, la *chance* persa: in realtà, si tratterà ancora di una modalità di calcolo di quello che, se si trattasse di danno patrimoniale, si direbbe 'lucro cessante'.

Proprio questa considerazione consente un ultimo rilievo. Nel caso più tipico di responsabilità da lesione di interesse pretensivo negativo, ossia nelle trattative, le occasioni contrattuali perse corrispondono a un lucro cessante. Esse non sono normalmente risarcite secondo la tecnica della *chance*: e v'è da chiedersi perché, visto che anche in questo caso si presenta all'interprete un evento, non verificatosi e reso impossibile, rispetto a cui emergono circostanze interferenti (la decisione del terzo di contrarre) e che sembrerebbe atteggiarsi a scelta binaria (contratto concluso-contratto non concluso). Se così fosse, non si potrebbe che risarcire la perdita dell'occasione in ragione delle *chance* ottenerla: la prova del 'più probabile che non', dunque, non dovrebbe attenere al mancato contratto, ma alle possibilità di concluderlo (salva l'ipotesi in cui queste appaiano, sempre secondo il criterio del 'più probabile che non', pari al 100%).

In realtà, l'ottica della *chance* non si attaglia a questo risarcimento, giacché sul relativo giudizio controfattuale pesano ulteriori incertezze: una data, altra, trattativa può andare a buon fine per un certo prezzo di vendita del bene, mentre potrebbe fallire per un prezzo più alto o più basso¹⁵²⁶. Proprio queste incertezze sul *quantum*

¹⁵²⁵ Se un solo medico invece fosse concretamente disponibile dinnanzi a un'emergenza, come sappiamo, si tratterebbe di interesse legittimo pretensivo positivo.

¹⁵²⁶ Anche qui, allora, il risarcimento dovrebbe commisurarsi alla probabilità relativa a ciascun prezzo, per poi sommare tutte le stesse (altrove ho parlato di calcolo dell'integrale sottostante alla curva di probabilità).

permettono, però, di valutare il lucro cessante in una dimensione più ampia e distesa, in cui non v'è bisogno di far ricorso alla *chance*: tanto più che la prova di una occasione persa può contenere in sé la dimostrazione, per lo meno presuntiva, che altre occasioni simili sarebbero sovvenute nello stesso frangente temporale.

Il risarcimento della *chance*, dunque, è qui possibile (e doveroso) solo ove si tratti di un'occasione persa certamente unica, a prezzo già definito, e così via dicendo.

In questi casi può apparire, talvolta, ben difficile comprendere se il giudizio deve essere svolto secondo la categoria della *chance* o meno. In realtà, pur senza spettare tale scelta all'attore, vi sono circostanze in cui appare esservi una certa sovrapposizione; ciò dipende, in particolare, dal fatto che è astrattamente ammissibile tanto l'una ricostruzione, quanto l'altra, a seconda delle circostanze che si intendono valorizzare¹⁵²⁷.

3. L'interesse legittimo pretensivo positivo in diritto privato: i concorsi privati, la rinegoziazione e altre ipotesi

Parlando degli interessi legittimi pretensivi negativi ho indugiato sulla possibilità che l'ordinamento ne muti in parte l'anima, collegando a certe situazioni, nate da un contatto, un valore positivo. Ne risulta che la buona fede, lungi dal limitarsi a sanzionare l'inutile perdita di tempo, di spese e di altre occasioni, impone una condotta che davvero soddisfi – pur nell'eventualità tipica dell'interesse legittimo – l'aspirazione finale del privato. D'altro canto, pure l'interesse pretensivo positivo difende, talvolta, un interesse negativo, come accade nei casi su cui, a suo tempo, mi sono soffermato dei danni da provvedimento amministrativo favorevole ma illegittimo e successivamente annullato in autotutela (o, accedendo alla tesi più estensiva in tema di revoca, pure revocato).

L'ambivalenza che si crea non deve far sbiadire i confini eretti tra le due figure dell'interesse legittimo pretensivo: quello negativo, che nasce da un contatto e recepisce il suo fine di tutela dell'affidamento inteso in senso soggettivo e psicologico; quello positivo, che nasce in virtù della posizione in cui un soggetto si trova e in base a questa vede fissato il suo scopo ultimo.

Le contaminazioni, che pur sono ipotizzabili, derivano in realtà dal fatto che, anche là dove c'è un affidamento oggettivo sorto dalla posizione rivestita, il contatto può giocare un certo ruolo; e che, viceversa, anche nei casi di mero contatto, il legislatore può imporre obblighi di condotta che vanno oltre la mera tutela

¹⁵²⁷ Di recente adotta la prospettiva delle *chances* nel risarcimento di un interesse negativo Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674.

dell'interesse negativo, e che si ricollegano alla situazione in cui le parti finiscono per trovarsi.

Resta però salda l'origine e la tipicità di ciascun interesse legittimo. Così, come si è visto, nel diritto pubblico i provvedimenti favorevoli illegittimi possono creare un danno, dal momento in cui sono annullati in autotutela, in virtù del fatto che, così facendo, la p.a. compie una scorrettezza: dà al privato la certezza di avere un bene della vita, salvo privarlo poi dello stesso. La violazione attiene di sicuro all'interesse legittimo pretensivo positivo, che tra l'altro impone alla p.a. di non causare danni tramite condotte scorrette a beni privati 'altri' rispetto a quelli presi in considerazione; ma la buona fede, a sua volta, finisce per sanzionare proprio l'aver creato, sulla base di un contatto, un affidamento privato (soggettivo e psicologico, da non confondere con l'interesse legittimo) inutile e dannoso¹⁵²⁸.

A sua volta, l'interesse pretensivo negativo non muta la sua caratterizzazione sol perché la legge preclude a una parte di interrompere la trattativa, ad esempio, per motivi discriminatori, imponendole di continuare a trattare (e non solo di risarcire l'interesse negativo). L'affidamento, infatti, nasce sempre dal contatto e dal contatto riceve il suo scopo, oggettivandosi in interesse legittimo (e dunque in *facultas confidendi*) ed emancipandosi dal dato psicologico. Il fatto che la legge crei una regola, che è coniugazione della buona fede e che concede, anziché la garanzia a che non siano creati affidamenti (soggettivi) inutili, una parziale assicurazione circa il bene finale, non trasforma la nostra posizione giuridica e le sue caratteristiche essenziali, limitandosi ad arricchirne il contenuto.

Le ipotesi in esame non esauriscono i casi di sovrapposizione tra modalità di tutela. Di grande interesse è, infatti, il discorso sugli interessi legittimi pretensivi positivi di diritto privato: i quali, lungi dal nascere da un contatto, da esso sono però in una certa maniera toccati.

Il ragionamento attiene, in particolare, ai concorsi privati¹⁵²⁹, i quali spesso si atteggiavano di per sé a trattative (ad esempio, per l'assunzione), e ciononostante non

¹⁵²⁸ Ecco da dove viene, a mio avviso, l'equivoco in virtù del quale la giurisprudenza considera queste ipotesi come lesioni di un affidamento ulteriore e privatistico. A dire il vero, avevo prima considerato la necessità di distinguere tra l'affidamento da contatto, che riguarda comunque un bene futuro, da quello che semplicemente ha ad oggetto la validità di un atto o la non contraddittorietà del comportamento della controparte; nel caso di danno da provvedimento favorevole illegittimo si rientrerebbe – se si prescindesse dalla tutela offerta dall'interesse legittimo pubblicistico – nella prima ipotesi solo nel caso di ritiro del bando di gara (salvo non voler ritenere che, anche in quel caso, il provvedimento assegnava fin da subito un'utilità – la partecipazione alla gara –, e salvo non voler, al contrario, supporre che anche nel secondo caso vi era un affidamento in un'attività futura, leso contestualmente al suo sorgere).

¹⁵²⁹ Il problema dei concorsi privati è davvero una cartina al tornasole per la mia teoria. Del resto, in quest'ambito si sono sviluppate alcune delle innovazioni giurisprudenziali più importanti, tra quelle di cui mi sono occupato: basti pensare alla sentenza del 1979 che ha riconosciuto interessi legittimi di diritto privato (§ 7 del Capitolo primo) e alle decisioni degli anni Ottanta in tema di *chance* (§ 2 di questo Capitolo). Pure C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti*

possono ritenersi forieri di soli interessi pretensivi negativi¹⁵³⁰. Vero è che, in tal caso, la tutela nasce comunque dal contatto e dall'affidamento psicologico (e serio) che un soggetto nutre; ma vero è anche che essa discende da un autovincolo che la controparte si impone, in base al quale si prevede di assegnare un bene in base a determinati criteri.

Dunque, la questione non è più semplicemente (o soltanto) quella di tutelare un soggetto da una trattativa inutile; il problema diviene quello di assicurare la protezione (pur sempre parziale) del bene finale in sé considerato, alla luce della specifica posizione che determinate persone vengono ad assumere (quella di partecipanti al concorso). Ciò discende dal fatto che l'autovincolo in questione (tanto che lo si configuri come promessa, quanto come proposta al pubblico¹⁵³¹) si atteggia a fonte di un interesse pretensivo positivo, esattamente come la legge, e diversamente dal mero contatto.

Quindi, a fronte di un concorso, che non veda vincitore il soggetto che, sulla base di direttive di razionalità e correttezza, sarebbe dovuto arrivare primo (anche in base al contenuto del 'bando'), potrà essere attivata¹⁵³² una tutela risarcitoria, da parte del candidato, avente ad oggetto un interesse legittimo positivo. La tutela potrà pure (anzi, dovrà) essere in forma specifica, o per meglio dire inibitoria, fin tanto che esista

civilistici: oscillazioni e assestamenti, in RIDL, 1992, p. 11, notava che il tema, pur di scarsa importanza pratica, «ha finito per rappresentare un laboratorio sperimentale privilegiato per operazioni ermeneutiche di grande respiro» (l'autore alle p. successive nega l'applicabilità al diritto privato del concetto di interesse legittimo, ritenendolo o legato alla funzionalizzazione del potere pubblico, oppure coincidente con un diritto soggettivo).

¹⁵³⁰ Così si spiega il dubbio di P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 532.

¹⁵³¹ Cfr., su questi punti, M. DOSSETTI, *Lo schema della promessa al pubblico e i concorsi privati*, in Riv. dir. civ., 1972, I, p. 429 ss.; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni 'strumentali' del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988, *passim*; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali e la regola di tassatività*, in Tratt. Lipari-Rescigno, III-I, p. 643 s. Ove si configuri il concorso come promessa al pubblico, potrebbe ritenersi che la vittoria sia fatto accertabile dal giudice; tuttavia, più probabilmente dovrebbe ammettersi una riserva (in capo al privato) di potere valutativo, esattamente come avviene per la p.a. Per cui l'affidamento sarebbe mediato dall'attività privata, del datore di lavoro, volta a indicare colui che si trova nella situazione prevista dalla promessa. Ma il valore dell'autovincolo emerge anche in caso di qualificazione come mera proposta al pubblico: vero che qui manca il diritto ottenibile direttamente e immediatamente con l'esecuzione dell'attività dedotta in promessa, ma vero anche che la dichiarazione del datore vale a porre il lavoratore intenzionato a partecipare in quella esatta situazione cui la legge ricollega la tutela di un affidamento pretensivo positivo (tuttavia in caso di proposta o di promessa – e non di mero 'invito a rendersi disponibili' – ove la semplice volontà di partecipare porta alla conclusione del contratto o all'assegnazione del diritto di concludere il contratto, il bando che non lasci alcuna discrezionalità a chi l'ha emesso importerebbe la facoltà per il giudice di penetrare *in toto* con il suo accertamento, tanto da poter verificare se sia stato, e con chi sia stato, concluso un contratto, o chi abbia ottenuto il diritto di concluderlo; così avviene in particolare ove non vi sia altra valutazione da fare che quella della maggiore vantaggiosità di un prezzo in una 'gara privata': cfr. R. MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in Riv. dir. civ., 2014, § 3.1). La tutela dell'interesse positivo verrà meno allorché la controparte decide di revocare il concorso, di non portarlo avanti, di non assegnare la vittoria ad alcuno (salvo che ciò non sia fatto per mere finalità elusive).

¹⁵³² Sugli strumenti rimediali in caso di percorsi privati v. C. ZOLI, *La giurisprudenza*, cit., p. 29 ss.;

il bene (cioè, la possibilità di occupare ‘quel’ posto, se specificamente individuato) o che per il datore sia possibile eseguire l’inibitoria (magari assumendo in soprannumero¹⁵³³); successivamente, il danno non potrà più ritenersi permanente, ma ormai interamente prodottosi (e l’interesse legittimo si considererà estinto, con risarcibilità dell’intero o comunque delle intere *chances*)¹⁵³⁴.

In ogni caso, ove il datore abbia già provveduto ad assumere altro lavoratore, non sarà possibile impugnare alcunché¹⁵³⁵, non essendo previste forme di rilevanza *erga omnes* del ‘provvedimento’ di assunzione, che si declina anzi come normale contratto, cui si applica l’art. 1372 c.c.¹⁵³⁶

La tutela risarcitoria potrà, alla luce di quanto scritto nel paragrafo precedente, commisurarsi anche alla *chance* di vittoria nel concorso. Risulterà, però, inapplicabile l’art. 2058 c.c.: infatti, ove vi sia spazio per l’assunzione, dovrà essere richiesta questa (tramite un’inibitoria), non essendosi ancora prodotto il danno (se non per il ritardo); e dal momento in cui essa non sarà più possibile, si farà luogo solo al risarcimento (necessariamente per equivalente)¹⁵³⁷.

¹⁵³³ Non si tratta del limite dell’art. 2058, comma 2, c.c., ma della semplice possibilità di soddisfare l’interesse legittimo.

¹⁵³⁴ Diversamente da quanto avviene nel diritto pubblico, non può ritenersi che il posto di lavoro, nel diritto privato, sia un bene ‘unico’, assegnabile una sola volta (salvo non sia così specificato e individuato, da essere impossibile la sua duplicazione). A questa tesi potrebbe obiettarsi in due modi: a) il lavoratore, se vincesses la vertenza, verrebbe a trovarsi in soprannumero; 2) dal momento di assunzione del terzo, potrebbe essere impossibile esperire l’inibitoria (se, al contrario, si accoglie la tesi per cui il posto di lavoro, pur non essendo ‘unico’, può essere specificamente ‘determinato’, e dunque non potrebbe essere assegnato due volte). Dinnanzi alla prima replica può risponderci, nel senso che quello tratteggiato è solo uno svantaggio di fatto. Di fronte alla seconda, potrebbe sembrare opportuno supporre un litisconsorzio necessario. Il problema è però, ripeto, che l’assunzione del terzo, per quanto possa ricadere a sfavore del nostro lavoratore, è un fatto che rileva tra altri soggetti, e dunque non può essere fatta valere da colui che non è stato assunto. Egli non è però sfornito di rimedi: potrà, ad esempio, chiedere un’inibitoria in via d’urgenza, assistita da un’*astreinte* per il caso di futura violazione della misura cautelare da parte del datore.

¹⁵³⁵ Parzialmente diverso è il caso in cui vi sia un giudizio di una commissione, cui possa applicarsi l’art. 1349 c.c.

¹⁵³⁶ Come nota L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 33, il problema è qui (si parla soprattutto dei concorsi privati, delle promozioni nel rapporto di lavoro privato, e così via) ancora quello della cognizione del giudice civile, il quale è «tradizionalmente chiamato ad emettere sentenze pienamente esaurienti della controversia attraverso l’accoglimento o il rigetto della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio». Si ripropone, dunque, il problema di ogni interesse legittimo pretensivo positivo di diritto privato: l’assenza di un potere di invalidare atti (che non esistono); la mancanza di un giudizio di ottemperanza civile.

¹⁵³⁷ La priorità dell’inibitoria sul risarcimento del danno dipende proprio, a mio avviso, dal fatto che, finché si può agire in via inibitoria, non vi è alcun danno, se non per i profili del ritardo. Danno vi sarà solo dal momento in cui è impossibile assumere, oppure da quando ciò diviene inutile per il lavoratore (che può aver trovato una diversa occupazione, oppure che può non essere più interessato al nuovo posto di lavoro, il quale giungerebbe in ritardo o gli imporrebbe di prestare le sue opere in un ambiente ostile – requisiti però che debbono non solo essere allegati, ma oggettivamente valutati –). Non si tratta, viceversa, di soluzione imposta dalla disciplina sull’azione di adempimento, come pur

Tali considerazioni non escludono che il datore possa recedere da tutto il concorso, ovviamente a pena di risarcire l'interesse negativo (quanto meno ove non si ritenga che vi sia una promessa al pubblico), esattamente come la p.a. può revocare il bando di gara¹⁵³⁸.

Ma vi è di più: può, infatti, ritenersi che l'affidamento che protegge il privato abbia un oggetto-scopo identificabile nell'attività di controparte che potrà assegnare un bene (la soddisfazione dell'interesse contrattuale) a fronte di un diverso bene (la soddisfazione di controparte), senza sacrifici ad altri beni che la buona fede non tolleri. Tra questi ultimi, in particolare, figurano tutti quegli errori di valutazione, quegli affidamenti inutili, in cui il singolo può cadere: per cui a nulla vale la soddisfazione dell'interesse di prestazione inteso in senso stretto, se non è accompagnata dalla tutela di questo diverso interesse. Scendendo nel caso concreto, a nulla vale la vittoria nel concorso, qualora essa imponga sacrifici notevoli al privato, il quale ad esempio non si era accorto – perché dolosamente occultato – che la nuova e futura posizione lavorativa avrebbe comportato la necessità di accettare condizioni d'impiego molto sfavorevoli. Scoperto l'errore, il soggetto tutelato potrà 'uscire' dal concorso chiedendo l'eventuale risarcimento dei danni (interesse negativo); una volta concluso lo stesso, sarà invece tutelato da un normale interesse pretensivo negativo¹⁵³⁹.

Una situazione simile a quella analizzata nell'ambito dei concorsi privati si pone anche in un'altra circostanza assai rilevante.

Come si è visto a suo tempo, una volta concluso il contratto le posizioni di interesse legittimo lasciano spazio a quelle di diritto soggettivo, il che assicura una garanzia piena degli interessi privati: ma pure una notevole rigidità di tutela. Per questa ragione l'ordinamento ha previsto (*rectius*: deve prevedere) taluni rimedi atti a garantire la persistente corrispondenza tra regola contrattuale e assetto degli interessi diviso in sede di conclusione: tra cui va annoverata la rinegoziazione¹⁵⁴⁰.

parte della dottrina ha ritenuto (cfr. la sintesi di D. BUONCRISTIANI, *Concorsi privati. Tecniche di tutela e litisconsorzio*, in RIDL, 2009, p. 122 ss.).

¹⁵³⁸ Salvo che il ritiro del concorso non sia volto semplicemente ad assegnare la vittoria al di fuori delle regole che lo stesso datore si era assegnato, e per ciò ad eludere la tutela dell'interesse positivo.

¹⁵³⁹ Alternativamente possono prospettarsi due ricostruzioni. Stando alla prima, è lo stesso interesse legittimo che aggiunge al suo oggetto determinato *ex lege* (affidamento in un'attività che potrà assegnare un certo posto di lavoro ...) una specificazione *ex contacto* (... relativo a certe mansioni). Oppure si potrà sospettare che anche qui, come (secondo una certa ricostruzione) per l'interesse legittimo pretensivo pubblicistico, rilevante nell'ambito delle gare, accanto all'interesse pretensivo positivo ne nasca uno pretensivo negativo.

¹⁵⁴⁰ Su cui v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 63 ss.; ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in Enc. dir., Annali, II, 2, Milano, 2008, p. 1026 ss.; A. GENTILI, *Riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione*, in Tratt. Lipari-Rescigno, III-II, Milano, 2009, p. 809 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione*, in Tratt. Visintini, I, p. 583 ss. Fin troppo nota la vicenda tedesca: la teoria della base negoziale è stata elaborata fin dal notissimo studio di P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, che con essa superò – o meglio

Essa, pur mancando di disciplina espressa, risulta essere un rimedio necessario nei casi in cui la *lex contractus* si distanzi dall'accordo originario, pur senza che si integrino gli estremi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta o della presupposizione. I casi sono ben noti: non è qui la sede per indugiare su di essi¹⁵⁴¹.

Tuttavia, è bene qui soffermarsi sul tipo di tutela offerto: che, a mio avviso, non va ravvisato in un'obbligazione di buona fede, ma proprio in un interesse legittimo pretensivo positivo¹⁵⁴². Tornerò subito su questo profilo.

Una caratteristica di questa posizione sta nel fatto che essa preesiste al contatto tra le parti volto alla rinegoziazione; essa, anzi, assicura quel risultato (seppur in via solo eventuale) a prescindere da un contatto. Che accade, però, quando quel contatto si instaura, e magari produce esso stesso dei danni ulteriori?

Se l'interesse legittimo protegge qui l'aspirazione (di entrambe le parti) a una modifica pienamente favorevole (la più favorevole ipotizzabile ragionevolmente), è pure vero che solo dal contatto e dalle trattative si specificheranno le posizioni delle

oggettivizzò – la dottrina della presupposizione (quale condizione inespressa) che, decenni prima, era stata coniata dall'altrettanto celebre studio di B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850. Oggi la modernizzazione del diritto delle obbligazioni ha dedicato una norma alla *Störung der Geschäftsgrundlage*, il § 313. Dal punto di vista comparatistico (orientato però più alla storia giuridica degli ultimi decenni) v. C. REITER, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Tübingen, 2002. Cfr., sul punto, anche G. CIAN, *L'evoluzione del sistema privatistico italiano e l'influsso tedesco: spunti per una riflessione generale*, in *Liber amicorum per Dieter Henrich, I, Parte generale e persone*, Torino, 2012, p. 7 s.; M. BESSONE, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, c. 281 ss.; R. CALVO, *La 'codificazione' della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, in *Contr. e impr. – Europa*, 2004, p. 770 ss.; T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, Padova, 2012, p. 251 ss.; R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, 2010, p. 29 ss.; F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Milano, 2011, p. 94 ss.

¹⁵⁴¹ Tradizionalmente contraria al otere del giudice di gestire le sopravvenienze è la giurisprudenza francese: è noto il contrasto tra Cour de cassation e Conseil d'État – casi Canal de Craponne del 1876 e Gaz de Bordeaux del 1916: la prima decisione contro l'ammissibilità della *théorie de l'imprévision*, la seconda a favore. Tuttavia, di recente il principio si sta scardinando, venendo riconosciuto un ruolo sempre più ampio alla *bonne foi* e risultando sempre più numerosi gli interventi legislativi volti ad ammettere un potere di revisione: su tutto questo cfr. in linea generale J. SAVATIER, *La théorie de l'imprévision dans les contrats*, in *Études de droit contemporain. Contributions Français aus III^e e IV^e Congrès internationaux de Droit Comparé*, Paris, 1959, p. 1 ss.; B. DEFFAINS-S. FERREY, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, in *RTD civ.*, 2010, p. 719 ss.; P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, 1994. Se, da un lato, non è riconosciuto un generale potere del giudice di gestire le sopravvenienze, dall'altro non è neppure ammesso in linea di massima un intervento sul contratto per difetto originario di presupposti: ciò che potrebbe aver spinto la Cour de cassation a giustificare tramite l'istituto della causa alcune recenti decisioni (come l'*arrêt* Point club vidéo, Cass. civ., 3 juillet 1996, in *Bull. civ.*, 286, I, p. 200, su cui cfr. P. REIGNÉ, *De l'absence de cause à la cause impossible*, in *Recueil Dalloz*, 1997, J, p. 501 s.), di fatto contrarie a questi assunti (questa convinzione sembra d'altro canto confermata dal più recente *arrêt* Soffimat – del 29 giugno 2010, ad opera della *chambre commerciale* della Cour de cassation – con cui la Suprema Corte «admet implicitement et potentiellement la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause, et provoque une fissure dans le 'Canal de Craponne'», secondo le parole di D. MAZEAUD, *L'arrêt Canal 'moins'?*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2481).

¹⁵⁴² Ciò che si porrebbe in linea con l'avvertimento di A. GENTILI, *Riproduzione*, cit., p. 816, secondo cui la rinegoziazione è regola «di mera condotta» e non «di contenuto», traducendosi altrimenti in «una forma di integrazione legale del contenuto del patto preesistente».

parti. Avverrà, allora, che l'interesse, da che – per esempio – era volto a tutelare l'interesse ad avere il bene X al prezzo di Y anziché Z, diviene volto a garantire l'interesse ad avere il bene X al prezzo di Y anziché Z, e comunque non meno di W (che, in ipotesi, potrà addirittura essere minore di Y).

In questo senso potrà accadere che, concluso il nuovo contratto, una parte si accorga che esso non corrisponde – per errore, o per dolo – a quanto sperato, e però che non costituisca lesione della buona fede, nella parte in cui questa imponeva di rinegoziare secondo lealtà e correttezza. Anche qui, dunque, il risarcimento sarà parametrato sull'interesse negativo: che dovrà pur sempre calcolarsi sulle *chances* perse di ottenere una migliore contrattazione¹⁵⁴³. La differenza rispetto ai casi di normale trattativa¹⁵⁴⁴ sta nel fatto che, qui, vi è un contatto che si insinua nell'ambito di un interesse legittimo positivo; lì, invece, vi sono interessi da contatto che possono, talvolta, veder la loro tutela aumentata fino all'interesse positivo.

Quanto alla posizione che tutela le parti, dinnanzi alla necessità di rinegoziare un contratto, essa non può che essere di interesse legittimo, giacché l'ordinamento non può imporre di adeguare secondo certi termini rigidamente prefissati un certo contratto: il sistema si limiterà a ordinare una nuova negoziazione secondo buona fede. L'interesse legittimo è però positivo, giacché non vi è qui la necessità di tutelare la libertà contrattuale delle parti (che preclude, nel caso dell'art. 1337 c.c., di valutare le *chances* di conclusione del contratto; e che non si pone nemmeno nei casi, su cui v. *infra*, di 'obbligo di negoziare').

L'ipotesi in questione pone, già intuitivamente, alcuni dubbi, per una ragione che potrebbe non essere subito evidente. Il fatto è che, se non erro, potrebbe ritenersi che l'obbligo di rinegoziazione, allorché sussiste, sia volto sempre a garantire un risultato positivo alla controparte. In altre parole, l'eventualità, che connota tipicamente l'interesse legittimo pretensivo, non starebbe a indicare una incertezza nell'acquisizione di un bene della vita (qui: nella modifica delle condizioni contrattuali e, per tale via, nell'ottenimento, alla luce della causa pregiudizialmente intesa, di beni della vita materiali differenti), ma una incertezza nell'esatta proporzione del vantaggio arrecato.

Non voglio dire che, a prescindere dalla rinegoziazione, un contratto (si pensi di scambio) offra comunque vantaggi; voglio dire che potrebbe ritenersi sorto l'obbligo in parola solo in presenza di certe condizioni, e potrebbe pure sostenersi che l'intensità della rinegoziazione doverosa copra uno spettro di ipotesi dovuto, nel suo complesso, a titolo di prestazione obbligatoria, a fronte della quale sussiste un vero e proprio diritto di credito.

¹⁵⁴³ Lo stesso avverrà con riguardo all'accordo amministrativo, ove la protezione dell'interesse pretensivo positivo vedrà saldarsi una parte ulteriore nascente dal contatto.

¹⁵⁴⁴ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 425: «è evidente ... la diversità del contesto contrattuale in cui s'iscrive l'obbligo di rinegoziare rispetto alla fase di formazione del consenso».

Così non è. Lo dimostrano diverse ragioni: anzitutto, l'interesse legittimo tendente verso le nuove condizioni contrattuali sorge non appena concluso il contratto, dunque a prescindere dagli eventi sopravvenuti che inducono una parte a chiedere la rinegoziazione. In secondo luogo, può ben avvenire che la buona fede consenta a una parte di proporre anche la risoluzione del contratto: ciò che, di certo, non sembrerebbe soddisfare gli interessi della controparte (il che vuol dire, insomma, che lo spettro di possibilità offerte dalla buona fede non può ritenersi tutto oggetto di un diritto di credito).

Ma il vero e proprio errore di prospettiva di queste affermazioni sta, a mio avviso, in questo: l'interesse legittimo (pretensivo positivo) smette di esser tale, ed è diritto, solo allorché, fin dal suo sorgere e in virtù della legge, viene assicurato a un soggetto un bene già definito.

Ora, può invece accadere:

a) che sia protetta l'aspirazione a un bene di una pluralità di soggetti, indipendentemente dalla certezza che essi avranno di conseguirlo: nel qual caso non può che trattarsi di un interesse legittimo (tutt'al più il venir meno della discrezionalità, o dell'autonomia, della controparte ne imporrà una tutela in forme simili a quelle del diritto soggettivo, secondo quanto disposto dal codice del processo amministrativo, con l'azione di 'condanna pubblicistica');

b) che sia protetta l'aspirazione a un bene finale, indipendentemente dalla sua certezza, nonostante vi sia la sicurezza quanto meno di un risultato minore. Quest'ultima ipotesi è particolarmente complessa, perché potrebbe dar adito a sovrapposizioni con un diritto soggettivo, di credito, in cui la prestazione varia da un minimo a un massimo di qualità (o quantità, o così via dicendo). Essa, se non erro, si può presentare in una pluralità di ipotesi: nella rinegoziazione, ad esempio, ove si costruisca la posizione di tutela come nascente solo in virtù del mutamento di circostanze; nella risarcimento per danni arrecati dallo Stato a causa del mancato recepimento di direttive¹⁵⁴⁵; in taluni procedimenti pubblici; e così via.

¹⁵⁴⁵ Del resto, come scrivevo *supra*, a quest'ipotesi presiedono interessi legittimi non solo in virtù della discrezionalità di cui gode lo Stato, ma anche perché si ripresenta il tipico fenomeno, che connota gli interessi legittimi, di sovrapposizione di piani sfalsati: uno, in cui vi è un diritto, il cui esercizio è in tutto e per tutto efficace (e scriminante); l'altro, in cui vi è un interesse legittimo che lo disattiva parzialmente ai fini risarcitori ed eventualmente consente di reagire all'esercizio con un rimedio specifico. Qui, infatti, vi è un diritto – o, meglio, un potere (quello dello Stato di esercitare o meno la funzione legislativa o quello del magistrato di pronunciare la decisione) – e un obbligo (quello di utilizzare in un certo modo il potere, che diviene dunque potestà), che si situa però su un diverso ordinamento (quello comunitario). L'obbligo, a ben vedere, non impone la nascita di nessun diritto del privato: né nell'ordinamento comunitario (ove, comunque, mancherebbero i mezzi per farlo valere); né in quello interno (giacché qui manca l'obbligo). L'incastro tra gli ordinamenti consente solo di tutelare il privato nella forma dell'interesse legittimo: il che, tra l'altro, è assolutamente sensato, se si pensa che il privato non è interessato a un bene già definito e interamente garantito, ma solo al miglior (e per lui più favorevole) esercizio del potere (che potrà anche mancare, purché si rispettino i vincoli comunitari).

La distinzione tra credito¹⁵⁴⁶ e interesse legittimo sussiste anche in queste ipotesi, anche se appare sbiadita: essa sta, ancora una volta, nel concetto di relatività del bene della vita. Ora, se la fonte della posizione giuridica indica quale oggetto di tutela un bene, di per sé stesso ‘ampio’, tale da comprendere tutte le possibili prestazioni dovute, si tratterà di un credito. Viceversa, allorché – i casi saranno rari, più ci si avvicina alla dinamica del diritto soggettivo – risulta palese che oggetto della tutela sia un bene che rappresenta una porzione sola di questa varietà di comportamenti altrui comunque assicurata, allora non potrà che ricadersi nell’interesse legittimo (e nella tutela solo eventuale del bene finale).

Chiarito questo punto, il profilo più interessante resta quello delle ricadute in tema di tutele esperibili della qualificazione che propongo.

In realtà, è noto che la rinegoziazione pone notevoli problemi proprio in quest’ambito: e non è un caso che essi sorgano soprattutto dal punto di vista dei poteri del giudice di intervenire sull’autonomia privata sostituendosi a una scelta delle parti (quella del ‘se’ e ‘come’ rinegoziare).

La tutela solo risarcitoria, con tutta evidenza, è poco effettiva. Ma vi è di più: essa è perfino preclusa, se è vero che, finché esiste un contratto da rinegoziare, non si è realizzata una impossibilità vera e propria e residua dunque l’interesse legittimo (collegato, com’è, a una posizione, e non a un contatto)

Ma anche da questo punto di vista il parallelo con il diritto amministrativo può risultare foriero di sviluppi, che mi limito ad accennare.

In particolare, v’è da chiedersi come sia possibile per il privato, nell’ambito di un giudizio amministrativo, godere del bene finale: e ciò a prescindere dai casi in cui tale soddisfazione diventi impossibile (casi in cui, ovviamente, opera in pieno la tutela risarcitoria).

Ora, è ovvio che il riferimento va alle ipotesi di ritardo nell’adozione di un provvedimento a fronte di un interesse legittimo pretensivo o di sua adozione illegittima: le quali corrispondono, pur nelle inevitabili differenze (in particolare relative al fatto che qui non vi è alcun provvedimento), ai casi in cui un soggetto non voglia rinegoziare o proponga condizioni inaccettabili.

Quanto al caso di provvedimento illegittimo, il processo amministrativo assicura tutela non solo tramite l’annullamento del provvedimento (e l’eventuale risarcimento del danno), ma anche perché ciò si collega al successivo dovere dell’amministrazione di provvedere in un certo senso. Si tratta, come noto, dell’effetto conformativo del giudicato amministrativo: il g.a. non solo annulla un provvedimento, ma traccia anche la strada che la p.a. dovrà seguire nella riedizione del potere.

Le ragioni al fondo di questa peculiare efficacia del giudicato amministrativo sono discusse. Parte della dottrina vi ha posto alla base l’idea che il processo

¹⁵⁴⁶ Secondo G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., p. 594, il «dovere di rinegoziazione, in via generale, si configura come una obbligazione di mezzi» (v. anche la bibliografia raccolta a p. 596, nt. 29).

amministrativo non sia impugnatorio in senso stretto, ma abbia ad oggetto il ‘rapporto amministrativo’¹⁵⁴⁷. Non è questa la sede per descrivere o confutare quest’idea: mi limito ad osservare che, adottata la costruzione dell’interesse legittimo che ho proposto, risultano ben differenziati i piani dell’azione amministrativa in sé considerata e della tutela del privato verso la p.a., veicolata dall’interesse legittimo. Ovviamente, però, il processo amministrativo (ove porti a incidere su un provvedimento) tiene conto dell’uno e dell’altro profilo: con riferimento al primo, ad esempio, viene costruito il giudizio di modo da consentire la partecipazione di certi soggetti – i controinteressati – i quali, per l’unitarietà e la valenza *erga omnes* che connota l’attività amministrativa, potrebbero essere lesi dalla sentenza¹⁵⁴⁸. Quanto, invece, all’effetto conformativo, esso mi pare tocchi entrambi i caratteri del processo amministrativo: da un lato, eventuali provvedimenti adottati in violazione del giudicato saranno nulli (e non solo annullabili); dall’altro, il ricorrente vittorioso avrà accesso a una tutela veloce e sostitutiva, proprio in ragione di queste peculiarità¹⁵⁴⁹, in caso di successiva inottemperanza.

Ciò è permesso, tornando al nostro discorso, proprio in virtù del fatto che il giudicato accerta non solo l’avvenuta lesione, storicamente individuata, dell’interesse legittimo, ma accerta in senso più lato che l’interesse legittimo verrebbe sempre lesa da un certo provvedimento di un tal contenuto (o avvenuto sulla base di un certo procedimento)¹⁵⁵⁰: e ciò perché l’interesse legittimo, sorgendo per legge e non dal contatto, si mantiene uguale a se stesso, salvo mutamento delle circostanze esterne. Le esatte modalità tecniche che consentono quest’effetto sono studiate dal diritto processuale civile¹⁵⁵¹ e amministrativo¹⁵⁵² e, dunque, qui non possono interessare¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁷ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., *passim*. Sul problema del giudicato amministrativo

¹⁵⁴⁸ Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Posizioni giuridiche*, cit.

¹⁵⁴⁹ A dire il vero, anche la nullità stessa, in tanto in quanto discendente dalla violazione o elusione del giudicato, ha funzione di tutela degli interessi del singolo; tuttavia, essa anzitutto indirizza l’azione amministrativa. Su queste ambivalenze si soffermava già M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all’art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, I, p. 245.

¹⁵⁵⁰ Come nota B. SASSANI, *Impugnativa*, cit., p. 56 (e poi pure p. 83), «dottrina e giurisprudenza del processo amministrativo ormai da tempo hanno cercato di neutralizzare le desolate conclusioni che il puro effetto di annullamento (c.d. effetto demolitorio), conseguente all’accoglimento dell’impugnazione, conclude una vicenda collocata nel passato e – a rigore – nulla è in grado di dire del futuro comportamento dell’amministrazione».

¹⁵⁵¹ Già a suo tempo (§ 7 del Capitolo primo) mi sono soffermato sulle opere di Consolo, Sassani, Menchini.

¹⁵⁵² Sul giudicato amministrativo (e con notevoli differenze tra le ricostruzioni in termini di un processo sull’atto oppure sul rapporto) v. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, cit., *passim*; E. CAPACCIOLI, *Per l’effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo*, Padova, 1978, p. 447 ss.; Di recente: M. CLARICH, *Giudicato*, cit.; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990, p. 409 ss. (non mi persuade l’idea – *ivi*, p. 412 ss. – di una netta contrapposizione tra giudicato amministrativo e

Quel che rileva, invece, è comprendere se questo modello risulti esportabile al diritto civile¹⁵⁵⁴. Nel caso del contraente che rifiuti la rinegoziazione, allora, il g.o.

civile: semmai, come notato da Sassani e da Clarich, si tratta di profili di peculiarità del giudicato su poteri – direi io, su interessi legittimi, pur senza aderire alla prospettiva sicuramente eccessiva del Piras – rispetto a quello su diritti, relativi soprattutto a quel carattere di ‘incompletezza’ rilevato da M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 1171); C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo*, cit.

¹⁵⁵³ Senza poter indugiare su questo profilo, avverto che la sentenza in parola potrebbe avere efficacia conformativa in tanto in quanto contenente anche un provvedimento ordinatorio, diverso da quello di condanna che assiste normalmente i diritti soggettivi. Tale ordine, che rimarrebbe implicito, imporrebbe alla p.a. di tener conto anche nel futuro e per attività analoghe a quella compiuta del giudicato intervenuto; esso sarebbe in un certo senso il tipico provvedimento *pro futuro* in ambito di interessi legittimi, parallelo alla condanna all’adempimento di diritti relativi e all’inibitoria nel caso di interessi protetti in via aquiliana. Fermo restando che ci si dovrebbe chiedere anche se l’accertamento della lesione dell’interesse legittimo non contenga immancabilmente, in sé, quest’ulteriore ordine (risultando eventuale solo un provvedimento contenente una *astreinte*, come quello previsto dall’art. 114, comma 4, lett. e), cod. proc. amm.; cfr. B. SASSANI, *Impugnativa*, cit., p. 143 ss.), e se quest’ordine non discenda naturalmente dall’accertamento dell’avvenuta lesione dell’interesse legittimo, che conterebbe in sé anche una valutazione della stessa consistenza – o una perimetrazione – dell’interesse legittimo (fissata, seppur solo in parte e nei confini esterni, una volta per tutte: il che, in un certo senso, si riavvicina alla teoria, di redentiana memoria, della preclusione, esposta da E. CAPACCIOLI, *Per l’effettività*, cit., p. 447 ss., che – però – in fin dei conti altro non è che un precipitato di un accertamento, secondo le osservazioni di B. SASSANI, *Impugnativa*, cit., p. 103). Uno spunto in tal senso è nel pensiero di chi, più di ogni altro, ha influenzato la giurisprudenza amministrativa nello studio del giudicato, ossia il Nigro: egli, sin dai suoi scritti più risalenti (*Sulla natura giuridica*, cit., p. 228 ss., spec. p. 235 sugli artt. 4 e 5 dell’allegato E alla l. 2248/1865 e p. 289 sulla natura legale dell’obbligo di conformarsi al giudicato), fino a quelli a noi più vicini (*Il giudicato amministrativo*, cit., p. 1157 ss., spec. p. 1161 s.) ha riconosciuto nel giudicato amministrativo anche un ordine verso la p.a. (di tener conto delle ragioni dell’annullamento nella sua successiva attività; opzione ricostruttiva ancor oggi condivisa da A. TRAVI, *Lezioni*⁹, cit., p. 299 ss.). Quest’ordine, però, potrebbe essere, più che un portato dell’accertamento contenuto nella sentenza costitutiva (tutt’al più integrato o, al contrario, sostenuto da un comando legale), l’oggetto di un vero e proprio provvedimento di condanna, pur atipico (simile a una inibitoria) e prodromico a una eventuale ottemperanza (un provvedimento ordinatorio valevole nel futuro, volto a sancire definitivamente che talune condotte – analoghe a quelle già tenute – costituiscono illegittimo o illecito esercizio della discrezionalità o che comunque vanno escluse dalla sfera di formale – e non sostanziale – libertà della controparte). Una differenza, comunque, incolmabile tra giudicato amministrativo e civile sta nell’efficacia soggettiva: ma ciò dipende, se non erro, dal fatto che il primo ha comunque ad oggetto un provvedimento con rilievo *erga omnes*.

¹⁵⁵⁴ A dire il vero, lo stesso dovrebbe valere anche per le altre tipologie di interesse legittimo. Se ne tratto ora, però, è perché solo in quest’ambito si avverte davvero un’utilità pratica del mio discorso. Quanto agli interessi legittimi pretensivi negativi, difatti, è difficile (se non impossibile) immaginare che lo stesso interesse legittimo sopravviva al giudizio e si riproduca una lesione identica a quella oggetto di causa (sorgendo *ex facto*, e non in virtù della specifica posizione rivestita, l’interesse legittimo sarà ogni volta una nuova posizione, e non la stessa che si perpetua). Per di più, per queste posizioni vige una generale preclusione di rimedi inibitori, che li trasformerebbero (come già evidenziato) in interessi legittimi pretensivi positivi. Quanto, invece, all’interesse legittimo protettivo, alcuni problemi potrebbero porsi per il caso dell’art. 2087 c.c., che si potrebbe però ricostruire anche come diritto soggettivo. Per la *mora credendi*, invece, il legislatore ha già previsto un apposito procedimento volto ad assicurare tutela piena e soddisfacente. In molti dei casi residui una sentenza con valore anche per il tempo a venire non risulterebbe necessaria, salvo forse le ipotesi in cui appare utile un’inibitoria, emergendo il pericolo che il pregiudizio si reiteri con le stesse forme: ma anche di questo ho già parlato. Una reale analogia con il caso dell’interesse pubblicistico oppositivo vi è nei casi di diritti potestativi, in particolare allorché l’atto di esercizio sia stato annullato e poi rinnovato (senza tener conto del giudicato) da parte del titolare del

dovrebbe superare la proposta inaccettabile o il silenzio della controparte, ordinandole di agire in modo difforme o semplicemente di agire: l'accertamento della lesione intervenuta dovrebbe valere non solo per sanzionare il passato, ma anche per indicare una condotta per il futuro. In tal modo, a fronte del reiterato rifiuto (prodotto anche da una proposta che risulta elusiva), non vi sarebbe solo una lesione prolungata dell'interesse legittimo, rilevante in via risarcitoria, ma anche la lesione del giudicato. Il fatto è, però, che nel giudizio civile mancherebbero le forme dell'ottemperanza¹⁵⁵⁵ e, quindi, non si potrebbe adire il giudice per chiedere la nomina di un commissario o comunque di un curatore che stabilisca il contenuto del futuro contratto, sostituendosi alle parti (con determinazione eventualmente impugnabile)¹⁵⁵⁶.

Ecco, a mio avviso, le difficoltà nel comprendere il funzionamento dell'obbligo di rinegoziazione. L'unica alternativa che *de iure condito* si può ipotizzare è quella, che ripercorre vie che ho già tracciato, dell'inibitoria (assistita da *astreintes*).

Essa lascia parzialmente insoddisfatti: il rimedio non è interamente effettivo, giacché il giudice non potrebbe comunque sostituirsi alla parte che non accetta di rinegoziare. Tuttavia questa è l'unica strada ammessa: un rilievo dell'art. 2058 c.c. non sarebbe ipotizzabile, giacché, finché dura la possibilità di rinegoziare¹⁵⁵⁷, il danno consiste nel ritardo (e non dà modo allora di servirsi del rimedio risarcitorio in forma specifica); d'altro canto, nemmeno l'art. 2932 c.c. può essere applicabile¹⁵⁵⁸, giacché – per lo meno finché vi è un margine di libertà – non esiste un vero e proprio obbligo (né un interesse pretensivo positivo che si atteggi a credito).

Se questo è vero, non bisogna però sottacere l'utilità del rimedio inibitorio¹⁵⁵⁹: esso non si scontra con le obiezioni formulate dalla dottrina all'obbligo di rinegoziare¹⁵⁶⁰, e, specie dopo l'introduzione nel nostro ordinamento delle *astreintes*, può entro certi limiti davvero giovare al contraente che si vede opporre un rifiuto di rinegoziare. Si dovrà pure ammettere che il giudice, dinnanzi alla violazione

potere (cfr. B. SASSANI, *Impugnativa*, cit., p. 8). Non posso, però, trattenermi su questa materia: mi limito a sottolineare che il parallelo non è nuovo, essendo già acquisito alla dottrina processualistica. Cfr. il § 7 del Capitolo primo.

¹⁵⁵⁵ Identica notazione in B. SASSANI, *Impugnativa*, cit., p. 35 e 41, che però fa riferimento ai giudizi che, in senso lato, riguardano l'esercizio di poteri.

¹⁵⁵⁶ D'altro canto, vi osterebbe anche la non surrogabilità delle attività che appartengono all'autonomia privata (a differenza di quelle ascrivibili alla potestà pubblica). Così è secondo B. SASSANI, *Impugnativa*, cit., p. 46: ma l'obiezione non mi pare insuperabile.

¹⁵⁵⁷ E, si può ritenere, argomentando dall'art. 1256, finché dura l'interesse 'secondario' obiettivo del soggetto protetto (rivelato dalla fonte dell'interesse legittimo o dall'oggetto).

¹⁵⁵⁸ Così invece, come noto, F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 425.

¹⁵⁵⁹ Esso, di recente, è stato concesso da Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, su cui v. la nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, p. 571 ss. (dello stesso autore poi v. pure, sul tema, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *NGCC*, 2013, p. 117 ss.).

¹⁵⁶⁰ Mi riferisco ad A. GENTILI, *Riproduzione*, cit., p. 821 s.

dell'inibitoria spiccata, possa risolvere il contratto, in applicazione analogica dell'art. 1467 c.c. (non si tratterà, dunque, di una risoluzione per inadempimento¹⁵⁶¹): il che è tutto quello che può fare, ovvero rimuovere il contratto, mentre non può modificarlo.

Nel contenuto dell'inibitoria vi sarà tanto il divieto di restare inerti, quanto quello di proporre soluzioni già giudicate non conformi alla buona fede. Da ciò può comprendersi come, via via, gli spazi di autonomia di una parte diminuiscano, esattamente come avviene nel diritto amministrativo. Solo in ipotesi eccezionali, però, potrà dirsi venuto meno ogni margine di scelta: in tal caso l'inibitoria assumerà, di fatto, le forme di una tutela di condanna (che, dopotutto, altro non è se non un'inibitoria del comportamento inadempiente, avente però contenuto positivo e non solo negativo).

Un ultimo avvertimento. Il rimedio risarcitorio, ove attivabile (si tratterà di casi in cui è divenuto impossibile rinegoziare), consentirà di chiedere una somma per il ritardo ed eventualmente anche per la perdita di *chances*. Queste dovranno commisurarsi alla singola probabilità di ogni contenuto contrattuale che le parti, rispettando la buona fede, avrebbero potuto condividere; si tratterà, secondo un'immagine che ho già fatto mia, di calcolare l'area dell'integrale rispetto alla curva di probabilità.

La ricostruzione della rinegoziazione, poi, va – con i dovuti adattamenti – estesa anche ai casi di obbligo (non di rinegoziare, ma di) negoziare, assunto contrattualmente. In tal caso non potrà ritenersi sussistente un obbligo di concludere il contratto, ma solo di trattare secondo buona fede; e non è un caso se la dottrina, per la violazione del *pactum de contrahendo*, affermi che «un ragionevole criterio di determinazione sarà quello basato sul grado di probabilità che la trattativa, considerato il punto cui era pervenuta e l'importanza delle clausole già concordate, sarebbe pervenuta alla sua conclusione; ed in pari misura sarà determinato, dall'uno per cento al novantanove per cento, l'interesse contrattuale positivo risarcibile»¹⁵⁶².

Insomma, non vi è più nessun ostacolo alla valutazione in termini di *chances*, allorché l'interesse legittimo, da negativo che era, diventi positivo. Solo, aggiungerei, vi sarà anche la possibilità di una inibitoria, al fine di far continuare la trattativa.

¹⁵⁶¹ Cfr. A. GENTILI, *Riproduzione*, cit., p. 829 s. Viceversa, il giudice non avrebbe mai il potere di adeguare il contratto (o forse solo a 'libertà – discrezionalità in senso lato – interamente esaurita'). G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, § 6, riteneva però che il rimedio migliore per la violazione dell'obbligo di rinegoziare fosse proprio la facoltà del giudice di conformare il contratto, dopo l'infruttuoso esercizio del diritto a rinegoziare. L'autore, tuttavia, scriveva prima della riforma del 2009 che ha introdotto l'art. 614-bis nel nostro ordinamento.

¹⁵⁶² Sono parole di F. GALGANO, *I fatti illeciti*, cit., p. 247.

Nel caso in esame, si badi, l'interesse legittimo sembrerebbe nascere da contratto. In realtà ciò che nasce dal contratto¹⁵⁶³ è la 'situazione' in cui le parti si pongono, ossia la limitazione della loro libertà contrattuale. Le parti non si assicurano qui direttamente beni, ma strumenti (il contrattare in buona fede), e dunque semplicemente si immettono nella posizione su cui nascerà l'interesse legittimo. Anche questo contratto, a mio avviso, dovrebbe ricondursi alla categoria del negozio configurativo¹⁵⁶⁴.

Infine, v'è da considerare un ultimo caso, che non mi pare distanziarsi – nella *ratio* – da quelli considerati: si tratta della sanzione prevista dall'ordinamento per l'abuso di dipendenza economica nella subfornitura (art. 9, l. 192/1998)¹⁵⁶⁵.

Molto si è scritto su questa previsione¹⁵⁶⁶, e (anche) su di essa si è fondata l'idea di un contratto 'terzo'¹⁵⁶⁷: non voglio qui riaprire le questioni problematiche, ma solo notare come la disposizione in parola dia una conferma, in chiusura, alla mia ricostruzione.

Mi limito allora ad osservare che la nullità dell'accordo con cui si realizza l'abuso (comma terzo) assomiglia a una sanzione in forma specifica (specie ove la nullità venga intesa come conformativa e di protezione, ma anche ove si preferisca far riferimento all'art. 1339 c.c.¹⁵⁶⁸). Se così è, potrebbe forse immaginarsi la titolarità, in capo all'imprenditore debole, di un interesse legittimo pretensivo positivo ad avere un rapporto economico equo (o comunque a normali condizioni di mercato). Esso, tra l'altro, dovrebbe dirsi protetto anche in via risarcitoria e inibitoria (così del resto

¹⁵⁶³ L'idea di Faggella, della responsabilità precontrattuale da 'accordo tacito violato', riaffiora qui: ma non si tratta più di proteggere un interesse negativo, bensì uno positivo.

¹⁵⁶⁴ Molto più complesso è chiedersi cosa avviene ove la convenzione miri a stimolare un futuro accordo di transazione (come la convenzione di negoziazione assistita di cui all'art. 3, d.l. 132/2014, conv. in l. 162/2014). Quale potrebbe essere la sanzione per la parte che viola la buona fede? Risulta difficile credere che si parametri alle *chances* di concludere positivamente la trattativa, giacché questo significherebbe aver dismesso del diritto di azione. La sanzione, qui, non potrà che attenersi alle spese processuali (cfr., del resto, l'art. 4).

¹⁵⁶⁵ Vedi una prima bibliografia in R. SACCO, *La volontà*, cit., p. 610 s., nt. 1. Di recente M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1 ss.

¹⁵⁶⁶ Mi limito a richiamare A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 297 ss.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003. Per la giurisprudenza v. l'ordinanza Trib. Bari 11 ottobre 2004 pubblicata in *Riv. dir. priv.*, 2005, con *Nota* (senza titolo) di M. TRECCANI (il quale ritiene che la qualificazione come extracontrattuale della responsabilità di chi abusa della posizione dominante, che la limiterebbe all'interesse negativo, sarebbe poco in linea con la «mancanza di alternative soddisfacenti» per il subfornitore, e va alla ricerca di una via per rinvenirne la natura contrattuale).

¹⁵⁶⁷ Sul 'terzo contratto' v. gli interventi raccolti in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, e in particolare G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, *ivi*, p. 9 ss. Cenni anche in S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 166 ss., e in M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*, I, Torino, 2011, p. 403 ss.

¹⁵⁶⁸ Così, ad esempio, M.R. MAUGERI, *Abuso*, cit., p. 196.

ammette esplicitamente il comma terzo): la nullità, dunque, non rappresenterebbe altro che uno tra i vari rimedi ipotizzabili, esattamente come avviene in tutti i casi di interesse legittimo pretensivo (positivo, ma anche, almeno talvolta, negativo).

D'altro canto, testimoniano in tal senso pure il tentativo, che pur si è fatto, di rinvenire nella disciplina un obbligo di rinegoziazione, e la previsione per cui «da dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti»: effettivamente ciò pare corrispondere a quei requisiti, sulla base dei quali a suo tempo (§ 12 dello scorso Capitolo) ho ritenuto potesse nascere un interesse legittimo pretensivo positivo.

La mancanza di alternative (dunque, l'assenza di un mercato o comunque il suo fallimento) consiglierebbe all'ordinamento di tradurre un interesse legittimo negativo in positivo. La società che si trova in situazione di dipendenza, e subisce l'abuso (vale a dire il comportamento scorretto), potrebbe reagirvi: facendo valere l'invalidità (dunque a prescindere da dolo o colpa), oppure limitandosi a chiedere un risarcimento dei danni.

La previsione di cui al comma 2, poi, secondo cui «l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto», risulterebbe in quest'ottica di più facile lettura, giacché di fronte lesione dell'interesse legittimo, perpetrata tramite una condotta non per forza negoziale, come il rifiuto di vendere o comprare, potrebbe chiedersi anche una tutela inibitoria. Lo stesso varrebbe per l'interruzione delle relazioni: la quale potrebbe anche assumere la forma di un recesso contrattuale, il quale, risultando abusivo, sarebbe di per sé impugnabile (e, probabilmente, annullabile).

D'altro canto, la logica dell'abuso di dipendenza economica, per cui non è la dipendenza in sé contro cui si reagisce, ma è il suo abuso, è del tutto in linea con la teoria che ho esposto dell'interesse legittimo: sussistenza di una situazione legittimante, eventualità della tutela, abuso come comportamento scorretto. La conclusione, poi, tendendo ad assimilare attraverso la stessa figura giuridica lo stato di chi versa in condizioni di debolezza, riconosciute legislativamente, dinnanzi ai poteri amministrativi e a quelli economici (nell'ambito delle attività amministrative di distribuzione od organizzazione di ricchezza, e di quelle economiche di scambio), è in linea con gli esiti cui giungono oggi filosofi e sociologi, in ordine all'esistenza di un sempre maggior numero di centri di potere, non solo pubblici ma anche privati.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Congresso Internazionale ARISTEC. Madrid, 7-10 ottobre 1993*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995
- AA. VV., *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, in *Corso di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, Milano, 2007
- AA. VV., *Diritto civile e diritti speciali*, a cura di A. Plaia, Milano, 2008
- AA.VV., *Pure economic loss in Europe*, edited by M. Bussani and V.V. Palmer, Cambridge, 2003
- AA. VV., *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013
- AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, I-IV*, Padova, 2003, a cura di L. Garofalo
- AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008
- AA. VV., *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Bruscutta e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- AA. VV., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006
- AA. VV., *La disciplina dei licenziamenti nel primo anno di applicazione della legge n. 92/2012*, a cura di M. Persiani, Torino, 2014
- AA. VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006
- C. ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, Padova, 2009
- G. ABBAMONTE, *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo. Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975
- G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitarie*, in *Studi in memoria di Franco Piga, I*, Milano, 1992
- G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998
- G. ABBAMONTE, *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Tratt. Visintini, I*, Padova, 2009
- G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale per violazione di un obbligo di informazione*, in *Danno resp.*, 2010
- G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra risarcimento e indennizzo*, in *Danno resp.*, 2008
- G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008
- G. AFFERNI, *Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno resp.*, 2011

- G. AFFERNI, *Responsabilità dell'intermediario per omessa pubblicazione del prospetto informativo*, in *Danno resp.*, 2004
- G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno resp.*, 2008
- G. AFFERNI, *Risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale*, in *Danno resp.*, 2007
- G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005
- G. AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contr. impr.*, 2012
- S. AGRIFOGLIO, *Le Sezioni Unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 1999
- A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008
- A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è 'virtuale' è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012
- A. ALBANESE, *Regole di comportamento e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008
- B. ALBANESE, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, IV, Milano, 1963
- P. ALBI, sub *art. 2087 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2008
- Re. ALESSI *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951
- Re. ALESSI, *Alcune riflessioni sul tema*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- Re. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974
- Ro. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- R. ALEXYS, voce *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1996, consultabile in www.treccani.it
- R. ALEXYS, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998
- M. ALLARA, voce *Atti emulativi (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959
- M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, XIII, 1927
- M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino, 1939
- M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*², Torino, 1955
- M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto privato*, I, Torino, 1939
- M. ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006
- E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giurisdizionale*, Milano, 1957
- E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*⁵, Torino, 1969
- G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1981

- G. ALPA-M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, I², *I profili dottrinali*, Milano, 1980
- G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II
- G. ALPA, *Le frontiere attuali della responsabilità da illecito nel diritto comparato*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Congresso Internazionale ARISTEC. Madrid, 7-10 ottobre 1993*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995
- G. ALPA, *I principi generali*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2006
- G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzone e A. Saturno, Padova, 2006
- G. ALPA, *Responsabilità precontrattuale - II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991
- G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010
- G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014
- G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008
- G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e 'riqualificazione della causa'*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I (e in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014)
- G. AMADIO, *La salvezza dei diritti dei terzi*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014
- G. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento in forma specifica*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014
- G. AMADIO, *I fondi comuni di investimento: soggetti od oggetti di diritto?*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014
- G. AMADIO, *Il trasferimento precario*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014
- G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006
- G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996
- G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di 'abuso dell'autonomia contrattuale')*, in *Riv. dir. priv.*, 2005
- G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
- G. AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I
- C. AMATO, voce *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2011
- C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012
- C. AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008
- C. AMATO, voce *Affidamento (tutela dell')*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2012
- G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974
- M. AMBROSOLI, voce *Recesso (I agg.)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2014
- C. AMODIO, *Antagonismo e cooperazione nel diritto inglese dei contratti*, in A. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005

- A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940
- A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938
- A. ANASTASI, *Facoltà e diritti facoltativi*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967
- B. ANDÒ, *Responsabilità civile della Consob per omessa vigilanza sugli intermediari*, in *NGCC*, 2011
- B. ANDÒ, *Ritardo nella stipulazione del contratto e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II
- G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, 1937
- A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. it.*, 2012
- A. ANGELETTI, *Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte costituzionale: un'ammissibilità rinviata a miglior occasione*, in *Giur. it.*, 1998,
- A. ANGELETTI, *Ordinamento comunitario e diritto interno nel progetto di riforma del processo amministrativo: la tutela dei diritti e degli interessi*, in *Giur. it.*, 1992
- C. ANGELICI, voce *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991
- C. ANGELICI, *Sulle lacune nel diritto delle società*, in *Società*, 2015
- M.-E. ARBOUR, *A proposito della nebulosa principio di precauzione-responsabilità civile*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano
- C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980
- L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*¹⁴, curato dopo la morte dell'autore da L. Pfaff e da F. Hofmann, Stuttgart, 1889
- L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*⁷ (ma 1^a ed. it.), 1, trad. it. di F. Serafini, Bologna, 1872
- A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito. Specificità dei rimedi*, Milano, 2012
- F. ASTONE, sub *art. 1366 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2011
- P.S. ATIYAH, *Consideration and Estoppel: the Thawing of the Ice*, in *Mod. L. Rev.*, 1975, 38
- G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I
- G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, 1958
- G. AURELIANO, *Il rinnovo della gara come risarcimento in forma specifica?*, in *Resp. civ. prev.*, 2005
- A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959
- G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007
- V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967
- V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*², Milano, 1966
- G. BACHMANN, sub § 241 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012
- O. BÄHR, *Ueber Irrungen beim Contrahiren durch Mittelspersonen*, in *Jber. Jb.*, 1863
- O. BÄHR, *Ueber Irrungen im Contrahiren*, in *Jber. Jb.*, 1875
- A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- A. BALDASSARRE, *Libertà - I) problemi generali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989

- G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus*, 1952
- K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in *AcP*, 1950-1951
- M.V. BALLESTRERO, voce *Licenziamento individuale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012
- U. BÄLZ, *Die vertragliche Erfüllung im System der privatrechtlichen Haftung*, in *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010*, im Gem. mit R. Richardi und J. Wilhelm, hrsg. von T. Lobinger, Tübingen, 2010
- A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998
- V. BARBA, sub *art. 1197 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012
- D. BARBERO, *Guerra e pace fra l'«interno» e l'«esterno» del diritto soggettivo*, in *Jus*, 1952
- D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV
- E.M. BARBIERI, *Quale risarcimento per la lesione di interessi legittimi?*, in *Riv. trim. app.*, 2000
- M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014
- M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2000
- M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006
- M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004
- M. BARCELLONA, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011
- M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011
- P. BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I
- P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962
- P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969
- E. BARGELLI, *Profili applicativi dell'interesse legittimo di diritto privato nella legge n. 675/1996*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusuglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- G. BARILLÀ, *Il Garantievertrag nella teoria e nella prassi tedesca*, in *Annuario di diritto tedesco 2004*, Milano, 2006
- A. BARONE-R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV
- C.M. BARONE, nella sua *Nota a Cass. civ., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688*, in *Foro it.*, 1979, I
- F. BARRA CARACCILOLO, *L'azione risarcitoria nel processo amministrativo e i principi di diritto comune*, in *Contr. impr.*, 2011
- F. BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986
- F. BASSI, *Litisconsorzio necessario e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1987
- G. BAVETTA, voce *Mandato (negozio giuridico) (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, 1975

- A. VON BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, II-1, Erlangen, 1884
- S. BECK, *Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung*, Berlin, 2008
- A. BELLIZZI, *Considerazioni sull'oggettività giuridica dei 'dati personali'*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusuglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2012
- A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I
- F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale - I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991
- F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Foro pad.*, 1962, I
- F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968
- F. BENATTI, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960
- F. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991
- F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr e impr.*, 1987
- F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963
- A.M. BENEDETTI, voce *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011
- A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002
- G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969
- G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata. Per una moderna teoria generale*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991
- C. BENETAZZO, *Contratti della p.a. e annullamento dell'aggiudicazione*, Padova, 2012
- F. BENVENUTI, *Suggerimenti in tema di contratto tra diritto privato e pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2007
- F. BENVENUTI, voce *Parti nel processo (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981
- F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, 1959
- F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975
- F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 1952
- F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I
- G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007
- L. BERNARDI, *Exceptio doli generalis e giudizio amministrativo*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006
- G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000
- L. BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009
- M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- M. BESSONE, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, c. 281 ss.
- M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972

- M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975
- E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920
- E. BETTI, *Sul cosiddetto risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 1948
- E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², ristampa corretta, Napoli, 1994
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953
- E. BETTI, voce *Interesse (teoria generale)*, in *Nov.mo Dig.*, VIII, Torino, 1957
- C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977
- C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, 1995
- C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I
- C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I
- C.M. BIANCA, sub art. 1218 c.c.², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979
- C.M. BIANCA, sub art. 1219 c.c.², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979
- C.M. BIANCA, sub art. 1223 c.c.², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979
- C.M. BIANCA, sub art. 1227 c.c.², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979
- C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III², *Il contratto*, Milano, 2000
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994
- C.M. BIANCA, *L'inibitoria come rimedio di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008
- M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*, I, Torino, 2011
- D.L. BIANCO, *Pubblica amministrazione e responsabilità per culpa in contrahendo*, in *Foro it.*, 1951, I
- L. BIGLIAZZI GERI, *Culpa in contrahendo, pubblica amministrazione e terzi*, in *Foro it.*, 1962, I
- L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.)*, Pisa, 1970
- L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1970
- L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982
- L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967
- L. BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996
- L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984

- L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su 'poteri privati' ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1981
- L. BIGLIAZZI GERI, *Risarcibilità del maggior danno e comportamento del creditore (art. 1227, comma 2, c.c.)*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998
- L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988
- L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993
- L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.1, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, ristampa del 1992
- L. BIGLIAZZI GERI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989
- L. BIGLIAZZI GERI-U. NATOLI, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975
- F. BILE, *Relazione*, in *Atti della tavola rotonda sul tema «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»*, in *Foro amm.*, 1982
- E. BILOTTI, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, III, Padova, 2008
- G. BISCONTINI, *Adempimento parziale e datio in solutum*, in *Rass. dir. civ.*, 1984
- G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, 'prestazione in luogo dell'adempimento' e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989
- N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Nov.mo Dig.*, IX, Torino, 1963
- S. BOCCAGNA, *Corruzione di un componente del Collegio, mancata impugnazione della sentenza e risarcimento del danno: riflessioni in margine alla sentenza della Cassazione sul 'Lodo Mondadori'*, in *Corr. giur.*, 2014
- M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976
- G. BOEHMER, *Der Erfüllungswille*, München, 1910
- M. BONA, *'Più probabile che non' e 'concause naturali': se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*, in *Corr. giur.*, 2009
- M. BONA, *Causalità da perdita di chance e 'lost years': nessuna soglia minima per la tutela risarcitoria delle possibilità di sopravvivenza*, in *Corr. giur.*, 2014
- M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003
- M. BONA, *La Cassazione rigetta il 'modello della causalità proporzionale' con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. giur.*, 2011
- F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno resp.*, 2008
- R.T. BONAZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionedirittocivile.it
- P. BONFANTE, *Essenza della 'bona fides' e suo rapporto colla teorica dell'errore*, in *Scritti giuridici vari*, 2, *Proprietà e servitù*, Torino, 1918
- R. BORK, *Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2011
- R. BORK, *Der Vergleich*, Berlin, 1988
- F. BOSETTI, *Interesse legittimo di diritto privato e profili patrimoniali nel rapporto tra genitori e figli*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusuglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001

- A. BOTTO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi in rapporto all'attività urbanistica ed edilizia*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998
- F. BOTTONI, *Tutela della proprietà, cumulo di rimedi e tramonto dell'occupazione appropriativa*, in *NGCC*, 2013, I
- U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997
- U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974
- U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991
- U. BRECCIA, *Usi e abusi dei significati di 'diligenza nell'adempimento'. La regola della diligenza dal modello del buon padre di famiglia ai nuovi criteri della diligenza specifica e professionale*, in *Tratt. Visintini*, Padova, 2009
- U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968
- U. BRECCIA, sub art. 1322 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011
- S. BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München, 1989
- T. BREMKAMP, *Causa - Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*, Berlin, 2008
- W. BROCK, *Das negative Vertragsinteresse*, Berlin, 1902
- H. BROX-W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*³¹, München, 2006
- H. BROX-W.-D. WALKER, *Besonderes Schuldrecht*²⁹, München, 2004
- G. BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Berlin-Heidelberg-New York, 2006
- C.G. BRUNS, *Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung*, Berlin, 1872
- M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009
- A. BUCCIANTE, voce *Potestà dei genitori*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985
- O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968
- L. BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, in *Giur. it.*, 2008
- O. BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, Freiburg i.Br.-Leipzig-Tübingen, 1899
- D. BUONCRISTIANI, *Concorsi privati. Tecniche di tutela e litisconsorzio*, in *RIDL*, 2009
- M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986
- A. BURDESE, voce *Exceptio doli (diritto romano)* in *Nov.mo Dig.*, VI, Torino, 1960,
- F. BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. dopo la sentenza n. 500/99*, in *Urb. app.*, 2000
- J. BUSCHE, *Die Begründung von Schuldverhältnissen*, a cura di M. Martinek, Berlin, 2005
- F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997
- F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013
- F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I
- F.D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, IV, 1965
- F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006

- F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991
- F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il 'muro' degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I
- F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal 'diritto vivente' al 'diritto vigente'*, Torino, 2001
- F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991
- F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974
- F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964
- F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012
- F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal 'muro di sbarramento' alla 'rete di contenimento'*, in *Danno resp.*, 1997
- F.D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV
- F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013
- M. BUSSANI, *Le agenzie di rating fra immunità e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2014
- L. CABELLA PISU, *Clausole di limitazione o esclusione del risarcimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984
- L. CABELLA PISU, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005
- C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in *Giustizia amministrativa*⁴, a cura di F.G. Scoca, 2013
- I. CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da atto amministrativo illegittimo: un tabù da sfatare*, in *www.lexitalia.it*
- I. CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Giust. civ.*, 2000, I
- F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996
- F. CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1997
- G. CALABRESI-A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harv. L. Rev.*, 1972, 85
- G. CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970, oggi ripubblicato nella traduzione italiana di A. De Vita, V. Varano e V. Vigoriti dal titolo *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 2015
- E. CALEVI, *Diritto all'integrità patrimoniale e responsabilità civile della Consob*, in *Giur. it.*, 2011
- R. CALVO, *La 'codificazione' della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, in *Contr. impr. - Europa*, 2004
- R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, 2010
- R. CALVO, *Nullità e obblighi di informazione*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009

- R. CALVO, *Il fondamento etico della nullità*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010
- R. CALVO, *Le pratiche commerciali 'ingannevoli'*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008
- C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti 'reticolari'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005
- C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008
- E. CAMILLERI, *La tutela del contraente 'a valle' di intesa illecita tra giurisprudenza comunitaria e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2007
- L. CAMPAGNA, *I 'negozi di attuazione' e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958
- C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971
- C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzungen' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965
- C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 14, in *Großkommentar Staub HGB*, München, 2005
- C.-W. CANARIS, *Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, trad. it. a cura di M. Farneti e S. Haberl, in *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di G. De Cristofaro, Padova, 2003
- C.-W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001
- C.-W. CANARIS, *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, in *ZHR*, 1999
- C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*, in *Bankrecht - Schwerpunkte und Perspektiven. Festschrift für Herbert Schimansky*, hrsg. von N. Norr, H.-J. Lwowski und G. Nobbe, Köln, 1999
- C.-W. CANARIS, *Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, che ho citato dalla traduzione italiana, curata da A. di Majo e da M.R. Marella e apparsa con il titolo *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione* in due puntate nella *Riv. crit. dir. priv.*, 1983
- C.-W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'*, in *AcP*, 2000
- F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004
- F. CANGELLI, *Le parti*, in *Giustizia amministrativa*⁴, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011
- E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972
- E. CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953
- E. CANNADA-BARTOLI, voce *Affievolimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958
- E. CANNADA-BARTOLI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991
- C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008
- C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984
- C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995

- E. CAPACCIOLI, *Diritto e processo*, Padova, 1978
- E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978
- E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, ed. provv., Milano, 1963, e poi, con poche aggiunte, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978
- E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980
- E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo*, Padova, 1978
- E. CAPACCIOLI, *Unità della giurisdizione e giustizia amministrativa*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978
- M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012
- M. CAPECCHI, *Verso la responsabilità proporzionale nell'ambito della colpa medica?*, in *Contr. impr.*, 2015
- R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *Limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.*, 2001, I
- R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011
- O.M. CAPUTO, *Illegittimità del bando e affidamento risarcibile dell'aggiudicatario*, in *Urb. app.*, 2013
- G. CARADONNA, *Risarcimento in forma specifica e per equivalente*, in *Contr.*, 2013
- R. CARANTA, *L'inerzia e il ritardo della pubblica amministrazione tra indennizzo e risarcimento*, in *Studi in onore di Giovanni Indica*, Milano, 2014
- R. CARANTA, *Il rasoio di Occam e la responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2006
- R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I
- R. CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale della p.a. per lesione di interessi legittimi e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1991
- R. CARANTA, *Responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999
- R. CARANTA, *Diritto UE e diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012
- R. CARANTA, *Antigiuridicità e colpa nella responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2003
- V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013
- A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2011
- A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2011
- A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012
- A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996

- V. CARIELLO, *Sulla c.d. responsabilità da affidamento nella capogruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II
- F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-G. MONTEDORO, *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, in *Trattato di giustizia amministrativa Caringella-Garofoli*, Milano, 2006
- F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007
- F. CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Corr. giur.*, 1996
- F. CARINGELLA, *La lunga strada verso l'erosione dei privilegi del contraente pubblico*, in *Corr. giur.*, 1996
- F. CARINGELLA, *Problemi della responsabilità contrattuale alla luce della giurisprudenza sulla culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1995
- L. CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936
- L. CARIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I
- L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949
- F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926
- F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato: perseverare diabolicum (a proposito dei limiti della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951
- U. CARNEVALI, sub *art. 648 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2010
- U. CARNEVALI, *In tema di c.d. responsabilità da prospetto delle banche*, in *Corr. giur.*, 1989
- U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr.*, 2002
- P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa. Note a margine del nuovo comma 1-bis dell'art. 1 della legge 241 del 1990*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzone e A. Saturno, Padova, 2006
- P. CARPENTIERI, *Autorità e consenso nell'azione amministrativa. Alcuni spunti di riflessione*, in *Giust. amm.*, 2005
- P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010
- B. CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- M. CARRÀ, *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento in forma specifica*, in *Dir. amm.*, 2004
- L. CARRARO, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949
- F. CARRESI, *Il contratto*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987
- F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965
- L. CARROZZA-F. FRACCHIA, *Art. 35 d.lgs. 80/98 e risarcibilità degli 'interessi meritevoli di tutela': prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2000, III
- F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962
- E. CASETTA-F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III
- E. CASETTA, *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964

- E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952
- E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953
- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*⁹, Milano, 2007
- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, Milano, 2011
- E. CASSETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1996
- E. CASSETTA, voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997
- S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956
- L. CASTELLI, sub art. 2043 c.c. - *Colpa generica e colpa specifica*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011
- G. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I
- C. CASTRONOVO-F. REALMONTE, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative nel diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni*, in *Jus*, 1996
- C. CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2006
- C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011
- C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno resp.*, 2009
- C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004
- C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2004
- C. CASTRONOVO, *Sul significato di 'materia contrattuale' e 'materia di illeciti civili' nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2015
- C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999
- C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Jus*, 1988
- C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008
- C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981
- C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015
- C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione bancaria*, in *BBTC*, 1993, I
- C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
- C. CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in *ERPL*, 2009
- C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali, Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999
- C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995
- C. CASTRONOVO, *La 'civiltizzazione' della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012

- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006
- C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008
- C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004
- C. CASTRONOVO, *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 2004
- C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998
- C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009
- C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005
- C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010
- C. CASTRONOVO, voce *Danno - VII) Danno da prodotti - dir. it. e stran.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995
- C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976
- D. CASTRONOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010
- A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967
- A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962.
- A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla 'fattispecie'*, in *Riv. dir. civ.*, 2015
- A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*³, Torino, 2009
- G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964
- G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971
- G. CATTANEO, *Concorso di colpa del danneggiato*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984
- G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958
- S. CATTANEO, *Responsabilità per 'contatto' e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2001
- G. CATURANI, *Inapplicabilità agli interessi legittimi dei principi di risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- C. CAVALLARI, *Il danno da ritardo: nozione, inquadramento e presupposti di risarcibilità*, in *Corr. mer.*, 2013
- M.C. CAVALLARO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove aut.*, 2005
- M.C. CAVALLARO, *Principio di buona fede e invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011
- M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004
- P. CENDON, *il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976

- G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale. Tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008
- A. CERRETO, *Osservazioni sulle azioni esperibili nel processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*
- A. CERRI, voce *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990
- V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011
- V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002
- V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*², Torino, 2010
- V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*⁴, Torino, 2014
- V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004
- V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984
- W. CESARINI SFORZA, voce *Diritti soggettivi*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964
- C. CESTER-M.G. MATTAROLO, sub *art. 2104 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2007
- C. CESTER, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in G. SUPPIEJ-Marcello DE CRISTOFARO-C. CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Padova, 2008
- C. CESTER, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *Giur. it.*, 2014
- F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1996
- A. CHECCHINI-G. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*⁸, Torino, 2012
- A. CHECCHINI, voce *Prestazione - I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990
- A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977
- A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I
- B. CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *NGCC*, 2012
- S. CHERTI, *Obblighi di informazione e informazione pubblicitaria nel codice del consumo*, in *TSDP*, 2010
- M.C. CHERUBINI, sub *art. 1373 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011
- M.C. CHERUBINI, *Tutela del 'contraente debole' nella formazione del consenso*, Torino, 2005
- R. CHIEPPA, *La reintegrazione in forma specifica nel diritto amministrativo: tutela risarcitoria o azione di adempimento?*, in *Resp. civ. prev.*, 2003
- R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*
- R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003
- R. CHIEPPA, voce *Provvedimenti di secondo grado*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008
- D. CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015

- D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*², Milano, 2010
- G. CHINÉ, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2003
- G. CHINÉ, *L'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, in www.giustizia-amministrativa.it
- G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935
- G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli, 1965, ristampa
- T.J. CHIUSI, sub § 516 BGB, in *J. von Staudingers Kommentar*, neubearb. 2013, Berlin
- G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I
- G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966
- G. CIAN, *L'evoluzione del sistema privatistico italiano e l'influsso tedesco: spunti per una riflessione generale*, in *Liber amicorum per Dieter Henrich*, I, *Parte generale e persone*, Torino, 2012
- G. CIAN, voce *Pagamento*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995
- G. CIAN, *Riflessioni in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998
- G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I
- A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Giur. it.*, 2008
- R. CICALA, *Il rapporto giuridico*², Firenze, 1935
- S. CICCARELLO, *Violazione dei doveri di protezione*, in *Violazione del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003
- C. CICERO-N. ORTU, *Annullamento dell'aggiudicazione e risarcimento in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010
- C. CICERO, *Il contratto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto 'a tutele crescenti'*, in *Riv. not.*, 2015, II
- C. CICERO, *Contratto e interesse pubblico*, in *Sillogi di diritto privato e pubblico. Al crocevia tra tradizione e rinnovamento*, Padova, 2012
- C. CICERO, *Sul diritto civile dell'ente pubblico*, Napoli, 2010
- C. CICERO, *Interesse pubblico e anamorfosi del contratto. I principi di diritto privato nel contratto dell'ente pubblico*, in *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, a cura di C. Cicero, Padova, 2011
- F. CIMBALI, *La responsabilità da contatto*, Milano, 2010
- L. CIMELLARO, *Alcune note in tema di reintegrazione in forma specifica nel giudizio amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2003, I
- G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*², Padova, 2003
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006
- M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995
- M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989
- M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it

- A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013
- V. COLESANTI, *La revocazione è diventata un istituto inutile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2014
- C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza dell'errore del deceptus*, in *Riv. dir. comm.*, 1993
- G. COMANDÉ-L. NOCCO, *Proportional Liability as an Application of the Precautionary Principle. Comparative Analysis of the Italian Experience*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2013
- G. COMANDÉ, *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, a cura di G. Comandé, Milano, 2006
- A. COMINO, *La condanna 'atipica' nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2011
- A. COMINO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo: una questione aperta*, in *Resp. civ. prev.*, 2011
- M. COMPORZI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977
- M. COMPORZI, *Diritti reali in generale*², in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2011
- M. COMPORZI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I
- C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012
- C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991
- C. CONSOLO, *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione?*, in *Dir. proc. amm.*, 1990
- C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007
- G. CONTI, *Concorso di colpa del danneggiato e pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015
- G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976
- D. CORLETTI, *Efficacia e invalidità dell'atto amministrativo*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, a cura di G. Scialoja, Bologna, 2006, estratto reperibile nel sito <http://www.webalice.it/corletto/PublicPDF/CorlettoEfficInvaliditAtto.pdf>
- D. CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006
- P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006
- M. CORSALE, voce *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973
- L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003
- G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*⁴, Torino, 2008
- G. CORSO, voce *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993
- G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Milano, 2009
- B. CORTESE, *Le obbligazioni generiche*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, V, Padova, 2010
- F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e processo*, Padova, 2007

- F. CORTESE, *Il danno da ritardo nel risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 2013
- F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La 'nuova' responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012
- P. COSMAI, *Il danno da ritardo: tra risarcimento ed indennizzo*, in *Corr. mer.*, 2013
- C. COSSU, voce *Potestà dei genitori*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996
- M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Rescigno*, 7-I², Torino, 2005
- M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967
- M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987
- M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981
- G. COTTINO, *Dalle Sezioni Unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, in *Giur. it.*, 2008
- G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I
- G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale²*, Padova, 2006
- R. CRISTOFARI, sub art. 1180 c.c., in *Comm. Cendon*, Milano, 2009
- C. CUDIA, voce *Interessi diffusi e collettivi (dir. amm.)*, in *Treccani-Diritto on line*
- C. CUDIA, *S.c.i.a. e d.i.a. in edilizia (pensavo fosse liberalizzazione e invece era un calesse)*, in www.giustamm.it
- C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008
- V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- M.F. CURSI, *Dall'actio de dolo al danno meramente patrimoniale*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008
- M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008
- M.F. CURSI, *La mora del creditore*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-5, Padova, 2010
- A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002
- A. D'ADDA, sub art. 2058 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011
- M. D'ALBERTI, *Recensione a G. NAPOLITANO, Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004
- M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013
- F. D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I
- M. D'AMELIO, voce *Abuso del diritto*, in *Nov.mo Dig.*, I, Torino, 1957
- M. D'AMELIO, voce *Diritti facoltativi*, in *Enc. it.*, 1932, voce oggi consultabile sul portale www.treccani.it
- G. D'AMICO, voce *Rappresentanza – I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991
- G. D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-I, Milano, 2009
- G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contr.*, 2011
- G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010

- G. D'AMICO, voce *Rappresentanza - I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012
- G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni 'di mezzi' e 'di risultato'. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999
- G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
- G. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Violazione del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, e pure in *Riv. dir. civ.*, 2004, I
- G. D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003
- G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010
- G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006
- G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009
- G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996
- G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002
- G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014
- A. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005
- A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992
- A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali e la regola di tassatività*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-I
- A. D'ANGELO, *Buona fede-correttezza nell'esecuzione del contratto*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII-4**, Torino, 2004
- A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, 1, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi e diretta da G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1999
- D. D'ORSOGNA, *Danno 'da reato' e comportamento illegittimo dell'amministrazione: verso l'ingiustizia dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 1997
- T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II
- T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il 'ripensamento' delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II
- T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, Padova, 2012
- T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006
- T. DALLA MASSARA, *Dolo incidente: quantum risarcitorio e natura della responsabilità*, in *Giur. it.*, 2000

- T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in *Actio in rem e actio in personam*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011
- T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004
- E. DAMIANI, *Informazioni precontrattuali e responsabilità*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003
- G. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I
- G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010
- Marco DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II
- Marco DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011
- Marco DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*
- S. DE FINA, voce *Autonomia*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986
- A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*², in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1982
- A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*³, I, Milano, 1979
- A. DE CUPIS, voce *Danno (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962
- B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958
- V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995
- V. DE LORENZI, sub artt. 1392-1393 c.c., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012
- A. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I
- R. DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere e S. Riondato, in *Tratt. di biodiritto Rodotà-Zatti*, Milano, 2011
- A. DE MAURO, *Violazione del dovere precontrattuale di buona fede nelle ipotesi di mancata conclusione del contratto*, in A. DE MAURO-F. FORTINGUERRA-S. TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*², Padova, 2007
- G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997
- G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento ex art. 2043*, in *Resp. civ. prev.*, 2014
- G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974
- M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995
- B. DEFFAINS-S. FERREY, *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*, in *RTDciv.*, 2010
- G. DEIANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938

- E. DEL PRATO, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012
- E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Tratt. Roppo*, IV-1, Milano, 2006
- B. DELFINO, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: verso una soluzione 'sistematica'*, in *Dir. proc. amm.*, 1996
- F. DELLA NEGRA, *Tutela dell'affidamento e dichiarazioni precontrattuali*, in *Contr.*, 2013
- M. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008
- M. DELLACASA, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*
- M. DELLACASA, *Il recesso unilaterale*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013
- M. DELLACASA(-F. ADDIS), *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006
- M. DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II
- M. DELL'UTRI, *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II
- S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *Contr.*, 2010
- S. DELLE MONACHE, sub *art. 1392 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011
- S. DELLE MONACHE, sub *art. 1394 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011
- S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto 2009*, Torino, 2010
- E. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht²*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996
- E. DEUTSCH, *Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft*, in *JuS*, 1967
- E. DEUTSCH, *Der Schutzbereich der Produzenthaftung nach dem BGB und dem PHG*, in *JZ*, 1989
- F. DI CIOMMO, *Transazione non impugnata e risarcimento dei danni per illecito incidente sulla formazione della volontà negoziale: brevi note sulla sentenza d'appello Cir/Fininvest*, in *Danno resp.*, 2011
- F. DI GIOVANNI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1984
- A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967
- A. DI MAJO, sub *art. 1174 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988
- A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974
- A. DI MAJO, voce *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988
- A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti 'poteri privati'*, in *Giur. it.*, 1980
- A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015
- A. DI MAJO, *L'obbligazione 'protettiva'*, in *Eur. dir. priv.*, 2015
- A. DI MAJO, sub *art. 1197 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994
- A. DI MAJO, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della p.a. La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corr. giur.*, 2009

- A. DI MAJO, *Diritto dell'Unione Europea e tutele nazionali. La responsabilità civile degli Stati*, in *Eur. dir. priv.*, 2014
- A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984
- A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, cit.
- A. DI MAJO, *Discorso generale sulla responsabilità civile*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-3, Milano, 2009
- A. DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra [regole di] fattispecie e [regole di] procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005
- A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984
- A. DI MAJO, *Ingustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I
- A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999
- A. DI MAJO, *La 'via di fuga' nel torto aquiliano*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III⁴, Milano, 2003
- A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009
- A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010
- A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998
- A. DI MAJO, sub art. 1173 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988
- A. DI MAJO, sub art. 1174 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988
- A. DI MAJO, sub art. 1175 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988
- A. DI MAJO, sub artt. 1173-1320 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988,
- A. DI MAJO, voce *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992
- A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corr. giur.*, 2011
- A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I
- A. DI MAJO, *Il secondo libro del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana. Atti del Convegno di Ferrara 26-28 settembre 1996*, Padova, 2002
- F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010
- F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005
- N. DI MODUGNO, *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra codice e secondo decreto correttivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali 'aggressive'*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008
- N. DI PRISCO, voce *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986
- R. DI RAIMO, sub art. 1432 c.c., in *Commentario Gabrielli*, Milano, 2011

- L. DIERS, *Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo. Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an der Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?*, Welter im Kreis Soest, 1962
- H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943
- H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Juristentages*, II, Tübingen, 1959
- A.A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997 (e pure in *BBTC*, 1998)
- V. DOMENICHELLI, *Il significato della giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1987
- A. DOMINICI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: un'azione avverso il silenzio sui generis?*, in *Corr. mer.*, 2012
- G. DÖMPKE, *Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen*, Breslau-Neukirch, 1933
- A. DONDI, voce *Abuso del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, III, 2010
- C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972
- G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente*, Milano, 1994
- M. DOSSETTI, voce *Atti emulativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- M. DOSSETTI, *Lo schema della promessa al pubblico e i concorsi privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I
- B. DUSI, *Diritti subiettivi e facoltà giuridiche*, oggi in *Scritti giuridici*, I, a cura di P. Schlesinger, Torino, 1956
- H. EHMANN, *Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung*, in *JZ*, 1968
- H. EHMANN, *Die Gesamtschuld*, Berlin, 1972
- H. EHMANN, *Über den Begriff des rechtlichen Grundes im Sinne des § 812 BGB*, in *NJW*, 1969
- H. EHMANN, *Zum Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolgs*, in *NJW*, 1973
- H. EHMANN, *Zur causa-Lehre*, in *JZ*, 2003
- R. EHRLICH, *Die Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß im spätgemeinen und im bürgerlichen Recht*, Berlin-Neukölln, 1933
- H. EIDENMÜLLER-F. FAUST-H.C. GRIGOLEIT-N. JANSEN-G. WAGNER-R. ZIMMERMANN, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, in *JZ*, 2008
- D. EINSELE, sub § 125 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012
- F. EISELE, *Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten*, in *Jber. Jb.*, 1887
- V. EMMERICH, sub § 311 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012
- K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, trad. it. di A. Baratta
- L. ENNECERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1888
- W. ERNST, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012
- W. ERNST, sub § 280 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012

- W. ERNST, *Entgeltlichkeit. Eine Untersuchung am Beispiel des Tauschs, der gemischten Schenkung und anderer Verträge*, in *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag*, in Gem. mit R. Richardi und J. Wilhelm, hrsg. von T. Lobinger, Tübingen, 2010
- J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, 1⁸, Heidelberg, 1995
- J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, 2⁷, Heidelberg, 1993
- J. ESSER-H.L. WEYERS, *Schuldrecht, II, Besonderer Teil*, 2⁸, Heidelberg, 2000
- J. ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*², Frankfurt a.M., 1969
- J. ESSER, § 242 BGB und Privatautonomie, in *JZ*, 1965
- J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*³, Tübingen, 1974
- J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1972, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983
- E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012
- G. FACCI, *Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 2008
- G. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contr. impr.*, 2012
- M. FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *NGCC*, 2014
- R. FADDA, sub *art. 1186 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012
- G. FAGGELLA, *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda per XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1906
- S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004
- G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Padova, 2010
- G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001
- G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009
- G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984
- G. FALCON, voce *Convenzioni e accordi amministrativi - I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, 1988
- A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958
- A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967
- A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965
- A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991
- A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I
- A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987
- A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, ristampa
- V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006

- I. FARGNOLI, *Colpa in contrahendo e azioni contrattuali*, in *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011
- G. FASSÒ, *Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, I, Milano, 1973
- F. FAUST, *Schadenersatz*, in P. HUBER-F. FAUST, *Schuldrechtmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002
- R. FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2013
- R. FAVALE, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *NLCC*, 2014
- E. FAVARA, *Osservazioni sul tema intorno alla risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle Sezioni Unite*, in *Giust. civ.*, 2008, I
- I. FEDERICI, *Giudizio di validità e contratto giusto (riflessioni su un recente orientamento delle Sezioni Unite)*, in *Rass. dir. civ.*, 2009
- C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011
- L. FELLETTI, *Il danno da responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione: quale giurisdizione?*, a cura di M. Andreis, Milano, 2009
- M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014
- M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012
- L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1, *Teoria del diritto*, Bari, 2007
- G. FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- V. FERRANTE, voce *Licenziamento disciplinare*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiornamento****, Torino, 2007
- E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008
- L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003
- L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996
- L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006
- L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010
- L. FERRARA, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013
- G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986
- L. FERRI, voce *Revoca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989

- L. FERRI, *L'autonomia privata*, 1959
- G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966
- G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*², Padova, 2004
- G.B. FERRI, voce *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981
- C. FERRO, *Il principio di buona fede nell'azione amministrativa*, in *www.lexitalia.it*
- A. FICI, sub *art. 37 cod. cons.*, in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2011
- H.C. FICKER, *Produktenhaftung als Gefuabrungshaftung?*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bieberstein und P. Schlechtriem, Tübingen, 1978
- W. FIKENTSCHER-A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, Berlin, 2006
- W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*⁶, Berlin-New York, 1992
- C. FIN, *La rivincita degli investitori: la Cassazione condanna la Consob al risarcimento del danno per insufficiente vigilanza*, in *Resp. civ.*, 2012
- T. FINKE, *Die Minderung der Schadenersatzpflicht in Europa*, Göttingen, 2006
- M. FISCHER, *Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002
- H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*, München, 2001
- W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*³, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979
- W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990
- E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Milano, 1984
- E. FOLLIERI, *La penalità di mora nell'azione amministrativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2013
- E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006
- E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. app.*, 2005
- E. FOLLIERI, *La diversa tutela risarcitoria degli interessi legittimi oppositivi e pretensivi*, in *Urb. app.*, 2005
- E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi, in Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998
- A. FONDRIESCHI, voce *Prestazione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento***, Torino, 2007
- A. FONTANA, voce *Sanzioni disciplinari*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989
- F. FORCELLINI-A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960
- M. FORNACIARI, *Lesione di interessi legittimi: risarcimento del danno e annullamento dell'atto*, in *Dir. proc. amm.*, 2009
- F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale della p.a.*, in A. DE MAURO-F. FORTINGUERRA-S. TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*², Padova, 2007

- M. FRACANZANI, *Alle radici teoriche dell'interesse legittimo. Sull'influsso della Destra hegeliana nella Giurispubblicistica tedesca tra XIX e XX secolo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997
- F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Responsabilità delle amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2003, I
- F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, *ivi*, in *www.giustamm.it*
- F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I
- F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Milano, 2009
- F. FRACCHIA, *Risarcimento danni da cd. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a 'risultato garantito'?*, in *Foro it.*, 2000, III
- F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, I
- U. FRAGOLA, *Studio introduttivo sulla risarcibilità degli interessi legittimi*, Firenze, 1960
- U. FRAGOLA, *Osservazioni alla «introduzione al tema» del prof. Giovanni Miele*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- L. FRANCIOSI, *Disposizioni generali*, in *Tratt. Rescigno*, 7-I², Torino, 2005
- G. FRANZA, voce *Licenziamento ingiurioso*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiornamento****, Torino, 2007
- M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in *Tratt. dei contratti Rescigno*, I *contratti in generale*, II, Torino, 1999
- M. FRANZONI, sub *art. 2058 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993
- M. FRANZONI, *L'illecito*², in *Tratt. della responsabilità civile Franzoni*, I, Milano, 2010
- M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*², in *Tratt. della responsabilità civile Franzoni*, II, Milano, 2010
- M. FRANZONI, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contr. impr.*, 1993
- M. FRANZONI, sub *artt. 1425-1426 c.c.*², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005
- R. FREITAG, *Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das internationale Produkthaftungsrecht*, Tübingen, 2000
- A. FRIGNANI, voce *Inibitoria (azione)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971
- V. FROSINI, voce *Potere [teoria generale]*, in *Nov.mo Dig.*, XIII, Torino, 1966
- V. FROSINI, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1961
- V. FROSINI, voce *Diritto soggettivo*, in *Nov.mo Dig.*, V, Torino, 1968
- V. FROSINI, voce *Facoltà*, in *Nov.mo Dig.*, VI, Torino, 1968
- C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964
- G.B. FUNAIOLI, *La teoria della violenza nel negozio giuridico*, Roma, 1927
- E. GABRIELLI, *La doppia vendita immobiliare*, in *Diritto privato*, 1995
- E. GABRIELLI, *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984

- E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990
- E. GABRIELLI, *‘Operazione economica’ e teoria del contratto*, Milano, 2013
- E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un’ipotesi giurisprudenziale*, in *www.judicium.it*
- G. GABRIELLI-F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985
- G. GABRIELLI, *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell’art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009
- G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974
- H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, in *Gesammelte Werke*, 1, *Hermeneutik*, I, Tübingen, 2010, trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1983
- F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007
- F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011
- F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008
- F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell’attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico²*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002
- F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997
- F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contr. impr.*, 1988
- F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978
- F. GALGANO, *Trattato di diritto civile²*, II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Padova, 2010
- P. GALLO, *Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043/2059 c.c.*, Torino, 2000
- P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I
- P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I
- P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006 (il contributo è stato pubblicato in due puntate, con i titoli *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, e *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I)
- C. GALLUCCI, voce *Responsabilità civile - V) Tutela aquiliana degli interessi legittimi*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001
- A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1995
- A. GAMBARO, voce *Finzione giuridica nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992
- A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto - II) diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989
- E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941
- E. GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, 1950
- B. GARDELLA-TEDESCHI, *L’interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un’indagine comparatistica*, Milano, 2008

- A.M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II
- A.M. GAROFALO, *La concorrenza di azioni e giurisdizioni tra diritto privato e amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- A.M. GAROFALO, *Posizioni giuridiche e tutele giurisdizionali dei partecipanti alle gare pubbliche*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013
- L. GAROFALO-S. VIARO, *Sull'eccezione di dolo generale*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011
- L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008
- L. GAROFALO, *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica*, Padova, 2005
- L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011
- L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005
- L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2006
- L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, 2008
- L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005
- L. GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità amministrativa*, in *Urb. app.*, 2005
- P. GASPARRI, *Sulla risarcibilità dei danni subiti con la lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammisibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- L. GATTI, *La tutela inibitoria del diritto al contratto*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006
- S. GATTI, *Concorso di cause e principio di proporzione*, in *Danno resp.*, 2015
- J. GAUDEMET, *Fides' e 'bona fides'*, in *L'ABEO*, 1963
- G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957
- F. GAZZONI, *Ci vorrebbe un giudice di un altro pianeta (qualche dubbio 'garantista' sulla sentenza di risarcimento del danno per il c.d. lodo Mondadori)*, in *Dir. fam.*, 2009
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013
- F. GAZZONI, *L'effetto dichiarativo*, in *Tratt. Gabrielli-Gazzoni*, I-2, Torino, 2012
- A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010
- A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009
- A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006
- A. GENTILI, *A proposito de 'il diritto soggettivo'*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I
- A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013
- A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009
- A. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Riv. dir. civ.*, 1998
- A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Eur. dir. priv.*, 2011

- A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli, I contratti in generale*², II, Torino, 2006
- A. GENTILI, voce *Pretesa*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991
- A. GENTILI, *Riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-II, Milano, 2009
- A. GENTILI, voce *Dolo - I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989
- J. GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe*, in *Festschrift für Arthur Nikisch zum 70. Geburtstag am 25.11.1958*, hrsg. von E. Nöttischer, Tübingen, 1958
- E. GHERA-F. LISO, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976
- J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, 2006,
- G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965
- G. GHEZZI, voce *Cortesia (prestazioni di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962
- G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1967
- S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1-bis, della legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzione e A. Saturno, Padova, 2006
- S. GIACCHETTI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione (sospeso tra realtà, mistificazione e fantasia)*, in *Giurisd. amm.*, 2007, IV
- S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000
- S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998
- S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi è in 'coltivazione'*, in www.lexitalia.it
- G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I
- G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958
- M.S. GIANNINI-A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970
- M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 1963
- M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II³, Milano, 1993
- M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, originariamente in *Riv. dir. proc.*, 1963-1964, e oggi in *Scritti*, 5, Milano, 2004
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939
- M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939
- M.S. GIANNINI, voce *Accertamento (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958

- M.S. GIANNINI, voce *Illegittimità*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970
- F. GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in *Violazione del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003
- F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993
- F. GIGLIOTTI, *Illeciti da informazione e responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I
- I. GILEAD-M.D. GREEN-B.A. KOCH, *General Report: Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report*, in *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, edited by I. Gilead, M.D. Green and B.A. Koch, Berlin-Boston, 2013
- G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974
- M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, II
- M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, Milano, 1975
- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968
- M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Nov.mo Dig.*, XI, Torino, 1968
- V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963
- R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010
- G. GIOVANNINI-R. CAPONIGRO, sub art. 7, in *Comm. al d.lgs. 104/2010 Quaranta-Lopilato*, Milano, 2011
- M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009
- M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008
- R. GISONDI, *Il regime della tutela dei terzi contro la s.c.i.a. dopo la manovra di agosto 2011 ed il decreto correttivo del codice del processo amministrativo: un'interpretazione costituzionalmente orientata per evitare il deficit di effettività*, in www.giustizia-amministrativa.it
- R. GISONDI, *Nuovi strumenti di tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it
- R. GISONDI, *Via libera all'azione di adempimento per ottenere il rilascio del permesso di costruire*, in *Urb. app.*, 2012
- A. GIUFFRIDA, *La reintegrazione in forma specifica amministrativa: spunti critici e problematici*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2007
- A. GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1998
- H. GLAUB, *Gibt es heute noch Realkontrakte?*, Würzburg, 1934
- A. GLEIJESES, *Preclusione giurisdizionale alla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- A. GNANI, *Causa umana e causa naturale in concorso: nuovi possibili scenari dopo le sentenze della Cassazione*, in *Danno resp.*, 2013
- A. GNANI, sub art. 2055 c.c., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005
- A. GNANI, *Responsabilità del medico da contatto sociale: brevi dubbi*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008

- F. GOISIS, *Atti estranei all'oggetto sociale, autorizzazioni e ratifiche dell'assemblea dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Dir. proc. amm.*, 2011
- F. GOISIS, *Vincolo di strumentalità e misure cautelari di contenuto 'propulsivo' nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008
- N. GÓMEZ DÁVILA, *In margine a un testo implicito*, Milano, 2001
- J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991
- G. GORLA, *Promesse 'condizionate' ad una prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I
- G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, VII-1, Torino, 1937
- G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936
- G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955
- G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: 'fatto dannoso e conseguenze'*, in *Riv. dir. comm.*, 1951
- G. GRANELLI, *Le 'pratiche commerciali scorrette' tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007
- C. GRASSETTI, voce *Datio in solutum (diritto civile)*, in *Nov.mo Dig.*, V, 1968
- C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961
- C. GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936, estratto
- G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in www.sna.gov.it
- M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001
- F. GRECO, *La responsabilità extracontrattuale dell'agenzia di rating nei confronti dell'investitore*, in *Resp. civ. prev.*, 2013
- F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005
- G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986
- G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003
- G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014
- G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014
- G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014
- G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980
- G. GRECO, *La s.c.i.a. e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011
- H.C. GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, 1997
- G. GRISI, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, in *Contr.*, 2010

- G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002
- G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990
- G. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001
- G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- G. GRISI, sub art. 1223 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2013
- G. GROSSO, voce *Buona fede (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959
- G. GROSSO, voce *Abuso del diritto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958
- S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001
- S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte*, in *AcP*, 1998
- C. GRÜNEBERG, *Einleitung vor § 241 BGB*, in *Palandt Kommentar*⁷¹, München, 2012
- L. GUADINO, *Esposizione ad amianto e danno da pericolo: qualche riflessione dopo la pronuncia della Cour de cassation sul préjudice d'anxiété*, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I², Milano, 1983, ma pubblicato con la stessa numerazione delle pagine anche come estratto (Milano, 1994)
- G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949, estratto (ristampa Napoli, 1990)
- A. GUARNERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988
- R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*², Torino, 2014
- R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino, 1993
- E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011
- E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, originariamente in *Arch. dir. pubb.*, 1937 oggi in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967
- E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*³, Padova, 1957
- E. GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi? Tentativo di impostazione del problema ... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- G. GUIDARELLI, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006
- J.D. HARKE, sub § 311 II, III BGB. *Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hrsg. von M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, II, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil. §§ 241-432*, Redaktion R. Zimmermann, Tübingen, 2007
- H.L.A. HART-T. HONORÉ, *Causation in the Law*², Oxford, 1959
- G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941
- J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933
- B. HEIDERHOFF, *Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht*, in *ZEuP*, 2008
- K. HELDRICH, *Die Form des Vertrages*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1941

- R. HEPTING, *Ehevereinbarungen. Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht*, München, 1984
- H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes*, Berlin-Leipzig, 1931
- J. HIMMELSCHNEIDER, *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1935
- H. HIRTE-M. HEBER, *Haftung bei Gefälligkeitsfahrten im Straßenverkehr*, in *JuS*, 2002
- S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen?*, Tübingen, 2001
- H.J. HOFFMANN, *Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß*, in *AcP*, 1967
- W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal*, 1917, 26
- W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal*, 1913, 23
- G. HOHLOCH, *'Vertrauenshaftung' - Beginn einer Konkretisierung?*, in *NJW*, 1979
- G. HOHLOCH, *Produkthaftung in Europa. Rechtsangleichung und nationale Entwicklungen im zehnten Jahr nach der Produkthaftungsrichtlinie*, in *ZEuP*, 1994
- K. HUBER, *Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bierbenstein, P. Schlechtriem, Tübingen, 1978
- U. HUBER, *Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1977
- U. HUBER, *Leistungsstörungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1981
- U. HUBER, *Zivilrechtliche Fabrlässigkeit*, in *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*, hrsg. von E. Forsthoff, W. Weber und F. Wieacker, Göttingen, 1973
- U. HUBER, *Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einbeitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bierbenstein, P. Schlechtriem, Tübingen, 1978
- U. HUBER, *Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1977
- L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984
- L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale)*, in *Dir. proc. amm.*, 1988
- L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006
- L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007
- L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998
- C. IANONE, *Reintegrazione in forma specifica e aggiudicazioni sostitutive*, in *Urb. app.*, 2002
- M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo*², a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011
- N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Nov.mo Dig.*, XV, Torino, 1968
- N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014

- N. IRTI, *Concetto giuridico di 'comportamento' e invalidità dell'atto*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010
- N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998
- N. IRTI, *'È vero, ma ...'* (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I
- N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999
- G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento della posizione negoziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2011
- A. IULIANI, *Attività amministrativa e rapporto obbligatorio*, in *Giureta*, 2015
- P. JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, in *Quadrimestre*, 1986
- N. JANSEN, *The idea of a Lost Chance*, in *Oxford Jour. Legal Studies*, 1999, 19
- N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübingen, 2003
- K. JASPERS, *Psychologie der Weltanschauungen*, Berlin, 1919
- G. JELLINEK, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892
- A.C. JEMOLO, voce *Libertà (aspetti giuridici)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974
- M. JESTAEDT, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht*^{A4}, hrsg. von H.-U. Erichsen und D. Ehlers, Berlin-New York, 2010
- T. KADNER GRAZIANO, *'All or Nothing' or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation*, in *ERPL*, 2008
- H. KALLMEYER, *Die Gefälligkeitsverhältnisse*, Berlin, 1968
- M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1967
- C. KATZENMEIER, *Entwicklungen des Produkthaftungsrechts*, in *JuS*, 2003
- C. KATZENMEIER, *Produkthaftung und Gewährleistung des Herstellers teilmangelhafter Sachen*, in *NJW*, 1997
- H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino, 2000
- D. KLIMKE, *Die Vertragsübernahme*, Tübingen, 2010
- D. KOCH, *Produkthaftung. Zur Konkurrenz von Kaufrecht und Deliktsrecht*, Berlin, 1995
- J. KOCH, sub § 516 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012
- J. KOCH, sub § 521 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2012
- I. KOLLER, *Recht der Leistungsstörungen*, in I. KOLLER-H. ROTH-R. ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, München, 2002
- J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981
- H. KÖTZ-G. WAGNER, *Deliktsrecht*^{A2}, München, 2013
- H. KÖTZ, *Vertragsrecht*^P, Tübingen, 2012
- E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*⁵, München, 2007
- R. KRAWIELICKI, *Grundlagen des Bereicherungsanspruchs*, Breslau, 1936
- P. KREBS, *Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten*, München, 2000.

- H. KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929
- A. LA TORRE, *L'eredità romanistica nel diritto civile*, oggi in *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, *Diritto civile*, 2008
- A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione: il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006
- M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996
- E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Milano, 2012
- F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti (teoria dinamica del diritto soggettivo)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1969
- L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007
- E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013
- P. LAMBRINI, *Dolo facit, qui petit quod redditurus est. Eccezione di dolo generale e contratto autonomo di garanzia*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, a cura di R. Fiori, Napoli, 2006
- P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010
- P. LAMBRINI, *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in *Tutele rimediali in tema di obbligazioni*, a cura di L. Garofalo, Torino, 2015
- P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, Napoli, 2013
- S. LANDINI, *Causalità giuridica e favor veritatis*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II
- S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008
- A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, in *Danno resp.*, 2003
- A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I
- R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003
- K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderes Teil*, 2¹³, München, 1994
- K. LARENZ-M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*⁹, München, 2004
- K. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig, 1930
- K. LARENZ, *Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen*, in *NJW*, 1960
- K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*⁷, München, 1989
- K. LARENZ, *Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo*, in *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, Berlin, 1975
- K. LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und 'sozialer Kontakt'*, in *MDR*, 1954
- K. LARENZ, *Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, hrsg. von R. Dietz und H. Hübner, I, München-Berlin, 1965
- K. LARENZ, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht*, in *JuS*, 1965
- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*⁴, München, 1987
- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, 1¹³, München, 1986
- K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶, Berlin, 1991

- K. LARENZ, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht*, in *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Döle*, 1, hrsg. von E. von Caemmerer, A. Nikisch und K. Zweigert, Tübingen, 1963
- A. LAS CASAS, *Osservazioni in tema di recesso dal contratto e tutele*, in www.comparazionedirittocivile.it
- P. LAZZARA, voce *Nullità (dir. amm.)*, in *Treccani-Diritto on line*
- G. LAZZARO, voce *Rapporto giuridico*, in *Nov.mo Digesto*, XIV, Torino, 1967
- F. LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1999
- F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964
- F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997
- F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa: appunti per i pronipoti*, in *Jus*, 1998
- F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, V
- F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983
- A. LENER, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985
- I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999
- F. LEONHARD, *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse*, Göttingen, 1896
- F. LEONHARD, *Verschulden beim Vertragsschlusse*, Berlin, 1910
- A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, 1912
- A. LEVI, *Teoria generale del diritto*², Padova, 1967, ristampa
- F. LEVI, voce *Legittimità*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974
- G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993
- M. LIBERTINI-A. GENOVESE, sub art. 2600 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2014
- M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1987
- M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009
- M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011
- M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013
- M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989
- M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005
- F. LIGUORI, *Il giudice amministrativo e la reintegrazione in forma specifica*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2002
- F. LIGUORI, *Effetto conformativo e reintegrazione in forma specifica. È possibile il risarcimento in natura per gli interessi pretensivi?*, in *Giust. civ.*, 2003, II
- F. LIOTTA, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Padova, 1992
- M. LIPARI, *L'amministrazione per 'accordi': moduli consensuali e norme del diritto privato*, in *Nuova rass.*, 2005

- N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968
- N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013
- N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008
- N. LIPARI, *Relazione*, in *Atti della tavola rotonda sul tema «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»*, in *Foro amm.*, 1982
- E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995
- M. LO MORO BIGLIA, *Il risarcimento della chance frustrata. Un itinerario incrementale*, Napoli, 2006
- C. LO SURDO, *La correttezza e gli strumenti di tutela apprestati dagli artt. 13 e 18 della legge n. 675/1996*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Bruscutta e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- L. LOCATELLI, *Le chance di risarcibilità delle chance perdute*, in *Resp. civ. prev.*, 2011
- L. LOCATELLI, *Le differenti vesti della chance perduta e i suoi criteri di risarcibilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2008
- M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975
- E.M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010
- G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970
- L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961
- F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013
- D. LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen, 1999
- W. LORENZ, *Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957
- W. LORENZ, *Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, hrsg. von G. Paulus, U. Diederichsen und C.-W. Canaris, München, 1973
- W. LORENZ, *Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik. Gedanken zum Erscheinen der zweiten Auflage von Josef Essers 'Schuldrecht'*, in *JZ*, 1961
- T. LOTITO, *Alcune osservazioni in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Urb. app.*, 2001
- P. LOTMAR, *Über causa im römischen Recht. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, München, 1875
- M. LÖWISCH-C. FELDMANN, sub § 311 BGB, in *J. von Staudingers Kommentar*, neubearb. 2013, Berlin
- F. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964
- F.P. LUISO-R. TISCINI-A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013
- F.P. LUISO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, I
- A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014
- A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972
- A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000

- A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988
- A. LUMINOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984
- M. LUPOI, *Il dolo del debitore: dolus e fraud: dal diritto romano all'equity inglese*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- M. LUPOI, *Fides, fiducia e trust nella cornice delle situazioni affidandi*, in *Le situazioni affidandi*, a cura di M. Lupoi, Torino, 2006
- F. MACARIO-C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Introduzione al dibattito*, in *Contr.*, 2010
- F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009
- F. MACARIO, *sub art. 832 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012
- F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996
- F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009
- F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I
- F. MACARIO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008
- E. MACCHIAVELLO, *La responsabilità da prospetto degli intermediari finanziari*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, II, I *singoli contratti. Applicazioni pratiche e disciplina specifica*, Padova, 2009
- F. MACKELDEY, *Manuale di diritto romano*¹⁰, trad. it., Firenze, 1851
- M.L. MADDALENA, *La Plenaria individua il giudice competente sulla domanda risarcitoria ma tace sulla reintegrazione in forma specifica*, in *Corr. mer.*, 2005
- D. MAFFEIS, *Il divieto di discriminazione*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010
- A. MAGAZZÙ, voce *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976
- M. MAGGIOLO, *La (de)contrattualizzazione della responsabilità professionale*, in *www.juscivile.it*, 2015
- M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I
- M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003
- A. MAIETTA, *La responsabilità delle società di rating*, in *Danno resp.*, 2015
- C. MAIORCA, *L'oggetto' dei diritti*, Milano, 1939
- C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960
- U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962
- U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958
- A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011
- A.M. MANCALEONI, *Buona fede ed affidamento nelle procedure ad evidenza pubblica: la responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, a cura di C. Cicero, Padova, 2011

- G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957
- E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Tratt. Ubertis-Voena*, 2012
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*⁹, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2007
- F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995
- P. MANKOWSKI, *Formzwecke*, in *JZ*, 2010
- L. MANNA, *Inadempimento dell'obbligazione senza prestazione*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011
- L. MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali*, in *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011
- L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-3, Padova, 2010
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011
- M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV-1, Milano, 2006
- M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995
- M. MANTOVANI, *Le 'nullità di protezione' nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010
- M. MANTOVANI, *Norme imperative invalidanti: nullità 'virtuali' di protezione?*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011
- M. MANTOVANI, sub *art. 1337 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011
- G. MARASCO, *La rinegoziazione*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- A.M. MARCHIO, voce *Dazione in pagamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009
- M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000
- M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012
- M.R. MARELLA, *Tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 1985
- M.R. MARELLA, *La riparazione in natura o in forma specifica*, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009
- G. MARI, *L'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardato esercizio dell'attività amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo*, I, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2013
- M. MARIANELLO, *La responsabilità dell'agenzia di rating nei confronti dei terzi risparmiatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2008
- M. MARIANELLO, *Insolvenza dell'emittente e (ir)responsabilità dell'agenzia di rating*, in *Obbl. contr.*, 2012
- V. MARICONDA, *Inadempimento e onore della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001
- V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008

- M. MARINELLI, voce *Licenziamento del dirigente*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm., Aggiornamento*****, Torino, 2008
- G. MARINI, *Il contratto annullabile*, in *Tratt. Roppo*, IV-1, Milano, 2006
- G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995
- A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012
- R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, I, Padova, 1987
- C. MARTORANA, *A proposito di esercizio abusivo della potestà e tutela del minore*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959
- L. MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008
- C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009
- C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985
- C. MARZUOLI, *Un diritto 'non amministrativo'?*, in *Dir. pubbl.*, 2006
- C. MARZUOLI, *Recensione a D. DE PRETIS, Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. pubbl.*, 1995
- S.R. MASERA, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003
- G.P. MASSETTO, voce *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988
- F. MASTROPAOLO, voce *Danno - III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000
- U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001
- U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987
- M. MATTIONI, *Contratto 'interinale' concluso durante una trattativa e responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012
- M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014
- M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010
- M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003
- M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010
- M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006
- D. MAZEAUD, *L'arrêt Canal 'moins'?*, in *Recueil Dalloz*, 2010
- F. MAZZA, *Kausale Schuldverträge: Rechtsgrund und Kondizibilität*, Tübingen, 2002
- S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012

- S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012
- S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012
- S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014
- S. MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2006
- S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015
- S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010
- S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004
- S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010
- S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, nonché in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002
- S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. ed il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009
- S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010
- S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. dir. priv.*, 2011
- S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000
- S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008
- S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003
- R. MAZZARIOL, *Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2014, I
- L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, 1998
- M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960
- M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno e anti-giuridicità da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Danno resp.*, 2014
- C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II
- A. MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1986
- C. MAZZÙ, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in www.comparazioneDirittocivile.it
- C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014
- E. MCKENDRICK, *Contract law*⁹, London, 2011
- D. MEDICUS-S. LORENZ, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 2008
- D. MEDICUS, *Zivilrecht und Umweltschutz*, in *JZ*, 1986
- D. MEDICUS, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1981
- D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil*¹⁰, München, 2010

- D. MEDICUS, *Culpa in contrahendo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984
- D. MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo*, in *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz, 1986
- E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*³, Milano, 2002
- S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987
- S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 1988,
- G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*⁶, Milano, 2009
- L. MENGONI-F. REALMONTE, voce *Disposizione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964
- L. MENGONI *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984
- L. MENGONI, *L'acquisto a non domino*¹, Milano, 1949
- L. MENGONI, voce *Acquisto a non domino*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987
- L. MENGONI, *Metus causam dans e metus incidens*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, e oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011
- L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986
- L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, oggi in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011
- L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *BBTC*, 1997
- L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*³, Milano, 1975
- L. MENGONI, *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II
- L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952
- L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011
- L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I
- L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976
- L. MENGONI, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989
- L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I
- L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in *Riv. dir. comm.*, 1949
- L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011
- L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, e oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011
- L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- G. MERSSON, *Zur Haftung bei Gefälligkeitsfahrten*, in *DAR*, 1993
- H.-J. MERTENS, *Deliktsrechts und Sonderprivatrecht - Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen*, in *AcP*, 1978

- H.-J. MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht*, Stuttgart- Berlin-Köln-Mainz, 1967
- H.-J. MERTENS, *Verkehrspflichten und Deliktsrecht*, in *VerS*, 1980
- F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della 'alternanza'*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I
- F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni 'Trenta' all' 'alternanza'*, Milano, 2001
- F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011
- F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970
- F. MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *Dir. amm.*, 2009
- F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979
- G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005
- G. MERUZZI, *Responsabilità da contatto, culpa in contrahendo e dintorni: il caso Sai-Fondriaria-Mediobanca tra vecchi pregiudizi e nuove prospettive*, in *Giur. mer.*, 2007
- G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006
- G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002
- G. MESSINA, voce *Diritti potestativi*, in *Nov.mo Dig.*, V, Torino, 1968
- M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003
- F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv. - teor. gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961
- D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, I, Milano, 1997
- D. MESSINETTI, voce *Abuso*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, II, Milano, 1998
- D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011
- L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909
- L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, II, Napoli, 2008
- H.-W. MICKLITZ, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, in *ZEuP*, 1998
- G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944
- G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1993
- G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940
- G. MIELE, *Introduzione*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*³, Torino, 2014
- G. MIOTTO, *Il 'difficile' concorso di cause naturali e cause umane del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- G. MIOTTO, *La Cassazione torna sul concorso di cause umane e cause naturali e butta il bambino con l'acqua sporca*, in *Resp. civ. prev.*, 2011
- G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*³, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1984

- G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955
- S. MOCK, *Die Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte*, Tübingen, 2014
- V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III
- M. MOLITORIS-T. KLINDT, *Produkthaftung und Produktsicherheit. Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick*, in *NJW*, 2008
- M. MOLITORIS-T. KLINDT, *Die Entwicklungen im Produkthaftungs- und Produktsicherheitsrecht*, in *NJW*, 2014
- F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, II, Zum Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855
- P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Diritto privato*, 1997
- P.G. MONATERI, voce *Responsabilità civile*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998
- P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I
- P.G. MONATERI, voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VI, Torino, 1990
- P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006
- P.G. MONATERI, *La sineddocbe. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984
- P.G. MONATERI, *Responsabilità extracontrattuale. Fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II
- P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*
- P.G. MONATERI, voce *Cumulo di azioni*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, III, Torino, 1989
- P.G. MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043 c.c.: la fine di una regola?*, in *Danno resp.*, 1997
- P.G. MONATERI, *La Corte costituzionale e la lesione di interessi legittimi: un prospective overruling verso una ridefinizione dell'ingiustizia del danno*, in *Danno resp.*, 1998
- P.G. MONATERI-D. GIANTI-L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013
- P. MONTALENTI, *Le agenzie di rating: appunti*, in *Giur. comm.*, 2013
- A. MONTANARI, *Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2013
- A. MONTANARI, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2010
- A. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013
- M. MONTANARI, *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo, nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003
- R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo. (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985
- A. MONTEL, voce *Buona fede*, in *Nov.mo Dig.*, II, Torino, 1968
- S. MONTEMAGGI, *Pratiche anticoncorrenziali: tutela risarcitoria del consumatore finale*, in *NGCC*, 2006, I
- L. MONTESANO, *I giudizi sulle responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione (dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001

- L. MONTESANO, *Osservazioni sul tema: ammissibilità del risarcimento danni patrimoniali derivanti da lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- R. MONTINARO, *La scelta del contraente mediante gara nei contratti privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2014
- L. MONTUSCHI, voce *Sanzioni disciplinari*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, XIII, Torino, 1996
- M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, I
- U. MORELLO, *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (e un classico problema rivisitato)*, in *La casa di abitazione (tra normativa vigente e prospettiva)*, Milano, 1986,
- L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, I, Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, 1908
- C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nov.mo Dig.*, V, Torino, 1960
- L.V. MOSCARINI, sub *art. 1411 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2012
- L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998
- E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2011
- E. MOSCATI, *Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011
- A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012,
- B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, I, Berlin, 1889
- B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, II, Berlin, 1889
- A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *TSDP*, 2010
- G. MUSOLINO, sub *art. 2237 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009
- A.M. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998
- A.M. MUSY, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998
- L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988
- L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. impr.*, 1986
- L. NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1986
- G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003
- A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010
- G. NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, I
- R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010
- U. NATOLI-L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975
- U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977

- U. NATOLI, voce *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987
- U. NATOLI, *Limiti e presupposti del conflitto dei diritti*, oggi in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993
- U. NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, oggi in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961
- U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1958
- U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, II, Il comportamento del debitore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1984
- U. NATOLI, *La proprietà*², Milano, 1976
- E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Persona e mercato*, 2010
- E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
- E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996
- E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998
- E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia, F.D. Busnelli, Torino, 2001
- E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-III, Milano, 2009
- E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014
- E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008
- E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000
- G. NEGRI, voce *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, III, Torino, 1988
- R. NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden*, in *AcP*, 1931
- R. NICOLÒ-S. RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi e i principi della responsabilità civile*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- R. NICOLÒ, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936
- R. NICOLÒ, voce *Attribuzione patrimoniale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959
- A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003

- A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008
- A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014
- A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁴, Bologna, 1994
- M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi e spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V
- M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981
- M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1954, I
- L. NIVARRA-V. RICCIUTO-C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*², Torino, 2013
- L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Eur. dir. priv.*, 2006
- L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 2002
- L. NIVARRA, *La tutela possessoria inespugnabile ed il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Giur. it.*, 1989, I-1
- L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014
- L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2007
- L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011
- L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2012
- L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- L. NIVARRA, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Vita. not.*, 1997
- R. NOBILE, *Norme di azione e norme di relazione: una dicotomia da abbandonare*, in *www.lexitalia.it*
- L. NOCCO, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno resp.*, 2006
- L. NOCCO, *Il 'sincretismo causale' e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010
- I.L. NOCERA, *Responsabilità precontrattuale anche per sola violazione dell'obbligo di lealtà reciproca*, in *Dir. giust.*, 2012
- L. NONNE, *Luogo e tempo dell'adempimento*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-5, Padova, 2010
- M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedurali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997
- M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002
- P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921
- H. OETKER-F. MAULTZSCH, *Vertragliche Schuldverhältnisse*², Berlin-Heidelberg, 2004
- D. OLZEN, sub § 241 BGB, in *J. von Staudingers Kommentar*, neubearb. 2015, Berlin
- G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I
- G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I
- G. OPPO, *Lo 'squilibrio' contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I

- A. ORESTANO, *Formazione del contratto e interesse legittimo del consumatore*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978
- R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960
- M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II
- A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005
- A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988
- A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 1999
- L. ORSI, *Pretesa*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986
- G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954
- G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918
- A. PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 2000
- A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974
- F. PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. contr.*, 2012
- S. PAGLIANTINI, voce *Modificazione unilaterale del contratto (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013
- S. PAGLIANTINI, *Poteri di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale ed interesse legittimo nel diritto privato*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusciuglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C. Giust. CE, 3 settembre 2009, C-489/07)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010
- S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*, in *Contratti*, 2014
- S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009
- S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione*, in *Contr.*, 2009
- I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- I. PAGNI, *Il difficile rapporto tra tutela specifica e per equivalente alla prova del caso Cir-Fininvest*, in *Riv. dir. proc.*, 2014
- I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004
- A. PAJNO-A. SANDULLI, *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, in *Corso di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, Milano, 2007
- S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1987
- G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974

- G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970
- G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991
- D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999
- S. PALMIERI, *Lesioni degli interessi legittimi: la Cassazione alle soglie di una svolta epocale?*, in *Danno resp.*, 1997
- V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966
- V. PANUCCIO, voce *Partecipazioni e comunicazione*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982
- V. PANUCCIO, voce *Prestazioni di cortesia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996
- N. PAOLANTONIO, voce *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Annali*, II-1, 2008
- M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal contratto al torto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I
- P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività nella promessa*, Bari, 2009
- C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013
- A. PASSARELLA, *Cessione di azienda e divieto di abuso del diritto come principio generale del sistema* (nota a Trib. Reggio Emilia, Sez. II, 16 giugno 2015, n. 964), in *Contr.*, 2015
- E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *NGCC*, 2006
- E. PASSARO, *Contratto, torto e persona: 'itinerari' normativi e giurisprudenziali tra intermediazione finanziaria e obblighi d'informazione*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008
- M. PASSONI, *Responsabilità per 'contatto' e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2001
- M. PASTORE, *Consob e omessa vigilanza: un modello di responsabilità in via di definizione*, in *Danno resp.*, 2011
- P. PATRITO, *Exceptio doli generalis e diritto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e dir. priv.*, 2012
- F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015
- F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014
- F.P. PATTI, *Il rifiuto dell'offerta parziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo risarcitorio*, in *NGCC*, 2013, I
- F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *NGCC*, 2013
- F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012
- G. PATTI, sub *art. 1337 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993
- G. PATTI, sub *art. 1338 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993
- S. PATTI, *Lesioni del diritto all'attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile*, in *Giur. it.*, 1987
- S. PATTI, voce *Vervirkung*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999
- S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984
- S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, V, Torino, 1989, oggi in F. PATTI-F.D. BUSNELLI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013
- S. PATTI, *Abuso del diritto*, oggi in *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999,

- S. PATTI, *Esercizio del diritto*, oggi in *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999
- S. PATTI, *Tolleranza (atti di)*, oggi in *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999
- S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013
- E. PELLECCCHIA, *Informazioni personali e responsabilità precontrattuale*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003
- E. PELLECCCHIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008
- E. PELLECCCHIA, *Qualche considerazione sulla tutela delle minoranze nel diritto delle società*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusuglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- G.L. PELLIZZI, voce *Exceptio doli (diritto civile)* in *Nov.m. Dig.*, VI, Torino, 1960,
- C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *Actio in rem e actio in personam*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011
- C. PELLOSO, *Riflessioni sul micro-sistema del codice del consumo: la responsabilità del venditore per deterioramento e perimento del bene 'ante traditionem'*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011
- C. PELLOSO, *L'obbligo di custodia*, in *Tratt. Garofalo*, I-2, Padova, 2014
- A.C. PELOSI, voce *Potestà dei genitori (I agg.)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2012
- G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013
- M.G. PERINI, *La responsabilità civile dell'amministrazione durante le operazioni di gara pubblica*, in *Foro pad.*, 1955, I
- P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984
- P. PERLINGIERI, sub *art. 1230 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975
- P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Napoli, 1971
- A. PERRONE, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010
- M. PERSIANI, *Preliminari al potere disciplinare*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, IV-I, Padova, 2012
- G. PETRELLA, *Il risarcimento del danno da gara illegittima*, Milano, 2013
- P.M. PIACENTINI, *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse legittimo*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2011
- E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftungen 'zwischen' Vertrag und Delikt*, in *AcP*, 1983
- E. PICOZZA, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzione e A. Saturno, Padova, 2006
- V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998
- V. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988
- V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969
- V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990

- V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963
- G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999
- C. PILLA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008
- G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005
- G. PINO, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2009
- C. PINOTTI, *La risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo di diritto privato*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998
- A. PIOGGIA, *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004
- F. PIPICELLI, *La natura giuridica della d.i.a. e i rimedi a tutela del terzo*, in *Corr. mer.*, 2013
- F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni 'di risultato' e delle obbligazioni 'di mezzi': la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contr.*, 2014
- F. PIRAINO, *'Ingiustizia del danno' e antigiuridicità*, in *Eur. dir. priv.*, 2005
- F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011
- F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- F. PIRAINO, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008
- F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011
- A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962
- A. PLAIA, *Sull'ammissibilità dell'azione di esatto adempimento in presenza di vizi del bene venduto o promesso in vendita*, in *Contr. impr.*, 1998
- A. PLAIA *L'invalidità satisfattiva*, in *Studi in onore di Giovanni Indica*, Milano, 2014
- A. PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *ADL*, 2008
- A. PLAIA, *La tutela civilistica degli interessi legittimi pretensivi nel codice del processo amministrativo*, in www.civilecontemporaneo.it
- A. PLAIA, *Ambito operativo dell'art. 1229 c.c. e responsabilità ex recepto*, in *Obbl. contr.*, 2012
- A. PLAIA, *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013
- H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft und Rechtsbindungswille*, in *AcP*, 1976
- P. POHLMANN, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung*, Berlin, 1992
- D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. impr.*, 1987
- D. POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e 'responsabilità extracontrattuale da contratto'*, in *Contr. impr.*, 1991
- D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-III, Milano, 2009
- D. POLETTI, *Le regole di (de)liminazione del danno risarcibile*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-III, Milano, 2009

- G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della p.a. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012
- G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012
- A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001
- A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi cd. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2004
- S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009
- G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno resp.*, 1998
- G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, IV
- S. PONZIO, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile*, in *Urb. app.*, 2013
- K. POPPER, *Logik der Forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, Wien, 1935
- G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *BBTC*, 1985, I
- G.B. PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Gir. comm.*, 1982, I
- G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *BBTC*, 1982
- P. POZZANI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed il regime delle prestazioni già eseguite nella disciplina degli appalti pubblici*, in *www.giustamm.it*
- A.M. PRINCIGALLI, *Quand'è più si che no: perdita di chance come danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1986, I
- A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983
- A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985
- F. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006
- F. PROCCHI, *I caratteri della prestazione nell'enunciato dell'art. 1174 cod. civ.*, in *Tratt. Garofalo*, I-2, Padova, 2014
- F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007
- F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat. Alle origini delle moderne teorie sulla cd. culpa in contrahendo*, Padova, 2012
- F. PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto)informazione e la presunzione assoluta di culpa in capo al venditor*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2010
- F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010
- A. PROTO PISANI, *Parere*, in *Corr. giur.*, 2014
- M. PROTO, *sub artt. 793 e 794 c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2014
- M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *www.giustamm.it*

- M. PROTTO, *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001
- M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000
- R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno resp.*, 2008
- R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *NGCC*, 2012
- R. PUCELLA, *La causalità 'incerta'*, Torino, 2007
- R. PUCELLA, sub art. 2043 c.c. - *Causalità di fatto e causalità giuridica*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011
- G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*⁴, 1, curata dopo la morte dell'autore da A. Rudorff, Leipzig, 1853
- G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*¹, Leipzig, 1838
- G.F. PUCHTA, *Pandekten*⁸, curata dopo la morte dell'autore da A. Rudorff, Leipzig, 1856
- S. PUGLIATTI, voce *Esercizio del diritto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966
- S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954
- S. PUGLIATTI, *La rappresentanza indiretta e la morte del rappresentante*, nella raccolta *Studi sulla rappresentanza*, a sua volta oggi in *Scritti giuridici*, V, 1965-1996, Milano, 2011
- S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere (dir. pos. e dottrine moderne)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958
- S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964
- S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935
- S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, rivisto e aggiornato da A. Falzea, Milano, 1996
- S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964
- S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959
- S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968
- F.P. PUGLIESE, *Proprietà e impresa: riflessioni sui procedimenti costitutivi dei beni minerari e del regime amministrativo dell'impresa*, Milano, 1972
- G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939
- E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973
- A. QUERCI, *Inadempimento e obbligazioni negative*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- P. QUINTO, *Il tempo 'bene della vita' nel procedimento amministrativo: la tutela risarcitoria*, in www.giustizia-amministrativa.it
- L. RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *AcP*, 1941
- E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, Berlin-Leipzig, 1936
- G.B. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI-G.B. RACCA-M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003
- G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000

- L. RAISER, *Il diritto soggettivo nella dottrina civilistica tedesca*, in *Il compito del diritto privato*, a cura di C.M. Mazzoni, trad. it. di M. Graziadei, Milano, 1990
- R. RAISER, *Schadenshaftung bei verstecktem Dissens*, in *AcP*, 1927
- A. RALLO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: risarcimento o indennizzo?*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2002
- M. RAMAJOLI-R. VILLATA, *Procedimento. S.c.i.a.*, in *Libro dell'anno del diritto - 2012*, Roma, 2012
- M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012
- N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e ius nella visione di Michel Villey*, in *RIDA*, 2007
- O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria amministrativa*, in *Foro it.*, 1893, I
- O. RANELLETTI, *Diritti subbietivi e interessi legittimi*, *Foro it.*, 1893, I
- O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912
- F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991
- F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, Wien-New York, 2009
- F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971
- C. RAPISARDA-M. TARUFFO, voce *Inibitoria (azione) - I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- C. RAPISARDA SASSOON, voce *Inibitoria*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993
- A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano, 1966
- A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, Milano, 1974
- F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967
- P. REIGNÉ, *De l'absence de cause à la cause impossible*, in *Recueil Dalloz*, 1997, J
- C. REITER, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Tübingen, 2002
- M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005
- P. RESCIGNO, *Forme' singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, in *Contr. impr.*, 2011
- P. RESCIGNO, *Relazione*, in *Atti della tavola rotonda sul tema «Ma cos'è quest'interesse legittimo?»*, in *Foro amm.*, 1988
- P. RESCIGNO, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Napoli, 1989
- P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I
- P. RESCIGNO, *Postfazione*, in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998
- P. RESCIGNO, voce *Condizione nel negozio giuridico [dir. vig.]*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961
- P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979
- P. RESCIGNO, *Notazioni generali sul principio di buona fede*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- P. RESCIGNO, *Libertà del 'trattamento' sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Padova, 1964

- P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*¹⁰, Napoli, 1992
- P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979
- C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010
- C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007
- K.F. REUSS, *Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements*, in *AcP*, 1955
- D. REUTER-M. MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen, 1983
- C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci*, in *NLCC*, 2014,
- A. RIZZIERI, *Il danno non patrimoniale da reato*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale* diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Torino, 2010
- S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013
- S. RODOTÀ, voce *Dazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962
- S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964
- S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *BBTC*, 1965
- S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964
- S. RODOTÀ, *Conclusioni: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I
- S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969
- A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997
- A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, in *www.gustamm.it*
- A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, 2002
- A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, 1998
- A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993
- A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975
- A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994
- A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, 1998
- A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983
- A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983

- A. ROMANO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi ed opere pubbliche*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1998
- A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I
- A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998
- Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961
- Salv. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959
- Salv. ROMANO, *Il così detto risarcimento del danno in forma specifica*, Perugia, 1929
- Salv. ROMANO, voce *Abuso del diritto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958
- S.A. ROMANO, *Il cosiddetto 'risarcimento degli interessi legittimi'*, Roma, 1984
- Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, ristampa
- C. ROMEO, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *Contr.*, 2007
- C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008
- F. RONCAROLO, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno resp.*, 2006
- V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza 'Rordorf'*, in *Danno resp.*, 2008
- V. ROPPO, *Il contratto del Duemila³*, Torino, 2011
- V. ROPPO, *Il contratto²*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011
- F. ROSELLI, voce *Potestà (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990
- F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983
- S. ROSSI, voce *Contatto sociale (fonte di obbligazioni)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2010
- M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, Padova, 1979 (ma già *Riv. dir. civ.*, 1923)
- L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII-II, Torino, 2000
- L. ROVELLI, voce *Correttezza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino, 1989
- W. RÖVER, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostock, 1874
- D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939
- M. RUFFERT, *Verwaltungsakt*, in *Allgemeines Verwaltungsrecht⁴*, hrsg. von H.-U. Erichsen und D. Ehlers, Berlin-New York, 2010
- U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e 'interesse' nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II
- U. RUFFOLO, *Letture de patronage e responsabilità aquiliana*, in *Dir. impr.*, 1984
- G. RUOPPOLO, *La tutela aquiliana dell'interesse*, in *Dir. proc. amm.*, 2001
- E. RUSSO, *Diritto soggettivo - I) teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 2005

- R. SACCO-R. CATERINA, *Il possesso*³, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2014
- R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile, 2, Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001
- R. SACCO, voce *Negoziio giuridico (I agg.)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento******, Torino, 2014
- R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958
- R. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987
- R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984
- R. SACCO, *Considerazioni conclusive*, in *La vendita 'porta a porta' di valori mobiliari*, a cura di M. Bessone e F.D. Busnelli, Milano, 1992
- R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- R. SACCO, *L'abuso delle libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, 1997
- R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II
- R. SACCO, *Il contratto invalido*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*³, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004
- R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960
- R. SACCO, *La preparazione del contratto*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*³, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004
- R. SACCO, *La volontà*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*³, I, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004
- R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995
- A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004
- G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006
- U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2008, I
- C. SALTELLI, *La responsabilità dell'amministrazione per omissione o ritardo nell'esercizio del potere*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Milano, 2009
- C. SALVI, voce *Risarcimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989
- C. SALVI, *Abuso del diritto: I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, 1988, Roma
- C. SALVI, *Aspettativa edificatoria e risarcimento del danno*, in *Foro It.*, 1983, V
- C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985
- C. SALVI, *La responsabilità civile*², in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2005
- C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- C. SALVI, voce *Danno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, V, Torino, 1989
- L. SALVI, *In tema di culpa in contrahendo nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro pad.*, 1953, I
- F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992
- A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, ristampa
- A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁵, 1, Napoli, 1989

- A.M. SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati dalla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- M.A. SANDULLI, *L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento*, in *Libro dell'anno del diritto - 2013*, Roma, 2013
- M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010
- M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in www.giustizia-amministrativa.it
- F. SANGERMANO, *Motivi in fraudem legis e motivi contra legem*, in *Contr.*, 2010
- F. SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Milano, 2011
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2012
- G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986
- G. SANTORO, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contr. impr.*, 1988
- G. SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, III, Padova, 2008
- M. SAPONARO, *Il danno da rating: se e come le agenzie sono tenute a rispondere*, in *Danno resp.*, 2013
- B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989
- B. SASSANI, *La cognizione incidenter tantum della sentenza vizjata da dolo del giudice e la superfluità della revocazione: c'era una volta il codice di procedura*, in www.judicium.it
- B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011
- S. SATTA, *Intervento*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965
- F. SATTA, *Giustizia amministrativa*³, Padova, 1997
- F. SATTA, *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1977
- F. SATTA, voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*², I-II, Paris, 1951
- J. SAVATIER, *La théorie de l'imprévision dans les contrats*, in *Études de droit contemporain. Contributions Françaises aus III^e e IV^e Congrès internationaux de Droit Comparé*, Paris, 1959
- F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto nel contratto*, in *Dir. e proc.*, 2012
- F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2010

- F. SCAGLIONE, *Intersoggettività e gratuità nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2010
- F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2010
- V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, oggi in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005
- V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, oggi in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005
- V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I
- C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. impr.*, 2011
- H. SCHACK, *BGB - Allgemeiner Teil⁴*, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2013
- M.J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, edited by R. Zimmermann and S. Whittaker, Cambridge, 2000
- K. SCHERRER, *Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen*, Winterthur, 1930
- B. SCHINKELS, *„Dritthaftung“ von Gutachtern in Deutschland und England im Lichte der VO Rom II*, in *JZ*, 2008
- P. SCHLECHTRIEM, *Dogma und Sachfrage. Überlegungen zum Fehlerbegriff des Produkthaftungsgesetzes*, in *Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Fritz Rittener zum 70. Geburtstag*, hrsg. von M. Löwisch, C. Schmidt-Leithoff und B. Schmiedel, München, 1991
- P. SCHLESINGER, *Recensione a U. MAJELLO, Custodia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1961
- P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961
- P. SCHLESINGER, *La ‘ingiustizia’ del danno nell’illecito civile*, in *Jus*, 1960
- P. SCHLESINGER, voce *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964
- E. SCHMITZ, *Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, Berlin, 1980
- J. SCHNAPP, *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*, Tübingen, 1986
- E. SCHULEV-STEINDL, *Subjektive Rechte*, Wien, 2008
- R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, 2008
- P. SCHWERTNER, *Der Ersatz des Verlustes des Schadensfreiheitsrabattes in der Haftpflichtversicherung - zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Gefälligkeitsbehandlungen und Rechtsgeschäften*, in *NJW*, 1971
- A. SCIALOJA, *Il ‘non uso’ è ‘abuso’ del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I
- F.G. COCA-L. GIANI, *Spunti sulle nozioni di interesse legittimo e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997
- F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *AA. VV., Autorità e consenso nell’attività amministrativa*, Milano, 2002
- F.G. COCA, *Gli accordi*, in *Diritto amministrativo²*, a cura di F.G. CoCA, Torino, 2011
- F.G. COCA, *Piccola storia di un serrato ‘dialogo’ tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in www.giustamm.it
- F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979
- F.G. COCA, *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011
- F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979

- F.G. COCA, voce *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971
- F.G. COCA, *La 'gestazione' dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Teoria e storia. *Diritto amministrativo generale*, Padova, 2007
- F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995
- F.G. COCA, *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Coica, Torino, 2011
- F.G. COCA, *Relazione*, in *Atti della tavola rotonda sul tema «Ma cos'è quest'interesse legittimo?»*, in *Foro amm.*, 1988
- F.G. COCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989
- F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000
- S.S. COCA, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. it.*, 2014
- S.S. COCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012
- E. CODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002
- E. CODITTI, *Dal contatto sociale all'imputabilità dell'atto illecito: l'obbligazione senza prestazione nell'esperienza giurisprudenziale*, relazione all'incontro di studio sul tema *Illecito aquilano e ingiustizia del danno*, in www.personaedanno.it
- E. CODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I
- E. CODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2008, I
- E. CODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I
- E. CODITTI, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1994, I
- C. COGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010
- C. COGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contr.*, 2012
- C. COGNAMIGLIO, voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994
- C. COGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996
- C. COGNAMIGLIO, *Le perdite di chances*, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009
- C. COGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013
- C. COGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, Roma, 1996
- C. COGNAMIGLIO, *Responsabilità dell'organo di vigilanza bancaria e danno meramente patrimoniale*, in *BBTC*, 1995

- C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009
- C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir c. Fininvest: brevissime note sull'interpretazione del contratto di transazione e sulla delimitazione del suo oggetto*, in *Corr. giur.*, 2014
- C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternative delle tutele di diritto civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2012
- C. SCOGNAMIGLIO, *Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006
- C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002
- C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, in *NGCC*, 2014, II
- C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del Collegio*, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992
- C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-II, Milano, 2009
- C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011
- C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008
- C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, 1995
- C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov.mo Dig.*, VIII, 1968, e oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Nov.mo Dig.*, VIII, 1968, e oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nov.mo Dig.*, XV, 1968, oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954
- R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in *RIDL*, 2004
- R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010
- R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965
- R. SCOGNAMIGLIO, *Mobbing: profili civilistici e giuslavoristici*, in *Mass. giur. lav.*, 2006

- R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1326 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970
- R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1337 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970
- R. SCOGNAMIGLIO, sub art. 1338 c.c., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Nov.mo Digesto*, XV, 1968
- V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Società*, 2008
- T. SCOZZAFAVA OBERDAN, voce *Onere*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980
- R. SENIGAGLIA, *Interpretazione complessiva del contratto e clausola generale di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 2003
- R. SENIGAGLIA, sub art. 1208 c.c., in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2012
- P.D. SENN, voce *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988
- M. SESTA, Recensione a F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975
- C. SEVERI, *Il danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- H. SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig, 1903
- H. SIBER, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, in *Jher. Jb.*, 1921
- S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, 1995
- G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 2006
- G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012
- G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: le analogie tra sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati, in Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013
- G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015
- G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003
- S. SIMONE, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005
- H. SIMONETTI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente nelle controversie relative all'affidamento dei contratti pubblici*, in *NGCC*, 2013, II
- P. SIRENA-Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I
- P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Bruscutiglia e F.D. Busnelli, Torino, 2001
- P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II
- P. SIRENA, *L'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-II, Milano, 2009
- P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Tratt. Roppo*, III, Milano, 2006
- P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-II, Milano, 2009

- G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005
- L. SOLIDORO, *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione*, in *TSDP*, 2010
- D. SORACE-C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989
- D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*⁶, Bologna, 2012
- D. SORACE, *Il metodo di Enzo Capaccioli e la questione della risarcibilità dei danni per lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 2009
- D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007
- D. SORACE, *Ragionando di eccesso di potere con Gianmarco Sigismondi*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013
- A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007
- V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988
- S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, a cura di P. Alatri, Torino, 1949
- G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944
- G. SPERDUTI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942
- V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992
- A. STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübingen, 1996
- J.F. STAGL, *La 'legge sul miglioramento dei diritti del paziente' in Germania*, in *NGCC*, 2014
- E. STAMPE, *Das causa-Problem des Civilrechts*, Greifswald, 1904
- E. STAMPE, *Grundriß der Wertbewegungslehre*, in *AcP*, 1912-1913
- P. STANZIONE, voce *Rapporto giuridico - II) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991
- M. STATHOPOULOS, *Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fabrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, hrsg. von C.-W. Canaris und U. Diederichsen, München, 1983
- H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904
- H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, Berlin, 1902
- F. STELLA, *Giustizia e modernità*³, Milano, 2003
- F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*², Milano, 2000
- F. STELLA, voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989
- G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995
- M. STELLA, *Ratings fuorvianti, downgradings 'tardivi' e la emergente natura della responsabilità delle agenzie di rating straniere, ed in specie statunitensi (tra Sezioni Unite e BGH tedesco)*, in *Int'lis*, 2013
- G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996
- P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981
- P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970

- E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988
- P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence, 1994
- G. STOLFI, *Sulla colpa in contrahendo dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I
- G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I
- G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I
- G. STOLFI, *Sulla responsabilità contrattuale del minore*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I
- G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961
- N. STOLFI, *Diritto civile*, I, 1, Torino, 1919
- H. STOLL-W. FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht*, II, Berlin, 1944
- H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 1932
- H. STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936
- H. STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, in *LZ*, 1923
- H. STOLL, *Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte*, in *AcP*, 1963
- H. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1936
- Ha. STOLL, *Recensione a C. VON BAR, Verkehrspflichten*, in *RabelsZ*, 1982
- Ha. STOLL, *Das Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin-Tübingen, 1961
- Ha. STOLL, *Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen*, in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, hrsg. von J. Esser und H. Thieme, Tübingen, 1967
- Ha. STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, in *AcP*, 1976
- Ha. STOLL, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bierbenstein, P. Schlechtriem, Tübingen, 1978
- Ha. STOLL, *Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978
- S. TAGLIAPIETRA, *La prestazione. Strutture e contenuti dell'obbligazione*, Padova, 2013
- M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: Leerformeln e valori dell'ordinamento*, in AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova, 2003, a cura di L. Garofalo
- M. TAMPONI, voce *Autorizzazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998
- P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999
- S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008
- B. TASSONE, *L'accertamento del nesso di causalità e il 'caso Ustica'*, in *Giur. it.*, 2014
- B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2014
- B. TASSONE, *L'azione di responsabilità nel caso Cir-Fininvest: quali chances per la perdita di chances?*, in *Giur. it.*, 2012

- M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*³, Padova, 2006
- A. TEDOLDI, *Revocazione straordinaria per dolo del giudice e azioni di risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014
- C. TENELLA SILLANI, *I 'limiti verticali' della proprietà fondiaria*, Milano, 1994
- C. TENELLA SILLANI, *Brevi note circa la natura della responsabilità precontrattuale secondo la Cassazione*, in *Studi in onore di Giovanni Indica*, Milano, 2014
- V. TENORE, *Responsabilità solidale della p.a. per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: auspicabile il recupero di una nozione rigorosa di occasionalità necessaria con i fini istituzionali*, in *www.lexitalia.it*
- W. THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, in *JZ*, 1967
- R. THIEMANN, *Culpa in contrahendo - ein Beitrag zum Deliktsrecht*, Gelsenkirchen, 1984
- A. THIENE, *Uso giurisprudenziale del diritto all'integrità del patrimonio*, in *NGCC*, 2000, II
- A. THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006
- A. THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- A. THIENE, *L'immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria*, in *NGCC*, 2011, II
- A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione*, in *NGCC*, 2000, I
- A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimer, 1878
- R. TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in F.P. LUISO-R. TISCINI-A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013
- A. TODESCHINI PREMUDA, *La fattispecie acquisitiva dell'art. 2644 c.c. Sul concetto di acquisto a titolo derivativo*, Padova, 2012 (tesi di dottorato)
- A. TOMASSETTI, *Lesione dell'interesse legittimo e reintegrazione in forma specifica*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2002
- A. TOMASSETTI, *La tutela reintegratoria dell'interesse legittimo: un possibile confronto con il possesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2005
- S. TOMMASI, *L'informazione precontrattuale e il consumatore*, in A. DE MAURO-F. FORTINGUERRA-S. TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*², Padova, 2007
- S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012
- L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*
- A. TORRENTE, voce *Emulazione (diritto civile)*, in *Nov.mo Dig.*, VI, Torino, 1960
- A. TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965
- F. TORTORANO, *Il danno meramente patrimoniale (Percorsi giurisprudenziali e comparazione giuridica)*, Torino, 2001
- E. TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937
- E. TOSATO, *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937
- P. TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011
- A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I

- A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴⁵, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2012
- A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴¹, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2004
- A. TRABUCCHI, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Nov.mo Dig.*, VI, Torino, 1960
- G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*, in *Corr. mer.*, 2008
- A. TRAVI, *Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità*, in *Resp. civ. prev.*, 2003
- A. TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003
- A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013
- A. TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500/SU*, in *Foro it.*, 2004, I
- A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*⁹, Torino, 2010
- A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa' (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubbl.*, 2006
- A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001
- M. TRECCANI, *Nota a Trib. Bari 11 ottobre 2004*, in *Riv. dir. priv.*, 2005
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015
- F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993
- F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2008
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005
- F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I
- P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014
- P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970

- P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967
- P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*¹⁹, Milano, 2011
- P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970
- P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I
- C. TURCO, sub art. 1180 c.c., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2002
- C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990
- C. TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I
- G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004
- G.M. UDA, *La prova del pagamento*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-5, Padova, 2010
- J. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*³, Jena, 1904
- L. VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti tra diritto e processo*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008
- D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012
- D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002
- D. VAIANO, *Quando arrivò non piacque: il danno da 'lesione di interessi pretensivi' e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2004
- G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II
- L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011
- A. VALLINI, «Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nessi tra condotte, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011
- C. VARRONE, *La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di risarcibilità degli interessi legittimi: alcuni equivoci da chiarire*, in *Giur. it.*, 2000
- S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Torino, 2015.
- L. VASQUES, *La certezza del diritto e fatti nuovi nel contenzioso e nella transazione Cir-Fininvest*, in *Danno resp.*, 2011
- P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999
- V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010
- G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it
- F. VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*, in *BBTC*, 1989, II

- F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, 'contatto sociale' e doveri di protezione 'autonomi'*, in *Eur. dir. priv.*, 2014
- S. VENTURA, *Interessi legittimi e proprietà fondiaria*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962
- A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941
- B. VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o nel merito?*, in *Obbl. contr.*, 2009
- A. VETRO, *Il requisito della colpa della pubblica amministrazione per violazioni del diritto comunitario, secondo la sentenza n. 482/2012 del Consiglio di Stato*, in *www.lexitalia.it*
- G. VETTORI, *L'abuso del diritto distingue frequenter*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010
- G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005
- G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002
- G. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003
- G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008
- G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Persona e mercato*, 2014
- S. VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006
- S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012
- G. VICARI, *L'esecutore testamentario*, in *Tratt. breve successioni e donazioni Rescigno*², I, Padova, 2010
- R. VIGLIONE, *Intermediari negligenti e strumenti di protezione dei risparmiatori: la risposta delle Sezioni Unite*, in *Studium iuris*, 2008
- G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010* diretto da A. D'Angelo e V. Roppo e coordinato da A.M. Benedetti, Torino, 2011
- G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006
- G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1996
- G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II
- R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006
- R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009
- R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971
- R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982
- S.A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006
- M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHD*, 1946-47
- U. VIOLANTE, *La responsabilità parziaria*, Napoli, 2004
- P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990

- P.M. VIPIANA PERPETUA, *Invaldità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della legge n. 15 del 2005*, Padova, 2007
- G. VIRGA, *Interessi legittimi e diritti soggettivi: una distinzione ancora utile per conseguire una maggiore tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 1997
- P. VIRGA, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000
- P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957
- P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2³, *Atti e ricorsi*, Milano, 1995
- P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003
- G. VISINTINI-L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984
- G. VISINTINI, *La lesione del credito da parte di terzi e il concorso di azioni*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009
- G. VISINTINI, sub art. 1218 c.c.², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006
- G. VISINTINI, sub art. 1219 c.c.², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006
- G. VISINTINI, sub art. 1220 c.c.², in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006
- G. VISINTINI, *Causalità e danno*, in *Contr. e impresa*, 2015
- G. VISINTINI, *La reticenza nei contratti*, Padova, 1972
- G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile³*, Padova, 2005
- F. VOLPE, *Norme di relazione e norme di azione*, Padova, 2004
- F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008
- F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2013
- F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008
- C. VON BAR, *Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)pflichten*, in *JZ*, 1979
- C. VON BAR, *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten*, in *JuS*, 1988
- C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996
- C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, II, München, 1999
- C. VON BAR, *Negligence, Eigentumsverletzung und reiner Vermögensschaden. Zu den Grenzen der Fabrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschaden in der neueren Entwicklung des Common Law*, in *RabelsZ*, 1992,
- C. VON BAR, *Neues Haftungsrecht durch Europäisches Gemeinschaftsrecht. Die Verschuldens- und die Gefährdungshaftung des deutschen Rechts und das haftungsrechtliche Richtlinienrecht der EG*, in *Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, hrsg. von D. Medicus, H-K. Mertens, K.W. Nörr, W. Zöllner, Stuttgart-Berlin-Köln, 1992
- C. VON BAR, *Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980
- C. VON BAR, *Vertrauenshaftung ohne Vertrauen*, ZGR, 1983
- C. VON BAR, *Zur Haftung bei Ausstellung eines grob unrichtigen Dienstleistungszeugnisses*, in *JZ*, 1979

- C.G. VON WÄCHTER, *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums*, Leipzig, 1871
- E. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktrechts*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, II, Karlsruhe, 1960
- F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1, Berlin, 1840
- F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 3, Berlin 1840
- R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jber. Jb.*, 1860-1861, trad. it. di F. Procchi, dal titolo *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005
- R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁶⁻⁷, III, 1, Leipzig, 1924, edizione postuma
- G. WAGNER, sub § 826 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2013
- G. WAGNER, sub § 823 BGB, in *Münchener Kommentar*⁶, München, 2013
- H. WEBER, *Der Rückübertragungsanspruch bei der nichtvaluierten Sicherungsgrundschuld*, in *AcP*, 1969
- H. WEITNAUER, *Die Leistung*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker, D. König, K.F. Kreuzer, H.G. Leser, W.F. Marschall von Bierbenstein, P. Schlechtriem, Tübingen, 1978
- H.P. WESTERMANN-P. BYDLINSKI-R. WEBER, *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil*⁸, München, 2013
- H.P. WESTERMANN, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, Berlin, 1967
- F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956
- D. WILLOWEIT, *Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen*, Berlin, 1969
- D. WILLOWEIT, *Schuldverhältnis und Gefälligkeit*, in *JuS*, 1984
- D. WILLOWEIT, *Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln*, in *JuS*, 1986
- B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850
- B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, 1862
- B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁵, I, Stuttgart, 1879
- B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁵, II, Stuttgart, 1879
- B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁶, I, Frankfurt a.M., 1887
- B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁶, II, Frankfurt a.M., 1887
- B. WINDSCHEID, *Wille und Willenserklärung*, in *AcP*, 1880
- M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*¹⁰, München, 2012
- R.W. WRIGHT, *Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof*, in *Loy. L.A. L. Rev.*, 2008, 41
- A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987
- A. ZACCARIA, *La 'prestazione in luogo dell'adempimento'*, in *Studium Iuris*, 2007

- A. ZACCARIA, *Der anhaltende Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del 'contatto sociale')*, in *Riv. dir. civ.*, 2013
- A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015
- G. ZANOBINI, voce *Amministrazione pubblica (nozione e caratteri generali)*, in *Enc. dir.*, II, 1958
- G. ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, I, Milano, 1943
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I⁸, *Principi generali*, Milano, 1958
- P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova, 2009
- V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989,
- V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II
- V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010
- A. ZEUNER, *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden*, in *AcP*, 1964
- R. ZIMMERMANN, *Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter... Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, in *AcP*, 1993
- R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990
- E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig, 1897
- E. ZITELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung*, in *Aus römischen und bürgerlichem Recht. Ernst Immanuel Bekker zum 16. August 1907 Überreicht*, Aalen, 1907
- E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879
- A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003
- A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*², a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011
- A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*⁴, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011
- P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, Torino, 2012
- C. ZOLI, voce *Mobilità del lavoro*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012
- C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *RIDL*, 1992
- C. ZOLI, *La tutela delle posizioni 'strumentali' del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988
- A. ZOPPINI, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013
- N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011
- N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2012

- N. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, in *Contr. impr.*, 2011
- B. ZUFFI, *Omessa vigilanza sui mercati finanziari: è davvero da escludersi la possibilità di una condanna della Consob per responsabilità contrattuale (magari, in futuro, con class action)?*, in *Corr. giur.*, 2011
- K. ZWEIGERT, *Seriositätsindizien. Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Scheidung verbindlicher Geschäfte von unverbindlichen*, in *JZ*, 1964
- K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II³, Istituti, a cura di A. di Majo e A. Gambaro, Milano, 2011