

GUIDO SMORTO

I CRITERI DI DETERMINAZIONE DEL DANNO
NELLE *MODEL RULES*
E NEL DIRITTO COMUNE EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il risarcimento del danno nelle codificazioni continentali e in *common law*. – 3. I criteri di determinazione del danno nei diritti nazionali europei. Convergenze di principio e distanze applicative. – 4. I criteri di determinazione del danno nelle *model rules*. – 5. Diritti nazionali e *model rules*: tra continuità e rottura con il passato. – 6. Il nucleo comune dei criteri di determinazione del danno nella prospettiva del diritto europeo. Una proposta interpretativa. – 7. I criteri astratti di determinazione del danno. – 8. La ripartizione del rischio. – 9. La proporzionalità. – 10. Interpretazione elastica dei criteri: elemento soggettivo, tipo di danno e differenze con la responsabilità aquiliana. – 11. Alcune considerazioni finali. La rilevanza della buona fede nella determinazione del danno.

1. In questi ultimi anni abbiamo assistito a una profonda e generale rilettura del diritto dei contratti in chiave rimediale. Ai più scettici potrà sembrare solo il segno dei tempi e di mode le quali obbligano il giurista a utilizzare, più o meno volentieri, un vocabolario estraneo alla propria tradizione. In realtà il salto culturale è nettissimo: il piano dei rimedi costituisce un vero e proprio circuito separato, dotato di regole e principi, oltre che di un linguaggio, autonomi e spesso non esportabili rispetto a quello dei diritti.

Obiettivo di questa relazione è rileggere i criteri di determinazione del danno utilizzando la prospettiva indicata e testimoniare come questo spostamento possa aiutare a comprendere una

materia tra le più trascurate e meno chiare del diritto contrattuale.

La scelta appare del resto necessitata. I criteri di determinazione del danno appartengono alla descrizione dei confini dell'obbligazione risarcitoria e, come tali, sono riconducibili alla logica dei rimedi (mentre a quella della fattispecie appartiene l'inadempimento). Anzi, in essi troviamo esemplificati, forse più che in qualsiasi altro luogo del diritto contrattuale, quei principi di proporzionalità, ragionevolezza, flessibilità ed elasticità di cui la dottrina in esame è portatrice. Il diritto comunitario e le *model rules*, del resto, con la parziale eccezione dei Principi Unidroit, adottano proprio questo linguaggio¹.

La relazione intende, quindi, offrire una panoramica sulla materia dei criteri di determinazione del danno nelle *model rules* e nel diritto europeo.

La prima parte (par. 2-3) esamina le scelte degli ordinamenti di *civil law* e di *common law* con riferimento alla materia del danno risarcibile: dopo una breve ricognizione delle categorie accolte nelle codificazioni continentali e delle *doctrines* che governano la materia in *common law*, verificheremo l'esistenza o meno di una traiettoria coerente e di un nucleo comune nel diritto europeo attraverso un esame dei *leading case* nei diversi ordinamenti nazionali.

La parte centrale (par. 4-5) passa in rassegna le soluzioni accolte nelle *model rules* (CISG, PDEC, DCFR, UNI, CEC)² per poi stabilire in che modo queste compilazioni abbiano attinto alla tradizione europea e quanto stiano contribuendo alla definizione di modelli nuovi.

¹ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 1 s. Sul punto v. anche S. MAZZAMUTO - A. PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, 739 s.

² Si intende fare riferimento rispettivamente a: la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (CISG); i Principi Unidroit (UNI); i Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC); il *Draft del Common Frame of Reference* (DCFR); l'*Avant-project del Code Européen des Contrats* (CEC). D'ora in avanti per semplicità useremo questi acronimi in luogo della dizione completa.

Nell'ultima parte (par. 6-11) la relazione offre una proposta interpretativa unitaria della materia dei criteri di determinazione del danno alla luce tanto dei principi comuni alle tradizioni giuridiche europee, quanto delle *model rules*. A tal fine si individuano alcune regole di tendenza che possano aiutare l'interprete a ricostruire le ragioni e le funzioni della materia e, per questa via, a tracciare schemi di soluzione praticabili divisi per categorie di problemi.

2. Nella definizione del danno risarcibile le codificazioni europee accolgono tutte il criterio dell'*id quod interest*, in base al quale si afferma il diritto del creditore deluso alla restaurazione piena delle connessioni economiche tra oggetto della prestazione e utilità perdute. Attraverso tale criterio si pone l'accento non solamente sul valore economico della prestazione in sé, ma anche sul valore che essa riveste per il creditore e che può divergere dal primo in ragione delle caratteristiche della vittima dell'inadempimento e/o della sua particolare relazione con la prestazione.

In coerenza con questa premessa, il risarcimento è volto all'eliminazione di tutte le conseguenze dannose determinatesi nel patrimonio del creditore, ivi comprese le maggiori utilità che dalla prestazione questi avrebbe ricavato (criterio soggettivo di determinazione del danno)³.

Al riconoscimento di un diritto del creditore al risarcimento pieno delle utilità perdute fanno poi da contraltare le limitazioni dell'area del danno risarcibile attraverso i criteri di determinazione del danno: causalità, prevedibilità, evitabilità e certezza rappresentano strumenti attraverso i quali il ristoro delle utilità frustrate per effetto dell'inadempimento subisce importanti restrizioni.

³ Cfr. M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale, Il risarcimento del danno contrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, III, diretto da G. VISINTINI, Padova, 2009, 29 s.; L. CRUCIANI - M.R. MARELLA, *Il danno contrattuale*, in *Il nuovo contratto*, a cura di P.G. MONATERI - E. DEL PRATO - M.R. MARELLA - A. SOMMA - C. COSTANTINI, Bologna, 2007, 1065 s.

Maggiormente articolata è la risposta che offre il *common law*⁴. Il diritto anglo-americano sembra riconoscere l'esistenza di diversi scopi che l'ordinamento persegue attraverso la sanzione e, di conseguenza, ammette la possibilità di diversificare la risposta dell'ordinamento in relazione all'interesse deluso: interesse positivo (*expectation interest*), interesse negativo (*reliance interest*) e restituzione dei profitti (*restitution interest*) costituiscono i tre poli di riferimento della materia risarcitoria (ferma restando la prevalenza dell'*expectation interest*)⁵.

Anche in *common law* il diritto al risarcimento è limitato da criteri in larga parte simili a quelli accolti nelle codificazioni continentali: prevedibilità (*foreseeability*) e evitabilità (*avoidability/mitigation*) concorrono a definire i confini dell'obbligazione risarcitoria in modo analogo a quanto accade nelle maggiori esperienze di *civil law*. Mentre un ruolo del tutto marginale riveste il criterio – centrale invece nelle principali codificazioni europee – della causalità⁶, confinata in *common law* quasi esclusivamente al risarcimento delle obbligazioni di fonte extracontrattuale e sporadicamente utilizzato in ambito contrattuale nelle ipotesi di concorso del danneggiato nella produzione del danno.

3. Da quanto detto, sembrerebbe esistere una forte convergenza sui principi di governo dell'obbligazione risarcitoria. Tutti gli ordinamenti prendono a misura esclusiva o comunque prevalente l'aspettativa alla prestazione oggetto del contratto, consistente nel ricevere la prestazione dedotta in contratto (danno emergente) e nel farne uso (lucro cessante). E anche la selezione

⁴ Per un approfondimento su questi temi mi sia consentito rinviare a G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005.

⁵ È d'obbligo il riferimento a L.L. FULLER - W.R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 *Yale L. J.* 52 (1936-1937), e, sul piano normativo, al § 344 Rest. 2d Contract «*Purposes of Remedies*». Sul significato dell'espressione *restitution interest* e sul suo rapporto con il *disgorgement* si rinvia a J.M. PERILLO, *Restitution in the Second Restatement of Contracts*, 81 *Colum. L. Rev.*, 37 (1981).

⁶ «Our only test of causation ... is foreseeability»: A.L. CORBIN, *On Contracts* (St. Paul 1963), § 1003.

delle poste di danno risarcibile avviene attraverso categorie comuni alle diverse esperienze giuridiche. Anzi, è proprio in questo ambito che si registrano alcuni tra gli esempi più riusciti di circolazione di modelli in Europa⁷.

Prima di raggiungere conclusioni affrettate è però necessario verificare come questi principi comuni a tutta la tradizione europea si traducano nel caso concreto.

È stato autorevolmente osservato come sia qui particolarmente necessario «risalire dalla casistica, cioè dall'esperienza, alle massime e ai principi»⁸. Questa affermazione sembrerebbe a prima vista null'altro che la riproposizione di una più generale opzione di metodo da parte di uno dei padri fondatori della scienza comparatistica in Italia: la necessità, del resto assolutamente condivisibile, di integrare l'analisi delle generali proposizioni di principio con una lettura delle regole operative. In realtà essa possiede, con riguardo ai criteri di delimitazione del danno, un significato del tutto particolare: è tra le pieghe delle regole di dettaglio che si coglie la reale portata di una disciplina la cui complessità non traspare dall'illusoria chiarezza delle indicazioni legislative, né da massime giurisprudenziali pigramente identiche nel tempo. Possiamo anzi concludere che nella materia in esame, forse come in nessun'altra in ambito contrattuale, la riconduzione ad un'unicità di prospettiva dei *leading case* europei appare particolarmente problematica. Ovunque in Europa, tanto per le soluzioni raggiunte, quanto per i percorsi argomentativi utilizzati, le decisioni giurisprudenziali sono state oggetto di severe critiche e hanno sollevato varie perplessità. Basta passare in rassegna i precedenti più noti e citati per accorgersene.

⁷ È il caso, ad esempio, della prevedibilità, accolta dalla giurisprudenza inglese sulla scorta degli insegnamenti del diritto francese e di Pothier. Cfr. *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854). Sull'influenza francese v. A.W.B. SIMPSON, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, 91 LQR 247 (1975); R. DANZIG, *Hadley v. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law*, 4 JLS 249 (1975).

⁸ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 405, 421.

Che ci sia bisogno di una delimitazione dei danni risarcibili è chiaro. La giurisprudenza inglese è solita richiamare, a questo proposito, un eclatante caso del XVII secolo in cui il ferimento di un cavallo per mano del fabbro che lo aveva ferrato comportò la condanna dell'artigiano a risarcire il danno derivato dal mancato matrimonio del proprietario del cavallo con una ricca ereditiera. La donna, infatti, non vedendo arrivare il promesso sposo, aveva pensato bene di scegliere un altro⁹.

Se delimitare i confini dell'obbligazione risarcitoria appare, anche alla luce del monito inglese, necessario, non sempre il rimedio (è il caso di dire) è migliore del male.

Nel più noto caso inglese in tema di prevedibilità, il ritardo nella riparazione e riconsegna di un pezzo fondamentale di un mulino, una delle pale, ne provocò l'interruzione dell'attività con conseguenti danni alla produzione. I giudici decisero però che la mancanza di una pala di ricambio non fosse un'evenienza ragionevolmente prevedibile per il vettore. La decisione è stata aspramente criticata: il principio enunciato, se portato alle sue logiche conseguenze, imporrebbe all'imprenditore di tenere tutti i possibili pezzi di ricambio di un mulino, costringendolo a costruire una vera e propria seconda fabbrica (inattiva) parallela alla prima¹⁰.

Molti casi riguardano il trasporto marittimo. Durante una guerra difficilmente la merce riesce a raggiungere la propria destinazione, soprattutto se il conflitto è mondiale. È quello che accadde nel 1939 a un carico in partenza dalla Manciuria e destinato alla Svezia. A causa del ritardo nella partenza, imputabile al vettore, l'imbarcazione non riuscì ad arrivare a destinazione prima dello scoppio del conflitto nel settembre dello stesso anno. Il bastimento fu costretto dalle autorità britanniche a fermarsi in un porto scozzese; mentre la merce riusciva a raggiungere la Svezia solo dopo un lungo e soprattutto costoso trasbordo su una nave neutrale. Secondo i giudici il

⁹ Il riferimento è in *British Columbia Saw-Mill Co. Ltd. v. Nettleship* (1868), L.R. 3 C.P. 499, 510.

¹⁰ *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 156 Eng.Rep. 145 (1854). Per una revisione critica v. M.A. EISENBERG, *The Principle of Hadley v. Baxendale*, in 80 *Cal. R. Rev.*, 563, 582 (1992).

vettore è responsabile dei danni derivanti dalla ritardata consegna del carico, in quanto la Seconda guerra mondiale era evento prevedibile alla luce della situazione internazionale di quei mesi¹¹.

Nel viaggio tra la Romania e l'Iraq un corriere – a dispetto di quanto stabilito in contratto, ove si concordava di trasportare un carico di zucchero con la massima celerità – faceva tappa in due porti intermedi per caricare e scaricare altra merce, ritardando così la consegna. La corte inglese ha considerato prevedibile che durante quei nove giorni di ritardo possa essersi verificato un drastico crollo del prezzo dello zucchero, imputando così al vettore i rischi delle oscillazioni di mercato¹².

In un caso danese, non è stato considerato prevedibile che la diagnosi di un guasto irreparabile al motore di un'imbarcazione, poi rivelatasi erronea, abbia determinato il non necessario riacquisto da parte del proprietario della barca di un nuovo costoso motore¹³.

Non va meglio se, come in Germania, al test di prevedibilità sostituiamo quello causale.

Anche qui si tratta di navi. In particolari periodi dell'anno il rischio di cattivo tempo aumenta ogni giorno. Partendo il 4 novembre piuttosto che il 3, come da accordi pattuiti, l'imbarcazione del convenuto si imbatte in una terribile tempesta: l'equipaggio si salva ma il carico viene inevitabilmente perduto. La corte tedesca stabilì che il ritardo, anche di un solo giorno, nella partenza comporta la responsabilità del vettore per la perdita del carico dovuta alla tempesta che si sarebbe evitata in caso di partenza tempestiva¹⁴.

Anche sulla tipologia dei danni risarcibili le posizioni non sono chiare. Così, la perdita di clientela o dell'avviamento non sono generalmente considerati risarcibili, ma la regola soffre importanti eccezioni.

¹¹ *Monarch Steamship Co Ltd v. Karlshamn Oljefabriker AB* (1949) AC 196.

¹² *Koufos v. Czarnikow Ltd. (The Heron II)* (1969) AC HL 350. Per una critica di questa decisione v. P. ATIYAH, *The Law of Contract*, Oxford, 1981, 321 s.

¹³ UFR 1951 248 H. I giudici hanno ritenuto che fosse risarcibile il danno economico derivante dal ritardo dovuto alla mancata prosecuzione del viaggio per effettuare la sostituzione del motore.

¹⁴ RG 15-2-1913, RGZ 81, 359.

In un singolare caso, un produttore di verdure aveva affidato ad una compagnia aerea la pubblicità dei propri prodotti alimentari: gli apparecchi del convenuto avrebbero volato trainando striscioni promozionali che invitavano a mangiare i piselli della marca in questione. L'infelice idea della compagnia aerea fu, però, quella di far alzare in volo un velivolo proprio nei due minuti di silenzio del giorno dell'armistizio, dstando così il disappunto di tanti cittadini inglesi offesi dal comportamento irriverente (si sa che gli inglesi non hanno un gran senso dello humor). La compagnia è stata condannata al risarcimento derivante dalla conseguente perdita di clientela del produttore. È probabile che l'irritazione suscitata ai cittadini dal gesto irrispettoso abbia giocato un qualche peso nella scelta dei giudici¹⁵.

Né va meglio se ci spostiamo alla *contributory negligence*.

In un caso francese, una sfortunata visitatrice di uno zoo inciampava in prossimità della gabbia di un orso. Per effetto dell'urto la gabbia cedeva e l'orso mordeva la signora. Poiché secondo la corte la caduta della signora ha contribuito a causare l'evento dannoso, i danni sono stati ridotti in misura adeguata¹⁶.

In sintesi, in tutte le esperienze giuridiche l'apparente semplicità delle categorie che presiedono al meccanismo risarcitorio sembra frammentarsi ove si provi a tradurle sul piano operativo. Ed infatti, al di là della condivisibilità della soluzione finale, non sempre chiara, né tanto meno coerente, appare la logica che ispira le decisioni esaminate.

La vaghezza delle formule legislative comuni alla tradizione giuridica europea ha portato nei singoli sistemi nazionali a orientamenti oscillanti e contraddittori. I richiami ai principi risultano piuttosto scarni e le motivazioni non sempre adeguate all'importanza della decisione. La prassi di motivare in modo sintetico le decisioni e la natura di giudizio di fatto di simili valutazioni

¹⁵ *Aerial Advertising v. Bachelor's Peas* (1938) 2 All E.R. 788.

¹⁶ Cass. Civ. 1re, 31 gennaio 1973, D. 1973.149, riportata in inglese da H. BEALE - A. HARTKAMP - H. KÖTZ - D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford Portland, 2002, 833.

hanno poi impedito di andare oltre formule esplicative vaghe e prive di reale portata precettiva¹⁷. Che un danno sia prevedibile, evitabile, certo, sembra essere il frutto di scelte di *policy* non sempre esplicitate quando si ritenga, per una qualche ragione, di far ricadere il danno su una delle due parti.

Viene qui sfatato uno degli assunti più noti della comparazione giuridica, almeno di quella basata sul c.d. *functional approach*, secondo cui le differenze tra ordinamenti sono spesso più marcate ove ci si muova sul piano delle declamazioni di carattere generale per sfumare in una sostanziale convergenza delle soluzioni di dettaglio¹⁸.

Nella materia in esame, al contrario, tutti gli ordinamenti sembrano utilizzare gli stessi principi per poi approdare a risultati divergenti.

4. La disciplina dei rimedi è centrale nelle compilazioni modello e così pure nel diritto di derivazione comunitaria. Anzi, si può dire che la maggior parte delle novità emerse in tema di contratto, tanto nel diritto comunitario quanto nelle *model rules*, sia più orientato a disegnare forme nuove di tutela che non a modificare o innovare il diritto sostanziale.

Con riferimento al risarcimento del danno contrattuale, in linea con le esperienze giuridiche nazionali le *model rules* accolgono tutte, con differenze linguistiche trascurabili, il principio del risarcimento integrale del danno nella misura dell'interesse positivo (o *expectation interest*)¹⁹. E anche con riferimento ai cri-

¹⁷ In Francia, come in Italia, la prevedibilità del danno è considerata questione di fatto, non censurabile in Cassazione. In *common law* la questione del danno risarcibile si trasforma, nel corso del diciannovesimo secolo, da «*question of fact*» a «*question of law*», della quale, pertanto, verranno investite non più le giurie ma le corti.

¹⁸ K. ZWEIGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1988, 44. In realtà gli impieghi più sofisticati e recenti del *functional approach* rifuggono da conclusioni di ordine generale.

¹⁹ La *Note 1* all'art. 9:501 PDEC esclude espressamente la rilevanza dei profitti della parte inadempiente e i danni punitivi. Lo stesso fa anche l'art. 3:701, comm. B e *Note I.3*, DCFR.

teri di determinazione del danno le categorie utilizzate per selezionare le poste di danno risarcibili sono sostanzialmente quelle note. Tuttavia da un esame attento emergono alcune importanti novità.

a) *Prevedibilità*. La prevedibilità (*foreseeability*) è il criterio cardine cui i diversi progetti affidano il compito di stabilire i limiti del risarcimento delle utilità perdute dal creditore; una sorta di *common core* delle tradizioni giuridiche accolto in tutte le *model rules*.

Una prima differenza tra le diverse compilazioni riguarda il grado di probabilità delle conseguenze dannose risarcibili. Su questo punto registriamo tre soluzioni: la prima accomuna CISG e UNI; la seconda, PDEC e DCFR; mentre una posizione a sé assume il CEC.

CISG e UNI richiedono che la conseguenza sia *possibile*²⁰. Mentre la scelta di PDEC e DCFR è, almeno sul piano lessicale, differente: sono risarcibili quelle conseguenze che il debitore inadempiente ha previsto o avrebbe potuto prevedere come conseguenza *probabile* dell'inadempimento (art. 9:503 PDEC; art. 3:703 DCFR).

Secondo autorevole dottrina tale differenza non andrebbe tuttavia enfatizzata e, al di là della terminologia adottata, tutte e quattro le disposizioni esaminate richiederebbero un identico grado di probabilità²¹.

La stessa conclusione dovrebbe valere con riferimento al CEC, il quale sembra utilizzare, accanto a quello della prevedi-

²⁰ CISG ammette il risarcimento del danno ulteriore che la parte inadempiente «aveva previsto o avrebbe potuto prevedere al momento della conclusione del contratto avuto riguardo ai fatti e alle circostanze che egli allora conosceva o avrebbe potuto conoscere come *possibile* conseguenza dell'inadempimento» (art. 74). In modo analogo, UNI afferma la risarcibilità del danno che la parte inadempiente «ha previsto o poteva ragionevolmente prevedere al momento della conclusione del contratto come possibile conseguenza dell'inadempimento» (art. 7.4.4).

²¹ O. LANDO, *Foreseeability and Remoteness of Damages in Contract in the DCFR*, in E.R.P.L., 2009, 619, 620.

bilità, il linguaggio causalistico, ove ammette la risarcibilità di quei danni che *ragionevolmente* devono considerarsi la conseguenza dell'inadempimento e che una persona di normale avvedutezza poteva ragionevolmente attendersi secondo il corso ordinario delle cose (artt. 162-163).

Una seconda differenza riguarda il trattamento riservato all'inadempimento doloso. Il limite della prevedibilità opera indipendentemente dall'assenza del dolo in CISG e UNI. Mentre PDEC, DCFR e CEC ammettono il risarcimento di tutti i danni, anche quelli imprevedibili, quando l'inadempimento sia dipeso da dolo o colpa grave²².

Tuttavia, a giudicare dai casi che illustrano la concreta portata delle norme, la distanza tra le due soluzioni è minore di quanto non appaia.

A conclude con B un contratto con il quale A si impegna a costruire uno stand in vista di una fiera di prodotti tecnologici. Gli espositori acquisteranno da B lo spazio nello stand. Una settimana prima dell'inizio della fiera A chiede un sostanziale aumento del prezzo. B si rifiuta sottolineando che l'inadempimento di A determinerebbe non soltanto perdite per se stesso ma anche un grave danno a C, imprenditore del settore, il quale intende lanciare in grande stile un nuovo prodotto. Noncurante dell'avvertimento e consapevole delle sue conseguenze, A si rende ugualmente inadempiente²³.

A giudicare dal caso illustrato la deroga alla regola della prevedibilità sembra essere nell'imputazione delle conseguenze che, sebbene sconosciute alla conclusione del contratto, siano però note al momento della scelta di adempiere o meno: nel caso appena riportato il debitore inadempiente sa, per essere stato informato, quali siano le conseguenze del proprio eventuale inadempimento.

²² CISG e UNI seguono la tradizione angloamericana, tedesca e scandinava; mentre PDEC, DCFR e CEC, differenziando l'inadempimento doloso, ricalcano le soluzioni francese e italiana.

²³ Art. 9:503 PDEC, Ill. 3, comm. B. Lo stesso caso si trova in art. 3:703 DCFR, Ill. 3, comm. C.

b) *Causalità*. La causalità costituisce, come detto, criterio cardine in molte codificazioni continentali; mentre non rientra tra le categorie utilizzate in ambito contrattuale nel *common law*²⁴. Le *model rules* sembrano adottare in larga parte il modello angloamericano, posto che, con l'eccezione del CEC, nessuna menzione viene fatta del criterio causale. È probabile che nella scelta abbiano influito le critiche sollevate dalla migliore dottrina²⁵ e le difficoltà interpretative connesse alla distinzione tra causalità e prevedibilità, la cui portata operativa tende spesso a sovrapporsi nella lettura fornita dalla giurisprudenza²⁶.

c) *Irrisarcibilità dei danni derivati da comportamenti del danneggiato*. Il danno è parzialmente o totalmente irrisarcibile quando il creditore abbia contribuito all'inadempimento ovvero all'aggravamento del danno derivante dall'inadempimento o, ancora, non abbia agito per contenere o ridurre il danno già prodotti. Le *doctrines* utilizzate negli ordinamenti europei per ottenere questo risultato sono varie (causalità, evitabilità, *contribu-*

²⁴ Nel corso del diciannovesimo secolo si registra anche in *common law* una tendenza a limitare la misura del danno risarcibile in base al rilievo che i danni conseguenti all'inadempimento non fossero «the immediate and necessary effect of the breach of contract»: v. il *dictum* di C.J. COCKBURN in *Hobbs v. London and South Western Railway Co.* (1875) L.R. 10 Q.B. 111, 118.

²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, IV, Parigi, 1979, 350; GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., spec. 408; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 81, 96. Osserva G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract - A Comparative Account*, Oxford, 1988, 152 s., che l'utilizzazione del criterio della prevedibilità in *common law* produce effetti sostanzialmente convergenti con quello della causalità adeguata utilizzato in Germania. I rari casi in cui si è fatto ricorso a tale categoria in *common law* riguardano l'ipotesi di più inadempimenti ad opera di soggetti distinti e relativi a diversi contratti, ciascuno dei quali sufficiente a determinare conseguenze dannose. Afferma che la teoria della causalità adeguata determina l'irrisarcibilità delle perdite non prevedibili anche P. SCHLECTRIEM, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2000, 225 s.

²⁶ La *Cour de Cassation* francese definisce conseguenze immediate e dirette quelle che siano «*objectivement prévisible*» e la dottrina tedesca ha sovente fatto richiamo alla *doctrine* di *common law* della *foreseeability* come criterio per selezionare le poste di danno risarcibile.

tory negligence, duty to mitigate)²⁷. I redattori delle *model rules*, pur nella consapevolezza della sostanziale unità di prospettiva delle diverse *doctrine*, si mantengono nel solco delle distinzioni note²⁸. L'adozione di misure *ragionevoli* (CISG, UNI, DCFR), *opportune* (PDEC), *necessarie* o *del caso* (CEC) è imposta alla parte che invoca l'inadempimento al fine di limitare il danno e la mancata adozione di misure idonee determina una riduzione del risarcimento pari all'ammontare della perdita che si sarebbe potuta evitare²⁹.

d) Ipotesi tipiche. Alle categorie generali (prevedibilità, evitabilità, certezza), le *model rules* affiancano poi alcune ipotesi, volte a definire alcune poste di danno come (im)prevedibili, (in)certe, (in)evitabili, stabilendo così in via tipizzata la (ir)risarcibilità di alcune voci di danno. Tra queste possiamo ricordare:

Accordo sostitutivo. In caso di conclusione di un accordo sostitutivo la misura risarcitoria è indicata nella differenza tra il *valore*³⁰ del contratto e quello dell'accordo sostitutivo³¹. L'accordo sostitutivo rileva ai fini della determinazione del danno *purché sia concluso entro un termine ragionevole e in maniera adeguata*³².

²⁷ Per una rilettura in chiave unitaria di queste dottrine si veda, con riferimento al diritto italiano e alle *model rules*, G. GRISI, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, in *Contratti*, 2010, 617 s., il quale individua in esse regole di risarcimento operanti in sede di liquidazione.

²⁸ Così espressamente comm. A art. 9:504 PDEC. Il dovere di mitigare i danni è oggetto di una disposizione separata (art. 9:505).

²⁹ Così prescrivono l'art. 77 CISG, l'art. 7.4.8 UNI, gli artt. 9:504 (comm. A) e 9:505 PDEC, gli artt. 3:704 (comm. A) e 3:705 DCFR, l'art. 167 CEC. È da ritenere che al creditore sia riconosciuto il diritto alle spese *ragionevolmente* sostenute anche in assenza di un'esplicita indicazione. Cfr. art. 77 CISG; art. 167 CEC.

³⁰ Il riferimento al *valore*, invece che al prezzo, consente di confrontare accordi sostitutivi di tipo diverso, come ad esempio un acquisto effettuato in luogo di una locazione venuta meno, purché l'accordo sostitutivo non abbia ad oggetto prestazioni radicalmente differenti (come nell'ipotesi di affitto di una costosa Rolls Royce in luogo della modesta utilitaria prenotata e non disponibile a causa dell'inadempimento della compagnia di noleggio). Cfr. art. 9:506, ill. 2, PDEC; art. 3:706, comm. A e B, DCFR.

³¹ Art. 9:506 PDEC; art. 3:706 DCFR; art. 75 CISG; art. 7.4.5 UNI.

³² Art. 9:502, comm. C, PDEC; art. 3:702, comm. D, DCFR. Entrambi utilizzano gli stessi esempi dai quali sembra che è considerato sostitutivo il contratto per il

Prezzo corrente. Nei casi in cui vi sia un prezzo corrente e non sia stato concluso alcun accordo sostitutivo la misura risarcitoria è stabilita nella differenza tra prezzo del contratto e prezzo corrente³³.

Contratto concluso con un terzo. Il danno consistente nella perdita di utilità che sarebbero derivate da un contratto particolarmente vantaggioso, concluso dal creditore deluso con un terzo e rimasto ineseguito a causa dell'inadempimento del debitore, è generalmente ritenuto irrisarcibile³⁴.

5. Da questa prima ricognizione emerge chiaramente come il meccanismo accolto dalle *model rules* sia largamente debitore delle tradizioni nazionali, pur con alcuni punti di cesura importanti, soprattutto con riferimento alla tradizione di *civil law*. Troviamo così confermata, nella materia in esame, quella generale tendenza delle norme modello di mediare tra passato e futuro, senza intenti rivoluzionari, ma togliendo «*il troppo e il vano*» ed eliminando le particolarità dei singoli ordinamenti nazionali attraverso una riproposizione del diritto classico dei contratti, pur con diversioni e allontanamenti³⁵.

La prima novità è la sostanziale riduzione delle categorie utilizzate attraverso l'eliminazione del criterio causale e la conseguente espansione della prevedibilità: la presa d'atto delle sovrapposizioni tra i due criteri e delle difficoltà interpretative circa l'operatività di ciascuno di essi ha probabilmente condotto i compilatori a concentrare in uno solo il luogo di selezione delle conseguenze risarcibili³⁶. E anche con riferimento all'irrisarcibilità dei danni dovuti a comportamenti (o omissioni) del danneg-

reimpiego di beni infungibili liberatisi a seguito dello scioglimento del primo contratto, mentre non è considerato sostitutivo il contratto avente ad oggetto beni fungibili dello stesso tipo e specie di quelli oggetto del primo contratto.

³³ Art. 9:507 PDEC; art. 3:707 DCFR; art. 76 CISG; art. 7.4.6 UNI.

³⁴ Così espressamente l'esempio 1 dell'art. 7.4.4 UNI; art. 9:503, Ill. 1, PDEC.

³⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 787 s.

³⁶ Cfr. le Note all'art. 9:503 PDEC.

giato, si è cercato, pur nel rispetto del lessico e delle partizioni note ai diritti nazionali, di ridurre le categorie utilizzate e riconducibili ad un unico principio: che il danneggiato non può ottenere il risarcimento di danni dovuti al proprio comportamento.

La seconda novità è la scelta di prevedere una serie di ipotesi nelle quali il risarcimento è calcolato in base a criteri astratti: le norme sul prezzo corrente o sull'accordo sostitutivo *ragionevole* sono chiaramente ispirate all'accoglimento del mercato come criterio principale, e talvolta tendenzialmente esclusivo, di determinazione del danno. Nella stessa direzione si colloca la moltiplicazione di ipotesi in cui la valutazione delle poste di danno risarcibile avviene in modo tipizzato, anche attraverso commenti e illustrazioni.

Non si tratta naturalmente di una novità emersa con le norme transnazionali: anche nei sistemi nazionali il criterio cosiddetto oggettivo o di mercato di valutazione del danno trova espresso riconoscimento normativo. Tuttavia esso non ha comunemente carattere generale, almeno in *civil law*³⁷.

In conclusione, la riduzione delle categorie e il riconoscimento della centralità del criterio di mercato rappresentano le novità principali che emergono da una prima lettura delle *model rules*.

6. La materia dei criteri di determinazione del danno ripropone a livello di *model rules* alcune direttive di carattere gene-

³⁷ La rilevanza del prezzo dell'acquisto sostitutivo ai fini della determinazione del danno è generalmente riconosciuta sul piano legislativo in tema di vendita (così nel diritto tedesco, austriaco, olandese, danese, greco, oltre che in quello italiano) ed è spesso sottoposta a restrizioni procedurali. Nel diritto francese è invece ammessa con carattere generale (*faculté de remplacement*). Il prezzo di mercato è rilevante in materia di vendita in Germania, Austria, Olanda, Inghilterra, oltre che in Italia; nelle sole transazioni commerciali in Grecia. In altri ordinamenti, pur in assenza di espresse disposizioni legislative, il criterio è ammesso dalla giurisprudenza con portata più o meno generale. Maggiore ampiezza ha invece la determinazione astratta del danno in *common law*. Nel diritto inglese il criterio fa ingresso nell'ordinamento sotto il profilo probatorio, come indice affidabile dell'ammontare del danno.

rale; direttive, apparentemente semplici, ma che nei diversi ordinamenti nazionali hanno mancato di offrire all'interprete criteri di condotta precisi e puntuali, determinando la frammentarietà e l'incoerenza delle soluzioni applicative proposte.

Il pericolo di derive interpretative, sottolineato con riferimento ai diritti nazionali, è forse ancora maggiore nell'ottica dell'uniformazione del diritto europeo³⁸.

La ragione di questa confusione deriva probabilmente dal fatto che le soluzioni rintracciate sono il frutto di logiche composite e di interessi diversificati. Se questo è vero, è necessario individuare il senso delle regole normativamente accolte nelle leggi modello e nel diritto comune europeo e provare a fornire una proposta interpretativa coerente, delineando una rilettura in chiave unitaria dei criteri di determinazione del danno³⁹.

È, infatti, sul piano funzionale che il danno contrattuale rivela la propria identità quale forma a sé di danno risarcibile⁴⁰. Come è stato acutamente osservato, i rimedi contrattuali «*trovano il loro momento di coagulo in termini funzionali più che strutturali giacché sono deputati comunque a risolvere una situazione di crisi della vicenda contrattuale*»⁴¹.

³⁸ Nel Libro verde adottato dalla Commissione a luglio 2010 si osserva come uno degli ostacoli maggiori all'edificazione di un diritto europeo dei contratti sia l'assenza di meccanismi che garantiscano l'interpretazione uniforme di eventuali disposizioni comuni. Cfr. Libro verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, del 1.7.2010, COM(2010)348. Da segnalare che la materia delle tutele per l'inadempimento è tra quelle inserite dalla Commissione nel primo nucleo di settori da regolare (cfr. par. 4.3.1).

³⁹ Osserva E.A. POSNER, *Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, III, *The Regulation of Contracts*, a cura di B. BOUCKAERT - G. DE GEEST, Cheltenham, 2000, 166, 172, che «l'utile ma artificiosa distinzione tra le diverse dottrine ha determinato una ingiustificata separazione nei contributi dottrinari».

⁴⁰ DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 151.

⁴¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 601, 606. Per una riflessione sui rischi opposti di una scienza giuridica basata sui concetti ovvero sugli interessi si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Una riflessione sul metodo giuridico*, ripubblicato in R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 1 s. Sul ruolo delle *legal categories in common law* si veda, da ultimo, M. SERIO, *Il ricorso*

Al fine di superare le segnalate difficoltà è necessario, pertanto, legare l'obbligazione risarcitoria alle finalità e agli scopi che con essa si perseguono⁴² e riguardare le categorie note in chiave di strumenti per la soluzione di problemi. Solo una lettura dei criteri di delimitazione del danno consapevole dei suoi scopi consente, infatti, di superare buona parte delle difficoltà interpretative e delle incertezze che caratterizzano la dottrina e la giurisprudenza sul punto, fornendo all'interprete schemi di decisione.

Per fare questo proviamo a elaborare una serie di «*regole di tendenza*»⁴³ del regime risarcitorio distinte per ambiti di problemi e a individuare, all'interno di ciascun ambito, alcune soluzioni tendenzialmente condivise.

Convenzionalmente distinguiamo quattro «*ambiti di problemi*»: 1) rilevanza dei criteri astratti; 2) ripartizione del rischio; 3) proporzionalità; 4) elasticità. Occorre premettere che non si tratta di distinzioni rigide, posto che gli istituti che governano il risarcimento del danno presentano notevoli sovrapposizioni⁴⁴ e che gli stessi fatti possono essere qualificati in modo differente in relazione al tipo di problema che si è chiamati a risolvere.

Non sempre il ricorso alle diverse categorie giuridiche, del resto, rimanda a regole giuridiche differenti.

7. Ciascun sistema conosce modi astratti e modi concreti di determinare il danno: i primi fondati su parametri esterni e oggettivi, tipicamente i valori di mercato; i secondi basati sulle perdite effettive del contraente deluso. Vediamo innanzitutto le regole che emergono dal primo dei due modi.

alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese, in *Europa dir. priv.*, 2010, 511 s.

⁴² A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 224 s.

⁴³ L'espressione è di A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, 110.

⁴⁴ In giurisprudenza, questa affinità è sottolineata anche da R.A. POSNER in *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F2d 951 (7th Circ.), 459 U.S. 1017 (1982).

Il danno prima facie risarcibile è quello astratto derivante dall'applicazione di criteri di mercato in vista del ripristino dei valori scambiati. Il creditore ha diritto al risarcimento calcolato in base al prezzo corrente o al prezzo di copertura «ragionevole».

Il valore obiettivo della prestazione è per eccellenza la misura del danno che risulta dall'ordinario corso delle cose, ossia il danno che potremmo definire tipicamente regolare, prevedibile, certo. In questa luce si giustifica l'espansione del criterio del prezzo corrente o dell'acquisto sostitutivo «ragionevole»⁴⁵.

La centralità dei criteri astratti nelle *model rules* è rafforzata, inoltre, dalle cautele di cui le disposizioni in parola circondano il riconoscimento del maggior danno: ammesso in linea di principio, ma limitato fortemente in commenti, note e illustrazioni. Così, è considerato irrilevante il contratto concluso con un terzo ai fini della determinazione del lucro cessante; il computo dei profitti mancati deve avvenire secondo «*il normale corso degli eventi*»⁴⁶; il dovere di mitigare il danno da parte del creditore deve ispirarsi a criteri di *ragionevolezza*⁴⁷.

Non sono risarcibili le conseguenze dannose derivanti dalla situazione di illiquidità o da inefficienze organizzative del creditore.

I danni conseguenti alla mancanza di fondi non sono tendenzialmente risarcibili. Sebbene il creditore deluso possa in li-

⁴⁵ L'acquisto sostitutivo a un prezzo maggiore di quello di mercato è irragionevole; quello a un prezzo minore si sarebbe potuto fare ugualmente e quindi è giusto che chi l'ha fatto ne tragga beneficio, senza che abbia a subire una diminuzione del danno risarcibile. BEALE - HARTKAMP - KÖTZ - TALLON, *Cases, Materials*, cit., 845-846. Si v. anche TREITEL, *Remedies*, cit., 114.

⁴⁶ Cfr. art. 3:703 DCFR, *Note* 1.

⁴⁷ L'art. 9:505, Ill. 1, PDEC, e l'art. 3:705, comm. A, Ill. 1, DCFR, riportano lo stesso caso: B acquista da S una vecchia automobile per £ 750. Scopre con disappunto che sono necessari ben £ 1.500 per renderla utilizzabile. Il valore dell'auto a seguito delle riparazioni sarebbe quello di mercato, ossia £ 800. I danni di B sono pari a £ 800, posto che la riparazione sarebbe del tutto irragionevole.

nea di principio chiedere, oltre agli interessi, il danno ulteriore, questo è ammesso solo in casi eccezionali⁴⁸. Usando le categorie note, si dice che la vittima dell'inadempimento avrebbe potuto mitigare il danno ottenendo liquidità in altro modo, ovvero che il danno non fosse prevedibile.

Particolarmente interessanti, a questo proposito, sono i casi relativi alla mancata erogazione di fondi da parte di una banca e, più in generale, i contratti aventi ad oggetto il pagamento di una somma di danaro quando il debitore inadempiente ne conosca la destinazione e le conseguenze derivanti dalla mancata tempestiva corresponsione, e il creditore deluso non abbia alternative immediate per reperire la somma⁴⁹.

C acconsente a prestare a D la somma di € 200.000 per l'acquisto di un'azienda da E. Si tratta di un affare ma tutto deve avvenire in tempi rapidi e C lo sa, perché D stesso glielo ha comunicato. All'ultimo momento C viene meno all'accordo. D non ha il denaro per l'acquisto né ha modo di procurarselo in tempo e così E vende l'azienda a un terzo per € 300.000, suo reale valore di mercato. C è responsabile del danno derivante dalla perdita dell'affare⁵⁰.

In un caso svedese, il ritardo, pur se di poche ore, nell'esecuzione di un'operazione di scoperto bancario rende la banca responsabile per i danni derivanti dalla mancata conclusione di una lucrosa compravendita, ove il proprio cliente l'avesse avvertita della necessità urgente di denaro per concludere un affare⁵¹.

Anche in questi casi occorre, comunque, distinguere il rischio dell'operazione economica complessiva, che grava sul debitore inadempiente, dal rischio della situazione finanziaria e organizzativa del creditore, che resta a carico di quest'ultimo⁵².

⁴⁸ Cfr. art. 3:701, comm. A; art. 3:707, DCFR.

⁴⁹ TREITEL, *Remedies*, cit., 203.

⁵⁰ Art. 9:508, Ill. 2, PDEC. Art. 3:708, Ill. 2, DCFR.

⁵¹ NJA 1991 217.

⁵² In questo senso M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano, 1980, spec. 137 s.

Il contratto concluso dal creditore deluso con un terzo è rilevante nella determinazione delle perdite subite, mentre è irrilevante con riferimento ai mancati guadagni.

Le *model rules* stabiliscono che il danno consistente nella perdita di utilità che sarebbero derivate da un contratto particolarmente vantaggioso concluso dal creditore deluso con un terzo, il quale sia rimasto ineseguito a causa dell'inadempimento del debitore, è generalmente irrisarcibile perché tipicamente imprevedibile.

B acquista da S francobolli per diecimila euro. Al momento della consegna il valore dei francobolli è dodicimila euro e S si rende inadempiente. A causa dell'inadempimento B non può rivendere i francobolli a T con il quale ha già concluso un contratto per il prezzo di ben venticinquemila euro. Sebbene S sapesse del commercio di francobolli di B, nulla sapeva del vantaggioso contratto concluso con T. Il danno risarcibile è qui pari a duemila, posto che il secondo contratto è imprevedibile⁵³.

Lo stesso principio sembra essere seguito dalla giurisprudenza di molti paesi europei.

In uno dei più conosciuti *leading case* inglesi, il ritardo nella consegna di una speciale macchina bollitrice per lavanderia fa sorgere la responsabilità della parte inadempiente per la perdita di profitti, ma non anche per contratti particolarmente vantaggiosi che la lavanderia aveva concluso con il governo⁵⁴.

Al contrario, in diversi ordinamenti le somme che il creditore deluso è tenuto a corrispondere a terzi soggetti, per essersi reso inadempiente a un secondo contratto a causa dell'inadempimento subito nel contratto principale, sono considerate danno prevedibile (con la tendenziale eccezione della perdita di clientela)⁵⁵.

⁵³ Art. 9:503, comm. A, Ill. 1, PDEC. Lo stesso caso è riportato sotto l'art. 3:703, comm. B, Ill. 1, DCFR.

⁵⁴ *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd* (1949) 2 K.B. 528.

⁵⁵ In una decisione svizzera decisa in base al CISG, la corte ha affermato che la

In un caso tedesco, deciso sulla base dell'art. 74 CISG, l'occultamento del chilometraggio effettivo di un'auto da parte di un rivenditore italiano comporta la responsabilità per il danno che l'acquirente, un rivenditore di auto tedesco, abbia subito per aver dovuto risarcire l'acquirente finale dell'automobile⁵⁶.

In un caso francese, il ritardo nella consegna di una macchina per la lavorazione dei vegetali, e il conseguente deperimento di parte degli stessi a causa della mancata tempestiva lavorazione, rende il vettore responsabile anche per quei danni che il destinatario della macchina ha dovuto corrispondere a terzi⁵⁷.

In un caso svedese, il ritardo nella consegna di travi d'acciaio, che l'acquirente aveva a sua volta rivenduto ad un costruttore per la costruzione di un edificio, comporta la responsabilità del primo venditore per la penale che il costruttore è costretto a pagare al committente. Anche in questo caso i giudici hanno ritenuto che il rischio di una penale da ritardo pagata da eventuali terzi acquirenti dovesse rientrare tra i rischi contemplati al momento della conclusione del contratto⁵⁸.

Sembra pertanto esistere una sorta di trattamento diversificato delle due ipotesi: il contratto concluso con il terzo è rilevante ai fini della definizione dell'obbligazione risarcitoria ove abbia determinato l'insorgere di una pretesa del terzo per mancato adempimento; è invece irrilevante nel caso in cui la mancata esecuzione del contratto abbia provocato un mancato profitto superiore a quello di mercato.

consegna di carne di qualità diversa e inferiore a quella pattuita determina la risarcibilità del danno derivante dalla perdita di un importante cliente a causa dell'impossibilità di onorare un contratto. Schweizerisches Bundesgericht 28 ottobre 1998, No. 4C.179/1998/od, in <http://www.unilex.info/article.cfm?pid=1&pos=74&iid=86&cid=43#IID86>.

⁵⁶ Oberlandesgericht Köln 21 maggio 1996, No. 22 U 4/96, in <http://www.unilex.info/article.cfm?pid=1&pos=74&iid=89&cid=34#IID89>.

⁵⁷ Cass. 22 novembre 1893, D.1894.1.358. Il caso è riportato in inglese in BEALE - HARTKAMP - KÖTZ - TALLON, *Cases, Materials*, cit., 818.

⁵⁸ NJA 1913 276.

Tale distinzione non appare giustificata, posto che ciascuna parte può gestire il rischio assunto con il contratto concluso nel modo che preferisce. Definire il danno sulla base del secondo contratto significa attribuire le conseguenze della copertura del rischio ad un soggetto diverso da colui che ha compiuto la scelta. Di questo è perfettamente consapevole la riflessione di *common law*, in cui il criterio di mercato indica in ogni caso la misura del danno, indipendentemente dal fatto che la vittima dell'inadempimento «abbia tenuto per sé, venduto a terzi, ceduto o distrutto la prestazione»⁵⁹.

Anche il danno non patrimoniale è risarcibile (cenni). La restaurazione delle utilità possedute comporta la graduale ammissione del risarcimento del c.d. danno morale anche in ambito contrattuale. Lo ammettono espressamente i PDEC, il DCFR⁶⁰ e il diritto comunitario⁶¹.

Sebbene sia a rigore al di fuori della materia dei criteri di determinazione del danno, la risarcibilità del danno non patrimoniale merita una menzione in questa sede. Il danno non patrimoniale altro non sarebbe che un'ipotesi di danno consequenziale. E in entrambi i casi dare riconoscimento alla risarcibilità di questi danni determina un allontanamento da una lettura del danno risarcibile in base a parametri puramente mercantili. Questa unicità di prospettiva è generalmente trascurata dalla riflessione continentale.

⁵⁹ T. SEDGWICK, *A Treatise on the Measure of Damages*, New York, 1912, 1770. Per l'affermazione del principio in giurisprudenza si veda il *leading case Rodonachi, Sons & Co. v. Milburn Brothers*, 18 QBD 67 (1886). A livello legislativo l'irrelevanza di un secondo contratto e la prevalenza del criterio di mercato nella determinazione del danno è poi riaffermato in Inghilterra con il *Sale of Goods Act* del 1894 (§ 51). Da parte di taluno si ritiene che nel danno da perdita di un affare la conclusione di un affare sostitutivo con un terzo sia da conteggiare nel computo del danno solo in caso di beni fungibili. Sul punto v. TREITEL, *Remedies*, cit., 124.

⁶⁰ Art. 3:701, comm. F, DCFR; art. 9:501, comm. E, PDEC.

⁶¹ Cfr. dir. 13 giugno 1990 n. 314. Da notare come anche le *model rules* utilizzino come esempio la vacanza rovinata.

8. Una delle funzioni svolte dai criteri di determinazione del danno è quella di distribuire tra le parti il peso delle conseguenze della mancata esecuzione del programma negoziale. Possiamo individuare all'interno della ripartizione del rischio alcune regole tendenziali per l'interprete.

La parte inadempiente è responsabile quando il danno sia la realizzazione di un rischio che l'inadempimento ha contribuito ad aumentare sensibilmente.

Alla luce di questo principio appare forse troppo rigorosa la citata decisione tedesca sul ritardo della partenza della nave di un solo giorno: è vero che l'avvicinarsi dell'inverno aumenta il rischio di tempesta ogni giorno di più, ma non in maniera così sensibile⁶².

Non sono risarcibili i danni che siano realizzazione di rischi cui il creditore sarebbe stato esposto anche nel caso di adempimento.

Ad esempio, non è risarcibile il danno che nasce dalla circostanza che il bene oggetto della prestazione si trovi, a causa dell'inadempimento, in un dato momento in un dato luogo, se il rischio di danno è distribuito in modo uniforme, ossia se si tratti di rischio facente parte della vita quotidiana⁶³.

Non sono risarcibili i danni che siano realizzazione di rischi che il debitore non aveva l'obbligo di prevenire⁶⁴.

Si tratta della traduzione della regola dello scopo della norma violata, individuata in base alla funzione assegnata dall'ordinamento all'obbligazione risarcitoria⁶⁵. Ad esempio, non è risarcibile il danno derivato da un furto reso possibile dalla cir-

⁶² Cfr. *supra*, par. 3, nota 14.

⁶³ La *ratio* della regola è la medesima che si ispira l'art. 1221, co. 1, c.c. Per un'illustrazione del principio con riferimento ai criteri di determinazione del danno si rinvia a P. TRIMARCHI, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 171.

⁶⁴ SCHLECTRIEM, *Schuldrecht*, cit., 225 s.; TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 171.

⁶⁵ TREITEL, *Remedies*, cit., 166.

costanza che la persona incaricata di svolgere certi lavori, e alla quale sono state consegnate le chiavi in assenza del padrone di casa, non si rechi a effettuare i lavori nel giorno concordato: l'obbligo dell'artigiano è effettuare i lavori, non proteggere casa. Passando dai casi di scuola alla realtà,

In una decisione tedesca, la corte ha stabilito che la violazione del segreto bancario da parte di un istituto di credito non rende la banca responsabile per la condanna per evasione fiscale subita dal proprio correntista, nonostante sotto un profilo strettamente causale è proprio dalla rivelazione delle informazioni segrete che il Fisco è stato in grado di risalire all'evasore. Il segreto bancario – recita la sentenza – non ha lo scopo di consentire la commissione di reati⁶⁶.

Lo scopo della norma violata sembra affermato anche in ordinamenti, come quello inglese, nel quale la teoria della causalità adeguata non trova riconoscimento⁶⁷.

Il rischio deve essere distribuito in modo efficiente dal punto di vista assicurativo.

L'efficienza impone che responsabile per le perdite debba essere la parte che sia in grado di evitare il danno al costo minore (*cheapest-cost-avoider*). Gli appelli all'efficienza sono decisamente meno frequenti nel diritto continentale che in *common law*⁶⁸. Tuttavia molte delle regole in tema di determinazione del danno possono essere lette nell'ottica della minimizzazione dei costi congiunti⁶⁹. E anche nella riflessione continentale si fa

⁶⁶ Olg Köln 8 luglio 1982, BB 1992, 2174, riportato in inglese da BEALE - HARTKAMP - KÖTZ - TALLON, *Cases, Materials*, cit., 824.

⁶⁷ *South Australia Asset Management Corp. v. New York Montague Ltd*, (1997) AC 191.

⁶⁸ L'elaborazione della fortunata dottrina del *cheapest cost avoider* si deve a G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975, spec.183 s. In giurisprudenza v. *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F2d 951 (7th Circ.), 459 U.S. 1017 (1982).

⁶⁹ Con riferimento all'evitabilità, ad esempio, il *duty to mitigate* viene generalmente negato quando il promittente sia in grado di arginare i danni a costi simili o inferiori a quelli dell'attore. Mentre il limite della prevedibilità indurrà il creditore a mi-

strada l'idea che il modello possa assumere a riferimento criteri di ordine economico, oltre che etici e sociali. L'efficienza, del resto, è tra gli obiettivi delle compilazioni di diritto uniforme⁷⁰.

9. La proporzionalità tra sacrificio richiesto e sanzione per il mancato adempimento difficilmente emerge nell'analisi tradizionale di *civil law*: il preteso carattere assoluto e categorico del dovere di adempiere l'impegno contrattuale e del «rispetto della parola data» ha generalmente offuscato questo aspetto, almeno a livello declamatorio («*la force obligatoire n'a pas de prix*»).

In realtà, alla piena risarcibilità del danno subito si oppone in tutti gli ordinamenti considerati il principio del contemperamento degli interessi, cui corrisponde sul piano rimediale il richiamo alla ragionevolezza e proporzionalità del sacrificio della sfera giuridica del debitore.

La responsabilità contrattuale ha come proprio fondamento «*uno sforzo debitorio tipico*», commisurato all'interesse creditore, e questo principio ha importanti ricadute anche sul piano della «*individuazione del danno risarcibile*»⁷¹.

La proporzionalità può essere articolata in due regole tendenziali.

Non sono risarcibili i danni quando la parte inadempiente abbia compiuto uno sforzo debitorio adeguato alle situazioni normali.

Chi assume un impegno deve adottare le cautele necessarie per conseguire i risultati dovuti e queste cautele devono essere

nimizzare i danni da inadempimento non prevedibili. L'inadempimento (ed il conseguente obbligo di risarcire il danno) sarebbe, in questa luce, uno strumento volto ad ottenere il soddisfacimento dell'obbligazione assunta al costo minore e costituirebbe un invito rivolto al creditore a provvedere egli stesso a far fronte alle conseguenze dannose al minor costo con l'obbligo di tenerlo indenne attraverso il risarcimento del danno. Così C.J. GOETZ & R.E. SCOTT, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 *Va. L. Rev.*, 967, 980 (1983).

⁷⁰ Il DCFR la assume come uno dei quattro principi che informano l'intera materia insieme a libertà, sicurezza e giustizia.

⁷¹ DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 203 (corsivo nell'originale).

commisurate all'impegno preso (lo sforzo richiesto al vettore quando trasporta merci preziose o materiale di poco valore non può e non deve essere lo stesso)⁷². Lo scopo è quello di non aggravare eccessivamente la responsabilità del debitore e di contenere entro limiti di normalità il sacrificio economico richiesto al debitore⁷³.

La selezione delle conseguenze dannose risarcibili attraverso i criteri di determinazione del danno reintroduce pertanto una valutazione sui costi della sanzione estromessa, quanto meno in *civil law*, dall'ideologia ufficiale.

Il danno «eccezionale» è risarcibile solo se il debitore ha avuto l'opportunità di adeguare il proprio sforzo debitorio (e il prezzo) all'interesse personale (idiosincratico) del creditore, ossia quando tale valore sia stato rivelato al debitore.

Attraverso la risarcibilità del solo danno prevedibile, ma anche attraverso la regola dell'evitabilità, il creditore sarà incentivato a dare le informazioni necessarie al debitore, consentendogli così di adottare le precauzioni necessarie. Il soggetto in grado di evitare le conseguenze dannose dell'inadempimento nel modo più economico può scegliere se assumere le precauzioni necessarie o rivelare all'altra parte le informazioni utili perché sia questi a prendere gli opportuni provvedimenti⁷⁴.

10. Resta da verificare l'eventualità che la delimitazione dell'obbligazione risarcitoria sia funzione anche dell'elemento soggettivo o del tipo di pregiudizio subito, e in che misura sia diversa in ambito contrattuale ed extracontrattuale.

⁷² La traduzione in chiave di efficienza di questo principio è che il debitore dovrà adottare determinate precauzioni quando il loro costo sia inferiore alla diminuzione delle perdite attese che dall'adozione delle precauzioni conseguirebbe. Si tratta della trasposizione in ambito contrattuale della famosa *negligence formula* consacrata da Learned Hand in *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169, 173 (2nd Circ. 1947).

⁷³ GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., 408.

⁷⁴ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2003, 127.

I criteri di determinazione del danno andrebbero interpretati e applicati con un differente grado di rigore a seconda dell'elemento soggettivo.

Sono diffusi nel diritto europeo indirizzi tendenti a valorizzare l'esigenza di graduare il risarcimento in funzione dell'elemento soggettivo.

Di tale logica è espressione la previsione di un trattamento differenziato per le ipotesi di dolo o colpa grave, previsto da DCFR, PDEC e CEC; in contrasto con le altre *model rules* (CISG e UNI) e con le tradizioni giuridiche di *common law*, tedesca e scandinava, le quali tutte limitano alle sole conseguenze prevedibili il danno risarcibile anche per le ipotesi di inadempimento doloso.

Ma non è solo nelle scelte del legislatore che emerge una simile esigenza. In molti sistemi l'atteggiamento soggettivo della parte inadempiente sembra influenzare l'affermazione di responsabilità da parte della giurisprudenza⁷⁵.

I criteri di determinazione del danno andrebbero interpretati e applicati con un differente grado di rigore a seconda del tipo di danno da risarcire.

Sebbene assente nell'ideologia ufficiale delle codificazioni continentali e del *case law*, l'idea di una gerarchia dei danni sembra talvolta affacciarsi nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrina.

Sul piano teorico, tale principio è stato espresso per la prima volta da Hart e Honorè in un vero e proprio classico della

⁷⁵ Così, ad esempio, T. IVERSEN, *Erstatningsberegning kontraktforhold*, Copenhagen, 2000, 110, con riferimento al diritto scandinavo. Da segnalare, poi, la posizione del diritto austriaco, più volte menzionato nei commenti alle *model rules*, secondo cui la risarcibilità del danno futuro (§§ 1324, 1325, 1331) e – secondo autorevole dottrina – del danno non patrimoniale sono risarcibili in relazione al grado di colpa della parte inadempiente. F. BYDLINSKI, JBL 1965, 173, 237, citato in art. 3:701, *Note 13*, DCFR. Com'è noto, soluzioni simili si pongono in contrasto con le conclusioni in chiave di efficienza avanzate dalla dottrina giureconomica.

teoria del diritto in lingua inglese alla fine degli anni Cinquanta⁷⁶. In giurisprudenza fa il suo autorevole esordio una ventina d'anni più tardi in una *concurring opinion* di Lord Denning. Proprio riferendosi alle conclusioni dei due Autori, Lord Denning afferma come anche in ambito contrattuale si stia facendo strada una gerarchia delle poste di danno risarcibili che vede un trattamento differenziato per danni materiali e danni economici⁷⁷. Tale principio – sostiene Lord Denning – affermatosi in ambito extracontrattuale⁷⁸, merita accoglimento anche in materia di contratto. La perdita economica andrebbe risarcita solo ove il suo verificarsi sia stato considerato, al momento della conclusione del contratto, come una «*seria possibilità o un concreto pericolo*»; mentre con riferimento al danno alla persona o alla proprietà sarebbe sufficiente anche una minima (*slight*) possibilità, analogamente a quanto accade in ambito extracontrattuale.

La trasposizione delle logiche della responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale non è così immediata. Se al centro della tutela aquiliana si pone la protezione di beni e diritti nominati, la responsabilità contrattuale tutela, invece, interessi patrimoniali: il danno da inadempimento è pura perdita patrimoniale sofferta dal creditore per la mancata attuazione del suo interesse⁷⁹, senza che occorra la mediazione – necessaria, invece, in ambito extracontrattuale – della violazione della sfera giuridica altrui, ossia la lesione di un interesse protetto.

Tuttavia, non sono solo la dottrina e la giurisprudenza inglesi ad aprirsi ad una gerarchia di danni. Anche nei paesi scandinavi è stato osservato un atteggiamento diverso della giurisprudenza a seconda che il danno di cui si chiede il risarcimento

⁷⁶ H.L.A. HART - A.M. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, 1959.

⁷⁷ *Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] QB 791.

⁷⁸ *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. Ltd.* (1973) Q.B. 27, (1972) 3 All E.R. 557; *Anns v. Merton London Borough Council* [1978] A.C. 278; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. [The Wagon Mound I]*, 1961 CA 388.

⁷⁹ CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 84 s., spec. 87 s. per i profili di causalità.

abbia a oggetto la persona, la proprietà, ovvero la perdita puramente economica. All'interno di questa categoria, poi, esisterebbe una differenziazione: prezzo convenuto, prezzo corrente, profitti, ulteriori affari, clientela e avviamento e, infine, perdite ancora più «*remote*»⁸⁰. In altre parole, la giurisprudenza sarebbe maggiormente propensa a riconoscere un certo pregiudizio «*prevedibile*», «*ordinario*» e, comunque, risarcibile quando questo sia ascrivibile a una delle categorie poste al vertice della gerarchia indicata, per assumere atteggiamenti via via più restrittivi per quelle voci di danno collocate nella parte bassa di questa ipotetica graduatoria. Di recente questa tesi è stata riproposta con riferimento proprio alle *model rules*⁸¹.

I criteri di determinazione del danno andrebbero interpretati e applicati con un differente grado di rigore in ambito contrattuale ed extracontrattuale.

La giurisprudenza ha spesso affermato la diversità dei criteri di determinazione del danno in *contract* e in *torts*. La ragione del differente trattamento è generalmente argomentata osservando che durante le contrattazioni il promissario è in grado di richiamare l'attenzione del promittente su eventuali conseguenze dannose inusuali che potrebbero derivare dall'inadempimento. Mentre tale possibilità è ovviamente preclusa al danneggiante nelle ipotesi di responsabilità aquiliana. Pertanto, per la risarcibilità del danno da inadempimento non basta che un certo risultato sia conseguenza «*naturale*» o «*probabile*» dell'inadempimento, ma ci deve essere una «*consistente possibilità*» (*substantial possibility*) che dall'inadempimento discenda quel particolare pregiudizio⁸².

⁸⁰ L'ipotesi è stata avanzata da IVERSEN, *Erstatningsberegning*, cit., 2 s.

⁸¹ LANDO, *Foreseeability*, cit., 619 s.

⁸² *The Wagon Mound (No. 1)*, 1 AC 188 (1966), PC; *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.* [The Heron II], 1 AC 350, 386 (1967). In dottrina v. H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londra, 1995, 873.

11. I criteri di determinazione del danno sono generalmente considerati lo strumento attraverso il quale affiancare ad una valutazione del pregiudizio subito ancorata a criteri strettamente *market-oriented* visioni maggiormente attente alla dimensione personale ed individuale della perdita sofferta in concreto dalla vittima dell'inadempimento⁸³.

In realtà, le norme modello valorizzano il nesso tra riparazione del danno e funzione dello scambio e ridisegnano i confini dell'obbligazione risarcitoria entro i valori tipici del mercato.

In coerenza con la traiettoria impressa alla tutela risarcitoria, i criteri di determinazione del danno vengono anch'essi ridefiniti dalle *model rules* secondo una logica mercantile, in cui la tutela dei valori dello scambio è affidata, oltre che alle categorie note, anche a indici tipologici (del resto, il tipo di danno – si è già detto – è spesso indice della sua prevedibilità, evitabilità, certezza).

La considerazione differenziata di interessi e bisogni singoli sembrerebbe, invece, confinata alla reintegrazione in natura, la quale acquista nella prospettiva del diritto privato europeo un rilievo e una centralità sconosciute in passato⁸⁴.

La conclusione cui potrebbe giungersi è che le norme modello disegnano un sistema binario, nel quale il risarcimento del danno tutela principalmente i valori tipici dello scambio; mentre i mezzi di soddisfazione coattiva si incaricano di tradurre sul piano rimediale interessi singoli ed estranei al mercato.

Sembrerebbe qui accolto il modello proposto dalla più acuta riflessione giureconomica in tema di rapporti tra *property rule* e *liability rule*: che non vi sia ragione di limitare l'esperibilità della *specific performance*, visto che il creditore deluso ha inte-

⁸³ Cfr. J.A. SEBERT JR, *Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation*, 33 UCLA L. Rev., 1565 (1986).

⁸⁴ Sul punto si rinvia a S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 526 s.

resse a chiedere un rimedio così complesso solamente quando abbia timore che la misura risarcitoria si riveli inadeguata (*undercompensatory*), ad esempio perché certe poste di danno non sono risarcibili o sono difficili da provare in giudizio. La parte fedele, del resto, sa meglio dei giudici se la misura di danno risulterà realmente compensativa, e sa altrettanto bene quanto sia difficile costringere all'adempimento. Riconoscere al promissario deluso la scelta tra i due rimedi significa, dunque, attribuire al soggetto in possesso di tutte le informazioni rilevanti la scelta sul rimedio realmente soddisfacente della propria pretesa. Mentre la misura risarcitoria risulterà preferibile quando vi sia certezza circa il suo carattere pienamente compensativo⁸⁵.

La creazione di questa logica binaria non comporta però che il rimedio per equivalente esaurisca la propria forza entro i valori tipici del mercato.

La ripercussione dell'inadempimento sulla sfera patrimoniale del singolo creditore nelle circostanze del caso concreto è pur sempre al centro delle tutele risarcitorie: le norme modello riconoscono la risarcibilità del danno ulteriore e ammettono, pur con molte cautele, forme di risarcimento estranee alle logiche del mercato, come nel caso del danno non patrimoniale.

Ma soprattutto, a correggere le rigidità derivanti da una considerazione orientata al mercato del danno risarcibile, un ruolo di chiusura del sistema gioca il principio della buona fede, non a caso definita il vero «*collante*» del sistema rimediale⁸⁶.

Centrale tanto nel diritto comunitario quanto nelle norme modello, nelle quali – è stato osservato – si trova «*allo stato diffuso*»⁸⁷, la buona fede va intesa qui come criterio di esercizio del-

⁸⁵ A. SCHWARTZ, *The Case for Specific Performance*, 89 Yale L.J., 271 (1979). Nella letteratura italiana v. R. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Quadr.*, 1988, 76 s. Da ultimo, su questi temi v. MARELLA, *La riparazione in natura o in forma specifica*, in *Il risarcimento del danno contrattuale*, cit., 29 s.

⁸⁶ DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 33.

⁸⁷ CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, cit., 810.

l'equità del giudice⁸⁸ in prospettiva cooperante e non antagonista rispetto all'autonomia privata, che anzi concorre a integrare nel rispetto dell'equilibrio originariamente stabilito dalle parti, proiettando l'assetto negoziale nella situazione (non prevista) del mancato scambio.

Così intesa, la buona fede non sfida i dogmi della teoria classica del contratto, e neppure della diffusa *vulgata* che vede nel contratto un luogo dove certezza e prevedibilità costituiscono valori sul cui altare sacrificare le esigenze di flessibilità delle norme. Essa non integra il contratto secondo prospettive estranee alla volontà delle parti, non suggerisce assetti distributivi, né amplia l'estensione del libero convincimento del giudice legittimando valutazioni discrezionali modificative di regole legali o negoziali⁸⁹. Se letta nel modo descritto, inoltre, la buona fede non esprime una preferenza per opzioni geograficamente e culturalmente definite, né risulta *irritante* per le tradizioni che storicamente non la conoscerebbero⁹⁰. Il suo accoglimento non comporta l'adozione di una logica cooperativa del diritto dei contratti, propria degli ordinamenti continentali, rispetto ad una antagonista e individualistica, che apparterrebbe invece al *common law*.

⁸⁸ CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, cit., 818. Sul collegamento tra buona fede e equità v. le riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537 s. Di una interscambiabilità tra buona fede, equità e correttezza parlano R. SACCO - G. DE NOVA, *Il Contratto.II*, Torino, 1993, 414 s.

⁸⁹ Sul punto CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, cit., 821. In senso conforme v. G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 915, spec. 930 s.

⁹⁰ Il riferimento è ovviamente a G. TEUBNER, *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Ends up in New Divergencies*, 61 *Mo. L. Rev.*, 23 (1998). Sul diverso ruolo giocato dalle tradizioni di *civil law* e *common law* proprio con riferimento alla buona fede nei PDEC si vedano le considerazioni di C. CASTRONOVO, *Good Faith and the Principles of European Contract Law*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 589 s. Al di fuori delle *model rules*, per una revisione critica delle divergenze tra *civil law* e *common law* in tema di contratto e sul diverso ruolo della buona fede nelle due tradizioni v. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: Verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409 s.

Come nella tradizione romanistica⁹¹, così anche nel *common law* è sempre stata forte la consapevolezza dell'irriducibilità a regole rigide dei criteri di determinazione del danno, i quali – si osserva – non possono che fornire un supporto limitato all'interprete⁹². Tale esigenza di flessibilità è mediata talvolta dal richiamo alla ragionevolezza⁹³, al *common sense* di una *intelligent jury*⁹⁴, a valutazioni di tipo funzionalistico⁹⁵, o all'intenzione (presunta) delle parti⁹⁶; mentre altre volte ancora il riferimento alla buona fede è esplicito⁹⁷.

In altre parole, in *common law* «le regole rimediali sono utilizzate per compensare l'assenza del principio di buona fede»⁹⁸.

Non appena ci si collochi nella prospettiva delle tutele, dunque, il richiamo alla buona fede smette di dividere le diverse tra-

⁹¹ Già nelle fonti romane emerge come nei *iudicia bonae fidei* la restaurazione delle utilità perdute dal creditore era rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Ce lo ricorda CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 84, il quale richiama il passo di Ulpiano (D. 9,2,21,2).

⁹² *British Westinghouse Co. v. Underground Railways* (1912) A.C. 673, 689. In dottrina v. CORBIN, *On Contracts*, cit., § 1002.

⁹³ U.C.C. sec. 2-714. M.A. EISENBERG, *The Responsive Model of Contract Law*, in 36 *Stan. L. Rev.* 1107 (1984). Afferma la corrispondenza tra buona fede continentale e ragionevolezza di *common law*, R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford, 2001. Di un'endiadi parla L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Barca borsa tit. cred.*, 1997, I, 9, nota 16.

⁹⁴ *O'Hanlon v. Great western Railway Co.* (1865) 6 B&S 484.

⁹⁵ J. STEYN, *The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy?*, *Denning LJ* 131, 141 (1991).

⁹⁶ «There is not a world of a difference between the objective requirement of good faith and the reasonable expectation of the parties». Così J. STEYN, *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, 113 *LQR* 446, 450 (1997); Sul punto v. anche S. WHITTAKER - R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, in *Good Faith in European Contract Law*, a cura di S. WHITTAKER - R. ZIMMERMANN, Cambridge, 2000, 45, i quali rilevano come «English lawyers have long used recourse to interpretation of the parties' intentions to achieve a variety of normative results».

⁹⁷ § 1-203 U.C.C.: «Every contract or every duty within this Act impose an obligation of good faith in its performance or enforcement» (corsivo nostro).

⁹⁸ D. FRIEDMANN, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract*, in *Good Faith and Fault in Contract Law*, a cura di J. BEATSON - D. FRIEDMANN, Oxford, 1995, 400.

dizioni giuridiche, nel presupposto comune che la portata e la concreta definizione dei rimedi sono spesso rimessi in ultima istanza al giudice.

La buona fede è uno standard che deve guidare il giudice nel governo dei rimedi, il quale adegua la regola di giudizio alle condizioni concrete del singolo affare⁹⁹ e manifesta le proprie potenzialità in modo crescente là dove i parametri tipizzati di mercato mostrano maggiori limiti: man mano che ci si allontani dall'ambito commerciale.

Attraverso l'emersione della buona fede a criterio principe nella determinazione del danno si ritrovano, dunque, flessibilità, ragionevolezza, proporzionalità, elasticità e il temperamento dell'esclusiva finalità mercantile, solo apparentemente pregiudicati dall'adesione a indici tipologici. E trova conferma la progressiva emersione a livello europeo di un contratto inteso sì come garanzia degli assetti di mercato e del pieno controllo dell'autonomia privata sui propri interessi, ma anche come strumento fondamentale di protezione della persona.

⁹⁹ DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Il contratto e le tutele*, cit., 427. L'A. fa riferimento all'art. 8:109 PDEC, in cui la buona fede assurge a «criterio di governo circa l'esclusione o la riduzione dei rimedi».

Guido Smorto

I CRITERI DI DETERMINAZIONE DEL DANNO NELLE MODEL RULES E NEL DIRITTO COMUNE EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il risarcimento del danno nelle codificazioni continentali e in *common law*. - 3. I criteri di determinazione del danno nei diritti nazionali europei. Convergenze di principio e distanze applicative. - 4. I criteri di determinazione del danno nelle *model rules*. - 5. Diritti nazionali e *model rules*: tra continuità e rottura con il passato. - 6. Il nucleo comune dei criteri di determinazione del danno nella prospettiva del diritto europeo. Una proposta interpretativa. - 7. I criteri astratti di determinazione del danno. - 8. La ripartizione del rischio. - 9. La proporzionalità. - 10. Interpretazione elastica dei criteri: elemento soggettivo, tipo di danno e differenze con la responsabilità aquiliana. - 11. Alcune considerazioni finali. La rilevanza della buona fede nella determinazione del danno.

1. In questi ultimi anni abbiamo assistito a una profonda e generale rilettura del diritto dei contratti in chiave rimediabile. Ai più scettici potrà sembrare solo il segno dei tempi e di mode le quali obbligano il giurista a utilizzare, più o meno volentieri, un vocabolario estraneo alla propria tradizione. In realtà il salto culturale è nettissimo: il piano dei rimedi costituisce un vero e proprio circuito separato, dotato di regole e principi, oltre che di un linguaggio, autonomi e spesso non esportabili rispetto a quello dei diritti.

Obiettivo di questa relazione è rileggere i criteri di determinazione del danno utilizzando la prospettiva indicata e testimoniare come questo spostamento possa aiutare a comprendere una materia tra le più trascurate e meno chiare del diritto contrattuale.

La scelta appare del resto necessitata. I criteri di determinazione del danno appartengono alla descrizione dei confini

dell'obbligazione risarcitoria e, come tali, sono riconducibili alla logica dei rimedi (mentre a quella della fattispecie appartiene l'inadempimento). Anzi, in essi troviamo esemplificati, forse più che in qualsiasi altro luogo del diritto contrattuale, quei principi di proporzionalità, ragionevolezza, flessibilità ed elasticità di cui la dottrina in esame è portatrice. Il diritto comunitario e le *model rules*, del resto, con la parziale eccezione dei Principi Unidroit, adottano proprio questo linguaggio (1).

La relazione intende, quindi, offrire una panoramica sulla materia dei criteri di determinazione del danno nelle *model rules* e nel diritto europeo.

La prima parte (par. 2-3) esamina le scelte degli ordinamenti di *civil law* e di *common law* con riferimento alla materia del danno risarcibile: dopo una breve ricognizione delle categorie accolte nelle codificazioni continentali e delle *doctrines* che governano la materia in *common law*, verificheremo l'esistenza o meno di una traiettoria coerente e di un nucleo comune nel diritto europeo attraverso un esame dei *leading case* nei diversi ordinamenti nazionali.

La parte centrale (par. 4-5) passa in rassegna le soluzioni accolte nelle *model rules* (CISG, PDEC, DCFR, UNI, CEC) (2) per poi stabilire in che modo queste compilazioni abbiano attinto alla tradizione europea e quanto stiano contribuendo alla definizione di modelli nuovi.

Nell'ultima parte (par. 6-11) la relazione offre una proposta interpretativa unitaria della materia dei criteri di determinazione del danno alla luce tanto dei principi comuni alle tradizioni giuridiche europee, quanto delle *model rules*. A tal fine si individuano alcune regole di tendenza che possano aiutare l'interprete a ricostruire le ragioni e le funzioni della materia e,

(1) A. di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009), 1 s. Sul punto v. anche S. Mazzamuto - A. Plaia, *I rimedi*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto (Milano 2007), vol. II, 739 s.

(2) Si intende fare riferimento rispettivamente a: la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (CISG); i Principi Unidroit (UNI); i Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC); il *Draft del Common Frame of Reference* (DCFR); l'*Avant-project del Code Européen des Contrats* (CEC). D'ora in avanti per semplicità useremo questi acronimi in luogo della dizione completa.

per questa via, a tracciare schemi di soluzione praticabili divisi per categorie di problemi.

2. Nella definizione del danno risarcibile le codificazioni europee accolgono tutte il criterio dell'*id quod interest*, in base al quale si afferma il diritto del creditore deluso alla restaurazione piena delle connessioni economiche tra oggetto della prestazione e utilità perdute. Attraverso tale criterio si pone l'accento non solamente sul valore economico della prestazione in sé, ma anche sul valore che essa riveste per il creditore e che può divergere dal primo in ragione delle caratteristiche della vittima dell'inadempimento e/o della sua particolare relazione con la prestazione.

In coerenza con questa premessa, il risarcimento è volto all'eliminazione di tutte le conseguenze dannose determinatesi nel patrimonio del creditore, ivi comprese le maggiori utilità che dalla prestazione questi avrebbe ricavato (criterio soggettivo di determinazione del danno) (3).

Al riconoscimento di un diritto del creditore al risarcimento pieno delle utilità perdute fanno poi da contraltare le limitazioni dell'area del danno risarcibile attraverso i criteri di determinazione del danno: causalità, prevedibilità, evitabilità e certezza rappresentano strumenti attraverso i quali il ristoro delle utilità frustrate per effetto dell'inadempimento subisce importanti restrizioni.

Maggiormente articolata è la risposta che offre il *common law* (4). Il diritto anglo-americano sembra riconoscere l'esistenza di diversi scopi che l'ordinamento persegue attraverso la sanzione e, di conseguenza, ammette la possibilità di diversificare la risposta dell'ordinamento in relazione all'interesse

(3) Cfr. M.R. Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, Il risarcimento del danno contrattuale, Trattato della responsabilità contrattuale diretto da G. Visintini (Padova 2009), vol. III, 29 s.; L. Cruciani - M.R. Marella, *Il danno contrattuale*, Il nuovo contratto, a cura di P.G. Monateri - E. Del Prato - M.R. Marella - A. Somma - C. Costantini (Bologna 2007), 1065 s.

(4) Per un approfondimento su questi temi mi sia consentito rinviare a G. Smorto, *Il danno da inadempimento* (Padova 2005).

deluso: interesse positivo (*expectation interest*), interesse negativo (*reliance interest*) e restituzione dei profitti (*restitution interest*) costituiscono i tre poli di riferimento della materia risarcitoria (ferma restando la prevalenza dell'*expectation interest*) (5).

Anche in *common law* il diritto al risarcimento è limitato da criteri in larga parte simili a quelli accolti nelle codificazioni continentali: prevedibilità (*foreseeability*) e evitabilità (*avoidability/mitigation*) concorrono a definire i confini dell'obbligazione risarcitoria in modo analogo a quanto accade nelle maggiori esperienze di *civil law*. Mentre un ruolo del tutto marginale riveste il criterio — centrale invece nelle principali codificazioni europee — della causalità (6), confinata in *common law* quasi esclusivamente al risarcimento delle obbligazioni di fonte extracontrattuale e sporadicamente utilizzato in ambito contrattuale nelle ipotesi di concorso del danneggiato nella produzione del danno.

3. Da quanto detto, sembrerebbe esistere una forte convergenza sui principi di governo dell'obbligazione risarcitoria. Tutti gli ordinamenti prendono a misura esclusiva o comunque prevalente l'aspettativa alla prestazione oggetto del contratto, consistente nel ricevere la prestazione dedotta in contratto (danno emergente) e nel farne uso (lucro cessante). E anche la selezione delle poste di danno risarcibile avviene attraverso categorie comuni alle diverse esperienze giuridiche. Anzi, è proprio in questo ambito che si registrano alcuni tra gli esempi più riusciti di circolazione di modelli in Europa (7).

(5) È d'obbligo il riferimento a L.L. Fuller - W.R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale L. J. 52 (1936-1937), e, sul piano normativo, al § 344 Rest. 2d Contract "Purposes of Remedies". Sul significato dell'espressione *restitution interest* e sul suo rapporto con il *disgorgement* si rinvia a J. M. Perillo, *Restitution in the Second Restatement of Contracts*, 81 Colum. L. Rev., 37 (1981).

(6) « Our only test of causation... is foreseeability »: A.L. Corbin, *On Contracts* (St. Paul 1963), § 1003.

(7) È il caso, ad esempio, della prevedibilità, accolta dalla giurisprudenza inglese sulla scorta degli insegnamenti del diritto francese e di Pothier.

Prima di raggiungere conclusioni affrettate è però necessario verificare come questi principi comuni a tutta la tradizione europea si traducano nel caso concreto.

È stato autorevolmente osservato come sia qui particolarmente necessario « risalire dalla casistica, cioè dall'esperienza, alle massime e ai principi » (8). Questa affermazione sembrerebbe a prima vista null'altro che la riproposizione di una più generale opzione di metodo da parte di uno dei padri fondatori della scienza comparatistica in Italia: la necessità, del resto assolutamente condivisibile, di integrare l'analisi delle generali proposizioni di principio con una lettura delle regole operative. In realtà essa possiede, con riguardo ai criteri di delimitazione del danno, un significato del tutto particolare: è tra le pieghe delle regole di dettaglio che si coglie la reale portata di una disciplina la cui complessità non traspare dall'illusoria chiarezza delle indicazioni legislative, né da massime giurisprudenziali pigramente identiche nel tempo. Possiamo anzi concludere che nella materia in esame, forse come in nessun'altra in ambito contrattuale, la riconduzione ad un'unicità di prospettiva dei *leading case* europei appare particolarmente problematica. Ovunque in Europa, tanto per le soluzioni raggiunte, quanto per i percorsi argomentativi utilizzati, le decisioni giurisprudenziali sono state oggetto di severe critiche e hanno sollevato varie perplessità. Basta passare in rassegna i precedenti più noti e citati per accorgersene.

Che ci sia bisogno di una delimitazione dei danni risarcibili è chiaro. La giurisprudenza inglese è solita richiamare, a questo proposito, un eclatante caso del XVII secolo in cui il ferimento di un cavallo per mano del fabbro che lo aveva ferrato comportò la condanna dell'artigiano a risarcire il danno derivato dal mancato matrimonio del proprietario del cavallo con

Cfr. *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854). Sull'influenza francese v. A.W.B. Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, 91 LQR 247 (1975); R. Danzig, *Hadley v. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law*, 4 JLS 249 (1975).

(8) G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: « fatto dannoso e conseguenze »*, Riv. dir. comm., 1951, 405, 421.

una ricca ereditiera. La donna, infatti, non vedendo arrivare il promesso sposo, aveva pensato bene di scegliere un altro (9).

Se delimitare i confini dell'obbligazione risarcitoria appare, anche alla luce del monito inglese, necessario, non sempre il rimedio (è il caso di dire) è migliore del male.

Nel più noto caso inglese in tema di prevedibilità, il ritardo nella riparazione e riconsegna di un pezzo fondamentale di un mulino, una delle pale, ne provocò l'interruzione dell'attività con conseguenti danni alla produzione. I giudici decisero però che la mancanza di una pala di ricambio non fosse un'evenienza ragionevolmente prevedibile per il vettore. La decisione è stata aspramente criticata: il principio enunciato, se portato alle sue logiche conseguenze, imporrebbe all'imprenditore di tenere tutti i possibili pezzi di ricambio di un mulino, costringendolo a costruire una vera e propria seconda fabbrica (inattiva) parallela alla prima (10).

Molti casi riguardano navi. Durante una guerra difficilmente la merce riesce a raggiungere la propria destinazione, soprattutto se il conflitto è mondiale. È quello che accadde nel 1939 a un carico in partenza dalla Manciuria e destinato alla Svezia. A causa del ritardo nella partenza, imputabile al vettore, l'imbarcazione non riuscì ad arrivare a destinazione prima dello scoppio del conflitto nel settembre dello stesso anno. Il bastimento fu costretto dalle autorità britanniche a fermarsi in un porto scozzese; mentre la merce riusciva a raggiungere la Svezia solo dopo un lungo e soprattutto costoso trasbordo su una nave neutrale. Secondo i giudici il vettore è responsabile dei danni derivanti dalla ritardata consegna del carico, in quanto la Seconda guerra mondiale era evento prevedibile alla luce della situazione internazionale di quei mesi (11).

Nel viaggio tra la Romania e l'Iraq un corriere — a di-

(9) Il riferimento è in *British Columbia Saw-Mill Co. Ltd. v. Nettleship* (1868), L.R. 3 C.P. 499, 510.

(10) *Hadley v. Baxendale*, 9 Exch. 341, 156 Eng.Rep. 145 (1854). Per una revisione critica v. M.A. Eisenberg, *The Principle of Hadley v. Baxendale*, 80 Cal. R. Rev., 563, 582 (1992).

(11) *Monarch Steamship Co Ltd v. Karlshamn Oljefabriker AB* (1949) AC 196.

spetto di quanto stabilito in contratto, ove si concordava di trasportare un carico di zucchero con la massima celerità — faceva tappa in due porti intermedi per caricare e scaricare altra merce, ritardando così la consegna. La corte inglese ha considerato prevedibile che durante quei nove giorni di ritardo possa essersi verificato un drastico crollo del prezzo dello zucchero, imputando così al vettore i rischi delle oscillazioni di mercato (12).

In un caso danese, non è stato considerato prevedibile che la diagnosi di un guasto irreparabile al motore di un'imbarcazione, poi rivelatasi erronea, abbia determinato il non necessario riacquisto da parte del proprietario della barca di un nuovo costoso motore (13).

Non va meglio se, come in Germania, al test di prevedibilità sostituiamo quello causale.

Anche qui si tratta di navi. In particolari periodi dell'anno il rischio di cattivo tempo aumenta ogni giorno. Partendo il 4 novembre piuttosto che il 3, come da accordi pattuiti, l'imbarcazione del convenuto si imbatte in una terribile tempesta: l'equipaggio si salva ma il carico viene inevitabilmente perduto. La corte tedesca stabilì che il ritardo, anche di un solo giorno, nella partenza comporta la responsabilità del vettore per la perdita del carico dovuta alla tempesta che si sarebbe evitata in caso di partenza tempestiva (14).

Anche sulla tipologia dei danni risarcibili le posizioni non sono chiare. Così, la perdita di clientela o dell'avviamento non sono generalmente considerati risarcibili, ma la regola soffre importanti eccezioni.

In un singolare caso, un produttore di verdure aveva affidato ad una compagnia aerea la pubblicità dei propri prodotti alimentari: gli apparecchi del convenuto avrebbero volato trainando striscioni promozionali che invitavano a mangiare i pi-

(12) *Koufos v. Czarnikow Ltd. (The Heron II)* (1969) AC HL 350. Per una critica di questa decisione v. P. Atiyah, *The Law of Contract* (Oxford 1981), 321 s.

(13) UFR 1951 248 H. I giudici hanno ritenuto che fosse risarcibile il danno economico derivante dal ritardo dovuto alla mancata prosecuzione del viaggio per effettuare la sostituzione del motore.

(14) RG 15-2-1913, RGZ 81, 359.

selli della marca in questione. L'infelice idea della compagnia aerea fu, però, quella di far alzare in volo un velivolo proprio nei due minuti di silenzio del giorno dell'armistizio, destando così il disappunto di tanti cittadini inglesi offesi dal comportamento irriverente (si sa che gli inglesi non hanno un gran senso dello humor). La compagnia è stata condannata al risarcimento derivante dalla conseguente perdita di clientela del produttore. È probabile che l'irritazione suscitata ai cittadini dal gesto irrispettoso abbia giocato un qualche peso nella scelta dei giudici (15).

Né va meglio se ci spostiamo alla *contributory negligence*.

In un caso francese, una sfortunata visitatrice di uno zoo inciampava in prossimità della gabbia di un orso. Per effetto dell'urto la gabbia cedeva e l'orso mordeva la signora. Poiché secondo la corte la caduta della signora ha contribuito a causare l'evento dannoso, i danni sono stati ridotti in misura adeguata (16).

In sintesi, in tutte le esperienze giuridiche l'apparente semplicità delle categorie che presiedono al meccanismo risarcitorio sembra frammentarsi ove si provi a tradurle sul piano operativo. Ed infatti, al di là della condivisibilità della soluzione finale, non sempre chiara, né tanto meno coerente, appare la logica che ispira le decisioni esaminate.

La vaghezza delle formule legislative comuni alla tradizione giuridica europea ha portato nei singoli sistemi nazionali a orientamenti oscillanti e contraddittori. I richiami ai principi risultano piuttosto scarni e le motivazioni non sempre adeguate all'importanza della decisione. La prassi di motivare in modo sintetico le decisioni e la natura di giudizio di fatto di simili valutazioni hanno poi impedito di andare oltre formule esplicative vaghe e prive di reale portata precettiva (17). Che

(15) *Aerial Advertising v. Bachelor's Peas* (1938) 2 All E.R. 788.

(16) Cass. Civ. Ire, 31-1-1973, D. 1973.149, riportata in inglese da H. Beale - A. Hartkamp - H. Kötz - D. Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law* (Oxford Portland 2002), 833.

(17) In Francia, come in Italia, la prevedibilità del danno è considerata questione di fatto, non censurabile in Cassazione. In *common law* la questione del danno risarcibile si trasforma, nel corso del diciannovesimo

un danno sia prevedibile, evitabile, certo, sembra essere il frutto di scelte di *policy* non sempre esplicitate quando si ritenga, per una qualche ragione, di far ricadere il danno su una delle due parti.

Viene qui sfatato uno degli assunti più noti della comparazione giuridica, almeno di quella basata sul c.d. *functional approach*, secondo cui le differenze tra ordinamenti sono spesso più marcate ove ci si muova sul piano delle declamazioni di carattere generale per sfumare in una sostanziale convergenza delle soluzioni di dettaglio (18).

Nella materia in esame, al contrario, tutti gli ordinamenti sembrano utilizzare gli stessi principi per poi approdare a risultati divergenti.

4. La disciplina dei rimedi è centrale nelle compilazioni modello e così pure nel diritto di derivazione comunitaria. Anzi, si può dire che la maggior parte delle novità emerse in tema di contratto, tanto nel diritto comunitario quanto nelle *model rules*, sia più orientato a disegnare forme nuove di tutela che non a modificare o innovare il diritto sostanziale.

Con riferimento al risarcimento del danno contrattuale, in linea con le esperienze giuridiche nazionali le *model rules* accolgono tutte, con differenze linguistiche trascurabili, il principio del risarcimento integrale del danno nella misura dell'interesse positivo (o *expectation interest*) (19). E anche con riferimento ai criteri di determinazione del danno le categorie utilizzate per selezionare le poste di danno risarcibili sono sostanzialmente quelle note. Tuttavia da un esame attento emergono alcune importanti novità.

a) *Prevedibilità*. La prevedibilità (*foreseeability*) è il criterio cardine cui i diversi progetti affidano il compito di stabilire i

secolo, da « *question of fact* » a « *question of law* », della quale, pertanto, verranno investite non più le giurie ma le corti.

(18) K. Zweigert - H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I (Milano 1988), 44. In realtà gli impieghi più sofisticati e recenti del *functional approach* rifuggono da conclusioni di ordine generale.

(19) La *Note 1* all'art. 9:501 PDEC esclude espressamente la rilevanza dei profitti della parte inadempiente e i danni punitivi. Lo stesso fa anche l'art. 3:701, comm. B e *Note I.3*, DCFR.

limiti del risarcimento delle utilità perdute dal creditore; una sorta di *common core* delle tradizioni giuridiche accolto in tutte le *model rules*.

Una prima differenza tra le diverse compilazioni riguarda il grado di probabilità delle conseguenze dannose risarcibili. Su questo punto registriamo tre soluzioni: la prima accomuna CISG e UNI; la seconda, PDEC e DCFR; mentre una posizione a sé assume il CEC.

CISG e UNI richiedono che la conseguenza sia *possibile* (20). Mentre la scelta di PDEC e DCFR è, almeno sul piano lessicale, differente: sono risarcibili quelle conseguenze che il debitore inadempiente ha previsto o avrebbe potuto prevedere come conseguenza *probabile* dell'inadempimento (art. 9:503 PDEC; art. 3:703 DCFR).

Secondo autorevole dottrina tale differenza non andrebbe tuttavia enfatizzata e, al di là della terminologia adottata, tutte e quattro le disposizioni esaminate richiederebbero un identico grado di probabilità (21).

La stessa conclusione dovrebbe valere con riferimento al CEC, il quale sembra utilizzare, accanto a quello della prevedibilità, il linguaggio causalistico, ove ammette la risarcibilità di quei danni che *ragionevolmente* devono considerarsi la conseguenza dell'inadempimento e che una persona di normale avvedutezza poteva ragionevolmente attendersi secondo il corso ordinario delle cose (artt. 162-163).

Una seconda differenza riguarda il trattamento riservato all'inadempimento doloso. Il limite della prevedibilità opera indipendentemente dall'assenza del dolo in CISG e UNI. Mentre PDEC, DCFR e CEC ammettono il risarcimento di tutti i

(20) CISG ammette il risarcimento del danno ulteriore che la parte inadempiente « aveva previsto o avrebbe potuto prevedere al momento della conclusione del contratto avuto riguardo ai fatti e alle circostanze che egli allora conosceva o avrebbe potuto conoscere come *possibile* conseguenza dell'inadempimento » (art. 74). In modo analogo, UNI afferma la risarcibilità del danno che la parte inadempiente « ha previsto o poteva ragionevolmente prevedere al momento della conclusione del contratto come possibile conseguenza dell'inadempimento » (art. 7.4.4).

(21) O. Lando, *Foreseeability and Remoteness of Damages in Contract in the DCFR*, *European Review of Private Law*, 2009, 619, 620.

danni, anche quelli imprevedibili, quando l'inadempimento sia dipeso da dolo o colpa grave (22).

Tuttavia, a giudicare dai casi che illustrano la concreta portata delle norme, la distanza tra le due soluzioni è minore di quanto non appaia.

A conclude con B un contratto con il quale A si impegna a costruire uno stand in vista di una fiera di prodotti tecnologici. Gli espositori acquisteranno da B lo spazio nello stand. Una settimana prima dell'inizio della fiera A chiede un sostanziale aumento del prezzo. B si rifiuta sottolineando che l'inadempimento di A determinerebbe non soltanto perdite per se stesso ma anche un grave danno a C, imprenditore del settore, il quale intende lanciare in grande stile un nuovo prodotto. Noncurante dell'avvertimento e consapevole delle sue conseguenze, A si rende ugualmente inadempiente (23).

A giudicare dal caso illustrato la deroga alla regola della prevedibilità sembra essere nell'imputazione delle conseguenze che, sebbene sconosciute alla conclusione del contratto, siano però note al momento della scelta di adempiere o meno: nel caso appena riportato il debitore inadempiente sa, per essere stato informato, quali siano le conseguenze del proprio eventuale inadempimento.

b) *Causalità*. La causalità costituisce, come detto, criterio cardine in molte codificazioni continentali; mentre non rientra tra le categorie utilizzate in ambito contrattuale nel *common law* (24). Le *model rules* sembrano adottare in larga parte il modello angloamericano, posto che, con l'eccezione del CEC, nessuna menzione viene fatta del criterio causale. È probabile che nella scelta abbiano influito le critiche sollevate dalla mi-

(22) CISG e UNI seguono la tradizione angloamericana, tedesca e scandinava; mentre PDEC, DCFR e CEC, differenziando l'inadempimento doloso, ricalcano le soluzioni francese e italiana.

(23) Art. 9:503 PDEC, Ill. 3, comm. B. Lo stesso caso si trova in art. 3:703 DCFR, Ill. 3, comm. C.

(24) Nel corso del diciannovesimo secolo si registra anche in *common law* una tendenza a limitare la misura del danno risarcibile in base al rilievo che i danni conseguenti all'inadempimento non fossero « the immediate and necessary effect of the breach of contract »: v. il *dictum* di Cockburn C.J. in *Hobbs v. London and South Western Railway Co.* (1875) L.R. 10 Q.B. 111, 118.

gliore dottrina (25) e le difficoltà interpretative connesse alla distinzione tra causalità e prevedibilità, la cui portata operativa tende spesso a sovrapporsi nella lettura fornita dalla giurisprudenza (26).

c) *Irrisarcibilità dei danni derivati da comportamenti del danneggiato*. Il danno è parzialmente o totalmente irrisarcibile quando il creditore abbia contribuito all'inadempimento ovvero all'aggravamento del danno derivante dall'inadempimento o, ancora, non abbia agito per contenere o ridurre il danno già prodottosi. Le *doctrines* utilizzate negli ordinamenti europei per ottenere questo risultato sono varie (causalità, evitabilità, *contributory negligence*, *duty to mitigate*) (27). I redattori delle *model rules*, pur nella consapevolezza della sostanziale unità di prospettiva delle diverse *doctrines*, si mantengono nel solco delle distinzioni note (28). L'adozione di misure *ragionevoli* (CISG, UNI, DCFR), *opportune* (PDEC), *necessarie* o *del caso* (CEC) è imposta alla parte che invoca l'inadempimento al fine di limitare il danno e la mancata adozione di mi-

(25) J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. IV (Parigi 1979) 350; Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica* cit., spec. 408; C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, Riv. dir. civ., 2006, II, 81, 96. Osserva G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract - A Comparative Account* (Oxford 1988), 152 s., che l'utilizzazione del criterio della prevedibilità in *common law* produce effetti sostanzialmente convergenti con quello della causalità adeguata utilizzato in Germania. I rari casi in cui si è fatto ricorso a tale categoria in *common law* riguardano l'ipotesi di più inadempimenti ad opera di soggetti distinti e relativi a diversi contratti, ciascuno dei quali sufficiente a determinare conseguenze dannose. Afferma che la teoria della causalità adeguata determina l'irrisarcibilità delle perdite non prevedibili anche P. Schlectriem, *Schuldrecht - Allgemeiner Teil* (Tubingen 2000), 225 s.

(26) La *Cour de Cassation* francese definisce conseguenze immediate e dirette quelle che siano « *objectivement prévisible* » e la dottrina tedesca ha sovente fatto richiamo alla *doctrine* di *common law* della *foreseeability* come criterio per selezionare le poste di danno risarcibile.

(27) Per una rilettura in chiave unitaria di queste dottrine si veda, con riferimento al diritto italiano e alle *model rules*, G. Grisi, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, I Contratti, 2010, 617 s., il quale individua in esse regole di risarcimento operanti in sede di liquidazione.

(28) Così espressamente comm. A art. 9:504 PDEC. Il dovere di mitigare i danni è oggetto di una disposizione separata (art. 9:505).

sure idonee determina una riduzione del risarcimento pari all'ammontare della perdita che si sarebbe potuta evitare (29).

d) *Ipotesi tipiche*. Alle categorie generali (prevedibilità, evitabilità, certezza), le *model rules* affiancano poi alcune ipotesi, volte a definire alcune poste di danno come (im)prevedibili (in)certe (in)evitabili, stabilendo così in via tipizzata la (ir)risarcibilità di alcune voci di danno. Tra queste possiamo ricordare:

Accordo sostitutivo. In caso di conclusione di un accordo sostitutivo la misura risarcitoria è indicata nella differenza tra il *valore* (30) del contratto e quello dell'accordo sostitutivo (31). L'accordo sostitutivo rileva ai fini della determinazione del danno *purché sia concluso entro un termine ragionevole e in maniera adeguata* (32).

Prezzo corrente. Nei casi in cui vi sia un prezzo corrente e non sia stato concluso alcun accordo sostitutivo la misura risarcitoria è stabilita nella differenza tra prezzo del contratto e prezzo corrente (33).

Contratto concluso con un terzo. Il danno consistente nella perdita di utilità che sarebbero derivate da un contratto particolarmente vantaggioso, concluso dal creditore deluso con un

(29) Così prescrivono l'art. 77 CISG, l'art. 7.4.8 UNI, gli artt. 9:504 (comm. A) e 9:505 PDEC, gli artt. 3:704 (comm. A) e 3:705 DCFR, l'art. 167 CEC. È da ritenere che al creditore sia riconosciuto il diritto alle spese *ragionevolmente* sostenute anche in assenza di un'esplicita indicazione. Cfr. art. 77 CISG; art. 167 CEC.

(30) Il riferimento al *valore*, invece che al prezzo, consente di confrontare accordi sostitutivi di tipo diverso, come ad esempio un acquisto effettuato in luogo di una locazione venuta meno, purché l'accordo sostitutivo non abbia ad oggetto prestazioni radicalmente differenti (come nell'ipotesi di affitto di una costosa Rolls Royce in luogo della modesta utilitaria prenotata e non disponibile a causa dell'inadempimento della compagnia di noleggio). Cfr. art. 9:506, ill. 2, PDEC; art. 3:706, comm. A e B, DCFR.

(31) Art. 9:506 PDEC; art. 3:706 DCFR; art. 75 CISG; art. 7.4.5 UNI.

(32) Art. 9:502, comm. C, PDEC; art. 3:702, comm. D, DCFR. Entrambi utilizzano gli stessi esempi dai quali sembra che è considerato sostitutivo il contratto per il reimpiego di beni infungibili liberatisi a seguito dello scioglimento del primo contratto, mentre non è considerato sostitutivo il contratto avente ad oggetto beni fungibili dello stesso tipo e specie di quelli oggetto del primo contratto.

(33) Art. 9:507 PDEC; art. 3:707 DCFR; art. 76 CISG; art. 7.4.6 UNI.

terzo e rimasto ineseguito a causa dell'inadempimento del debitore, è generalmente ritenuto irrisarcibile (34).

5. Da questa prima ricognizione emerge chiaramente come il meccanismo accolto dalle *model rules* sia largamente debitore delle tradizioni nazionali, pur con alcuni punti di cesura importanti, soprattutto con riferimento alla tradizione di *civil law*. Troviamo così confermata, nella materia in esame, quella generale tendenza delle norme modello di mediare tra passato e futuro, senza intenti rivoluzionari, ma togliendo « il troppo e il vano » ed eliminando le particolarità dei singoli ordinamenti nazionali attraverso una riproposizione del diritto classico dei contratti, pur con diversioni e allontanamenti (35).

La prima novità è la sostanziale riduzione delle categorie utilizzate attraverso l'eliminazione del criterio causale e la conseguente espansione della prevedibilità: la presa d'atto delle sovrapposizioni tra i due criteri e delle difficoltà interpretative circa l'operatività di ciascuno di essi ha probabilmente condotto i compilatori a concentrare in uno solo il luogo di selezione delle conseguenze risarcibili (36). E anche con riferimento all'irrisarcibilità dei danni dovuti a comportamenti (o omissioni) del danneggiato, si è cercato, pur nel rispetto del lessico e delle partizioni note ai diritti nazionali, di ridurre le categorie utilizzate e riconducibili ad un unico principio: che il danneggiato non può ottenere il risarcimento di danni dovuti al proprio comportamento.

La seconda novità è la scelta di prevedere una serie di ipotesi nelle quali il risarcimento è calcolato in base a criteri astratti: le norme sul prezzo corrente o sull'accordo sostitutivo *ragionevole* sono chiaramente ispirate all'accoglimento del mercato come criterio principale, e talvolta tendenzialmente esclusivo, di determinazione del danno. Nella stessa direzione si colloca la moltiplicazione di ipotesi in cui la valutazione

(34) Così espressamente l'esempio 1 dell'art. 7.4.4 UNI; art. 9:503, III. 1, PDEC.

(35) Cfr. C. Castronovo, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, Europa e diritto privato, 2001, 787 s.

(36) Cfr. le *Note* all'art. 9:503 PDEC.

delle poste di danno risarcibile avviene in modo tipizzato, anche attraverso commenti e illustrazioni.

Non si tratta naturalmente di una novità emersa con le norme transnazionali: anche nei sistemi nazionali il criterio cosiddetto oggettivo o di mercato di valutazione del danno trova espresso riconoscimento normativo. Tuttavia esso non ha comunemente carattere generale, almeno in *civil law* (37).

In conclusione, la riduzione delle categorie e il riconoscimento della centralità del criterio di mercato rappresentano le novità principali che emergono da una prima lettura delle *model rules*.

6. La materia dei criteri di determinazione del danno ripropone a livello di *model rules* alcune direttive di carattere generale; direttive, apparentemente semplici, ma che nei diversi ordinamenti nazionali hanno mancato di offrire all'interprete criteri di condotta precisi e puntuali, determinando la frammentarietà e l'incoerenza delle soluzioni applicative proposte.

Il pericolo di derive interpretative, sottolineato con riferimento ai diritti nazionali, è forse ancora maggiore nell'ottica dell'uniformazione del diritto europeo (38).

(37) La rilevanza del prezzo dell'acquisto sostitutivo ai fini della determinazione del danno è generalmente riconosciuta sul piano legislativo in tema di vendita (così nel diritto tedesco, austriaco, olandese, danese, greco, oltre che in quello italiano) ed è spesso sottoposta a restrizioni procedurali. Nel diritto francese è invece ammessa con carattere generale (*faculté de remplacement*). Il prezzo di mercato è rilevante in materia di vendita in Germania, Austria, Olanda, Inghilterra, oltre che in Italia; nelle sole transazioni commerciali in Grecia. In altri ordinamenti, pur in assenza di espresse disposizioni legislative, il criterio è ammesso dalla giurisprudenza con portata più o meno generale. Maggiore ampiezza ha invece la determinazione astratta del danno in *common law*. Nel diritto inglese il criterio fa ingresso nell'ordinamento sotto il profilo probatorio, come indice affidabile dell'ammontare del danno.

(38) Nel Libro verde adottato dalla Commissione a luglio 2010 si osserva come uno degli ostacoli maggiori all'edificazione di un diritto europeo dei contratti sia l'assenza di meccanismi che garantiscano l'interpretazione uniforme di eventuali disposizioni comuni. Cfr. Libro verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i

La ragione di questa confusione deriva probabilmente dal fatto che le soluzioni rintracciate sono il frutto di logiche composite e di interessi diversificati. Se questo è vero, è necessario individuare il senso delle regole normativamente accolte nelle leggi modello e nel diritto comune europeo e provare a fornire una proposta interpretativa coerente, delineando una rilettura in chiave unitaria dei criteri di determinazione del danno (39).

È, infatti, sul piano funzionale che il danno contrattuale rivela la propria identità quale forma a sé di danno risarcibile (40). Come è stato acutamente osservato, i rimedi contrattuali « trovano il loro momento di coagulo in termini funzionali più che strutturali giacché sono deputati comunque a risolvere una situazione di crisi della vicenda contrattuale » (41).

Al fine di superare le segnalate difficoltà è necessario, pertanto, legare l'obbligazione risarcitoria alle finalità e agli scopi che con essa si perseguono (42) e riguardare le categorie note in chiave di strumenti per la soluzione di problemi. Solo una lettura dei criteri di delimitazione del danno consapevole dei suoi scopi consente, infatti, di superare buona parte delle difficoltà interpretative e delle incertezze che caratterizzano la dottrina e la giurisprudenza sul punto, fornendo all'interprete schemi di decisione.

Per fare questo proviamo a elaborare una serie di « regole

consumatori e le imprese, del 1-7-2010, COM(2010)348. Da segnalare che la materia delle tutele per l'inadempimento è tra quelle inserite dalla Commissione nel primo nucleo di settori da regolare (cfr. par. 4.3.1).

(39) Osserva E.A. Posner, *Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation*, Encyclopedia of Law and Economics, III, The Regulation of Contracts, a cura di B. Bouckaert - G. De Geest (Cheltenham 2000), 166, 172, che « l'utile ma artificiosa distinzione tra le diverse *doctrines* ha determinato una ingiustificata separazione nei contributi dottrinari ».

(40) di Majo, *Le tutele contrattuali* cit., 151.

(41) S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, Europa e diritto privato, 2010, 601, 606. Per una riflessione sui rischi opposti di una scienza giuridica basata sui concetti ovvero sugli interessi si veda R. Scognamiglio, *Una riflessione sul metodo giuridico*, ripubblicato in R. Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno* (Torino 2010), 1 s. Sul ruolo delle *legal categories in common law* si veda, da ultimo, M. Serio, *Il ricorso alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese*, Europa e diritto privato, 2010, 511 s.

(42) A. di Majo, *La tutela civile dei diritti* (Milano 2003), 224 s.

di tendenza » (43) del regime risarcitorio distinte per ambiti di problemi e a individuare, all'interno di ciascun ambito, alcune soluzioni tendenzialmente condivise.

Convenzionalmente distinguiamo quattro « ambiti di problemi »: 1) rilevanza dei criteri astratti; 2) ripartizione del rischio; 3) proporzionalità; 4) elasticità. Occorre premettere che non si tratta di distinzioni rigide, posto che gli istituti che governano il risarcimento del danno presentano notevoli sovrapposizioni (44) e che gli stessi fatti possono essere qualificati in modo differente in relazione al tipo di problema che si è chiamati a risolvere.

Non sempre il ricorso alle diverse categorie giuridiche, del resto, rimanda a regole giuridiche differenti.

7. Ciascun sistema conosce modi astratti e modi concreti di determinare il danno: i primi fondati su parametri esterni e oggettivi, tipicamente i valori di mercato; i secondi basati sulle perdite effettive del contraente deluso. Vediamo innanzitutto le regole che emergono dal primo dei due modi.

Il danno prima facie risarcibile è quello astratto derivante dall'applicazione di criteri di mercato in vista del ripristino dei valori scambiati. Il creditore ha diritto al risarcimento calcolato in base al prezzo corrente o al prezzo di copertura « ragionevole ».

Il valore obiettivo della prestazione è per eccellenza la misura del danno che risulta dall'ordinario corso delle cose, ossia il danno che potremmo definire tipicamente regolare, prevedibile, certo. In questa luce si giustifica l'espansione del criterio del prezzo corrente o dell'acquisto sostitutivo « ragionevole » (45).

(43) L'espressione è di A. di Majo, *La responsabilità contrattuale* (Torino 1997), 110.

(44) In giurisprudenza, questa affinità è sottolineata anche da R.A. Posner in *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F2d 951 (7th Circ.), 459 U.S. 1017 (1982).

(45) L'acquisto sostitutivo a un prezzo maggiore di quello di mercato è irragionevole; quello a un prezzo minore si sarebbe potuto fare ugualmente e quindi è giusto che chi l'ha fatto ne tragga beneficio, senza che abbia a su-

La centralità dei criteri astratti nelle *model rules* è rafforzata, inoltre, dalle cautele di cui le disposizioni in parola circondano il riconoscimento del maggior danno: ammesso in linea di principio, ma limitato fortemente in commenti, note e illustrazioni. Così, è considerato irrilevante il contratto concluso con un terzo ai fini della determinazione del lucro cessante; il computo dei profitti mancati deve avvenire secondo « il normale corso degli eventi » (46); il dovere di mitigare il danno da parte del creditore deve ispirarsi a criteri di *ragionevolezza*. (47)

Non sono risarcibili le conseguenze dannose derivanti dalla situazione di illiquidità o da inefficienze organizzative del creditore.

I danni conseguenti alla mancanza di fondi non sono tendenzialmente risarcibili. Sebbene il creditore deluso possa in linea di principio chiedere, oltre agli interessi, il danno ulteriore, questo è ammesso solo in casi eccezionali (48). Usando le categorie note, si dice che la vittima dell'inadempimento avrebbe potuto mitigare il danno ottenendo liquidità in altro modo, ovvero che il danno non fosse prevedibile.

Particolarmente interessanti, a questo proposito, sono i casi relativi alla mancata erogazione di fondi da parte di una banca e, più in generale, i contratti aventi ad oggetto il pagamento di una somma di danaro quando il debitore inadempiente ne conosca la destinazione e le conseguenze derivanti dalla mancata tempestiva corresponsione, e il creditore deluso non abbia alternative immediate per reperire la somma (49).

C acconsente a prestare a D la somma di € 200.000 per l'acquisto di un'azienda da E. Si tratta di un affare ma tutto

bire una diminuzione del danno risarcibile. Beale - Hartkamp - Kötz - Tallon, *Cases, Materials* cit., 845-846. Secondo Treitel, *Remedies* cit., 114.

(46) Cfr. art. 3:703 DCFR, *Note* 1.

(47) L'art. 9:505, Ill. 1, PDEC, e l'art. 3:705, comm. A, ill. 1, DCFR, riportano lo stesso caso: B acquista da S una vecchia automobile per £ 750. Scopre con disappunto che sono necessari ben £ 1.500 per renderla utilizzabile. Il valore dell'auto a seguito delle riparazioni sarebbe quello di mercato, ossia £ 800. I danni di B sono pari a £ 800, posto che la riparazione sarebbe del tutto irragionevole.

(48) Cfr. art. 3:701, comm. A; art. 3:707, DCFR.

(49) Treitel, *Remedies* cit., 203.

deve avvenire in tempi rapidi e C lo sa, perché D stesso glielo ha comunicato. All'ultimo momento C viene meno all'accordo. D non ha il denaro per l'acquisto né ha modo di procurarselo in tempo e così E vende l'azienda a un terzo per € 300.000, suo reale valore di mercato. C è responsabile del danno derivante dalla perdita dell'affare (50).

In un caso svedese, il ritardo, pur se di poche ore, nell'esecuzione di un'operazione di scoperto bancario rende la banca responsabile per i danni derivanti dalla mancata conclusione di una lucrosa compravendita, ove il proprio cliente l'avesse avvertita della necessità urgente di denaro per concludere un affare (51).

Anche in questi casi occorre, comunque, distinguere il rischio dell'operazione economica complessiva, che grava sul debitore inadempiente, dal rischio della situazione finanziaria e organizzativa del creditore, che resta a carico di quest'ultimo (52).

Il contratto concluso dal creditore deluso con un terzo è rilevante nella determinazione delle perdite subite, mentre è irrilevante con riferimento ai mancati guadagni.

Le *model rules* stabiliscono che il danno consistente nella perdita di utilità che sarebbero derivate da un contratto particolarmente vantaggioso concluso dal creditore deluso con un terzo, il quale sia rimasto ineseguito a causa dell'inadempimento del debitore, è generalmente irrisarcibile perché tipicamente imprevedibile.

B acquista da S francobolli per diecimila euro. Al momento della consegna il valore dei francobolli è dodicimila euro e S si rende inadempiente. A causa dell'inadempimento B non può rivendere i francobolli a T con il quale ha già concluso un contratto per il prezzo di ben venticinquemila euro. Sebbene S sapesse del commercio di francobolli di B, nulla sapeva del vantaggioso contratto concluso con T. Il danno risarcibile è

(50) Art. 9:508, Ill. 2, PDEC. Art. 3:708, Ill. 2, DCFR.

(51) NJA 1991 217.

(52) In questo senso M. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico* (Milano 1980), spec. 137 s.

qui pari a duemila, posto che il secondo contratto è imprevedibile (53).

Lo stesso principio sembra essere seguito dalla giurisprudenza di molti paesi europei.

In uno dei più conosciuti *leading case* inglesi, il ritardo nella consegna di una speciale macchina bollitrice per lavanderia fa sorgere la responsabilità della parte inadempiente per la perdita di profitti, ma non anche per contratti particolarmente vantaggiosi che la lavanderia aveva concluso con il governo (54).

Al contrario, in diversi ordinamenti le somme che il creditore deluso è tenuto a corrispondere a terzi soggetti, per essersi reso inadempiente a un secondo contratto a causa dell'inadempimento subito nel contratto principale, sono considerate danno prevedibile (con la tendenziale eccezione della perdita di clientela) (55).

In un caso tedesco, deciso sulla base dell'art. 74 CISG, l'occultamento del chilometraggio effettivo di un'auto da parte di un rivenditore italiano comporta la responsabilità per il danno che l'acquirente, un rivenditore di auto tedesco, abbia subito per aver dovuto risarcire l'acquirente finale dell'automobile (56).

In un caso francese, il ritardo nella consegna di una macchina per la lavorazione dei vegetali, e il conseguente deperimento di parte degli stessi a causa della mancata tempestiva lavorazione, rende il vettore responsabile anche per quei danni

(53) Art. 9:503, comm. A, ill. 1, PDEC. Lo stesso caso è riportato sotto l'art. 3:703, comm. B, ill. 1, DCFR.

(54) *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd* (1949) 2 K.B. 528.

(55) In una decisione svizzera decisa in base al CISG, la corte ha affermato che la consegna di carne di qualità diversa e inferiore a quella pattuita determina la risarcibilità del danno derivante dalla perdita di un importante cliente a causa dell'impossibilità di onorare un contratto. *Schweizerisches Bundesgericht* 28-10-1998, No. 4C.179/1998/od, in <http://www.unilex.info>.

(56) *Oberlandesgericht Köln* 21.5.1996, No. 22 U 4/96, in <http://www.unilex.info>.

che il destinatario della macchina ha dovuto corrispondere a terzi (57).

In un caso svedese, il ritardo nella consegna di travi d'acciaio, che l'acquirente aveva a sua volta rivenduto ad un costruttore per la costruzione di un edificio, comporta la responsabilità del primo venditore per la penale che il costruttore è costretto a pagare al committente. Anche in questo caso i giudici hanno ritenuto che il rischio di una penale da ritardo pagata da eventuali terzi acquirenti dovesse rientrare tra i rischi contemplati al momento della conclusione del contratto (58).

Sembra pertanto esistere una sorta di trattamento diversificato delle due ipotesi: il contratto concluso con il terzo è rilevante ai fini della definizione dell'obbligazione risarcitoria ove abbia determinato l'insorgere di una pretesa del terzo per mancato adempimento; è invece irrilevante nel caso in cui la mancata esecuzione del contratto abbia provocato un mancato profitto superiore a quello di mercato.

Tale distinzione non appare giustificata, posto che ciascuna parte può gestire il rischio assunto con il contratto concluso nel modo che preferisce. Definire il danno sulla base del secondo contratto significa attribuire le conseguenze della copertura del rischio ad un soggetto diverso da colui che ha compiuto la scelta. Di questo è perfettamente consapevole la riflessione di *common law*, in cui il criterio di mercato indica in ogni caso la misura del danno, indipendentemente dal fatto che la vittima dell'inadempimento « abbia tenuto per sé, venduto a terzi, ceduto o distrutto la prestazione » (59).

Anche il danno non patrimoniale è risarcibile (cenni). La

(57) Cass. civ. 22-11-1893, D.1894.1.358. Il caso è riportato in inglese in Beale - Hartkamp - Kötz - Tallon, *Cases, Materials* cit., 818.

(58) NJA 1913 276.

(59) T. Sedgwick, *A Treatise on the Measure of Damages* (New York 1912), 1770. Per l'affermazione del principio in giurisprudenza si veda il *leading case Rodonachi, Sons & Co. v. Milburn Brothers*, 18 QBD 67 (1886). A livello legislativo l'irrilevanza di un secondo contratto e la prevalenza del criterio di mercato nella determinazione del danno è poi riaffermato in Inghilterra con il *Sale of Goods Act* del 1894 (§ 51). Da parte di taluno si ritiene che nel danno da perdita di un affare la conclusione di un affare sostitutivo con un terzo sia da conteggiare nel computo del danno solo in caso di beni fungibili. Sul punto v. Treitel, *Remedies* cit., 124.

restaurazione delle utilità possedute comporta la graduale ammissione del risarcimento del c.d. danno morale anche in ambito contrattuale. Lo ammettono espressamente i PDEC, il DCFR (60) e il diritto comunitario (61).

Sebbene sia a rigore al di fuori della materia dei criteri di determinazione del danno, la risarcibilità del danno non patrimoniale merita una menzione in questa sede. Il danno non patrimoniale altro non sarebbe che un'ipotesi di danno consequenziale. E in entrambi i casi dare riconoscimento alla risarcibilità di questi danni determina un allontanamento da una lettura del danno risarcibile in base a parametri puramente mercantili. Questa unicità di prospettiva è generalmente trascurata dalla riflessione continentale.

8. Una delle funzioni svolte dai criteri di determinazione del danno è quella di distribuire tra le parti il peso delle conseguenze della mancata esecuzione del programma negoziale. Possiamo individuare all'interno della ripartizione del rischio alcune regole tendenziali per l'interprete.

La parte inadempiente è responsabile quando il danno sia la realizzazione di un rischio che l'inadempimento ha contribuito ad aumentare sensibilmente.

Alla luce di questo principio appare forse troppo rigorosa la citata decisione tedesca sul ritardo della partenza della nave di un solo giorno: è vero che l'avvicinarsi dell'inverno aumenta il rischio di tempesta ogni giorno di più, ma non in maniera così sensibile (62).

Non sono risarcibili i danni che siano realizzazione di rischi cui il creditore sarebbe stato esposto anche nel caso di adempimento.

Ad esempio, non è risarcibile il danno che nasce dalla circostanza che il bene oggetto della prestazione si trovi, a causa dell'inadempimento, in un dato momento in un dato luogo, se

(60) Art. 3:701, comm. F, DCFR; art. 9:501, comm. E, PDEC.

(61) Cfr. dir. 13-6-1990 n. 314. Da notare come anche le *model rules* utilizzino come esempio la vacanza rovinata.

(62) Cfr. *supra*, par. 3, nota 14.

il rischio di danno è distribuito in modo uniforme, ossia se si tratti di rischio facente parte della vita quotidiana (63).

Non sono risarcibili i danni che siano realizzazione di rischi che il debitore non aveva l'obbligo di prevenire (64).

Si tratta della traduzione della regola dello scopo della norma violata, individuata in base alla funzione assegnata dall'ordinamento all'obbligazione risarcitoria (65). Ad esempio, non è risarcibile il danno derivato da un furto reso possibile dalla circostanza che la persona incaricata di svolgere certi lavori, e alla quale sono state consegnate le chiavi in assenza del padrone di casa, non si rechi a effettuare i lavori nel giorno concordato: l'obbligo dell'artigiano è effettuare i lavori, non proteggere casa. Passando dai casi di scuola alla realtà,

In una decisione tedesca, la corte ha stabilito che la violazione del segreto bancario da parte di un istituto di credito non rende la banca responsabile per la condanna per evasione fiscale subita dal proprio correntista, nonostante sotto un profilo strettamente causale è proprio dalla rivelazione delle informazioni segrete che il Fisco è stato in grado di risalire all'evaditore. Il segreto bancario — recita la sentenza — non ha lo scopo di consentire la commissione di reati (66).

Lo scopo della norma violata sembra affermato anche in ordinamenti, come quello inglese, nel quale la teoria della causalità adeguata non trova riconoscimento (67).

Il rischio deve essere distribuito in modo efficiente dal punto di vista assicurativo.

L'efficienza impone che responsabile per le perdite debba essere la parte che sia in grado di evitare il danno al costo minore (*cheapest-cost-avoider*). Gli appelli all'efficienza sono decisamente meno frequenti nel diritto continentale che in com-

(63) P. Trimarchi, *Il contratto. Inadempimento e rimedi* (Milano 2010), 171.

(64) Schlectriem, *Schuldrecht* cit., 225 s.; Trimarchi, *Il contratto* cit., 171.

(65) Treitel, *Remedies* cit., 166.

(66) OLG Köln, 8-7-1982, BB 1992, 2174, riportato in inglese da Beale - Hartkamp - Kötz - Tallon, *Cases, Materials* cit., 824.

(67) South Australia Asset Management Corp. v. New York Montague Ltd (1997) AC 191.

mon law (68). Tuttavia molte delle regole in tema di determinazione del danno possono essere lette nell'ottica della minimizzazione dei costi congiunti (69). E anche nella riflessione continentale si fa strada l'idea che il modello possa assumere a riferimento criteri di ordine economico, oltre che etici e sociali. L'efficienza, del resto, è tra gli obiettivi delle compilazioni di diritto uniforme (70).

9. La proporzionalità tra sacrificio richiesto e sanzione per il mancato adempimento difficilmente emerge nell'analisi tradizionale di *civil law*: il preteso carattere assoluto e categorico del dovere di adempiere l'impegno contrattuale e del « rispetto della parola data » ha generalmente offuscato questo aspetto, almeno a livello declamatorio (« *la force obligatoire n'a pas de prix* »).

In realtà, alla piena risarcibilità del danno subito si oppone in tutti gli ordinamenti considerati il principio del contenimento degli interessi, cui corrisponde sul piano rimediabile il richiamo alla ragionevolezza e proporzionalità del sacrificio della sfera giuridica del debitore.

La responsabilità contrattuale ha come proprio fondamento « *uno sforzo debitorio tipico* », commisurato all'interesse

(68) L'elaborazione della fortunata dottrina del *cheapest cost avoider* si deve a G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (Milano 1975), spec.183 s. In giurisprudenza v. *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F2d 951 (7th Circ.), 459 U.S. 1017 (1982).

(69) Con riferimento all'evitabilità, ad esempio, il *duty to mitigate* viene generalmente negato quando il promittente sia in grado di arginare i danni a costi simili o inferiori a quelli dell'attore. Mentre il limite della prevedibilità indurrà il creditore a minimizzare i danni da inadempimento non prevedibili. L'inadempimento (ed il conseguente obbligo di risarcire il danno) sarebbe, in questa luce, uno strumento volto ad ottenere il soddisfacimento dell'obbligazione assunta al costo minore e costituirebbe un invito rivolto al creditore a provvedere egli stesso a far fronte alle conseguenze dannose al minor costo con l'obbligo di tenerlo indenne attraverso il risarcimento del danno. Così C.J. Goetz & R.E. Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 Va. L. Rev. 967, 980 (1983).

(70) Il DCFR la assume come uno dei quattro principi che informano l'intera materia insieme a libertà, sicurezza e giustizia.

creditorio, e questo principio ha importanti ricadute anche sul piano della « *individuazione del danno risarcibile* » (71).

La proporzionalità può essere articolata in due regole tendenziali.

Non sono risarcibili i danni quando la parte inadempiente abbia compiuto uno sforzo debitorio adeguato alle situazioni normali.

Chi assume un impegno deve adottare le cautele necessarie per conseguire i risultati dovuti e queste cautele devono essere commisurate all'impegno preso (lo sforzo richiesto al vettore quando trasporta merci preziose o materiale di poco valore non può e non deve essere lo stesso) (72). Lo scopo è quello di non aggravare eccessivamente la responsabilità del debitore e di contenere entro limiti di normalità il sacrificio economico richiesto al debitore (73).

La selezione delle conseguenze dannose risarcibili attraverso i criteri di determinazione del danno reintroduce pertanto una valutazione sui costi della sanzione estromessa, quanto meno in *civil law*, dall'ideologia ufficiale.

Il danno « eccezionale » è risarcibile solo se il debitore ha avuto l'opportunità di adeguare il proprio sforzo debitorio (e il prezzo) all'interesse personale (idiosincratico) del creditore, ossia quando tale valore sia stato rivelato al debitore.

Attraverso la risarcibilità del solo danno prevedibile, ma anche attraverso la regola dell'evitabilità, il creditore sarà incentivato a dare le informazioni necessarie al debitore, consentendogli così di adottare le precauzioni necessarie. Il soggetto in grado di evitare le conseguenze dannose dell'inadempimento nel modo più economico può scegliere se assumere le precauzioni necessarie o rivelare all'altra parte le informazioni

(71) di Majo, *La tutela civile* cit., 203 (corsivo nell'originale).

(72) La traduzione in chiave di efficienza di questo principio è che il debitore dovrà adottare determinate precauzioni quando il loro costo sia inferiore alla diminuzione delle perdite attese che dall'adozione delle precauzioni conseguirebbe. Si tratta della trasposizione in ambito contrattuale della famosa *negligence formula* consacrata da Learned Hand in *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169, 173 (2nd Circ. 1947).

(73) Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica* cit., 408.

utili perché sia questi a prendere gli opportuni provvedimenti (74).

10. Resta da verificare l'eventualità che la delimitazione dell'obbligazione risarcitoria sia funzione anche dell'elemento soggettivo o del tipo di pregiudizio subito, e in che misura sia diversa in ambito contrattuale ed extracontrattuale.

I criteri di determinazione del danno andrebbero interpretati e applicati con un differente grado di rigore a seconda dell'elemento soggettivo.

Sono diffusi nel diritto europeo indirizzi tendenti a valorizzare l'esigenza di graduare il risarcimento in funzione dell'elemento soggettivo.

Di tale logica è espressione la previsione di un trattamento differenziato per le ipotesi di dolo o colpa grave, previsto da DCFR, PDEC e CEC; in contrasto con le altre *model rules* (CISG e UNI) e con le tradizioni giuridiche di *common law*, tedesca e scandinava, le quali tutte limitano alle sole conseguenze prevedibili il danno risarcibile anche per le ipotesi di inadempimento doloso.

Ma non è solo nelle scelte del legislatore che emerge una simile esigenza. In molti sistemi l'atteggiamento soggettivo della parte inadempiente sembra influenzare l'affermazione di responsabilità da parte della giurisprudenza (75).

I criteri di determinazione del danno andrebbero interpretati e applicati con un differente grado di rigore a seconda del tipo di danno da risarcire.

Sebbene assente nell'ideologia ufficiale delle codificazioni continentali e del *case law*, l'idea di una gerarchia dei danni

(74) R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (New York 2003), 127.

(75) Così, ad esempio, T. Iversen, *Erstatningsberegning kontraktforhold* (Copenaghen 2000), 110, con riferimento al diritto scandinavo. Da segnalare, poi, la posizione del diritto austriaco, più volte menzionato nei commenti alle *model rules*, secondo cui la risarcibilità del danno futuro (§§ 1324, 1325, 1331) e — secondo autorevole dottrina — del danno non patrimoniale sono risarcibili in relazione al grado di colpa della parte inadempiente. F. Bydlinski, JBL 1965, 173, 237, citato in art. 3:701, *Note* 13, DCFR. Com'è noto, soluzioni simili si pongono in contrasto con le conclusioni in chiave di efficienza avanzate dalla dottrina giureconomica.

sembra talvolta affacciarsi nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinaia.

Sul piano teorico, tale principio è stato espresso per la prima volta da Hart e Honorè in un vero e proprio classico della teoria del diritto in lingua inglese alla fine degli anni Cinquanta (76). In giurisprudenza fa il suo autorevole esordio una ventina d'anni più tardi in una *concurring opinion* di Lord Denning. Proprio riferendosi alle conclusioni dei due Autori, Lord Denning afferma come anche in ambito contrattuale si stia facendo strada una gerarchia delle poste di danno risarcibili che vede un trattamento differenziato per danni fisici e danni economici (77). Tale principio — sostiene Lord Denning — affermatosi in ambito extracontrattuale (78), merita accoglimento anche in materia di contratto. La perdita economica andrebbe risarcita solo ove il suo verificarsi sia stato considerato, al momento della conclusione del contratto, come una « seria possibilità o un concreto pericolo »; mentre con riferimento al danno alla persona o alla proprietà sarebbe sufficiente anche una minima (*slight*) possibilità, analogamente a quanto accade in ambito extracontrattuale.

La trasposizione delle logiche della responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale non è così immediata. Se al centro della tutela aquiliana si pone la protezione di beni e diritti nominati, la responsabilità contrattuale tutela, invece, interessi patrimoniali: il danno da inadempimento è pura perdita patrimoniale sofferta dal creditore per la mancata attuazione del suo interesse, senza che occorra la mediazione — necessaria, invece, in ambito extracontrattuale — della violazione della sfera giuridica altrui, ossia la lesione di un interesse protetto.

Tuttavia, non sono solo la dottrina e la giurisprudenza inglesi ad aprirsi ad una gerarchia di danni. Anche nei paesi

(76) H.L.A. Hart - A.M. Honorè, *Causation in the Law* (Oxford 1959).

(77) *Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] QB 791.

(78) *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. Ltd.* (1973) Q.B. 27 (1972) 3 All E.R. 557; *Anns v. Merton London Borough Council* [1978] A.C. 278; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. [The Wagon Mound I]*, 1961 CA 388.

scandinavi è stato osservato un atteggiamento diverso della giurisprudenza a seconda che il danno di cui si chiede il risarcimento abbia a oggetto la persona, la proprietà, ovvero la perdita puramente economica. All'interno di questa categoria, poi, esisterebbe una differenziazione: prezzo convenuto, prezzo corrente, profitti, ulteriori affari, clientela e avviamento e, infine, perdite ancora più « remote » (79). In altre parole, la giurisprudenza sarebbe maggiormente propensa a riconoscere un certo pregiudizio « prevedibile », « ordinario » e, comunque, risarcibile quando questo sia ascrivibile a una delle categorie poste al vertice della gerarchia indicata, per assumere atteggiamenti via via più restrittivi per quelle voci di danno collocate nella parte bassa di questa ipotetica graduatoria. Di recente questa tesi è stata riproposta con riferimento proprio alle *model rules* (80).

I criteri di determinazione del danno andrebbero interpretati e applicati con un differente grado di rigore in ambito contrattuale ed extracontrattuale.

La giurisprudenza ha spesso affermato la diversità dei criteri di determinazione del danno in *contract* e in *torts*. La ragione del differente trattamento è generalmente argomentata osservando che durante le contrattazioni il promissario è in grado di richiamare l'attenzione del promittente su eventuali conseguenze dannose inusuali che potrebbero derivare dall'inadempimento. Mentre tale possibilità è ovviamente preclusa al danneggiante nelle ipotesi di responsabilità aquiliana. Pertanto, per la risarcibilità del danno da inadempimento non basta che un certo risultato sia conseguenza « naturale » o « probabile » dell'inadempimento, ma ci deve essere una « consistente possibilità » (*substantial possibility*) che dall'inadempimento discenda quel particolare pregiudizio (81).

(79) L'ipotesi è stata avanzata da Iversen, *Erstatningsberegning* cit., 2 s.

(80) Lando, *Foreseeability* cit., 619 s.

(81) *The Wagon Mound* (No. 1), 1 AC 188 (1966), PC; *Koufos v. C. Czarnikow Ltd. [The Heron II]*, 1 AC 350, 386 (1967). In dottrina v. G.H. Treitel, *The Law of Contract* (Londra 1995), 873.

11. I criteri di determinazione del danno sono generalmente considerati lo strumento attraverso il quale affiancare ad una valutazione del pregiudizio subito ancorata a criteri strettamente *market-oriented* visioni maggiormente attente alla dimensione personale ed individuale della perdita sofferta in concreto dalla vittima dell'inadempimento (82).

In realtà, le norme modello valorizzano il nesso tra riparazione del danno e funzione dello scambio e ridisegnano i confini dell'obbligazione risarcitoria entro i valori tipici del mercato.

In coerenza con la traiettoria impressa alla tutela risarcitoria, i criteri di determinazione del danno vengono anch'essi ridefiniti dalle *model rules* secondo una logica mercantile, in cui la tutela dei valori dello scambio è affidata, oltre che alle categorie note, anche a indici tipologici (del resto, il tipo di danno — si è già detto — è spesso indice della sua prevedibilità, evitabilità, certezza).

La considerazione differenziata di interessi e bisogni singoli sembrerebbe, invece, confinata alla reintegrazione in natura, la quale acquista nella prospettiva del diritto privato europeo un rilievo e una centralità sconosciute in passato (83).

La conclusione cui potrebbe giungersi è che le norme modello disegnano un sistema binario, nel quale il risarcimento del danno tutela principalmente i valori tipici dello scambio; mentre i mezzi di soddisfazione coattiva si incarichino di tradurre sul piano rimediale interessi singoli ed estranei al mercato.

Sembrerebbe qui accolto il modello proposto dalla più acuta riflessione giureconomica in tema di rapporti tra *property rule* e *liability rule*: che non vi sia ragione di limitare l'esperibilità della *specific performance*, visto che il creditore deluso ha interesse a chiedere un rimedio così complesso solamente quando abbia timore che la misura risarcitoria si riveli

(82) Cfr. J.A. Sebert jr, *Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation*, 33 UCLA L. Rev., 1565 (1986).

(83) Sul punto si rinvia a S. Mazzamuto, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, a cura di S. Mazzamuto (Torino 2002), 526 s.

inadeguata (*undercompensatory*), ad esempio perché certe poste di danno non sono risarcibili o sono difficili da provare in giudizio. La parte fedele, del resto, sa meglio dei giudici se la misura di danno risulterà realmente compensativa, e sa altrettanto bene quanto sia difficile costringere all'adempimento. Riconoscere al promissario deluso la scelta tra i due rimedi significa, dunque, attribuire al soggetto in possesso di tutte le informazioni rilevanti la scelta sul rimedio realmente soddisfattivo della propria pretesa. Mentre la misura risarcitoria risulterà preferibile quando vi sia certezza circa il suo carattere pienamente compensativo (84).

La creazione di questa logica binaria non comporta però che il rimedio per equivalente esaurisca la propria forza entro i valori tipici del mercato.

La ripercussione dell'inadempimento sulla sfera patrimoniale del singolo creditore nelle circostanze del caso concreto è pur sempre al centro delle tutele risarcitorie: le norme modello riconoscono la risarcibilità del danno ulteriore e ammettono, pur con molte cautele, forme di risarcimento estranee alle logiche del mercato, come nel caso del danno non patrimoniale.

Ma soprattutto, a correggere le rigidità derivanti da una considerazione orientata al mercato del danno risarcibile, un ruolo di chiusura del sistema gioca il principio della buona fede, non a caso definita il vero « collante » del sistema rimediario (85).

Centrale tanto nel diritto comunitario quanto nelle norme modello, nelle quali — è stato osservato — si trova « allo stato diffuso » (86), la buona fede va intesa qui come criterio di esercizio dell'equità del giudice (87) in prospettiva cooperante e

(84) A. Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 Yale L.J., 271 (1979). Nella letteratura italiana v. R. Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, *Quadrimestre*, 1988, 76 s. Da ultimo, su questi temi v. Marella, *La riparazione in natura o in forma specifica*, *Il risarcimento del danno contrattuale* cit., 29 s.

(85) di Majo, *Le tutele contrattuali* cit., 33.

(86) Castronovo, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"* cit., 810.

(87) Castronovo, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"* cit., 818. Sul collegamento tra buona fede e equità v. le riflessioni di F.D. Busnelli,

non antagonista rispetto all'autonomia privata, che anzi concorre a integrare nel rispetto dell'equilibrio originariamente stabilito dalle parti, proiettando l'assetto negoziale nella situazione (non prevista) del mancato scambio.

Così intesa, la buona fede non sfida i dogmi della teoria classica del contratto, e neppure della diffusa *vulgata* che vede nel contratto un luogo dove certezza e prevedibilità costituiscono valori sul cui altare sacrificare le esigenze di flessibilità delle norme. Essa non integra il contratto secondo prospettive estranee alla volontà delle parti, non suggerisce assetti distributivi, né amplia l'estensione del libero convincimento del giudice legittimando valutazioni discrezionali modificative di regole legali o negoziali (88). Se letta nel modo descritto, inoltre, la buona fede non esprime una preferenza per opzioni geograficamente e culturalmente definite, né risulta *irritante* per le tradizioni che storicamente non la conoscerebbero (89). Il suo accoglimento non comporta l'adozione di una logica cooperativa del diritto dei contratti, propria degli ordinamenti continentali, rispetto ad una antagonista e individualistica, che apparterrebbe invece al *common law*.

Come nella tradizione romanistica (90), così anche nel *common law* è sempre stata forte la consapevolezza dell'irriducibilità a regole rigide dei criteri di determinazione del danno, i quali — si osserva — non possono che fornire un supporto li-

Note in tema di buona fede ed equità, Riv. dir. civ., 2001, I, 537 s. Di una interscambiabilità tra buona fede, equità e correttezza parlano R. Sacco - G. De Nova, *Il Contratto. II* (Torino 1993), 414 s.

(88) Sul punto Castronovo, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"* cit., 821. In senso conforme v. G. Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, Europa e diritto privato, 2002, 915, spec. 930 s.

(89) Il riferimento è ovviamente a G. Teubner, *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Ends up in New Divergencies*, 61 Mo. L. Rev. 23 (1998). Per una revisione critica delle divergenze tra *civil law* e *common law* in tema di contratto e del diverso ruolo della buona fede v. P.G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, Riv. dir. civ., 2003, I, 409 s.

(90) Già nelle fonti romane emerge come nei *iudicia bonae fidei* la restaurazione delle utilità perdute dal creditore era rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Ce lo ricorda Castronovo, *Il risarcimento del danno* cit., 84, il quale richiama il passo di Ulpiano (D. 9,2,21,2).

mitato all'interprete (91). Tale esigenza di flessibilità è mediata talvolta dal richiamo alla ragionevolezza (92), al *common sense* di una *intelligent jury* (93), a valutazioni di tipo funzionalistico (94), o all'intenzione (presunta) delle parti (95); mentre altre volte ancora il riferimento alla buona fede è esplicito (96).

In altre parole, in *common law* « le regole rimediali sono utilizzate per compensare l'assenza del principio di buona fede » (97).

Non appena ci si collochi nella prospettiva delle tutele, dunque, il richiamo alla buona fede smette di dividere le diverse tradizioni giuridiche, nel presupposto comune che la portata e la concreta definizione dei rimedi sono spesso rimessi in ultima istanza al giudice.

La buona fede è uno standard che deve guidare il giudice nel governo dei rimedi, il quale adegua la regola di giudizio

(91) *British Westinghouse Co. v. Underground Railways* (1912) A.C. 673, 689. In dottrina v. Corbin, *On Contracts* cit., § 1002.

(92) U.C.C. sec. 2-714. M.A. Eisenberg, *The Responsive Model of Contract Law*, 36 Stan. L.Rev. 1107 (1984). Afferma la corrispondenza tra buona fede continentale e ragionevolezza di *common law*, R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (Oxford 2001). Di un'endiadi parla L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, Barca borsa tit. cred., 1997, I, 9, nota 16.

(93) *O'Hanlon v. Great western Railway Co.* (1865) 6 B&S 484.

(94) J. Steyn, *The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy?*, Denning LJ 131, 141 (1991).

(95) « There is not a world of a difference between the objective requirement of good faith and the reasonable expectation of the parties ». Così J. Steyn, *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men*, 113 LQR 446, 450 (1997); Sul punto v. anche S. Whittaker - R. Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, Good Faith in European Contract Law, a cura di S. Whittaker - R. Zimmermann (Cambridge 2000), 45, i quali rilevano come « English lawyers have long used recourse to interpretation of the parties' intentions to achieve a variety of normative results ».

(96) § 1-203 U.C.C.: « Every contract or every duty within this Act impose an obligation of good faith in its performance or *enforcement* » (corsivo nostro).

(97) D. Friedmann, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract*, Good Faith and Fault in Contract Law, a cura di J. Beatson - D. Friedmann (Oxford 1995), 400.

alle condizioni concrete del singolo affare (98) e manifesta le proprie potenzialità in modo crescente là dove i parametri tipizzati di mercato mostrano maggiori limiti: man mano che ci si allontani dall'ambito commerciale.

Attraverso l'emersione della buona fede a criterio principe nella determinazione del danno si ritrovano, dunque, flessibilità, ragionevolezza, proporzionalità, elasticità e il temperamento dell'esclusiva finalità mercantile, solo apparentemente pregiudicati dall'adesione a indici tipologici. E trova conferma la progressiva emersione a livello europeo di un contratto inteso sì come garanzia degli assetti di mercato e del pieno controllo dell'autonomia privata sui propri interessi, ma anche come strumento fondamentale di protezione della persona.

ABSTRACT

The criteria of damages determination in The Model Rules and Common European law

The A. describes the criteria to determine the recoverable damages. He analyzes similarities and differences between common law and civil law, and among European States' laws. Then, he analyzes the criteria set forth in The Model Rules, comparing them with European States' laws. Finally, he proposes the criteria for a future common European law on damages' determination, based on a new construction of its requirements.

(98) di Majo, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, Il contratto e le tutele cit., 427. L'A. fa riferimento all'art. 8:109 PDEC, in cui la buona fede assurge a « criterio di governo circa l'esclusione o la riduzione dei rimedi ».