

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

Estratto da I TEMATICI, I-2021

CONTRATTO, diretto da G. D'Amico

Mauro Orlandi

RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE



RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Il problema. — Sez. I. *Teorie deontiche*: 2. *Culpa in contrahendo* e affidamento. — 3. *Segue*: von Jhering e il danno corporale. — 4. Teoria della norma primaria. Atipicità della buona fede. — 5. Teoria della norma secondaria. Tipicità della buona fede. — 6. Teoria dell'obbligo di protezione. — 7. *Segue*: teoria delle situazioni indirette. — 8. Teoria dell'obbligazione senza prestazione. La responsabilità relazionale. — 9. *Segue*: riduzione inversa? Obbligazione forte e obbligazione debole. — Sez. II. *Teoria antica*: 10. Dal prescrittivo al descrittivo. — 11. *Segue*: tecniche di posizione della fattispecie. — 12. *Segue*: posizione semantica e posizione ermeneutica. — 13. Ermeneutica dell'obbligo precontrattuale. — 14. *Segue*: obbligo e torto. — 15. Ingiustizia del danno precontrattuale. — 16. Danno positivo e danno negativo. — Sez. III. *Lineamenti dello statuto*: 17. Nozione di statuto. Statuto semplice e statuto complesso. — 18. Onere della prova. Art. 1218-2697 c.c. — 19. *Segue*: impossibilità e causa imputabile. Art. 1218-1256 c.c. — 20. Danno risarcibile e prevedibilità. Art. 1223-1225-2056 c.c. — 21. *Segue*: danno positivo precontrattuale? — 22. La prescrizione. Art. 2646-2647 c.c.

1. *Il problema*. — Raccogliendo risalente dibattito intorno alla correttezza della trattativa (1), gli art. 1337 e 1338 c.c. hanno tipizzato (2) l'obbligo di buona fede nella formazione del contratto.

Notiamo subito la differente formulazione delle due disposizioni. L'art. 1338 c.c. prevede espressamente il risarcimento del danno a carico della parte silente, che abbia taciuto una causa di invalidità; l'art. 1337 c.c. omette di esprimere l'effetto risarcitorio, limitandosi ad affermare il « dovere » (obbligo? obbligazione?) (3) di comportarsi secondo buona fede.

A dispetto di tale assenza, nessuno dubita trattarsi di una norma sul risarcimento del danno, sofferto dalla parte fedele. La plastica collocazione tra i plessi normativi degli art. 1218 ss. c.c. (inesecuzione della prestazione) e 2043 ss. c.c. (fatto colposo o doloso) suscita il problema: quale delle due fattispecie risarcitorie?

« Responsabilità » si dimostra lemma polisemico, il quale esibisce almeno tre significati letterali: responsabilità contrattuale (in senso spurio) (4), ossia obbligazione di risarcire il danno per

(1) Iniziato in epoca moderna da R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jb. Jb.*, IV, 1861 (ma 1860), 1 ss. V. *infra*, § 2.

(2) Sul problema della tipicità, v. *infra*, § 4 e 5.

(3) Nella prospettiva di queste pagine si tratta di concetti separabili, come vedremo *infra*, nei § 13 e 14.

(4) Spurio, giacché la norma prescinde dalla fonte dell'obbligazione (contratto, fatto illecito, o altri fatti o atti). V. per tutti C. SCOGNAMIGLIO, *Affidamento*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, Jovene, 2018, 53 ss., 65-66; A. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, ivi, III, 1695 ss., 1701-1702; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, V. *Rimedi-2* a cura di V. ROPPO, Milano, Giuffrè, 2006, 979 ss. L'errore fu segnalato per primo (da noi) da L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*,

il debitore « che non esegue esattamente la prestazione dovuta » (art. 1218 c.c.); responsabilità extracontrattuale o aquiliana, prevista dall'art. 2043 c.c.; responsabilità patrimoniale, prevista dall'art. 2740 c.c., secondo il quale « il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri ».

Appare singolare come la letteratura sugli obblighi precontrattuali soffra pigrizia nel considerare il rilievo sistematico della terza categoria; tanto più che essa ha suscitato un dibattito antico e memorabile, per qualità degli studi e profondità di analisi. Stabilire se la « violazione dell'obbligo di buona fede » rifluisca nell'inadempimento o nel torto, e dunque se possa farsi luogo a una obbligazione di buona fede in senso proprio, ci interroga sulla struttura del rapporto; e convoca l'antichissimo problema dell'obbligazione come vincolo di garanzia, il quale trova in Emilio Betti romanista pagine forse insuperabili (5).

ora in ID., *Scritti* a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSI, II. *Obbligazioni e negozio*, Milano, Giuffrè, 2011 (dove le citazioni), 276 ss.

L'attributo « contrattuale » parrebbe in verità suscitare due chiose: l'una (prossima all'ovvio), circa la sua fallacia per difetto, posto che il contratto è solo una delle fonti dell'obbligazione, implicate dall'art. 1173 c.c.; l'altra, più sottile e nascosta, che ha riguardo alla radice romanistica dell'*obligatio ex contractu*.

Essa ultima attinge alla rilevanza della responsabilità (che noi oggi chiamiamo) patrimoniale nella struttura del vincolo. Sarà sufficiente rammentare come il BETTI de *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*², Milano, Giuffrè, 1955, 84-85, definisca l'obbligazione come « prigionia redimibile con funzione di garanzia di una persona libera estranea presso un'altra » (enfasi aggiunta). Quel « contrattuale » parrebbe affondare le radici nella genesi storica del *vinculum*, concepibile soltanto come scelta libera dello *sponsor*. Sotto questa luce, il richiamo al contratto appare storicamente più profondo e preciso. V. la nota successiva.

(5) BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 78 ss. Ingaggiando memorabile polemica con il Perozzi e il Luzzatto, Betti assegna primogenitura alla *obligatio ex contractu* (rispetto a quella *ex delicto*), la quale parrebbe offrire nella genesi protostorica l'idea dello stare *praes* (*praes-stari*), ossia preda, ostaggio del creditore. In radice, « *ob-ligatio* » implicherebbe un « vincolo materiale, una prigionia effettiva, una responsabilità con carattere di garanzia personale, e *obligari* non poté voler dire cosa molto diversa da quel *vincire nervo aut compedibus* di cui le XII tavole ci parlano » (ivi, 78, enfasi originaria).

Al Perozzi, il quale escludeva potersi il senso di prigionia (*ob-ligari*) estendere alle cose oltre le persone, il Betti replica che « la ragione della designazione comune va ricercata oltre quella diversità di atteggiamento, in una identità giuridica più profonda, che v'è tra la condizione della persona fisica tenuta in prigionia e la condizione della cosa tenuta in pegno. V'è di comune il concetto del tenere in proprio potere a fine di garanzia la persona o la cosa altrui: il concetto del vincolo reale che grava sulla persona o sulla cosa sottraendola all'altrui disponibilità. Nell'un caso la

Muoviamo dalla disposizione del nostro art. 1337 c.c.

persona, nell'altro la cosa, sono in via provvisoria sottratte alla libera disposizione di colui cui appartengono e che ha tuttavia la facoltà di riscattarle dal vincolo. Persona e cosa sono entrambe assoggettate, a scopo di garanzia — e quindi con la possibilità di una risoluzione — al potere effettivo di un altro, al quale esse non appartengono (chi riceve *pignoris iure* la cosa ne è soltanto possessore o proprietario fiduciario: il trapasso della proprietà nella fiducia ha lo scopo precipuo di sottrarre la cosa alla libera disponibilità del proprietario). Persona e cosa infine possono essere liberate dal potere fisico a cui sono soggette mediante pagamento di un prezzo di riscatto. L'analogia tra la *redemptio ab hostibus* e la *lucio pignoris* è confermata indirettamente anche dalla circostanza che quella fa acquistare al *redemptor* sul redento un diritto di garanzia analogo al pegno» (ivi, 84; enfasi originaria).

Di grande suggestione anche l'etimo profondo di «responsabilità». Inutile cercare nel latino classico il corrispondente del sostantivo astratto; la presenza di *responsabilitas*, che notiamo nel *Codex iuris canonici*, parrebbe d'uso recente, derivato probabilmente dagli impieghi del termine nelle lingue moderne (v. S. CHIPANI, *Lex Aquilia, culpa, responsabilitas*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, Atti del Convegno internazionale di diritto romano, Copanello, 4-7 giugno 1990, a cura di F. MILAZZO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992, 161).

Come suggerisce R. McKEON, *The Development and the Significance of the Concept of Responsibility*, in *Revue internationale de philosophie*, XI, 1957, n. 39, 3 ss., l'aggettivo *responsabilis* fa la sua comparsa nel latino medievale, alla fine del 1200, in coincidenza con l'uso di *responsable*: «neither the noun nor the adjective occurs in classical Latin, and the adjective 'responsabilis' is not found in medieval Latin until the 14th century, after the formation of the French word» (ivi, 8-9).

Pur non esibendone il vocabolo, il latino antico ne custodirebbe il seme nel verbo *respondere*: è qui che si trova lo strato di senso profondo. *Respondeo* deriva da *spondeo* (dove i sostantivi «*sponsor*» e «*responsor*»), che indica l'atto solenne del promettere e del garantire (v. M.A. FODDAI, *Responsabilità: origine e significati*, in *Diritto@Storia*, n. 10, 2011-2012, 1 ss.). E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, trad. it., Torino, Einaudi, 1976 (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1969), I, 446 ss., rileva la chiara parentela del verbo latino *spondeo* col greco σπένδω, fra i cui significati spicca quello di «concludere un patto e prendersi reciprocamente a garanti». Il *responsor* è colui che nella *stipulatio* interviene a favore del debitore a garanzia del suo debito; pronunciando la formula «*respondeo*», egli rafforza il vincolo assunto dallo *sponsor*. La parola che impegna viene spesa per altri; si risponde per qualcuno, garantendo per lui.

«Da allora — avverte M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de Philosophie du droit*, XXII, 1977, 45-58, specificamente 46 — la parola rispondere implica l'idea di essere garanti di un corso di eventi futuri» (enfasi aggiunta). Non è questa la sede; e tuttavia non si può non segnalare la profondità culturale del concetto; il quale raggiunge niente meno che il fondamento linguistico del giuridico. Viene in rilievo la sacralità della *sponsio* e dei *verba*. Il rispetto degli accordi mette capo alla coerenza tra l'azione e la parola data: il *responsor* interviene per assicurare conformità tra *dicere* e *facere*; con la formula «*et ego tibi respondeo*» egli conferisce certezza al futuro, proclamato e promesso. Il significato di *respondere* si collega sin dall'ori-

«Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede». Cosa significa quel «devono comportarsi»? La domanda subito si traduce ed eleva nell'altra: come l'uomo conosce giuridicamente il mondo? Ossia come egli estrae da o impone alle cose un senso giuridico? La letteratura di questo scorcio storico ci presenta due «modelli» (come si è soliti dire) conoscitivi: il modello della fattispecie (v. FATTISPECIE), ormai dannato alla faticosa crisi; il modello della clausola generale (v. CLAUSOLA GENERALE), più duttile e «ragionevole».

La fattispecie ci appare un arnese del passato, inchiodata al proprio rigido formalismo e insuscettabile di prevedere la cangiante e mutevole realtà; la clausola generale è il nuovo, capace com'è di adattarsi e di conseguire la giustizia del caso concreto, lasciando parlare i fatti e non le leggi.

Per stabilire se Tizio deve fare X si vorrebbe declinare una clausola generale, in luogo di applicare una fattispecie. Tizio dovrà fare X, non già in conformità alla norma A, bensì perché X è un comportamento di buona fede. E cosa significa essere X un comportamento di buona fede? Significa che — in base alle circostanze concrete — appare più «giusto» fare X (6).

Sotto questa luce, il problema del «dovere» che precede il contratto (il «devono comportarsi secondo buona fede») appare un laboratorio elettivo per lo studio della «terra di nessuno» (7), o «zona di turbolenza» (8), tra torto e inadempimento

alle azioni umane e alla loro coerenza rispetto alla parola, l'impegno, la promessa. Indispensabile sul punto G. AGAMBEN, *Horkos. Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, in Id., *Homo sacer*, Macerata, Quodlibet, 2018, 311 ss., 372-373.

(6) V. per tutti F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 30 ottobre 2015) a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA, Torino, Giappichelli, 2016, 219 ss.; Id., *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1019 ss.; Id., *Il valore «normativo» dei principi*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi* a cura di C. CICERO e G. PERLINGIERI, I, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, 1 ss.

Addis distingue tra fattispecie *a priori* e fattispecie *a posteriori*. Ora, la fattispecie, quale *speculum facti*, ossia immagine concettuale, parrebbe non poter uscire dall'*a priori*, ciò che sta fuori e sopra la brutale materia del fatto. Sarà semmai diversa la tecnica di posizione, ossia il modo attraverso cui definire l'*imago* che chiamiamo «fattispecie»; la quale altro non è che un significato. V. *infra*, § 11 e 12.

(7) Secondo la suggestiva formula di F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno» tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, 539 ss.

(8) Il teorico dell'obbligazione senza prestazione scrive

mento. Questo è il luogo concettuale nel quale affonda radici la teoria dell'obbligazione senza prestazione (9); muovendo dal primo scritto dell'era moderna, che — per comune opinione — pone il problema della *culpa in contrahendo* (10).

Tre linee di riflessione.

In primo luogo, la questione della tipicità, ossia il modo con cui — per usare una trita metafora — riempire di contenuto la clausola di «buona fede»: può dirsi tipizzato un obbligo di buona fede? che s'intende per tipo?

In secondo luogo, il problema del rapporto obbligatorio e della sua struttura. Se esso possa risolversi in meri predicati di dovere/potere (dovere verso Tizio; potere verso Caio); ovvero implichi uno statuto (11) minimo necessario.

In terzo luogo, il problema della disciplina positiva.

Ordineremo la trattazione in linea sistematica, distinguendo le dottrine in due aree: *teorie deontiche* (Sez. I), le quali si fondano sulla logica modale (12), declinando nei modi del dovere o del potere le situazioni giuridiche del rapporto precontrattuale (obbligo di protezione, obbligazione senza prestazione, immunità, interesse legittimo); *teoria ontica* (Sez. II), che svolge la logica elementare della fattispecie e delle relative tecniche di posizione. Attraverso la teoria ontica si cercherà di risolvere problemi di disciplina (Sez. III).

Muoviamo per questa via alla consapevole analisi del nostro tema.

Sez. I. – TEORIE DEONTICHE.

2. Culpa in contrahendo e affidamento. — Nella tarda primavera del 1860 (13) Rudolf von

di « un'area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale »: C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I. Diritto civile, Milano, Giuffrè, 1995, 148.

(9) CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 154 ss.; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 679 ss.; Id., *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018, 521 ss.

(10) VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., 3 ss. V. *infra*, § 2, 3.

(11) Per una ragionata nozione di statuto v. *infra*, § 17.

(12) Si veda A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in questa *Enciclopedia*, XIV, 1965, 466 nt. 68: « è possibile ridurre la logica delle norme, in particolare la "logica modale deontica" alla comune logica modale ». Sulla scorta di G.H. VON WRIGHT, *An Essay in Modal Logic*, Amsterdam, North-Holland, 1951, 27 ss.; A.M. PRIOR, *Formal Logic*, Oxford, Clarendon Press, 1955, *passim*.

(13) Così riferisce F. PROCCHI, autore della trad. it. di R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento*

Jhering affronta un problema nuovo: la colpa nelle trattative. Egli si chiede se — ancorché il contratto risulti nullo o imperfetto — la parte negligente debba rispondere del danno colposamente recato all'altra. Ripugna al von Jhering di riversare sulla parte incolpevole la negligenza altrui; ma il contratto è invalido (14), sicché parrebbe non poter da esso discendere un'azione risarcitoria; neppure la *lex aquilia* sembra applicarsi: da un lato manca per definizione l'*intentio*, sicché non troverebbe luogo l'*actio doli*; d'altro lato manca il *damnum corpore corpori*, e il pregiudizio lamentato non rifluisce tra quelli risarcibili fuori del contratto. Il von Jhering chiarisce che il danno aquiliano ha caratteristiche ontologiche incompatibili col pregiudizio precontrattuale: diversamente da questo, quello è « visibile, materiale, cagionato ad oggetti dotati di una loro esteriorità (cose o persone) ». Connotati empirici indefettibili, i quali trarrebbero ragione, non « da una disposizione positiva del diritto romano, ma una regola insita nella natura stessa delle cose »; ed è proprio per questo « che, malgrado tutta la libertà con cui intesero l'azione aquiliana, i giuristi romani non hanno mai varcato questo confine » (15).

Di sicuro interesse rileggere le pagine del von Jhering; il quale mostra grande sensibilità nel definire l'ingiustizia extracontrattuale in funzione della colpa o del dolo. Il danno doloso è palesemente fraudolento e ripugnante (*omnia corrumpit*); quasi a trarre da tale ovvia evidenza il senso dell'ingiustizia (16). Il danno colposo si estende invece al « non esteriore », e colpisce senza la visibilità di un *delictum*. Viene qui in rilievo la nozione « generale ed astratta di patrimonio ». Quest'ultimo — nota il von Jhering — può subire delle diminuzioni senza che nessuna delle sue

del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione, Napoli, Jovene, 2005, da cui le citazioni. Da consultare la gustosa nt. 11 a p. XVIII, ove il Procchi affronta la questione della data di stampa del primo fascicolo e dell'intera quarta annata, che porta sul frontespizio l'indicazione 1861. Dal carteggio intrattenuto con il Gerber, pubblicato a cura di M.G. LOSANO, *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Milano, Giuffrè, 1977, 573, parrebbe possibile retrodatare l'*opus* al 1860.

V. anche F. PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto)informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *Teoria e storia del diritto privato*, III, 2010, 3 ss.; e ancora Id., *'Licet emptio non teneat'. Alle origini delle moderne teorie sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Padova, Cedam, 2012, 5 ss., 189 ss.

(14) Per i profili di diversità rispetto alla nostra disciplina dell'errore v. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 980 ss., 982.

(15) VON JHERING, *Della culpa*, cit., 49.

(16) VON JHERING, *Della culpa*, cit., 50.

componenti esterne sia stata in alcun modo colpita (17).

Un cattivo consiglio, un'informazione sbagliata, una raccomandazione, dati senza alcun intento doloso, non si manifestano a prima vista come una intromissione nella sfera giuridica altrui. Tali « azioni non costituiscono di per sé un'ingiustizia e di per se stesse non causano affatto un danno: al contrario, tali comportamenti acquistano questo ruolo e questo effetto con esclusivo riguardo al rapporto che hanno con la volontà delle due parti; così, quanto al convenuto, esse acquistano il carattere di ingiustizia tramite un malevolo orientamento della volontà e, quanto all'attore, esse acquistano l'influenza pregiudizievole in seguito alla determinazione della volontà che hanno fatto nascere » (18).

3. (Segue): *von Jhering e il danno corporale*. — Materialità e immaterialità: ecco il confine tra danno colposo e danno doloso. La colpa è troppo tenue per rendere ingiusta una lesione invisibile; si direbbe « spirituale ». L'ingiustizia del danno deve essere tangibile, così da rendere immediatamente percepibile *ab externo* l'esistenza materiale del fatto dannoso e del pari evidente la necessità della sua riparazione. Sotto questa luce, il von Jhering condivide la preoccupazione di limitare la sfera di rilevanza del danno da colpa aquiliana, in modo da difendere la certezza del traffico e la pace sociale.

Escluso per definizione il dolo; esclusa la colpa, per la natura immateriale del pregiudizio, non rimane che trovare nel contratto la fonte della tutela. La quale è isolata negli effetti accessori: « la conclusione di un contratto non genera solo una obbligazione di adempimento, ma anche, a seconda dei casi, una obbligazione di risarcimento del danno, quando l'esecuzione è resa impossibile in conseguenza di qualche impedimento legale. L'espressione "nullità" del contratto, nella terminologia romana ed in quella attuale, designa solamente l'assenza di questo effetto e non quella di ogni e qualsiasi effetto in generale » (19).

Il von Jhering staglia con il consueto scrupolo di precisione l'istante in cui la colpa si fa giuridicamente rilevante: il momento del patto; stretto il quale, ciascuna parte non potrebbe non garantire all'altra l'attendibilità delle proprie dichiarazioni e l'assenza di cause d'invalidità o d'errore (20).

I fatti, suscettibili di dar luogo a *culpa in contrabendo*, sono ordinati da von Jhering in due gruppi: il primo, relativo all'idoneità del soggetto o dell'oggetto; il secondo, ai vizi della volontà. A quest'ultimo, von Jhering riconduceva anche ogni scarto tra volontà primitiva e volontà attuale di non concludere; fattispecie, tra le quali spicca la revoca della proposta. Qui, la responsabilità sembra derivare dall'affidamento suscitato dall'originaria proposta; e dalla successiva revoca, giunta all'oblato dopo l'accettazione e l'inizio dell'esecuzione. In ogni caso, von Jhering restringeva il risarcimento al cosiddetto « interesse negativo », quale perdita di occasioni alternative e inutile dispendio di tempo e di risorse (21).

L'influenza delle pagine jheringhiane sulla successiva evoluzione del concetto è profonda, ancorché discussa e variamente declinata. Restringiamo il nucleo della sua ricerca intorno all'idea di « affidamento »; e alla definizione delle circostanze di fatto, idonee a determinarlo. Lo sforzo del von Jhering, è diretto a confinare e restringere, ponendo un termine netto tra rapporti extracontrattuali e contrattuali. Egli è condotto a postulare la conclusione del patto quale premessa logica necessaria alla rilevanza della *culpa*. Solo l'accordo potrebbe generare affidamento legittimo; prima di

rapporti nascenti devono trovarsi sotto la protezione delle regole della *culpa*, in modo che i rapporti contrattuali non siano gravemente compromessi e che ogni contraente non sia abbandonato al pericolo di diventar vittima della negligenza altrui. Per garantirlo contro questo pericolo, non è necessario costringerlo a stipulare espressamente l'assenza della *culpa*, o ancor più dettagliatamente la sussistenza dei requisiti contrattuali: la legge può e deve risparmiare alle parti questo penoso marchingegno, riconducendo alla conclusione stessa del contratto la prova della tacita accettazione di questa garanzia » (enfasi originaria).

(21) Per questa ricostruzione v. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 980-981; e ora ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1697-1698; 1715 ss., 1717; Id., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrabendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, n. 3, 1129 ss., spec. 1145-1148, ove è ricostruita la disciplina del risarcimento del lucro cessante da lesione dell'interesse negativo. Molto attenta e vasta la ricostruzione del « *negatives Vertragsinteresse* » di C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1990, spec. 44 ss., 103 ss., 393 ss. Da consultare l'ampio studio di L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, XIII, t. 2, Torino, Giappichelli, 2000, 301 ss. Nesso logico tra interesse di « protezione » e interesse « negativo » segnala C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, II, Milano, Giuffrè, 2007, 339, secondo il quale « la responsabilità precontrattuale ha una portata diversa da quella da inadempimento, benché ne condivida la natura in quanto responsabilità fondata sulla violazione di obblighi ». V. *infra*, § 8.

(17) VON JHERING, *Della culpa*, cit., 50-51.

(18) VON JHERING, *Della culpa*, cit., 51.

(19) VON JHERING, *Della culpa*, cit., 65 (enfasi originaria).

(20) Si legga questo passo del VON JHERING, *Della culpa*, cit., 85: « Non solo i rapporti contrattuali esistenti, ma già i

esso, si rimarrebbe nella terra dei rapporti aquiliani, poiché mancherebbe la ragion pratica di una seria fiducia, tale da giustificare la rilevanza della mera colpa. In questa zona, l'ingiustizia del danno sarebbe guadagnata soltanto attraverso la plastica evidenza del dolo (22).

La svolta normativa parrebbe darsi con la successiva introduzione del principio di buona fede, enunciato nel § 242 BGB (con riferimento all'esecuzione dell'obbligazione) (23). La forza si direbbe ermeneutica (24) della buona fede oggettiva sarebbe stata presto estesa alla fase precontrattuale della trattativa; giungendo a enucleare un vero e proprio rapporto obbligatorio di affidamento (*Vertrauensverhältnis*), dal quale scaturirebbero obblighi di comportamento (d'informazione e più in generale di protezione) indotti dal principio di buona fede; la cui violazione comporterebbe responsabilità per inadempimento (25).

Questa evoluzione è ora espressamente recata dal nuovo testo del § 311 BGB (introdotto con il *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, dal 1° gennaio 2002), il quale al comma 2 stabilisce che « un rapporto obbligatorio con gli obblighi di cui al comma 2 del § 241 sorge anche in virtù: 1. dell'avvio di trattative precontrattuali; 2. della prefigurazione di un contratto, che ricorre quando, in vista di un'eventuale relazione negoziale, una parte accorda all'altra la possibilità di incidere su propri diritti, beni ed interessi, o gliene affida la protezione; 3. di contatti negoziali similari » (26).

(22) VON JHERING, *Della culpa*, cit., 85: « nei rapporti extra-contrattuali nessuno può chiedere ad altri la garanzia per la certezza e la veridicità delle sue dichiarazioni e delle sue affermazioni; la legge si limita ad offrir protezione contro il *dolus*, non contro la *culpa*, e bisogna prendersela solo con sé stessi quando si subisce un danno per un cieco affidamento nelle parole altrui, giacché si dovrebbe sapere che quest'ultime non hanno alcuna forza obbligatoria. Nei rapporti contrattuali in cui, invece, queste dichiarazioni d'è-v-o o avere una precisa forza obbligatoria, una parte può legittimamente aspettarsi che l'altra verifichi la fondatezza delle sue parole: di solito, infatti, la parte non è in grado di compiere in prima persona una verifica dell'attendibilità delle dichiarazioni della controparte ».

(23) Cfr. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 985-986.

(24) Anticipiamo qui l'uso di un aggettivo, del quale tratteremo analiticamente (nei limiti di questa voce) *infra*, § 11 e 12.

(25) Cfr. K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in *Arch. civ. Pr.*, 151, 1951, 501 ss.; K. LARENZ, *Bemerkungen zur Haftung für « culpa in contrahendo »*, in *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, 397 ss.; Id., *Lehrbuch des Schuldrechts*¹¹, I, München, Beck, 1976, 94 (ove si legge di « *rechtl. Sonderverbindung* »).

(26) Mentre dapprima si discuteva intorno al fonda-

La scoperta del von Jhering suscita il dibattito della dottrina e ispira il legislatore germanico; giunge sino al nostro codice, che sembra nell'art. 1337 c.c. recepire ed espandere l'originaria colpa precontrattuale. Si possono qui isolare tre direttrici.

A) Questione della tipicità della buona fede precontrattuale, convertibile nel dilemma: ermeneutica o semantica della buona fede, ossia tecnica di posizione per conclusione circostanziale o per espressione letterale della fattispecie concreta di condotta, in cui si specificherebbe la vaga clausola di buona fede (27). B) Il problema della struttura del rapporto precontrattuale: obbligo di protezione; obbligazione senza prestazione; situazioni giuridiche di immunità o di interesse legittimo privatistico. C) Il problema della « responsabilità relazionale » e del relativo statuto.

Muoviamo dal primo profilo.

4. Teoria della norma primaria. Atipicità della buona fede. — Parrebbe darsi analogia tra i profili,

mento e all'ampiezza degli obblighi di protezione, dopo la riforma il dibattito parrebbe concentrato sul rapporto tra obblighi di protezione e obblighi di prestazione. Come distinguere tra *leistungsbezogene Nebenpflichten* (obblighi accessori alla prestazione), previsti dal comma 1 del § 241 BGB, e *nicht leistungsbezogene Nebenpflichten* (obblighi non accessori alla prestazione), previsti dal comma 2 del § 241 BGB?

La distinzione non appare oziosa, poiché solo la violazione degli obblighi di cui al comma 1 del § 241 implica tutti gli effetti previsti dai § 280, 282, 283, 311a, 323, 326 BGB, « secondo le diverse perturbative dell'impossibilità, del ritardo e dei vizi della prestazione » (v. R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, in *L'obbligazione come rapporto complesso* a cura di H. STOLL, R. FAVALE, M. FEOLA e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Torino, Giappichelli, 2016, 78 ss.); la violazione di obblighi non accessori (comma 2 del § 241) convocherebbe invece le sole norme di cui ai § 280, 282 e 324 BGB. Così replicando, sul piano concettuale, il dualismo tra i diversi regimi del danno negativo e danno positivo (v. *infra*, Sez. II e III).

Donde il connesso problema, per gli obblighi di protezione del comma 2 del § 241, di poter esigere non soltanto il risarcimento del danno, ma anche l'adempimento in forma specifica. V. sul punto A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione-prestazione-protezione*, ivi, 226 ss., 239-241; Id., *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, n. 4, 910 ss., 939-941; il quale propone una soluzione casistica, abbandonando il metodo « dogmatico-tassonomico » a favore di un più elastico (si direbbe) *problem solving*, ossia d'una linea « rimediale ». Sul piano dogmatico (o semplicemente logico) la domanda si converte nella rilevanza normativa dell'interesse: interesse interno, *dedotto e garantito* in prestazione? O interesse esterno, *non dedotto e non garantito* in prestazione? (v. *infra*, § 16). La prestazione implica per definizione la garanzia del prestare (secondo la radice protostorica del concetto: v. *supra*, nt. 4 e 5).

(27) Per la distinzione tra semantica delle parole ed ermeneutica dei fatti; per la nozione di fattispecie concreta di caso v. *infra*, § 11 e 12.

suscitati in letteratura dagli art. 1173, 1337, 2043 c.c.

L'art. 1337 esibisce due elementi: da un lato descrive un obbligo, sembrando così istituire tra le parti un rapporto vincolante (28); dall'altro, svolge la buona fede come clausola generale, che « mediante il riferimento a valutazioni etiche presenti nel contesto sociale, consente di stabilire qual è il comportamento dovuto nella situazione concreta, al fine di proteggere interessi che rischiano di essere pregiudicati » (29). Diremo dunque che la disposizione prevede: *a*) un dovere astratto, ossia privo di oggetto; *b*) un criterio di determinazione dell'oggetto, attraverso il sintagma « buona fede ».

Donde il classico tema della vaghezza o indeterminazione (30). Di là da tutte le disquisizioni intorno ai concetti di principio e clausola generale (31), muoviamo da questo punto fermo: che entrambi sono privi di fattispecie, e non descrivono una classe di fatti possibili. La clausola generale è in questo senso ontologicamente « atipica », poiché convoca la necessità logica di una integrazione con criteri, attraverso cui ricavare la fattispecie concreta, applicabile al caso (32).

I dibattiti sul significato di « buona fede » (1337 c.c.) o « danno ingiusto » (art. 2043 c.c.) appaiono esemplari. Con sacrificio di articolazioni e ricchezza possiamo isolare due correnti. Da un lato, i fautori dell'autosufficienza della « clausola generale » (o norma primaria), secondo cui gli art. 1337 e 2043 c.c. sarebbero disposizioni *formalmente complete*, da qualificarsi come « norme primarie »; esse rinvierebbero, non già ad altre disposizioni testuali, bensì alla sola conclusione ermeneutica extralegale, attraverso cui evincere la fattispecie di danno risarcibile. Sicché, implicando una fissazione soltanto ermeneutica, essa sarebbe

di volta in volta ricavabile per illazione anche da corpi estranei; morali, sociali, economici (33).

Dall'altro lato, la teoria del « rinvio », secondo cui le disposizioni recanti clausole generali (qui, il 1337; lo stesso per il 2043 e il 1173, ultimo periodo, c.c.) sarebbero *formalmente incomplete* (cosiddette norme secondarie): esse rinvierebbero ad altre disposizioni, nelle quali trovare la fattispecie concreta. Il fatto potrebbe così considerarsi dannoso solo se lesivo di un diritto o di altra situazione giuridica tipica; ossia descritta da altro testo normativo (34); parimente, la buona fede potrebbe declinarsi soltanto attraverso la combinazione con altre norme, descrittive di obblighi specifici. Sulla stessa linea, il dibattito intorno all'art. 1173, ultima proposizione, c.c.: clausola generale o norma di rinvio? Quel « ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico » significa rinvio ad altra disposizione di legge? O rinvio a fonti metatestuali? Parrebbero gli scrittori inclini alla seconda (35). Sicché il 1173 sarebbe, non già norma di rinvio, ma clausola generale. Immancabile, *ça va sans dire*, l'immagine della valvola, che respira l'aria della storia e del divenire sociale; e così rende la norma vitale e vivente.

Tutte e tre le disposizioni (1173, 1337, 2043 c.c.) condividono questo problema di fondo. E in particolare l'art. 1337 c.c., il quale affida al sintagma « buona fede » il criterio (sufficiente?) con cui determinare la condotta concretamente esigibile. Anche qui si ripete lo stesso dilemma dei 1173 e 2043 c.c.: rinvio al co-testo (36), ossia ad

(33) Su questo dibattito v. le belle pagine del M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2003, 72 ss. Primo tra i fautori della teoria dell'art. 2043 c.c. come « norma primaria » o « clausola generale » S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, 84, 86, 116. Per svolgimenti critici, v. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., spec. 129 ss. Per la vaghezza della clausola di buona fede nell'art. 1337 c.c. e la necessità di una integrazione sistematica co-testuale su tutti D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 988 ss.

(34) Imprescindibile CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., spec. 45 ss., ove troverai attento studio sulla genesi del sintagma « danno ingiusto »; e una comparazione evolutiva con i sistemi continentali e di *common*. Il Castronovo è da annoverare come il più autorevole tra i fautori della teoria del rinvio; o della norma secondaria.

(35) V. sul punto A. DI MAIO, *Obbligazione: I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990, 8 ss.; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, Giappichelli, 2015, 140 ss.; ora F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2015, 113 ss., il quale scrive di « eterogenesi dei fini » dell'art. 1173 c.c.: nato sotto la stella della tipicità legale; evoluto nell'atipicità sociale dei rapporti di fatto.

(36) Per la distinzione co-testo/con-testo v. A. GENTILI,

(28) ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1699 ss., 1703-1705. Albanese segnala il primato assoluto del legislatore domestico nel concepire una norma universale, tale da superare i limiti della costruzione jheringhiana e ampliarla ad ogni ipotesi di mala fede precontrattuale (*ivi*, 1700).

(29) A. ALBANESE, *L'obbligo di informazione nelle trattative*, in *Jus*, 2020, n. 1, 154-155.

(30) Indispensabile V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, 29 ss.

(31) D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 989 nt. 33, distingue « clausola generale » da « principio », proprio con riguardo alla buona fede precontrattuale. La prima delega al giudice la determinazione in base a *standards* ricavabili caso per caso; il secondo si risolve in *ratio legis*, inducibile da specifiche norme. In entrambi i casi, chioseremmo, si tratta di proposizioni vaghe, che non esprimono determinate classi di possibili.

(32) Per la necessità della specificazione ermeneutica o semantica, v. *infra*, § 11.

altre disposizioni che descrivano la condotta? O rinvio al con-testo, ossia alle circostanze di fatto da cui ricavare per concludenza un modello di condotta?

Per i fautori della norma primaria, l'art. 1337 c.c. sarebbe formalmente autosufficiente, ossia non esigerebbe una coniugazione con altro testo normativo. L'interprete potrebbe ricavare la fattispecie concreta di condotta direttamente dalle circostanze, vagliando di volta in volta la congiuntura storica e da essa traendo l'illazione di un modello concreto di condotta. Sono su questa linea superati due ostacoli, derivanti dalla logica jheringhiana: da un lato, la necessità che, ancorché nullo o inefficace, il contratto sia comunque apparentemente concluso; d'altro lato, l'opposta necessità, che l'accordo contrattuale non sia raggiunto (37). Interpretata nella propria massima latitudine, la buona fede nelle trattative estenderebbe la propria rilevanza ermeneutica a qualsiasi scorrettezza, rendendo risarcibile ogni lesione di interessi « altri », pregiudicati dalla violazione del legittimo affidamento, in base a criteri di concludenza (38).

Si giunge per questa via alla rilevanza autonoma della mala fede e alla teoria del cosiddetto vizio incompleto (39); il quale, a prescindere da

Senso e consenso, I, Torino, Giappichelli, 2015, 190 ss. Da leggere N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, Cedam, 1996, 10 ss.

(37) V. sul punto ALBANESE, *L'obbligo di informazione nelle trattative*, cit., 143-144.

(38) Per questa posizione, con varietà d'accenti, v. per tutti F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963 (rist. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, con introduzioni di G. PERLINGIERI e F. FESTI); G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990, 15 ss.; ID., *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, Giappichelli, 2002, 144 ss. Per una scrupolosa e completa analisi v. G. D'AMICO, « *Regole di validità* » e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, *passim*; ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., 992 ss. La massima ampiezza del sintagma « buona fede » è ben disegnata nelle parole di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015, 147 ss., 265 ss., spec. 171, per il quale la buona fede è « preordinata a dettare regole di condotta e, qualora la prevenzione non sortisca gli effetti sperati, a consentire la riparazione dei danni che sono derivati secondo le regole della responsabilità per inadempimento ».

(39) M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, Giappichelli, 1995, 2 ss., la quale avverte come il cosiddetto « vizio incompleto del contratto » evochi situazioni « nelle quali non si rinvenono i tratti della fattispecie astratta di vizio, così come prefigurata dal legislatore, ma che si caratterizzano per una condotta scorretta e sleale del partner, fatta di silenzi, reticenze, menzogne, pressioni, approfittamenti, sfruttamenti di stati psichici alterati, e così via ». La Mantovani trae conferma di un principio generale della scorrettezza come titolo risarcitorio da vari

qualsiasi incidenza sulla validità del contratto in formazione, rileverebbe in sé e per sé come fatto dannoso risarcibile.

5. *Teoria della norma secondaria. Tipicità della buona fede.* — La mancanza di fattispecie suggerisce ad altra dottrina di negare all'art. 1337 c.c. rilevanza autonoma. La buona fede non potrebbe stare da sola, perché essa in sé considerata non riuscirebbe a generare un obbligo specifico di comportamento. La teoria della norma secondaria ricalca le orme della letteratura intorno all'ingiustizia e richiede una *relatio* co-testuale ad altra norma, che descriva con precisione l'obbligo imputabile alla parte della trattativa (40).

Il discorso ci porta verso il significato di « tipicità ». Sulla linea di queste pagine, il lemma può evocare due sensi: la posizione in sé del « tipo di fatto », ossia la esistenza giuridica della fattispecie (concreta) che lo preveda. La tecnica di posizione del tipo: se esso sia espresso da un testo; o ricavato per concludenza.

Riflettiamo come il primo concetto si dimostri fallace. Se parliamo di fatti giuridici, allora essi

indici normativi. In *primis* dall'art. 1440 c.c. sul risarcimento per dolo incidente. Per una stringente e precisa critica v. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1008 ss.

Con scrupoloso scrutinio della dottrina tedesca, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 47 ss., 83, sembra escludere dal campo dell'art. 1337 c.c. i cosiddetti « obblighi di protezione », restringendo l'ermeneutica della norma ai soli « doveri di comunicazione, di segreto e di custodia », preparatori del futuro contratto. Il BENATTI, *Obbligazione*, in *Le parole del diritto*, cit., II, 1094-1096, sembra oggi rivedere questa posizione alla luce della teoria dell'obbligazione senza prestazione, estendendo i doveri di protezione anche fuori della sfera precontrattuale, a qualsiasi relazione affidante. V. *infra*, § 8.

La massima latitudine della buona fede precontrattuale appare raggiunta nelle pagine di G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2003, 85 ss., 132-135, 138, 140; da leggere insieme a ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, 14 ss., spec. nt. 7; il quale, se per un verso considera la clausola come criterio generale di valutazione *a posteriori* della correttezza, rifiuta per altro verso la vecchia distinzione « regole di condotta/regole di comportamento ». Ben potrebbe il contegno confluire in una operazione illecita, e dunque radicalmente invalida; come pure colpire la libera formazione del consenso, in modo incidente o determinante. L'art. 1337 c.c. deve dunque, in questa prospettiva, coordinarsi con le norme di ordine pubblico, e non limitarsi alla rilevanza meramente risarcitoria della mala fede. Il discorso ci porterebbe troppo lontano. Ci limitiamo a chiarire come queste pagine affrontino il versante obbligatorio della relazione precontrattuale; senza toccare il profilo, certamente rilevante, dell'illiceità radicale.

(40) V. per tutti la completa e lucida analisi di D'AMICO, « *Regole di validità* » e *principio di correttezza*, cit., 248 ss.

sono per definizione tutti tipici; cioè suscumbili entro la fattispecie, che li renda visibili al diritto. Non si danno, nel senso che sono logicamente impensabili, fatti giuridici atipici; che equivarrebbe a dire fatti non giuridici, ossia espulsi dal circuito della rilevanza. Il giuridico è essenzialmente tipico (41). Non rimane che l'altro senso, secondo cui la tipicità evoca una tecnica di posizione della fattispecie.

Che significa « rinvio »? La domanda è legittimata da ciò: che, in entrambe le ipotesi ricostruttive, descritte in questo e nel paragrafo precedente, sempre di rinvio parrebbe trattarsi. Cambia non la *relatio* in sé e per sé; bensì il termine cui si rinvia. Nell'un caso, il rinvio si restringerebbe entro la cerchia del semantico, e così implicherebbe una sistematica dei testi; nell'altro, il rinvio si aprirebbe allo spazio ermeneutico, facendo a meno di testi e accogliendo qualsiasi dato empirico, ermeneuticamente concludente. Nell'un caso, il rinvio è *co-testuale*; nell'altro, *con-testuale*.

La dottrina che nega all'art. 1337 c.c. il carattere di clausola generale muove dal problema del limite, entro il quale la norma deve stare e senza il quale ogni norma sarebbe inconcepibile. La scorrettezza, generatrice di danno risarcibile sarebbe, non già affidata *tout court* alla determinazione per mezzo di *standard* metanormativi (sociali etici economici), bensì ricavabile dalla sistematica co-testuale, coniugando la vaghezza del sintagma « buona fede » con disposizioni specificanti (42).

(41) L'attributo « tipico » convoca la letteratura intorno al cosiddetto metodo tipologico. Se non ragioniamo male, per la nostra economia si tratta di un profilo (almeno parzialmente) eccentrico. Tipico è qui declinato al singolare: tipo come fattispecie; non come statuto complesso, formato da più norme. Facciamo nostre le perspicue parole di N. IRTI, *Il 'pathos della distanza' (per Giorgio De Nova)*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, n. 2, 173: « La prospettiva del tipo è essenziale in ogni concezione del diritto, e forse in qualsiasi teoria della scienza. Già usato nella filosofia greca, *τύπος* designa il modello, lo schema, l'insieme unitario di caratteristiche, destinato a ripetersi in un numero indefinito di esemplari. Si discorre perciò di tipi linguistici, biologici, psichiatrici, sociologici, criminali, femminili, e via seguitando. Il tipo non è universale e non è individuale, ma soltanto generale e astratto. Il tipo misura il fatto concreto, e lo converte in 'caso'. Non c'è caso senza tipo; non c'è esempio senza modello. Il diritto è per eccellenza la 'terra del tipo' » (enfasi originaria, in grassetto). Osiamo notare: se è così, il tipo appartiene agli *universalia*. V. *infra*, § 11.

(42) V. in particolare il dibattito sugli obblighi atipici d'informazione. *Contra*, D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1021 ss. il quale coniuga l'art. 1337 con il successivo 1338; e con tutte e sole le altre norme tipiche (art. 1578 cpv., 1812, 1821 c.c.; come pure le sempre più numerose norme di settore). Egli (*ivi*, 1027 nt. 50) chiama dalla sua il MENGONI de *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 273 ss. Diversa la lettura che del saggio

Notiamo come la stessa dicotomia (norma primaria/norma secondaria) si dimostri debole. Abbiamo già anticipato e torneremo a considerare (43) che il problema mette capo alle tecniche di posizione della « fattispecie concreta », la quale raggiunga il grado di prossimità necessario e sufficiente per assumere il caso particolare. Come passare, sotto questa luce, dalla vaga « buona fede » al preciso obbligo di offrire a Tizio la informazione X? *Nihil sub sole novum*: dapprima convocando sistematicamente le disposizioni specificanti; di poi (ma è di questo che qui si discute) applicando *standards* esterni, variamente fruibili. Per tale via, parrebbe cogliere nel segno la teoria della norma secondaria: tutte le norme sono secondarie. Il problema si restringe allora in ciò: se, in difetto di testi normativi specificanti, il vago obbligo di buona fede espresso dall'art. 1337 c.c. autorizzi l'interprete a trarre la fattispecie concreta *ab externo*, attraverso l'ermeneutica delle circostanze e dei costumi; o invece gli imponga di fermarsi. È il problema del *silentium legis*: il silenzio è colmato dall'ermeneutica dei fatti? oppure è irrilevante?

6. *Teoria dell'obbligo di protezione*. — Su questa linea, la trattativa appare laboratorio elettivo dell'obbligo di protezione (44). Si muove dalla strutturale dicotomia obbligo di prestazione-obbligo di protezione: il primo implica un interesse positivo, interno al rapporto, garantito al creditore attraverso il vincolo patrimoniale (nel nostro diritto, l'art. 2740 c.c.); il secondo, un interesse negativo, esterno al rapporto, non garantito al creditore (45).

La struttura dell'obbligazione si svelerebbe

mengoniana sembra dare ALBANESE, *L'obbligo di informazione nelle trattative*, cit., 141-142 nt. 1, secondo cui il Mengoni considera « buona fede » come clausola generale. Sul punto v. E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 442 ss., ad avviso del quale il silenzio semantico (ossia la formula « buona fede », isolatamente considerata, siccome priva di fattispecie espressa) non sarebbe spazio vuoto di diritto; e sempre implicherebbe integrazione ermeneutica attraverso le circostanze del caso.

(43) V. *infra*, § 11.

(44) Il termine « *Schutzpflichten* » è proposto da H. KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, München, Beck, 1929, 5 ss.; e ripreso da H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Pr.*, 136, 1932, 288 ss.; ora nella trad. it. *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria*, in *L'obbligazione come rapporto complesso* a cura di STOLL, FAVALE, FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, cit., 1 ss.

(45) Sulla distinzione tra interesse all'adempimento (*Erfüllungsinteresse*) e interesse alla protezione (*Schutzinte-*

complessa (46); registrando, non soltanto l'obbligo di prestazione in senso stretto, ossia lo specifico *facere* o *dare* (e le speculari negative) dedotto in prestazione; ma anche un fascio di obblighi di protezione, a tutela della posizione patrimoniale e non patrimoniale del creditore, messa a rischio dalla stessa dinamica materiale della relazione tra prossimi. Gli obblighi di protezione parrebbero destinati alla determinazione caso per caso, declinando il generale principio di buona fede secondo l'ermeneutica delle circostanze. E così, ad esempio, ove la consegna del cavallo risulti impossibile nella data stabilita, ancorché non espressamente prevista dal titolo l'universale regola della correttezza esigerebbe la custodia diligente, in modo che nel tempo fino alla consegna l'interesse del creditore sia preservato (47).

Sotto questa luce, si giunge a distinguere obblighi accessori e obblighi autonomi di protezione: i primi, i quali integrano il contenuto originario della prestazione, dedotta nel titolo (48); i secondi, i quali si mostrano indipendenti dalla prestazione, finendo per porsi a paradigmi di diligenza da osservare per non ledere l'interesse « altro » del creditore. Giova osservare come l'obbligo autonomo di protezione non possa logicamente riguardare che l'interesse *meramente negativo* del creditore; diversamente, la protezione coinciderebbe

con la prestazione, e la distinzione sarebbe smarrita. Così, ad esempio, se, concluso l'intervento, il medico dimentica un ferro nell'addome del paziente egli viola un obbligo autonomo di protezione: l'interesse positivo (o additivo) alla prestazione sarebbe soddisfatto; l'interesse negativo alla integrità del patrimonio « altro » sarebbe leso (49).

Come abbiamo notato nel precedente paragrafo, viene in rilievo il fenomeno morale dell'affidamento nella correttezza del debitore, al quale il creditore chiede di proteggere l'integrità del *proprium*. Il debitore è chiamato a evitare l'evitabile, entro una misura, declinata secondo criteri che non mette conto qui di analizzare in dettaglio; con responsabilità (contrattuale?) per lesione dell'interesse negativo.

L'obbligo di protezione non si limiterebbe all'affidamento riguardante la validità del contratto, come nell'idea originaria dello Jhering; e si estenderebbe a qualsiasi scorrettezza tale da frustrare l'« attesa » di buona fede. Sotto questa luce, non ci sarebbe più necessità di postulare un tacito accordo di portare a buon fine la negoziazione (50); bastando il principio generale dell'affidamento (51), quale fonte dell'obbligo di protezione (52).

resse) v. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, cit., 296, 301, 317.

(46) Gli obblighi di protezione sono studiati da F. HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*, in *Arch. civ. Pr.*, 130, 1929, 257 ss., 260, 277 nt. 30, entro il cosiddetto « rapporto di cornice » (*Rahmenbeziehung*); o « rapporto di copertura » (*Mantelbeziehung*). Da noi v. per tutti L. MENGONI, *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi » (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185-209, 280-320, 366-396, ora in *Id.*, *Scritti*, II, cit., 141 ss., 177-178; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, 1991, 1 ss., ove un'interessante ricostruzione intorno alla genesi del concetto. Per svolgimenti critici intorno al trapianto nel nostro sistema v. A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 78 ss. Per un'interessante polemica sul punto v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015, 133 ss.

(47) È il noto esempio ripreso dal MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 231 nt. 23.

(48) Cosiddetti « obblighi integrativi strumentali » (formula coniata da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, Giuffrè, 1953, 96); i quali specificano la prestazione esatta. Nulla impedisce che l'inesattezza di tali adempimenti possa vulnerare il mero interesse di protezione del creditore: ad esempio, l'obbligo di custodire con diligenza la cosa da consegnare; se il cavallo è posto insieme ad altri infetti potrà infettare anche la mandria del creditore. Cfr. MENGONI, *lc. ult. cit.*

(49) Cfr. MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 232. Qui invero, parrebbe darsi uno spazio per distinguere, almeno sul piano concettuale, danno negativo (verso l'interesse "altro") e danno positivo (verso l'interesse alla prestazione). Il chirurgo che dimentica il ferro incide sulla normale causalità della prestazione, dedotta in *vinculo*, sicché il danno parrebbe positivo e già incluso nel titolo del credito, siccome incidente sull'*utilitas* "garantita"; diverso il caso del cavallo infetto asintomatico: la prestazione è perfetta e la *utilitas* da essa ricavabile integra. L'eventuale contagio di altri animali del creditore fuoriesce dal ciclo causale della prestazione (art. 1225 c.c.) e rifluisce nel danno negativo all'interesse "altro", non garantito dal titolo (art. 1223 c.c.). Nel primo caso, la prova di non aver potuto evitare è a carico del debitore (danneggiante); nel secondo, la prova del fatto colposo è a carico del creditore (danneggiato). V. *infra*, § 20. Si aprirebbe il tema del concorso di azioni (contrattuale e aquiliana). Non è questa la sede: per la posizione del problema v. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 501-520, 637 ss.

(50) G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, III, Napoli, Pièro, 1906, 273 ss.

(51) GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 57 ss., 61 nt. 41, nega che le parti siano legittimate a nutrire affidamento sulla conclusione del contratto. *Contra*, D'AMICO, *La responsabilità contrattuale*, cit., 1032-1034, ove approfondimenti.

(52) F. LEONHARD, *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluss*, Göttingen, Dieterich, 1896, 27 ss.; E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, Berlin-Leipzig, de Gruyter, 1936, 157; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 93 ss. Per questa lettura, v. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1699.

E dunque tassatività o non tassatività del criterio di buona fede precontrattuale? Che ripete la dicotomia vista *supra*, ai § 4 e 5. La letteratura germanica, nella quale fu concepita la categoria degli obblighi di protezione, parrebbe inclinare per la prima (53); la nostra dottrina, come oltre vedremo, giunge a teorizzare l'atipicità (54). Sulla scorta di due passaggi: *a*) l'atipicità delle fonti dell'obbligazione, ai sensi dell'art. 1173 c.c.; *b*) la configurabilità un vincolo a struttura debole o ridotta, privo di prestazione e di correlativa garanzia.

7. (Segue): *teoria delle situazioni indirette*. — Quale posizione relativa, l'obbligo deve corrispondere, nella logica deontica, a una simmetrica contro-situazione, suscettibile di lesione. Il problema muove dalla definizione analitica delle situazioni di vantaggio, speculari all'obbligo di protezione. Rifiutata la « pretesa », poiché qui prima del danno al (pseudo) creditore nulla spetterebbe; ed esclusa la rilevanza di una correlativa azione di adempimento (in senso tecnico) (55), non rimane che lo spazio logico di situazioni inattive, le quali rendano rilevanti danni (anche) meramente patrimoniali (56).

Possono isolarsi due varianti. Viene in primo rilievo la teoria della cosiddetta « immunità ». Essa muove dalla *ratio* dell'art. 1337 c.c., ricono-

sciuta non già nell'affidamento; quanto piuttosto nella intenzionale prossimità delle sfere dei paciscenti durante le trattative (57). A differenza della pretesa, l'immunità si risolverebbe in « una situazione inattiva di attesa, giuridicamente fondata, che controparte adotti misure di preservazione dai danni » (58). Il danno, a sua volta, si presenterebbe come lesione della sfera nella sua interezza, conferendo rilevanza alla tanto problematica perdita puramente patrimoniale, rifiutata da parte cospicua della letteratura (59).

Altra variante sul tema può considerarsi la teoria dell'interesse legittimo di diritto privato. L'una parte esercita una discrezionalità potestativa, rispetto alla quale l'altra starebbe in posizione di passiva e fiduciosa attesa (60). Secondo una recente ricostruzione, la relazione precontrattuale esibirebbe un interesse legittimo pretensivo negativo: pretensivo, siccome diretto al bene della vita cui la trattativa è destinata; negativo, giacché tutelato entro il limite dell'interesse, che la parte in buona fede avrebbe potuto soddisfare in via alternativa (61).

(57) F. PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.*, 2017, n. 2, 125-126.

(58) PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, cit., 125.

(59) PIRAINO, *lc. ult. cit.*, ove indicazioni bibliografiche; Id., *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, cit., 55 ss.; il quale, ancorché critichi la categoria dell'affidamento, preferendo la « ben più sostanziosa » (*ivi*, 57) situazione attiva di « immunità », convoca l'art. 1218 c.c. Così procurandosi le perplessità dell'ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale*, cit., 1140 nt. 48, ad avviso del quale il titolare della protezione vanta « una vera e propria pretesa avente ad oggetto l'esatto comportamento dovuto e non una mera situazione giuridica inattiva di "immunità" ». Ora cosa è una « pretesa » a non essere danneggiati? Parafrasando il Castronovo, si direbbe come la protezione non attui il *vinculum* ma ripristini l'interesse (negativo ed esterno) perduto: v. *infra*, nt. 145. La pretesa si converte dunque in « risarcibilità dell'interesse »; « situazione inattiva », nel lessico del Piraino.

(60) L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, II, 1988, 177 ss.; ma già Id., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967, 248 ss.; e Id., *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Scritti in memoria di Domenico Barilaro*, Milano, Giuffrè, 1982, 134 ss.; Id., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, IX, 1993, 527 ss. V. per rilievi critici PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 129.

(61) V. il vasto e attento studio di A.M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XI, 2018, 113 ss. (ove ampia bibliografia), il quale distingue tra interesse legittimo pretensivo e interesse legittimo protettivo. A metà strada si colloca la relazione precontrattuale, la quale sarebbe connotata da un *tertium*, isolato nell'interesse legittimo « pretensivo negativo ».

(53) Si veda C.W. CANARIS, *Il contatto sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, 3 ss., il quale esclude la possibilità di estendere la disciplina della protezione fuori del rapporto precontrattuale. V. l'ampia ricostruzione di PROCIDA MIRABELLI di LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., 917 ss. Tipicità, intesa come rilevanza nei soli rapporti precontrattuali, perché positivamente regolati.

(54) Cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato): nozioni generali*, in questa *Enciclopedia*, XXIX, 1979, 198. Da ultimo ALBANESE, *L'obbligo di informazione nelle trattative*, cit., 143-144, che estende l'area di applicazione della mala fede precontrattuale a qualsiasi scorrettezza, anche ove il contratto risulti poi concluso; sempre nei limiti dell'interesse negativo. V. sul punto la polemica con G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Giust. civ.*, 2014, 222-224, per il quale si finirebbe così per sindacare la convenienza. V. pure F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contr.*, 2017, 47.

(55) A maggior forza, le azioni a tutela della garanzia patrimoniale e le intimazioni. Per l'ammissibilità di misure di tutela preventiva nel rapporto di protezione v. S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 140 ss., spec. nt. 36; ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale*, cit., 1145 nt. 69. Da ultimo A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, Giuffrè, 2018, spec. 305 ss. V. *infra*, § 21.

(56) Sul danno meramente patrimoniale v. per tutti MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., *passim*.

Le teorie dell'obbligo autonomo di protezione (v. paragrafo precedente) e delle situazioni inattive svolgono a ben vedere la stessa logica modale; due facce della stessa medaglia. Condividendone il vizio di fondo: la superfetazione linguistica dei modi dovere/potere (62).

8. *Teoria dell'obbligazione senza prestazione. La responsabilità relazionale.* — L'analisi sembra raggiungere il più maturo grado di consapevolezza attraverso la suggestiva ed elegante proposta teorica dell'obbligazione senza prestazione.

Scoperta la struttura organica e complessa dell'obbligazione (63), l'ultimo miglio della ricerca è apparso all'orizzonte della più attenta e acuta letteratura: separare il momento della protezione dal momento della prestazione, nella stessa struttura del rapporto. Se nella cornice del vincolo è dato di isolare obblighi di protezione autonomi dalla prestazione, nulla impedirebbe sul piano logico prima che giuridico di disgiungere gli uni dagli altri, e di configurare un rapporto obbligatorio di pura protezione.

La maturazione dogmatica del fenomeno appare conseguita attraverso la teoria della relazione come struttura. Il *minimum*, al di sotto del quale il vincolo viene logicamente meno, risiede non già nella prestazione bensì nella relazione (64). La qualifica di obbligo non esigerebbe « la pienezza del contenuto ma la dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra ». In tale prospettiva, « l'idea di un'obbligazione senza prestazione non solo non appare contraddittoria, ma anzi [...] mette in luce [...] la vera essenza dell'obbligazione, la quale non consiste nel suo contenuto o oggetto [...] ma nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro » (65). Il profilo costante del rapporto si rivela la « relazionalità », come prossimità

delle parti. Il contenuto dell'obbligo, e segnatamente ciò che la tradizione chiama prestazione, è soltanto una « variabile possibile ». Onde il rapporto obbligatorio è non più nella sua essenza obbligo di prestazione ma relazione costante (*konstante Rahmenbeziehung*), teorizzata dallo Herholz e accolta dal Mengoni (66), « la quale in questa prospettiva acquista un significato nuovo e più pregnante » (67).

Donde un chiarimento lessicale, che riordina il quadro degli interessi rilevanti, dedotti in relazione: non più responsabilità « contrattuale », aggettivo difettoso, incapace di esprimere rapporti di fonte legale; bensì « responsabilità relazionale », la quale include, oltre l'interesse meramente eventuale alla prestazione, anche e sempre l'interesse « altro » alla integrità della sfera, messa a rischio nella prossimità del rapporto. Terra d'approdo della teoria si rivela la dicotomia universale « responsabilità relazionale/responsabilità non relazionale ». La relazione si svelerebbe fatto significativo (68): proprio perché le parti della relazione si conoscono e contemplanò, è inevitabile il *minimum* dell'affidamento, con l'obbligo di evitare qualsiasi danno, anche attraverso comportamenti positivi. E così al dualismo contrattuale/extracontrattuale, ambiguo e spurio per difetto, si sostituirebbe il binomio perfetto: « relazione/non relazione ». La relazione è la struttura funzionale minima del dovere reciproco; al di sotto della quale si stende l'indistinto mare aquiliano. La buona fede precontrattuale, « tipizzata » dall'art. 1337 c.c., finisce così per ordinarsi come stazione di un cammino, che approda solo oggi alla categoria universale della responsabilità relazionale.

Questa elegante costruzione non riesce a vin-

(66) MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 283 nt. 13, 369 nt. 17. Come cennammo, lo HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis*, cit., 260 s., teorizza il rapporto obbligatorio come relazione-cornice, nascente *ex lege* sin dal momento dell'instaurarsi delle trattative; relazione autonoma e permanente (*konstante*), siccome indipendente dall'esistenza del rapporto di prestazione e suscettibile di sopravvivere ad esso.

Appare tuttavia non sufficientemente ragionata questa nota del MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 231 nt. 17, proprio sugli obblighi di protezione « precontrattuali »: « Gli obblighi di protezione, che si determinano nella fase di esecuzione del contratto, derivano, al pari degli obblighi di prestazione, dal rapporto fondamentale creato dal contratto, come effetti integrativi di questo (arg. ex artt. 1374-1375). Non è accettabile, *de iure condito*, il tentativo del Herholz di configurare questi obblighi di protezione come un prolungamento dell'autonomo rapporto obbligatorio che si costituisce *ex lege* all'atto in cui si instaura la relazione diretta alla conclusione del contratto ».

(67) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale*, cit., 67.

(68) V. *infra*, § 11 e 12.

(62) V. *infra*, § 10.

(63) Cfr. L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507-522, ora in Id., *Scritti*, II, cit., 284. Mengoni stigmatizza l'uso del lemma « *Organismus* » da parte di H. SIBER, *Grundriss der deutschen Bürgerlichen Rechts*, pt. II. *Schuldrechts*, Leipzig, Meiner, 1931, 1 ss., preferendo ad esso il più felice « *Gefüge* » (struttura) di LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 24. Si tratta infatti di unità funzionale e non ontologica. In ciò seguito da C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 70.

(64) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale*, cit., 66. Muovendo ovviamente da Id., *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 147 ss.

(65) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale*, cit., 66.

cere ogni perplessità. In primo luogo, l'ambivalenza della relazione. Essa appare considerata in due momenti: prima come fatto empirico, dal quale è generato il vincolo; poi come « dovere » verso una parte. Quest'ultimo appare a sua volta sdoppiarsi in astratto e concreto. Un dovere astratto, prodotto dall'entrare in relazione; un dovere concreto, ossia un « obbligo », derivante dall'ermeneutica della relazione, e cioè dalle particolari circostanze del suo svolgimento. In ogni caso, protetto non è l'interesse garantito dalla prestazione; bensì l'interesse negativo, ossia qualsiasi danno alla sfera esterna, e non all'*utilitas* immanente del rapporto. Un interesse appunto alla immunità, o come dir si voglia.

Il dubbio percorre due vie. Da un lato la struttura dell'obbligazione, che sembrerebbe non poter fare a meno della responsabilità patrimoniale. Dall'altro, e forse sopra, la logica della rilevanza normativa, sotto la cui luce parrebbe di separare i concetti di « obbligo » e di « obbligazione »; e ridurre il linguaggio deontico a metafora di fattispecie. Muoviamo dalla prima.

9. (Segue): *riduzione inversa? Obbligazione forte e obbligazione debole.* — Teorizzata la scomponibilità analitica del rapporto, la letteratura di fine millennio registra la proposta della cosiddetta « obbligazione ridotta », e della correlativa vicenda riduttiva. Muovendo dal concetto di rilevanza normativa, si dimostra la struttura asimmetrica del vincolo, sicché una prestazione appare in pari tempo suscettibile di adempimento e insuscettibile di inadempimento (69).

A ben vedere, se mal non ragioniamo la teoria dell'obbligazione senza prestazione (« primaria »; ma l'aggettivo può essere omissso senza danni) giunge a concepire una obbligazione ridotta, siccome priva di responsabilità patrimoniale. Tale obbligazione sarebbe suscettibile di solo risarcimento del danno negativo (70); e insuscettibile di azioni di adempimento (in senso tecnico) e di tutela della garanzia patrimoniale.

La logica riduttiva scinde il rapporto obbligatorio nei singoli elementi di rilevanza; e postula tante obbligazioni quanti gradi di riduzione, compatibili con il diritto positivo (71). La domanda si lascia al postutto così formulare: è concepibile una

obbligazione ridotta, senza responsabilità patrimoniale? in difetto di (garanzia della) prestazione, cosa rimane del rapporto obbligatorio?

La proposta della obbligazione senza prestazione costituisce il vero punto di svolta nello studio dei vincoli precontrattuali. Essa è l'unica ad avvertire in profondità il problema teorico, affrontandolo faccia a faccia. Tramontata la jheringhiana *culpa in contrabendo* (72) e ricondotta l'obbligazione a una fonte legale, rimane il problema di fondo: come può l'obbligazione fare a meno della prestazione, regolata dall'art. 1174 c.c.? Delle due l'una: o si concepisce una prestazione di buona fede in senso tecnico, ossia « suscettibile di valutazione economica » ai sensi degli art. 1174 e 2740 c.c.; oppure si concepisce un rapporto obbligatorio ridotto, senza prestazione garantita e suscettibile di solo inadempimento (73).

Per sfuggire al campo magnetico del torto, occorre: da un lato negare al danno da mala fede la qualifica di « ingiusto », così sottraendolo alla fattispecie dell'art. 2043 c.c.; e come pure affermare l'applicazione delle norme proprie del solo rapporto obbligatorio, e segnatamente degli art. 1174, 1218, 1225, 2740, 2646 c.c., 2901 ss. c.c. L'obbligazione appare destinata alla soddisfazione di un *expectation interest* positivo; il torto, al presidio dell'« interesse negativo: quello di ciascuno alla protezione o non invasione della propria sfera giuridica » (74). Tolta la prestazione, ossia la ricchezza additiva, garantita al creditore, non rimane che il bisogno di « non invasione »: ossia l'interesse negativo, protetto quando se ne dimostri la giuridica rilevanza (75).

La teoria dell'obbligazione senza prestazione parrebbe per questa via mettere capo a due specie:

(72) V. *supra*, § 3.

(73) Se non erriamo, sembra darsi una riduzione inversa o speculare: da un lato, l'obbligazione inesigibile, suscettibile di adempimento e insuscettibile di inadempimento; dall'altro, l'obbligazione senza prestazione, suscettibile di inadempimento e insuscettibile di adempimento (in senso tecnico).

Sull'incerto confine tra prestazione e protezione nella responsabilità medica, da ragionare le contrastanti vedute di maestro e allievo con riguardo al risarcimento per danno all'interesse di protezione. Si veda A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, 874; CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 707. Per il Nicolussi, il risarcimento si determina sempre alla stregua della prestazione professionale (interesse positivo); per il Castronovo « un diritto di credito alla protezione significa precisamente trasformare un puro obbligo (di protezione) in una pretesa ». Nel duello, inclineremmo per la seconda: v. *infra*, § 21.

(74) CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 883.

(75) V. *infra*, § 16.

(69) Ci permettiamo di rinviare a M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, Giuffrè, 2000, 173 ss.; Id., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, spec. 454 ss.

(70) Per questa nozione, v. *infra*, § 16.

(71) Si veda ORLANDI, *Pactum*, cit., 158 ss.; Id., *La categoria*, cit., 474 ss.

Responsabilità precontrattuale

l'obbligazione forte o piena, con *interesse positivo interno*, garantito patrimonialmente ex art. 2740, 2901 ss. c.c. l'obbligazione debole o ridotta, con *interesse negativo esterno*, non garantito patrimonialmente e suscettibile di solo danno risarcibile. L'obbligazione forte esibisce una rilevanza prima e a prescindere dal danno, (anche) attraverso le azioni patrimoniali (2740, 2901 ss. c.c.); l'obbligazione debole si risolverebbe in fattispecie di danno risarcibile. Prima del danno, nulla.

L'obbligazione senza prestazione finisce per restringersi allora a mera *condizione di risarcibilità*; ossia a criterio che renda nell'empirico rapporto di reciproca "contemplazione" rilevanti interessi "altri". Sotto questa luce, l'art. 1337 c.c. parrebbe un modo di giuridificazione di interessi negativi; una fattispecie di danno risarcibile. Codesta « obbligazione debole » si mostra problematicamente vicina alla fattispecie di danno ingiusto. Escluso l'interesse positivo contrattuale, non rimane che la *chance* frustrata dalla mala fede: *chance*, per definizione esterna al rapporto e perciò non garantita *in vinculo*.

Della obbligazione sopravvive allora la qualifica modale di obbligo. Un comportamento riceve il predicato di doverosità verso Tizio. La obbligazione si riduce a mero dover essere; il quale perde gli effetti propri della garanzia prestazionale. La grave perplessità è a questo punto in ciò: se il puro « essere tenuti a » conservi un senso alla luce della nozione di rilevanza normativa da noi adottata; se, più profondamente, il predicato modale (di dovere; ma lo stesso potrebbe dirsi per il potere e per qualsiasi altro « modo ») possa sorreggere da sé medesimo la struttura normativa del rapporto obbligatorio; e svolgere la dinamica della rilevanza.

Come vedremo, la predicazione nei modi del dovere e del potere si svela una superfetazione verbale, riassuntiva di uno statuto normativo; ossia di un nucleo costante di effetti. È tempo di approdare a una diversa teoria del danno, che denomineremo « ontica ». Attraverso questa via, analizzeremo lo statuto giuridico dei meri obblighi, tra cui quello di buona fede; tenteremo del pari di risolvere secondo questa direttrice i nodi della disciplina.

Sez. II. — TEORIA ONTICA.

10. *Dal prescrittivo al descrittivo.* — Si suole notare come il linguaggio giuridico appartenga al mondo prescrittivo o de-ontico (del dover essere); contrapposto a ontico (essere; meglio, esi-

stere) (76). È da riflettere invece come il dover essere sia un modo dell'essere; e come l'intera dinamica della giuridicità possa ridursi a un giudizio di conformità tra ipotesi e fatto storico (fattispecie astratta e fattispecie concreta, per dirla con parole consuete).

Il dovere (e così pure il potere, e le relative declinazioni) si converte e risolve in una relazione giuridica di necessità. Rigoroso e chiaro il primo Irti: « il dovere di risarcire il danno — che la norma (art. 2043 c.c.) ricollega all'atto illecito — è una pura entità ideale. Non si disconosce che il dovere implica un soggetto e si riferisce ad un comportamento dovuto: ma altro è il soggetto obbligato; altro il comportamento dovuto; altro, infine, la necessità giuridica che il soggetto tenga il comportamento. L'effetto consiste, per l'appunto, in questa necessità » (77).

La riduzione della norma a giudizio ipotetico implica il passaggio dal comando alla combinazione di fattispecie; dal prescrittivo al descrittivo. La norma descrive un possibile A; all'accadere del quale descrive un possibile B (78).

Applichiamo questa logica al nostro tema. Torna alla mente la critica mengoniana alla sbrigativa soluzione della vecchia giurisprudenza, intorno alla natura della responsabilità precontrattuale; la quale liquidava l'art. 1337 come semplice

(76) Il conio di « ontico » è generalmente ascripto a M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*⁸, trad. it. a cura di P. CHIODI, rivista da F. VOLPI, Milano, Longanesi, 2015, spec. 24-27, come riferito alla categoria dell'esistere, distinta da quella dell'essere. Nella nostra modesta economia, « ontico » vorrebbe contrapporsi a « deontico »: ciò che riguarda gli enti (fatti e cose) come fenomeni, suscettibili di indicazione e descrizione.

(77) N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 55 ss., ora in *Id.*, *Norme e fatti*, Milano, Giuffrè, 1984 (dove le citazioni), 37 (enfasi originaria). Sotto questa luce, suscita qualche perplessità la priorità logica dell'obbligo, teorizzata dallo stesso IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, Cedam, 1990, 23 ss., 25, 35; egli costruisce il diritto soggettivo come « posizione di *destinarietà* »; la quale « a rigore, è soltanto il riflesso secondario ed eventuale dell'obbligo altrui » (enfasi originaria). « Necessità » e « dovere » appaiono tuttavia categorie incompatibili.

(78) Accogliamo qui la nozione irtiana (dalle radici kelseniane; e prima ancora kantiane) di norma come « giudizio ipotetico »; *melius* « nesso di giudizi », così schematizzabile: « se A, allora B ». Se accade un *fatto* riconducibile al modello ipotetico (se A), allora si applica l'effetto B; ossia entra in vigore la fattispecie B. Includibile lo studio di IRTI, *Rilevanza*, cit., spec. 19-23, e in particolare nt. 73 anche per riferimenti bibliografici.

Appena da notare come B sia a sua volta una fattispecie: paradigma applicabile a Tizio. Sicché la norma si rivela nesso causale (di dipendenza) tra fattispecie. In termini logici, si direbbe una « funzione di esistenza »: la esistenza di B (termine dipendente) consegue dall'esistenza di A (termine indipendente).

declinazione del torto nella trattativa. Il Mengoni reagisce tra il sorpreso e lo stizzito: e non si capacita di come si possa sorvolare la essenziale diversità tra rapporto precontrattuale di buona fede, fonte di obblighi reciproci di protezione; e nulla aquiliano. Quando si dice che l'art. 1337 c.c. si limita a declinare il generale dovere del *neminem laedere* nell'area della trattativa, si cade in una fallacia logico-dogmatica. Il cosiddetto dovere generale di *neminem laedere* « si risolve in una indicazione breviloqua di una serie indefinita di doveri specifici, a noi derivanti dai fatti costitutivi di situazioni giuridiche assolute a favore di altri » (79).

Troviamo consonanti intorno a questa, che denomineremmo logica del potere, il Mengoni e il Maiorca (80). La dinamica del torto muove per entrambi dalla preventiva posizione della sfera giuridica, come luogo della signoria; appunto di un potere, opponibile *erga omnes*. Al torto non interessa declinare obblighi, ma lesioni; non doveri verso qualcuno, che attenda il correlativo adempimento; ma meri fatti imputabili, serie causali empiriche, suscettibili di colpire codesta « sfera di potere ».

Il torto (v. RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE - DIRITTO VIGENTE) è così ragionato attraverso la logica del diritto assoluto, inteso quale *ius excludendi alios* dalla signoria sul bene (81). Sicché il

(79) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 269. Il Mengoni (*ivi*, 281) sembra rimproverare anche al BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 83, di non cogliere la strutturale distanza tra le discipline, riducendo il problema a una questione di gusto. A dire il vero lo stesso BETTI, *ivi*, III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1954, 117, parrebbe poi pensarla come Mengoni. Si legge: « La moderna civiltà di massa, infatti, col ritmo febbrile impresso al traffico e alla vita sociale, importa anche che talvolta si costituiscano rapporti obbligatori di natura contrattuale senza avere a base valido contratto corrispondente, ma solo in virtù di un contegno che, secondo la sua tipica conclusione sociale, spiega effetti vincolanti al pari di un negozio giuridico. Tali "rapporti contrattuali di fatto" possono sorgere da diverse specie di situazioni:

a) in ragione di un *contatto sociale fra le sfere d'interessi* di due consociati, come, ad esempio, nelle trattative che si conducono (art. 1337) per la conclusione di un contratto » (enfasi aggiunta).

(80) V. le importanti pagine di C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1990, 4 ss. Per originali ed acuti approfondimenti intorno alle pagine del Maiorca, condotti fino a teorizzare il credito come « forma di appartenenza », v. ora V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, Jovene, 2020, spec. 68-73.

(81) Nella logica del MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952 (156-186; prolusione al corso di diritto civile, detta nell'Università di Trieste il 14 dicembre 1951), ora in *Id.*, *Scritti*, II, cit., 93 nt. 102, la differenza tra dovere generale di *neminem laedere* e rapporto obbligatorio è nella

neminem laedere è un modo dire, che nasconde nello stilema del dovere un mero fatto lesivo. Il fatto illecito sfugge sul piano dogmatico alla forma del dovere e alla tensione d'una volontà obbediente; manca per definizione un creditore al quale rispondere del proprio comportamento, prima che esso generi un danno. Si direbbe che la distanza logica tra fatto illecito e inadempimento sia la stessa che rende irriducibili i mondi dell'essere e del dover essere: il danno è un fatto; reso giuridico dalla norma, che eleva l'interesse leso al piano del diritto.

Proprio seguendo questa logica, diremmo che entrambe le categorie del dovere e del potere finiscono in certo senso per svelarsi modi di dire; metafore. In altre sedi ci è capitato di ragionare sul carattere obliquo del concetto di dovere (82); lo stesso può dirsi per la speculare categoria del potere. Dovere e potere si rivelano ellissi, riassuntive del calcolo giuridico fondato sul prendere vigore di una fattispecie, destinata al giudizio conformativo intorno alla futura condotta di Tizio; e così suscettibile di distinguere comportamenti conformi e difforni. Conversione analitica di doveri e poteri, depurati da ombre psicologiche o moralistiche.

Il giudizio mette capo alla categoria della *necessità*: necessità che al verificarsi della protasi entri in vigore l'apodosi; ossia si applichi il modello di condotta previsto (83). Tutta la dinamica giuridica si lascia ragionare come nesso condizionale o di causalità (un *se/allora*) giuridica tra fattispecie (84).

Sul piano analitico il *dovere* si svela un *modo dell'essere* (*melius*: del possibile); e segnatamente esprime il darsi vigore — ossia applicarsi a Tizio — di un nuovo modello, foriero di un nuovo giudizio ipotetico, in un *progressus ad infinitum*. Il concetto di rilevanza (85) nasconde una verità semplice e profonda: *non darsi giudizi se non conformativi*, ossia comparazioni tra modello di condotta (descritto od offerto dalla fonte) e con-

coppia logica mediato - immediato; corrispondente all'altra, relativo - assoluto. C'è da dire che Mengoni scriveva quando ancora in letteratura l'ingiustizia del danno era generalmente ristretta alle situazioni assolute.

(82) V., da ultimo, M. ORLANDI, *Del significare*, Torino, Giappichelli, 2020, 26-29.

(83) G. CALOGERO, *Lezioni di filosofia*, II, *Etica. Giuridica. Politica*, Torino, Einaudi, 1946, 264: « la norma ha sempre una protasi e un'apodosi ». La protasi sta nella supposizione di un illecito; l'apodosi, nella previsione di un « effetto ».

(84) Essenziale l'analisi dell'IRTI, *Rilevanza*, cit., 45 ss.

(85) V. *infra*, § 17.

dotta effettiva del titolare (86). «Diritto/obbligo»; «potere/dovere» rinviano a schemi, ricavabili dalla o dalle fonti materiali (87) applicabili.

Così la formula *neminem laedere* convoca un complesso iter di giudizi ipotetici. «Qualunque fatto doloso o colposo [...] obbliga [...] a risarcire il danno» si traduce analiticamente in: «se Tizio tenendo la condotta X lederà l'interesse Y, allora entrerà in vigore lo schema: “pagare una somma pari all'equivalente monetario della lesione”». Che Tizio sia tenuto a pagare la somma Y significa che la condotta futura di Tizio sarà giudicata come conforme o difforme rispetto al modello «pagare y». E cosa succederebbe nel caso in cui Tizio tenesse una condotta difforme? Entrerà in vigore un altro «schema z». Ossia: «Se tizio non pagherà y allora modello z: “pagare una somma ulteriore”». In una catena di giudizi ipotetici senza limite; infinita combinazione di fattispecie.

È la traduzione analitica del linguaggio sanzionatorio, il quale minaccia un male e induce a evitare condotte. Il «prescrittivo» implica questo bilancio di convenienza da parte dei destinatari, applicando la comune esperienza della paura di un male credibile ed evitabile. La prescrizione normativa si lascia per questa via ridurre alla descrizione di possibili. E si rende così propriamente verificabile, ossia predicabile di verità o di falsità.

Che fine fa il prescrittivo, ossia il linguaggio che prescrive comportamenti? È tutto e solo qui dentro: nella combinazione concettualmente illimitata tra protasi (ciò che sta prima: fattispecie) e apodosi (ciò che sta dopo: effetto) descrittive. Che fine fanno il comando, l'obbedienza, il male della sanzione? Sono la traduzione volontaristica del calcolo ipotetico «se/allora». A rigore dovremmo ammettere che quello giuridico è linguaggio non già deontico, bensì «ontico», ossia descrittivo di schemi, posti a paradigma delle condotte umane. «Obbligo di fare X» si traduce sotto questa luce nel confronto tra modello e fatto; diritto e obbligo si risolvono a modelli di condotta, descritti dalla o dalle fonti applicabili (88).

La categoria del dovere si lascia per questa via risolvere in descrizione di possibili.

11. (Segue): *tecniche di posizione della fattispecie*. — Ogni fatto ci appare necessariamente nella forma della fattispecie; anche in difetto di un testo che la descriva. La *idea del fatto* è

(86) Si tratta, più precisamente, della rilevanza tautologica: v. *infra*, § 17.

(87) V. *infra*, § 12.

(88) V. *infra*, § 12.

logicamente inevitabile (89). Il fatto *esistente*, si direbbe sotto questa luce, è già un universale; ossia è dal pensiero sottratto alla propria indicibile e brutale datità. Il dato, cui si riferisce ogni giudizio di esistenza, e così pure il giudizio giuridico, appartiene a una realtà in sé chiusa. Ciascun dato è inserito nel proprio ordine, e sottoposto a proprie leggi di formazione. La natura e la storia non entrano nel pensiero con integra e immanente energia; e così non raggiungono la *mens* giuridica con tutto il proprio carico materiale (90). «Dire che “il fatto A è x” equivale a dire che il fatto A è scelto secondo il criterio x. Sul piano logico, scelta e predicazione coincidono, poiché *scegliere un fatto è, al tempo stesso, pensarlo e giudicarlo*» (91). Fatto giuridico non è dunque fatto naturale o storico. Prima della propria schematizzazione e concettualizzazione (92), il fatto materiale appare estraneo al piano della giuridicità; e della stessa pensabilità (93).

Si possono isolare tre gradi di astrazione; che è dato di racchiudere — con l'approssimazione del breviloquio — in una formula sintetica: le «tre fattispecie». La fattispecie «astratta», in genere ricavabile dalla disposizione di legge (e testi omologhi), che descrive una classe di fatti possibili; la fattispecie «concreta», ricavabile (in genere) per via ermeneutica, ossia per concludenza (94), che

(89) Le fattispecie, di cui ci serviamo per attribuire significato giuridico agli eventi naturali o storici, si lasciano paragonare agli schemi trascendentali della filosofia kantiana, ossia a concetti che contengono «l'unità sintetica pura del molteplice in generale» (I. KANT, *Critica della ragion pura, Analitica trascendentale*, lb. II, 1). Si veda N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2020, 19 nt. 12.

(90) Sempre prezioso lo studio di IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., 30: «Il dato esterno non viene assunto sul piano giuridico: vi è soltanto omogeneità tra la rappresentazione di un esistente e la rappresentazione di un eventuale. Il termine “assunzione” — comune alla dottrina — è semplicemente una metafora di indole naturalistica».

(91) IRTI, *Rilevanza*, cit., 45 (enfasi aggiunta).

(92) Secondo B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*⁸, Bari, Laterza, 1958, 184, «senza l'elemento logico non è possibile affermare nemmeno che il più piccolo, il più volgare caso, pertinente alla nostra vita individuale e quotidiana, è *accaduto*» (enfasi originaria).

(93) «Se si vuol parlare in genere della realtà, — nota H. VAHNINGER, *Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig, Meiner, 1922, trad. it. di F. VOLTAGGIO, *La filosofia del come se (sistema delle finzioni scientifiche, etico-pratiche e religiose del genere umano)*, Roma, Ubaldini, 1967, 82 — la si deve indicare con una categoria, altrimenti non solo è impensabile, ma è addirittura anche inesprimibile».

(94) Può essere utile un esempio. Muoviamo dal «fatto colposo» dell'art. 2043 c.c. La formula «fatto colposo»

indica il particolare schema o paradigma, applicabile nella congiuntura storica; il « caso », ossia il fatto materiale pensato in riguardo di conformità o difformità alla fattispecie concreta.

Come si passa dalla materialità del fatto storico all'immaterialità della fattispecie? Il lettore subito storcerà il naso per la « fattispecie concreta », elevata nella categoria del concetto; e soprattutto per quel « caso », incluso persino esso nella logica della fattispecie e così espunto dalla fisicità degli accadimenti.

Il nesso che intercede fra le tre fattispecie — fattispecie astratta, fattispecie concreta, caso — ha indole meramente logica. Il pensiero riduce il fatto a « caso particolare »; e così lo schema del fatto esistente si rivela adeguato, ossia conforme allo schema del fatto eventuale.

Specularmente, dalla fattispecie astratta si volge per gradi di approssimazione verso il caso; un avvicinarsi, nella progressiva definizione dello schema logico applicabile allo spazio-tempo rilevante (95). Perdendo la propria empirica concretezza e individualità, ossia i connotati che lo rendono singolare, irripetibile, irrelato e irriducibile, l'esistente si semplifica a « caso » del possibile; il nesso che congiunge l'uno all'altro è legame logico di particolare a generale; ossia di concetto a concetto (96).

esprime una astratta classe di possibili. Le circostanze storiche, ossia l'accadere nel tempo X e nel luogo Y, potranno esibire (secondo un processo logico che chiamiamo « conclusione »: v. *infra*, § successivo) una connotazione concreta; che diventerà — esemplificheremo — uno schema particolare, adeguato alla congiuntura: non superare una certa velocità; adottare determinate misure; e così via. È rispetto a questo schema concreto che valuteremo la condotta di Tizio: diremo colposa la condotta difforme dallo schema concreto; non colposa, quella conforme. Uno scendere dal generale al particolare.

Non sembra che la tecnica semantica o ermeneutica di significazione (v. *infra*, § successivo) incida sul grado di astrazione; il quale appare governato dal principio di *proximità al fatto storico*, connotato dall'*bic et nunc*.

(95) Sono da richiamare su questa linea gli studi di G. FREGE, *Senso e significato* (1892), trad. it. di L. GEYMONAT e C. MANGIONE, in *Id.*, *Logica e aritmetica*, Torino, Boringhieri, 1965, 374-404, intorno alla cosiddetta logica referenziale. La fattispecie astratta si risolve nel significato estensionale (o estensione), la quale denota la classe degli individui indicati dal termine; la fattispecie concreta connota gli individui della classe attraverso proprietà congiunturali e particolari. Da leggere le considerazioni di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, n. 4, § 5, nt. 63 e testo corrispondente.

(96) « Per il giudice giurista — avverte con speculativa potenza lo HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*³, trad. it. di V. CICERO, Milano, Bompiani, 2016, § 226, 385 — in quanto organo della legge, il caso deve essere stato preparato per la possibilità della sussunzione, vale a dire: il caso deve

Il problema diventa allora di studiare le *tecniche di posizione* della fattispecie; processi, con cui il pensiero costruisce l'idea; forma logica del fatto.

Le tecniche di posizione della fattispecie si risolvono in *modi della significazione*. Il significare implica una *relazione tra due termini*: il termine *significante*, ossia il dato materialmente percepibile all'osservazione; il termine *significato*, ossia il concetto associato al primo. Qui interessa notare come la intelligenza delle cose, senso che l'uomo è capace di attribuire a fatti o a fenomeni della realtà materiale, si vale di due criteri fondamentali. Da un lato il nesso causale, con cui spieghiamo il divenire; d'altro lato, il linguaggio.

12. (Segue): *posizione semantica e posizione ermeneutica della fattispecie*. — Si può ordinare la dinamica della significazione in due fasi:

fase ermeneutica, volta alla rappresentazione causale del divenire (97);

fase semantica, volta alla costruzione di codici di significazione: ordine formale di corrispondenza tra segno e concetto. Da un lato l'ermeneutica, pre- ed a-linguistica; d'altro lato il linguaggio, quale forma codificata. La *ratio* ermeneutica si vale della conclusione; la *ratio* semantica, della codificazione.

essere stato estratto dai suoi *caratteri empirico-fenomenici ed elevato a fatto riconosciuto e a qualificazione universale* » (enfasi aggiunta).

Comprendere implica astrarre; progredire dall'individuale all'universale: *in unum vertere*. « Senza l'astrazione — avverte M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, Roma, Athenaeum, 1928, 72 ss. — il mondo umano sarebbe un universo di infinite monadi [...] »; « [...] il diritto non conosce che norme; e i fatti, per divenire intellegibili e superabili devono dissoggettivarsi, cioè rendersi norme ». Il « 'dissoggettivarsi' — nota in profondità IRTI, *Riconscersi nella parola*, cit., 42 — si compie nell'*astrazione*', nel trarsi fuori dalle particolarità, nel *liberarsi* del peso di ciò che è rifiutato dalla forma » (enfasi originaria).

(97) Ad essere più precisi, l'ermeneutica, ossia la forza trascendentale che suscita oggetti ideali nella mente degli uomini, si vale di congetture; ed elabora così una conoscenza del verosimile (v. *infra*, nt. 118). Analiticamente, l'ermeneutica della conclusione svolge la relazione causale in due modi. Da un lato, quella che con il Mengoni si direbbe causalità in senso stretto o etiologica; qui la relazione è tra fatto e fatto, e isola coppie di fatti in nesso di dipendenza il secondo dal primo; dall'altro, la causalità teleologica, che esprime il nesso di mezzo a fine. La causa etiologica è diretta e immediata (proprio le parole dell'art. 1223 c.c.); la causa teleologica è indiretta e mediata, sicché potrebbero concepirsi diverse filiere di atti, razionalmente destinati al medesimo scopo ultimo o causa finale. Cfr. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., 71. Sotto questa luce, la rappresentazione dei fatti, quale ricostruzione razionale di ciò che accade o che ci appare, si dimostra in primo luogo un esito ermeneutico, ossia una costruzione ideale tratta per *conclusione razionale*.

Ogni (mero) segno, quale empirica alterazione del reale, è impenetrabile. Esso è in grado di suscitare nel percipiente una idea secondo una duplice modalità.

In primo luogo, attraverso l'applicazione di un criterio di concludenza, sicché la posizione contingente del fatto, l'essere esso avvenuto in determinate circostanze di tempo e di spazio, lasci inferire *ex post* un qualche senso (98). Ad esempio: vedo Tizio che lascia una moneta e prende un giornale. Il fatto è ricostruito come scambio, giacché traggio dall'accadere in determinate circostanze di tempo e di luogo un concetto di senso.

In secondo luogo, con l'applicazione di un codice linguistico, che consenta di de-codificare i segni percepiti e di isolarne il significato artificialmente prestabilito. La parola è qui un dato (appunto, un segno) percepibile, al quale è convenzionalmente associato l'enunciato del concetto.

Emerge la nozione di *codice*: essa designa una stipulazione (espressa o consuetudinaria) sul significato dei segni (99). Il codice è una legge di corrispondenza o dipendenza, pensabile secondo lo schema logico del "se/allora" ("if/then"). La comunità linguistica dei dialoganti istituisce la legge del segno e così codifica la *disciplina formale del segnare* (100). Sul piano giuridico, queste categorie giustificano l'istituzionale dicotomia dichiarazione espressa - fatto concludente.

La dichiarazione si vale di *simboli*, che esprimono significati secondo un codice linguistico. Diremo qui che il *significato preesiste al simbolo*.

Il fatto concludente si vale di *segni* (101), che lasciano inferire per illazione un senso dalle circostanze, secondo una concludenza ermeneutica e non attraverso un codice linguistico. Diremo qui che il *significato non preesiste al segno*.

Come sopra vedemmo (102), uno dei classici problemi suscitati dal sintagma « buona fede » è il passaggio dalla vaghezza alla fattispecie concreta, applicabile alla trattativa. Passaggio, che per i fautori della norma primaria (103) è ermeneutico;

(98) Cfr. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 10 ss. V. anche GENTILI, *Senso e consenso*, I, cit., 190 ss.

(99) Si tratta di fenomeni ampiamente studiati sul piano linguistico. Per tutti cfr. R. SIMONE, *Fondamenti di linguistica²*, Roma-Bari, Laterza, 1992, 31 ss.

(100) « La lingua come forma è forma del parlante e di chi ascolta, cioè di due soggetti della comunicazione »: T. DE MAURO, *La forma linguistica*, Milano, Rizzoli, 1972, 74.

(101) Meri segni; non simboli. Il segno non è codificato; il simbolo è un segno codificato. Per questi svolgimenti v. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., 105 ss.

(102) *Supra*, § 4 e 5.

(103) V. *supra*, § 4.

per i fautori della norma secondaria (104), semantico.

Se questa è la direzione del cammino, allora siamo alla ricerca di tecniche di posizione della fattispecie. Cerchiamo l'esito di un interpretare, di un processo con cui la *mens* definisca la classe dei fatti possibili, ossia la fattispecie astratta; il tipo applicabile, ossia la fattispecie concreta; e il caso, sussumibile entro di essa. Per il giurista non tanto è vero che i significati debbano estrarsi esclusivamente per via simbolica (codificazione-decodificazione); quanto piuttosto che sia necessario costruire un *ordine giuridico dei significanti*, delle fonti materiali capaci di restituire il significato; e così le fattispecie, applicabili al caso.

E dunque avremo — nella semplificazione di queste pagine — da un lato il testo simbolico e il correlativo plesso dei significati espressi; dall'altro, il contesto situazionale (105) con il corrispondente novero dei sensi inespressi. La relazione tra tali fonti materiali suscita appunto il problema della disciplina e dell'ordine di priorità. La decodificazione e interpretazione testuali e co-testuali della fonte materiale precedono contesto e circostanze, perché i generatori della fonte (legislatore, in senso stretto; giudice; parti del contratto) hanno affidato il senso all'espressione simbolica.

La disposizione espressa, intesa qui come fonte scritta (semiotica) che reca la descrizione della fattispecie, precede sul piano logico qualsiasi altra tecnica di posizione, perché è dotata di un enunciato intrinsecamente significante. Lo scrivere e il parlare fondano la propria oggettivante potenza sulla *legalità della lingua* (la legge del codice) (106). Diremo più in generale che qualunque enunciato (e così anche la sentenza che rechi un precedente) appare antecedere la fase ermeneutica

(104) V. *supra*, § 5.

(105) IRTI, *Testo e contesto*, cit., 23 ss.

(106) « La legalità linguistica — spiega IRTI, *Riconoscersi*, cit., 22 — designa l'essenza propria del formalismo assoluto, cioè di una teoria che risolve il diritto in artificiale posizione di forme, e le forme in schemi espressivi di azioni » (enfasi originaria). Questo raccogliersi nella forma linguistica è, per mutare le parole di E. SEVERINO, *Legge e caso* (1979), 4^a ed., Milano, Adelphi, 1993, 18, « appunto λόγος, legere, lex ». In tal senso, quello linguistico può ergersi a principio primo (o primario) del giuridico. « La scienza giuridica — avverte L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), in Id., *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, 47 — è essenzialmente una scienza ermeneutica come tale dominata dal primato del testo ». V. ora M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in questa *Enciclopedia*, Annali, IX, 2016, 434 ss. Per approfondimenti ORLANDI, *Del significare*, cit., 19-23; Id., *Torto e tipo*, in *Jus*, 2020, 2-3, 188 ss.; Id., *La circolazione dei significati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, n. 3, 584 ss., 595, 599.

della concluzione. Queste precisazioni portano — se mal non ragioniamo — a precisare i termini del problema secondo la logica binaria del significare; e l'ordine di precedenza tra fasi semantica ed ermeneutica (107).

Tutte le disposizioni parrebbero per propria natura destinate al rinvio. Poiché tutti i significati giuridici devono estrarsi prioritariamente per via semantica; e per sistematica co-testuale, secondo il metodo tratteggiato dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile. Sulla stessa linea, la fase ermeneutica parrebbe immancabile (sempre?) nel passaggio dalla fattispecie astratta alla fattispecie concreta, poiché le circostanze lasciano affinare per concluzione il tipo applicabile; ad esempio: quale modello di comportamento possa considerarsi appropriato alle condizioni di tempo e di luogo; e così quale paradigma di diligenza applicare a Tizio.

13. *Ermeneutica dell'obbligo precontrattuale.* — L'obbligo si risolve in fattispecie di comportamento.

Secondo la terminologia hariana, esso è connotato da un neustico, ossia da un predicato di dovere; e da un frastico, ossia dalla descrizione di un modello di condotta (fare, non fare, dare; e così via) (108). Essenziale alla rilevanza giuridica è la seconda componente, frastica o descrittiva; giacché essa sola rende possibile il giudizio conformativo, attraverso cui l'osservatore è posto in grado di stabilire se la condotta effettiva di Tizio sia conforme al o difforme dal modello; e così di stabilire se Tizio abbia o non abbia « violato l'obbligo ».

Tutto il diritto è attraversato e anzi costituito dalla necessità del *giudizio*. Il diritto è una tecnica di posizione dei termini, entro cui svolgere il sillogismo applicativo (109). Nella logica dell'art. 1337 c.c. siamo alla ricerca della fattispecie « condotta di mala fede » al « verificarsi » della quale si costituisce l'obbligazione risarcitoria.

(107) Il sintagma « clausola generale » parrebbe evocare lo spazio residuale rispetto ai significati intrinseci degli enunciati espressi. La clausola generale occuperà tutto lo spazio lasciato aperto dalla semantica delle fattispecie, offerte dalle fonti linguistiche applicabili. La concluzione ermeneutica si riduce allora a connotazione circostanziale, ossia a tecnica di posizione ermeneutica della fattispecie concreta; verso il giudizio di conformità/difformità del caso, con i propri connotati congiunturali di tempo e di luogo.

(108) L'imperativo: « Chiudi la porta! » e l'indicativo: « Tizio chiude la porta » condividono il medesimo frastico « chiudere la porta ». Cfr. R.M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford, 1952, trad. it. *Il linguaggio della morale*, a cura di M. BORIONI, Roma, Ubaldini, 1968, 18 ss.

(109) Per tutti, ovviamente IRTI, *Rilevanza*, cit., spec. 42 ss.

Notiamo come la necessità del giudizio conformativo implichi la correlativa necessità della fattispecie concreta, ossia di un grado di prossimità tale da rendere possibile il confronto fatto esistente/fattispecie. « Obbligo di buona fede » si rivela una espressione spuria, siccome incompleta: essa esige un processo di specificazione, con il passare dal *genus* « buona fede » alla *species* « comportamento X ». Questo è il senso di buona fede come « clausola generale »: uno stadio preliminare e orientativo del conoscere, il quale reclama il ricorso a mezzi di specificazione capaci di determinare la fattispecie concreta applicabile alla congiuntura storica (110). Allo sguardo analitico, la buona fede finisce per ridursi a clausola di rinvio, ossia a concetto preliminare e insufficiente; il quale convoca altre fonti materiali (significanti) (111), attraverso cui fondare la posizione della fattispecie concreta.

Esemplificando. Iniziata la trattativa per la formazione del contratto, le circostanze (i fatti e le cose intorno) potrebbero lasciar evincere la esigenza di una determinata informazione: se ad esempio sia stata presentata una « domanda di sanatoria urbanistica » con riguardo al bene di cui si tratta la vendita (ognuno formuli esempi adeguati).

Notiamo come, nella logica ontica, la formula spuria « obbligo di buona fede » si converta in fattispecie concreta; nell'esempio, offrire l'informazione X. Ora la concettualizzazione, e così pure la posizione del concetto che denominiamo fattispecie, si svolge in due modi: ermeneuticamente, attraverso concluzione causale; semanticamente, mercé decodificazione di parole. E poiché la fase semantica prevale logicamente su quella ermeneutica (112), il rinvio sarà soddisfatto primariamente attraverso le parole delle disposizioni collegate; secondariamente, attraverso la concluzione delle circostanze. Pensiamo ancora al rapporto tra gli art. 1337 e 1338 c.c.: nel secondo, il *genus* buona fede è specificato nella *species* « dare notizia della causa di invalidità ». La quale potrà ulteriormente precisarsi in (eventuali) altre norme applicabili e secondo le circostanze, fino a giungere alla posizione della « fattispecie concreta del caso ». Ossia

(110) Cfr. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 29 ss.

(111) L'intelligenza del fenomeno sembra apprezzarsi appieno soltanto attraverso la dinamica del significare. Nella quale è dato distinguere due figure: fonte *materiale*, entro la categoria dei significanti, ossia dei modi percettivi da cui ricavare significati giuridicamente rilevanti; fonte *immateriale*, entro la categoria dei significati, ossia delle fattispecie applicabili. Cfr. ORLANDI, *Del significare*, cit., 7 ss.

(112) V. *supra*, § 13.

al paradigma, con cui giudicare conforme o difforme il concreto comportamento di Tizio.

14. (Segue): *obbligo e torto*. — Occorre soffermarsi sulle parole « obbligo » e « interesse ». Senza prestazione, « obbligo » designa una semplice fattispecie di condotta; specularmente, senza garanzia patrimoniale « credito » si riduce a mera attesa. Cerchiamo dunque di vagliare il concetto giuridico di interesse.

Inter-esse è una nota empirica e pre-giuridica. Una relazione tra soggetto e oggetto la quale sta nel mezzo (*inter*) tra l'uno e l'altro. L'interesse è figura si direbbe del notorio, giacché ciascuno di noi sperimenta interessi, e così tensioni verso altro-da-sé. Come ogni fenomeno, anche l'interesse è sollevato alla *mens* giuridica attraverso lo schema che lo rende rilevante; e rilevante normativamente, ossia come causa di un effetto giuridico.

Se ben ragioniamo, altro è l'interesse alla prestazione primaria, ossia l'interesse rilevante nel rapporto obbligatorio; altro, l'interesse suscettibile di danno aquiliano. Sulla diversità ontologica tra i due interessi parrebbe fondarsi la distinzione tra i concetti di obbligo e obbligazione; che sembra corrispondere a quella tra torto e inadempimento (113).

L'interesse dedotto in obbligazione, e rilevante al cospetto degli art. 1218 e 2740 del codice, ha carattere *positivo*; ossia *porta* nella sfera del creditore una *utilitas* aggiuntiva, garantita dall'equivalente patrimoniale. L'interesse protetto dall'art. 2043 c.c. ha carattere *negativo*, ossia *ri-porta* nella sfera del danneggiato quella porzione, ingiustamente sottratta (114).

Che significa *ingiustamente*? Non possiamo qui

(113) F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 743 ss., spec. 744, sembra intuire (*more solito*) prima di ogni altro l'*unum* tra « torto » e « obbligo »: « colpa senza preesistenza di un obbligo speciale non esiste, non può esistere! [...] primo elemento del fatto illecito è la contraddizione allo *ius*, cioè la violazione di una norma giuridica, cioè la violazione di un obbligo imposto da quella norma »; ancora: « un obbligo preesiste per la colpa contrattuale come per la colpa aquiliana; la *culpa* [...] non è che la violazione di quell'obbligo ». Per il compiuto svolgimento di tale intuizione entro la dinamica della rilevanza normativa dovremo poi attendere gli studi di A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, 27 ss.; e di F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1955, 90 ss. V. *infra*, § 17.

(114) La « relatività » dell'obbligarsi, ossia il vincolo formale di Tizio verso Caio, esprime uno statuto della circolazione patrimoniale e non un semplice « dover conservare »: essa « sta a significare — nota nettamente M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, Utet, 2011, 98 — che un risultato incrementativo del proprio patrimonio non si può pretendere che da chi si sia obbligato

ripercorrere l'annoso dibattito. Sicché ci collocheremo sulla scia della cosiddetta « teoria obiettiva », secondo cui l'ingiustizia è una nota del danno, e non del fatto (dannoso) (115). Ingiusto postula la fissazione preliminare (un prima logico e giuridico) dell'interesse rilevante; per dirla nel linguaggio della tradizione, della situazione attiva riconosciuta dal diritto, e così suscettibile di lesione risarcibile (116).

Come tutte le altre anche questa è ricerca della norma, che renda giuridicamente rilevante l'interesse. È ricerca di un « se/allora »: *se* è empiricamente vulnerato l'interesse *x* (ad esempio, la probabilità pari al 55 per cento di ottenere il risultato *x*: cosiddetta *chance*) *allora* si costituisce una obbligazione pecuniaria con prestazione pari all'equivalente monetario della perdita. La logica del torto va alla ricerca della fattispecie di danno ingiusto; e ingiusto è il danno a un interesse giuridico e non meramente empirico. E come si stabilisce la giuridicità dell'interesse, e così la sua astratta danneggiabilità?

Non esiste un formulario degli interessi danneggiabili. Si svolge la sistematica *co*-testuale e l'ermeneutica *con*-testuale; all'esito delle quali si giungerà a dimostrare la rilevanza dell'interesse e la giuridica concepibilità di un correlativo danno risarcibile.

Nella logica analitica l'interesse diviene rilevante entro il ciclo della causalità giuridica; cioè nel generare una obbligazione risarcitoria (117). Che l'obbligo sia concepibile solo nel rapporto bilaterale affidante implica per necessità fissazione di una fattispecie mercè le circostanze; relazioni di fatto che — in ragione della ermeneutica congiunturale o (se si vuole) di una clausola generale di buona fede — esibiscono la rilevanza dell'interesse negativo a non perdere (ad esempio) una *chance*. L'« obbligo di protezione » si converte analiticamente in una mera fattispecie di danno; ingiusto, ossia risarcibile.

15. *Ingiustizia del danno precontrattuale*. — Parrebbe che l'ermeneutica dell'ingiustizia (118) si

a procurarlo (o dal soggetto a carico del quale sia espressamente posto dalla legge) ».

(115) Per tutti CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., spec. 129 ss. Per una ricostruzione storiografica del problema v. pure A. BELVEDERE, *Fatto e danno*, in *Le parole del diritto*, II, cit., 793 ss.

(116) Seguiamo qui l'insegnamento del CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 101.

(117) V. *infra*, § 17.

(118) È curioso notare come, con riguardo all'ermeneutica della giustizia (la quale — si direbbe — non può che

dimostri compatibile con la logica dell'art. 2043 c.c. e non ne imponga una lettura riduttiva, che escluda le « relazioni pericolose » (*massime*, la relazione precontrattuale) dal novero dei fatti colposi o dolosi capaci di cagionare un danno ingiusto. Si va alla ricerca di una combinazione semantica ed ermeneutica, che restituisca all'interprete la fattispecie concreta dell'illecito, quale fonte dell'obbligazione risarcitoria.

Che l'interesse alla *chance* (o come si voglia chiamare codesta possibilità frustrabile) possa vantarsi solo rispetto ad alcuni, e non *erga omnes*, appare una nota materiale del fatto, dalla quale trarre la fattispecie concreta applicabile. La parola « obbligo » e così pure qualsiasi predicato di dovere o di potere, sempre finisce per tradursi in una fattispecie, entro la struttura logica di un giudizio ipotetico (119). Il *proprium* dell'art. 2043 c.c. parrebbe darsi, non nella relatività materiale delle parti, o nella postulazione di un diritto assoluto opponibile *erga omnes* (120); quanto piuttosto

includere il proprio opposto), l'ultimo MENGONI sia considerato un neo-leibenziano. In *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, 80 nt. 30, il Mengoni propone il criterio della verosimiglianza, attraverso cui cercare « quale tra le possibili soluzioni del caso da decidere, compatibile con la lettera della legge e con la logica complessiva dell'ordinamento, si approssima maggiormente alla giustizia ». Mengoni scrive di « verità provvisoria [...], interinale, sempre soggetta alla dimostrazione del contrario: una verità dunque che ha lo *status* logico della presunzione » (*lc. ult. cit.*).

Su questa linea, egli chiama G.W. VON LEIBNIZ, *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, IV, 4, § 5, in *Id., Philosophische Schriften* a cura di C.I. GERHARDT, V, Berlin, 1882; trad. it. a cura di M. MUGNAI, Roma, Editori Riuniti, 1982, 335 ss., secondo il quale i concetti di valore, intesi come idee intelleggibili che si formano nella mente umana, « hanno i loro archetipi nell'eterna possibilità delle cose » (*ivi*, 350); sicché « l' analogia è la grande regola della probabilità » (*ivi*, 463). Si tratta della cosiddetta « logica dei probabili » (*ivi*, 360 ss.). Appare ben chiara al MENGONI (*lc. ult. cit.*) la gerarchia tra conoscenza del verosimile e conoscenza dell'espresso: la prima tratta per congettura ermeneutica; la seconda (lo dico in parole mie) per decodificazione formale. Sicché a noi pare darsi appunto una soglia di compatibilità tra tecnica ermeneutico-analogica e « lettera della legge ». Tale logica della verosimiglianza parrebbe trovare nel concetto aperto di « danno ingiusto » un campo elettivo di svolgimento.

Da leggere le interessanti notazioni di L. NOGLER, *L'itinerario metodologico di L. Mengoni*, in *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo* a cura di L. NOGLER e A. NICOLUSSI, Padova, Cedam, 2007, 255 ss.; come pure le pagine di A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni e il diritto privato: valori e metodo*, in *Iustitia*, 2006, 131 ss.

(119) V. *supra*, § 10.

(120) V. su questa linea l'approfondita analisi di BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 65 ss., spec. 95; ove si ragiona sulla assimilabilità del « chiunque » aquilano al (pseudo) debitore della protezione; egli richiama sul

nella rilevanza meramente negativa del danno; nella mancanza di una prestazione positiva (121).

Si potrebbe, cedendo al gusto della provocazione, invertire la formula: non dipendere il risarcimento dall'ingiustizia; ma esprimere l'ingiustizia la risarcibilità del danno. Ossia l'esistenza di un complesso di norme che lascino ricavare la fattispecie della lesione e il conseguente effetto risarcitorio (122). Su questa linea, il danno alla sfera dell'affidamento parrebbe ingiusto, in ragione della sistematica normativa e della conclusione delle circostanze, convocate dalle norme applicabili. Il mero « obbligo di protezione » parrebbe svelarsi una ellissi del dovere; modo di esprimere una tecnica di rilevanza del danno ingiusto.

L'apertura dell'ingiustizia a situazioni diverse dalla signoria assoluta e immediata (123); e la necessità logica di uno scrutinio ermeneutico delle circostanze, volta per volta convocate dalle norme applicabili, non sembrano poter escludere dal novero degli indici normativi di ingiustizia congiunture dotate di particolare significato sociale. Sotto questa luce, il trovarsi in una condizione di contatto o di pericolo ben potrebbe generare una rilevanza dell'interesse « alla protezione », suscettibile di danno.

Su questa linea, il concetto giuridico di patrimonio andrebbe approfondito e convertito in quello di sfera giuridica (124). Tale sfera deve forse concepirsi non come somma di diritti *erga omnes*, cedendo all'immagine di un contenitore di oggetti dati; bensì come concetto dinamico e relativo, da costruire convocando le norme applicabili al caso; e fissando nella sistematica semantica ed ermeneutica l'interesse in pericolo e le modalità rilevanti della possibile lesione. La coppia logica « negativo — positivo » parrebbe spiegare la *ratio distinguendi* tra torto e inadempimento; e tra obbligo e obbligazione.

Consideriamo il laboratorio dell'art. 1337 c.c.

tema E. BETTI, *Limiti giuridici della responsabilità aquiliana*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, I, 782.

(121) Leggeremmo in questa direzione anche le pagine di MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., spec. 180. V. anche le successive pagine 205-206, sulla critica dell'affidamento come fonte.

(122) Logica della rilevanza normativa o causale, magistralmente teorizzata da CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 89 ss. V. *infra*, § 17.

(123) Sulla quale v. ora l'analisi del CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 219 ss.

(124) Leggeremmo (anche) sotto questa prospettiva le suggestive e acute pagine di L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione, in Teoria e storia del diritto privato*, XII, 2019, spec. 21 ss., ove egli distingue le due classi: degli interessi protetti, siccome suscettibili di coazione; e degli interessi rilevanti, suscettibili del *minimum* risarcitorio.

Ammettiamo che l'interesse nasca proprio e solo dalla relazione fiduciaria precontrattuale. La *fides* emerge sotto due vesti: come fatto; e come diritto. Come fatto, essa si risolve in un dato materiale, che attraverso le proprie connotazioni empiriche esibisce ermeneuticamente un interesse bilaterale a non perdere occasioni in ragione delle trattative.

Come diritto, essa implica la rilevanza di tale interesse, e così della perdita di occasioni (in senso lato, evitando ogni *querelle* terminologica); traducibile analiticamente in un « se lesione all'interesse A allora obbligazione B ». Giunti a questo punto, cosa impedirebbe di qualificare la relazione fiduciaria come fonte (anche) ermeneutica di danno ingiusto? Perché espellere dalla logica aquiliana codesta fattispecie concreta « di protezione »?

Anche qui occorre separare momento materiale e momento giuridico. La ingiustizia è considerata o esito di una ermeneutica metanormativa, ove l'art. 2043 c.c. debba tenersi quale clausola generale (norma primaria); oppure l'esito di una combinazione di testi normativi, ove l'art. 2043 sia da qualificare come norma di rinvio (norma secondaria). Nell'uno e nell'altro caso, la relazione affidante implica senza dubbio la rilevanza del solo danno negativo (125), in ragione del pericolo cui la persona e i beni sono materialmente esposti (126). Il pericolo empirico è elevato alla rilevanza giuridica, sicché in tale situazione di fatto il diritto riconosce un interesse a non subire la frustrazione di possibilità esterne (*chances* o come si voglia dire).

Che sia risultato soltanto ermeneutico o combinazione di disposizioni (ad esempio 2043 + 1337; e così via), si genera una fattispecie a tutela di tale interesse negativo. Ove la combinazione sistematica co-testuale e con-testuale restituisca la risarcibilità di diminuzioni della sfera personale o patrimoniale del danneggiato, causalmente riconducibili alla negligenza del danneggiante, potremmo fondatamente qualificare ingiusto il danno e così giuridicamente pensabile la correlativa obbligazione risarcitoria (127).

(125) Oseremmo dire alla sfera giuridica nella sua interezza. Di « forma di intrusione distruttiva nella sfera giuridica altrui » scrive A. NICOLUSSI, *Danno*, in *Dizionari del diritto privato* promossi da N. IRTI, *Diritto civile* a cura di S. MARTUCCELLI e V. PESCATORE, Milano, Giuffrè, 2011, 534. V. ora NIVARRA, *Diritto soggettivo*, cit., 22 ss., con particolare riguardo alla categoria del non-patrimoniale come interesse aquiliano puro.

(126) V. ancora MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 154 nt. 39.

(127) Ci sembra vicina la posizione di C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 1996, 7: « la tipicità degli illeciti non si traduce affatto nella necessaria enumerazione in termini casistici, delle singole figure di

Una cosa è certa e condivisa: la « relazione pericolosa », suscitatrice di affidamento, è un dato empirico che non genera mai una prestazione, ossia un vincolo di garanzia formale del credito (128). Sembra piuttosto che essa porti in luce l'ingiustizia e la misura giuridica di un determinato tipo di lesione; ossia isoli la fattispecie dell'interesse rilevante; e la complementare suscettibilità al risarcimento.

L'ingiustizia del « chiunque » parrebbe risolversi in ciò: che il dato materiale dell'interesse negativo (a non perdere una *chance* favorevole) si ricava dall'ermeneutica della relazione affidante, attraverso la clausola di buona fede. Chiunque sia nella materiale situazione di generare affidamento (129) rende rilevante l'interesse negativo di protezione, e risponde della frustrazione colpevole. Il carattere negativo dell'interesse di protezione sta nel designare esso non una *utilitas* additiva, propria della prestazione; ma il pericolo di perdere possibilità alternative in ragione della eventuale scorrettezza. L'interesse protetto dall'obbligo si dimostra non interno; bensì esterno alla relazione affidante: è l'interesse a non diminuire; non già a ricevere ciò che mi « spetta » come creditore.

La categoria dell'obbligo parrebbe così risolversi in *fattispecie di danno negativo*, esterno al rapporto. Vediamo di distinguere con precisione.

16. *Danno negativo e danno positivo.* — L'art. 1337 oscilla tra i due statuti della responsa-

illecito, postulando semplicemente che ognuno di essi sia determinabile in riferimento ad una norma che individua una situazione fornita di tutela ».

Sull'applicazione della logica aquiliana alla fase precontrattuale v. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., spec. 58; E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, IV, t. 3, Milano, Giuffrè, 2009, 236 ss.; F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contr.*, 2012, 243 ss. *Contra*, C. SCOGNAMIGLIO, *Affidamento (diritto civile)*, in *Le parole del diritto*, I, cit., 53 ss., 64, 66-68. Per le figure dell'interesse negativo (segnatamente, perdita di *chance*) risarcibili in tale fase v. ora ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1724 ss.

(128) Precisa il MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., 82 nt. 69: « La parola « contenuto » dell'obbligazione designerà allora (in senso stretto) il comportamento obbligatorio; col termine « oggetto » (in senso stretto) della obbligazione si intenderà invece il risultato da realizzare, ossia l'oggetto del diritto di credito ». Per la radice arcaica dell'*obligatio* come garanzia personale, v. *supra*, nt. 4 e 5.

(129) V. ora F. FESTI, *Luoghi comuni in tema di ritiro dalle trattative e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 23, il quale all'affidamento preferisce la nobile categoria della « lealtà ». Anche qui, soltanto ermeneutica delle circostanze: *quaestiones facti*.

bilità personale. Occorre trovare un criterio razionale di scelta. La differenza tra giudizio di inadempimento e giudizio di torto risiede — come suole dirsi — nella mancanza in questo e non in quello di un rapporto obbligatorio. Nel torto, il danneggiato non ha il diritto di (tecnicamente) pretendere il comportamento X, sicché il danneggiante non è debitore di tale condotta ed è « libero » (130). Nel torto manca sempre il cosiddetto « obbligo primario di prestazione » (131).

La prestazione del rapporto obbligatorio appare diremo pure uno *statuto complesso* (132). La letteratura sembra convenire sui caratteri di tale statuto: da un lato la bilateralità, sicché il debitore è tenuto, non già verso chiunque, bensì verso il creditore Tizio; d'altro lato la patrimonialità, sicché la prestazione ha un valore economico immanente, « dialettizzato » (133) e condiviso dalle parti del rapporto (art. 1174, 1225 c.c.); e infine l'interesse del creditore, anche non patrimoniale. Complesso; perché tali caratteri sono essenziali, ossia costitutivi del concetto di prestazione: non basterebbe la mera bilateralità senza *vincolo patrimoniale*; la « prestazione » esige l'uno e l'altro (134).

(130) CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 159: « Quest'ultima [la responsabilità aquiliana] infatti è caratterizzata ab origine dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate: colui che non è vincolato da obblighi è totalmente libero fino a quando non si verifichi la lesione del diritto altrui, salvo che non ricorrano gli estremi di un'azione inibitoria; tale lesione, a prescindere da qualsiasi dovere, in realtà inesistente, genera la responsabilità, la quale per definizione non si situa in esito a un *vinculum iuris*, ma ne rappresenta il sorgere ». Con riguardo all'obbligo « endocontrattuale » di protezione, MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 154 nt. 39, avverte come la violazione di esso « mette a repentaglio l'interesse di protezione del creditore. Naturalmente, se nessuna lesione si è verificata, non sorgerà responsabilità per danni » (enfasi aggiunta).

(131) CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 151 ss. Da leggere ora le dense pagine di ID., *Responsabilità civile*, cit., spec. 524-525.

(132) V. *infra*, § 17.

(133) Troviamo lo stilema in recenti pagine di sicuro interesse: v. T. PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno*, Torino, Giappichelli, 2018, 195 ss.

(134) « Il rapporto obbligatorio, ravvisato come puro fenomeno normativo, non ha altro significato che attribuzione di una nuova forma (forma giuridica) al contenuto del rapporto economico-sociale sottostante, il quale diventa perciò, nei limiti in cui è investito dalla qualificazione giuridica, materia o sostanza dell'obbligazione »: così il MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 84. Secondo la sua nota concezione teleologico-formale del rapporto, che « si dispone e si classifica secondo la relazione funzionale mezzo-scopo. A questi due termini corrisponde la distinzione formale tra contenuto dell'obbligo e oggetto (o contenuto) del diritto correlativo: il primo è costituito dal comportamento dovuto,

Il titolo dell'obbligazione offre all'interprete preziose certezze, che mancano nel vuoto del torto. Il titolo prevede (descrive?) il creditore, ossia il soggetto cui la prestazione è diretta; e il risultato o *utilitas* che deve conseguirsi (135). Il titolo prevede il vincolo patrimoniale, ossia per un verso il valore economico (determinabile al tempo della costituzione del vincolo); e, per altro verso, la corrispondente misura della responsabilità-garanzia patrimoniale, in applicazione dell'art. 2740 c.c. (136).

Il titolo finisce allora per implicare, sul piano logico prima che giuridico, il valore economico dell'inadempimento, e dunque: dal lato fisiologico, la ricchezza attesa dal creditore; dal lato patologico (dell'inadempimento), un danno *in re ipsa*, la cui determinazione e misura sono immanenti al vincolo. Il venire meno della prestazione implicherà per definizione il venir meno del corrispondente valore patrimoniale (137). La misura del danno è logicamente data (come determinata o

il secondo dalla soddisfazione dell'interesse tutelato, pensata come risultato da realizzare (futuro) » (*ivi*).

(135) Di « interdipendenza funzionale » scrive con rigore il MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., 85. Intorno al rapporto tra causa del contratto e causa del rapporto v. *ivi*, 88 nt. 89. Il Mengoni mutua il concetto da S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, 75 ss., spec. 119: « la causa del negozio è la sua funzione giuridica fissata dalla sintesi dei suoi effetti (giuridici) essenziali ».

(136) L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in questa *Enciclopedia*, XXXIX, 1988, ora in ID., *Scritti*, II, cit., 300: « la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inserisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo del, o accanto al, dovere primario di prestazione, rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento (art. 2740 c.c.) ». Lo stesso MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 365, segnala come « la lettera dell'art. 2740 (conforme all'art. 1948 del codice abrogato) indica che entrambi gli elementi, il vincolo personale del debitore e il vincolo del suo patrimonio, concorrono a formare l'obbligazione. La responsabilità del debitore per l'adempimento è un momento del rapporto sostanziale, che si rivela già nei mezzi di tutela preventiva del credito ». Sotto questa luce, è da condividere il percorso proposto nel perspicuo studio di F. ZECCHIN, *Il danno non patrimoniale dal torto al contratto*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 237 ss., 247-250, il quale, al seguito della scoperta mengoniana sulla « interdipendenza funzionale » debito/credito, riconduce entro l'interesse positivo del creditore anche il lato non patrimoniale, deducibile in prestazione. In tal senso anche ORLANDI, *Torto e tipo*, cit., 206. Sul punto v. pure le notazioni di F. AZZARRI, *Inadempimento e danno non patrimoniale tra teoria dell'obbligazione e politica esegetica*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, n. 3, 761 ss., 783.

(137) Da leggere le eleganti e perspicue pagine di CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., 67 ss. e nt. 94, con riguardo al credito come « diritto al valore patrimoniale »; sulla scia di A. KÖPPEN, *Die Erbschaft*, Berlin, Weidmann, 1856, 14-15 e 16-17; e H. SCHOTT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, Mohr, 1873, 45 ss.

determinabile) al costituirsi del vincolo (138). In mancanza del titolo, che determina la « ricchezza del credito », non rimane che il mare amorfo dei fatti; da scrutinare per via ermeneutica. Appunto, valutando con « *equo apprezzamento le circostanze del caso* » (art. 2056 c.c.) (139).

Al postutto, la dinamica della rilevanza lascia sul campo dogmatico questa sola e netta distinzione: interesse negativo — interesse positivo; cui corrisponde l'altra: obbligo — obbligazione. L'interesse positivo si rivolge all'interno, verso la nuova ricchezza dedotta in credito e suscettibile di pretesa; l'interesse negativo si rivolge all'esterno, verso interessi altri ed estranei, che il comportamento affidante di Tizio abbia frustrati. L'interesse positivo è intrinseco, e perciò geneticamente rilevante e suscettibile di garanzia patrimoniale; l'interesse negativo è estrinseco, e perciò geneticamente neutro; esso diviene rilevante soltanto con la lesione, ossia con la prova del danno (all'interesse) negativo. Prima di tale danno, nessun vincolo. Lo (pseudo) debitore è « libero » (140).

Il danno negativo è per così dire statico (141): danno al *vecchio* patrimonio, esistente *prima e a prescindere* dal rapporto con il danneggiante. Il danno positivo è dinamico: danno al *nuovo* patrimonio (142), derivante dal vincolo di credito con

(138) Per tutti CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., spec. 883 ss.

(139) V. *infra*, § 20.

(140) Ripetiamo il luogo del MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 154 nt. 39, sulla rilevanza diremo solo negativa della relazione, la quale « mette a repentaglio l'interesse di protezione del creditore. Naturalmente, se nessuna lesione si è verificata, non sorgerà responsabilità per danni ». « Libertà » dice qui l'irrilevanza della condotta scorretta (difforme dal paradigma applicabile: fattispecie concreta di correttezza) a prescindere dal danno: non pretendo dal debitore nuova ricchezza; mi attendo solo di non perdere possibilità alternative. Essere obbligato alla buona fede è un modo di esprimere ellitticamente questo fenomeno. Collocheremo in questa logica il concetto di affidamento, « che la buona fede rende legittimo, nella lealtà e correttezza della controparte, ossia nella ragionevole attenzione che quest'ultima osserverà per evitare che il rapporto diventi occasione di danno per l'altro »: così A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in questa *Enciclopedia*, Annali, VIII, 2015, 661. Altro è mero obbligo di protezione; altro, obbligazione. Per qualche spunto sulla « prestazione di protezione », v. *infra*, nel testo; nonché § 21.

(141) Di « attualità statica » e « attualità dinamica » del patrimonio scrive perspicuamente CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 882.

(142) Da ragionare questo interessante luogo di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Il Codice civile*. *Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Art. 2907, Milano, Giuffrè, 2018, 697-698: « In quanto nell'ordinamento vigente non si conoscono altri

il danneggiante-debitore (143). Diremo illecito (o — se si vuole — violazione di un obbligo protettivo) ogni fattispecie di condotta suscettibile di ledere un interesse *esterno* alla relazione e causare perciò un danno negativo (144); inadempimento, ogni fattispecie di condotta suscettibile di ledere un interesse *interno* al rapporto (*utilitas* forte, garantita al creditore) e causare un danno positivo (145).

Il positivo della prestazione *guarda dentro il rapporto*, e si scioglie analiticamente in ciò: che essa genera nel patrimonio del debitore nuova ricchezza e correlativa responsabilità (146); e convoca lo statuto complesso delle azioni di adempi-

mezzi di tutela rispetto a quelli definiti dal sistema processuale [...] funzionali a realizzare in via coattiva l'obbligazione stessa, si riconosce rilevanza solo a quei vincoli che sono riducibili a una valutazione economica, al fine di assicurare sempre — in caso di inadempimento — quella residuale tutela che è data dall'attuazione del processo per espropriazione [...] Per il sistema sostanziale, che si struttura sull'art. 1174 c.c. dovrà, allora, operare in generale la conversione nel risarcimento del danno, data la valenza patrimoniale dell'obbligazione. Altrimenti non c'è tutela proprio perché non c'è obbligazione giuridicamente rilevante ».

(143) « Le diversità — avverte il CASTRONOVO, *lc. ut. cit.* — tra le funzioni specifiche delle due responsabilità si apprezzano mettendo a frutto la differenza tra appartenenza e spettanza ». Se l'azione distrugge « una cosa oggetto di diritti, è al valore di essa che deve farsi riferimento per il risarcimento in sede extracontrattuale: perché la "considerazione di ciò che con la cosa danneggiata il proprietario possa fare attiene al momento dinamico" della sfera giuridica, il quale sta fuori dall'ambito della responsabilità aquiliana, mentre entra per così dire in risonanza in sede di responsabilità contrattuale, che è la responsabilità degli affari, non necessariamente professionali » (*op. ult. cit.*, 883).

(144) Sempre interessante e acuto L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 475 ss., 484 nt. 10 ove egli avverte: « l'obbligo di protezione [...] è pur sempre e soltanto l'obbligo di protezione, ossia l'*alterum non laedere* calato nella dimensione relazionale e, quindi, cosa ben diversa dall'obbligo di prestazione, finalizzato a procurare al creditore una nuova utilità ». V. ora Id., *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, cit., spec. 60 nt. 30.

(145) « nel danno contrattuale non vi è nulla da ripristinare; vi è tutt'al più da attuare il *vinculum iuris* »: così CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 881. Su questa linea il Castronovo reputa coerentemente come l'azione di adempimento si risolve in una figura di risarcimento in forma specifica, « perché è solo l'adempimento che realizza in natura l'interesse violato ». L'accento cade appunto sulla immanenza dell'interesse al vincolo: una nuova *utilitas*, che il debitore è direttamente chiamato ad attuare e garantire con i propri beni. Tale interno, additivo interesse manca radicalmente nel danno aquiliano; e così pure nel danno da contatto sociale o precontrattuale.

(146) Cfr. A. DI MAIO, *Le tutele contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2012, 122, il quale considera lucro cessante « il venir meno di utilità che il contraente avrebbe ottenuto o conseguito ove il contratto fosse stato regolarmente adempiuto ».

mento e condanna; e di tutela della garanzia patrimoniale (147).

Il negativo del mero obbligo *guarda fuori*, e si traduce in interesse a non perdere quiddità (diritti; interessi; occasioni variamente rilevanti) esterne al rapporto. Esso esprime un non esserci: il mancare di nuova ricchezza, promessa dal debitore-danneggiante; suscettibile di pretesa, credito, perdita. L'interesse negativo si dirige, non dentro al vincolo di debito-credito; ma fuori, verso il mondo e le sue possibilità, rilevanti in ragione della prossimità affidante o della qualità dei soggetti; o di altre note materiali, previste dalle fattispecie applicabili. Interesse appunto suscettibile di danno negativo o sottrattivo, ossia di lesione alla sfera di possibilità e occasioni diverse dalla ed estranee alla prestazione di Tizio. Secondo la logica del torto (148). Diversamente dal torto, nell'inadempimento il danno è *in re ipsa*: perdita della *utilitas* determinata dal titolo (149).

Qui si aprirebbe il capitolo delle prestazioni protettive, *in primis* la custodia: quale *utilitas* deduce *in obligatione* il contratto con cui taluno sia tenuto a custodire a titolo oneroso? Come distinguere qui i momenti negativo (evitare il danno da furto) e positivo (ricevere nuova ricchezza)? Già ampiamente abbiamo abusato della pazienza del lettore. Rifletteremmo soltanto come la ricchezza sia valore, ossia « valutazione »; o rilevanza da un punto di vista (150). La sequenza causale dei fatti

(147) V. le sempre acute notazioni di NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine*, cit., 239 ss. Da segnalare le osservazioni di BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., spec. 90 ss., ove egli ragiona sulla *ratio* essenzialmente conservativa del risarcimento aquiliano; e così anche della responsabilità da contatto.

(148) Nota il NICOLUSSI, *Danno*, cit., 534: « il debitore sa che la sua prestazione è funzionale a procurare al creditore quel certo risultato utile dedotto in obbligazione e perciò può prevedere le possibili implicazioni negative del suo inadempimento, mentre il danno extracontrattuale, quale lesione della sfera giuridica di un terzo, non offre un simile sostegno a mere perdite di *chance*, almeno quando il fatto che le abbia provocate non sia connotato da un dolo particolare ». A noi pare che questo argomento potrebbe parimenti condurre a escludere il danno negativo, nel senso proposto nel testo, dalla logica del rapporto; trattandosi frustrazione di *utilitas* (*chances* o possibilità) non dedotte *in titulo* e insuscettibili di garanzia. Si tratta al postutto di una diversa tecnica di posizione della fattispecie; nel torto va ricostruito (semanticamente/ermeneuticamente) e provato l'intero ciclo genetico dell'interesse danneggiabile; nell'inadempimento, va provato il titolo del credito.

(149) Per la disciplina del danno « intrinseco » o « interno » (che qui denominiamo « positivo »), v. *infra*, § 20.

(150) La moneta, misura elettiva di valore (almeno patrimoniale), è appunto un linguaggio: foggare un'equivalenza tra due termini: « A vale (una quantità di) B ». Per un'accurata a consapevole analisi del concetto di moneta e

prevedibili e perciò evitabili è dedotta *in vinculo*; e tradotta in valore: appunto, un equi-valente. L'obbligazione per così dire patrimonializza le fattispecie « prestazione-utilità »; e aggiunge questa nuova rilevanza patrimoniale alla sfera del creditore. Non si dà una differenza empirica od ontologica tra conseguenze risarcibili del fatto illecito e dell'inadempimento: si tratta universalmente di interessi (151), riconosciuti come propri del danneggiato e perciò suscettibili di risarcimento. Cambia il modo della rilevanza giuridica (152): nell'illecito l'interesse rilevante non è dedotto in prestazione e non è commisurato dal titolo; nell'inadempimento, l'interesse rilevante è dedotto in prestazione ed è commisurato dal titolo.

Per esemplificare, ragioniamo con la responsabilità precontrattuale. Ipotizziamo che durante la trattativa Tizio sia tenuto — o in via ermeneutica (ossia per conclusione dalle circostanze) o in via semantica (ossia per espressa previsione normativa) — a informare l'altra parte (Caio) della nozione Y (quale che sia l'oggetto dell'informare).

delle relative funzioni v. ora le dense pagine di M. CAMPAGNA, *Il credito strutturato. Rischio e autonomia privata nei contratti di credito*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, spec. 22 ss.; 177 ss. L'intima e terribile astrattezza rende la moneta capace di tradurre nella propria lingua ogni interesse, anche non patrimoniale. Per la semiotica della moneta v. J.R. SEARLE, *Che cos'è il denaro?*, in J.R. SEARLE e M. FERRARIS, *Il denaro e i suoi inganni*, Torino, Einaudi, 2018, 12. V. ancora M. CAMPAGNA, *La smaterializzazione dei segni monetari. Profili civilistici*, in *Ragion Pratica*, 2018, 343 ss. Dello stesso Campagna segniamo qui la suggestione filosofica (ragionata in un denso colloquio con l'autore) di considerare la moneta come « struttura originaria dello scambio » (con il rinvio al celebre lavoro di E. SEVERINO, *La struttura originaria*, Brescia, La Scuola, 1958, successivamente ampliato per le edizioni Adelphi, Milano, 1981¹; 2007²). Il credito, come *utilitas* dialettizzata e condivisa nel titolo, parrebbe per propria concettuale essenza destinato alla struttura originaria della moneta; e ad essere così tradotto in misura numerale. Su questa linea, se può implicare una inestimabilità mercantile, la categoria del non-patrimoniale non preclude la risarcibilità per equivalente. Cambierà il criterio di stima; non la tecnica di significazione. Ovviamente è impregiudicata la diversa questione della priorità del tipo risarcitorio: forma specifica rispetto ad equivalente.

(151) Non dimentichiamo mai che l'*inter-esse* giace sul piano pregiudiziale: è una posizione del soggetto verso altro-da-sé; che il diritto provvede o non provvede di rilevanza.

(152) A noi pare doversi diradare un equivoco. Altro è danno; altro, valore (v. *supra*, nt. 150; *infra*, § 20). Il danno appartiene alla categoria del fatto; il valore a quella del giudizio. Ora, se è vero che entrambi emergono alla luce del concetto (anche quello di esistenza è un giudizio: v. *supra*, § 11), cambia il criterio del giudicare: dapprima si isola il segmento dei fatti rilevanti, ossia degli accadimenti negativi giuridicamente sussumibili nelle fattispecie applicabili; di poi si traduce tale segmento in valore, ossia si stabilisce una misura attraverso la equivalenza tra termine empirico e termine monetario (il fatto X equi-vale a 10).

Che significa essere obbligato alla informazione Y? Nella traduzione « ontica » (o analitica) significa porre la fattispecie di condotta, attraverso cui giudicare il futuro comportamento di Tizio. Come rileva tale giudizio di conformità/diffonità? Applicando la logica della rilevanza dinamica o normativa rileva in ciò: che Se Tizio informa, allora nessun effetto; se Tizio non informa, allora risarcimento del danno. Quale danno? *Assente prestazione*, il danno non già positivo e interno; bensì negativo ed esterno (153). Ossia l'interesse ad occasioni « vantaggiose », che il difetto di informazione ha precluso: perdita di possibilità alternative (*chance*). Quale rilevanza è postulabile prima del danno? Nessuna, poiché manca la garanzia della prestazione, con il correlativo statuto giuridico (azioni di adempimento, in senso tecnico; di tutela della garanzia patrimoniale; e gli altri effetti connessi).

Al postutto potremmo così concludere: l'obbligo (*in primis*, precontrattuale) è una *fattispecie di danno*, sicché il ciclo formativo (154) si perfeziona soltanto *dopo il danno*; l'obbligazione è una *fattispecie di garanzia*, sicché il ciclo formativo si perfeziona *prima del danno*, con il nucleo di effetti legati alla promessa del risultato (*in primis* 2740 ss.; 2900 ss.) (155).

L'inadempimento (in senso tecnico) lede l'interesse positivo interno, dedotto nel e garantito dal titolo; il fatto illecito lede l'interesse negativo esterno, non dedotto nel e non garantito dal titolo. Denomineremo il primo *danno positivo*; il secondo, *danno negativo*.

(153) V. *infra*, § 20.

(154) Chiaro il riferimento al fondamentale studio del FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 185 (ove la nota polemica con D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, *passim*) intorno ai cosiddetti « cicli formativi » della fattispecie. Si tratta qui del ciclo formativo interno, il quale come noto ha riguardo al cosiddetto « nucleo centrale della fattispecie » e non ammette rilevanza diacronica, ossia perfezionamento in tempi successivi. Il nucleo centrale risponde alla logica binaria *on/off*: o si perfezionano tutti gli elementi (nel nostro caso, si verifica o si teme il danno); oppure il fatto è irrilevante.

(155) Possiamo senza pregiudizio scientifico continuare a servirci del linguaggio deontico, ossia dei lemmi dovere, obbligo, obbligazione; vigilando sul significato tecnico ad essi analiticamente associabile: si tratta di fattispecie e dei relativi statuti, ossia nuclei di effetti essenziali. Appena da avvertire come lo statuto del danno positivo convochi, non soltanto gli art. 2740 ss., ma tutti gli effetti tipici che si dimostrino essenziali, ossia strutturalmente indisgiungibili. V. *infra*, § 17. Si tratta di ricostruire in linea sistematica una struttura condizionale (*se/allora*): la quale prende l'universale designativo di « norma ». Le singole disposizioni convergono verso il centro magnetico della fattispecie di danno, a comporre il nucleo normativo della sua rilevanza.

Sul tavolo dogmatico rimangono dunque tali due fattispecie di danno. Attraverso codesta sistematica ricostruzione, appare ora necessario procedere all'analitico studio dei rispettivi statuti, ossia degli effetti costanti, associati a ciascuna di esse.

Sez. III. — LINEAMENTI DELLO STATUTO.

17. *Nozione di statuto. Statuto semplice e statuto complesso.* — Introduciamo un concetto, utile per la intelligenza del fenomeno; qui inteso nel senso filologico di ciò che « appare » all'osservatore. È il concetto di statuto giuridico: nucleo di effetti strutturali o essenziali.

Lo statuto è combinazione condizionale o normativa; fascio di effetti essenziali, i quali connotano il fenomeno e ne configurano la rilevanza. *Breviter* si può dire che « statuto » è il nome di un nucleo di effetti (o fattispecie effettuali): sintesi della disciplina.

Lo statuto configura un plesso unitario, che consente di stabilire una costante tra l'apparire del fatto A e il darsi degli effetti b, c, d. È qui essenziale ribadire che quando diciamo « effetto » ci riferiamo a processo dinamico, ossia a un divenire, che consiste nel darsi vigore di una fattispecie imputabile a soggetti determinati; e così applicarsi di ulteriori schemi, in forza dei quali valutare comportamenti futuri. Lo statuto mette capo al concetto analitico di rilevanza. Possono isolarsi tre nozioni di rilevanza.

La prima, che diremo di *rilevanza vaga* o *ermeneutica*, la quale è delegata al giudice attraverso la sua personale ermeneusi dei fatti. Si tratta a ben vedere di uno pseudoconcetto (156). Nella declinazione diffusa in letteratura manca infatti una compiuta analisi del modo con cui si passa dalla vaghezza della clausola generale (ad esempio dalla genericità dei termini « buona fede » o « correttezza ») alla concretezza della fattispecie. Il più delle volte ci si limita apoditticamente a negare la (necessità della) posizione di una fattispecie: così rinunciando a indagare la logica del fenomeno, e rimuovendo lo stesso problema gnoseologico attraverso una sorta di *ignoratio elenchi* (157).

(156) In senso crociano: v. B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro, Filosofia come scienza dello spirito*⁴, II (1909), Bari, Laterza, 1920, nt. 18, 39 ss., 140 ss. Come noto, il Croce contrappone « pseudoconcetto » a « concetto »: il primo, quale mero strumento mnemonico di classificazione, privo di forza conoscitiva; il secondo, quale universale veritativo.

(157) Parrebbe trattarsi di un paralogismo: « è impossibile che la stessa cosa ad un tempo appartenga e non appartenga ad una medesima cosa, secondo lo stesso aspetto », secondo la universale proposizione di ARISTOTELE,

La seconda, che diremo di *rilevanza statica* o *tassonomica*, la quale guarda al solo giudizio di conformità tra fattispecie e fatto, prescindendo dal nesso condizionale fattispecie/effetto, ossia dalla norma entro la quale la fattispecie è collocata. Così si potrebbe considerare rilevante qualsiasi fatto conforme alla fattispecie, senza considerare se esso sia previsto come causa di un determinato effetto. Ad esempio: il fatto di contare diciotto anni sarebbe rilevante come « maggiore età », ossia come qualifica o qualità giuridica, a prescindere dagli effetti associati. In questo modo la rilevanza designerebbe un mero criterio di classificazione, ossia d'inclusione del fenomeno entro una classe. Questa nozione di rilevanza ha carattere puramente indicativo o descrittivo (158).

La terza nozione, che diremo di *rilevanza dinamica* o *causale* o *normativa*, secondo cui il fatto è rilevante entro la logica causa/effetto. Sotto tale angolatura, non basta la mera classificazione, ma è necessario stabilire la rilevanza condizionale o causale della fattispecie, rispetto alla quale si svolge il giudizio conformativo. Ad esempio, il fatto è illecito non già perché è conforme alla fattispecie « fatto colposo o doloso » ma perché la fattispecie nella quale esso è sussunto è causa della obbligazione risarcitoria. Sotto questa luce, inadempimento e torto parrebbero distinguersi *sub specie effecti*, giacché le rispettive fattispecie sembrerebbero esibire effetti non coincidenti.

È da riflettere come la rilevanza giuridica si dimostri non meramente classificatoria (sorta di tassonomia dei fatti e degli atti) e statica; ma funzionale e dinamica. Il fatto è rilevante nel circuito della causalità giuridica; appunto, quale causa di un determinato effetto. Il fatto giuridico è per propria natura « efficiente », ossia suscettibile di produrre conseguenze. Il caso non rileva siccome tassonomicamente sussumibile in una fattispecie; ma solo se sussumibile nella fattispecie *normativa*, ossia se esso valga come causa di effetti giuridici (159). Lo statuto giuridico si svolge nella logica della rilevanza normativa.

libro IV della Metafisica (libro Gamma), 3, 1005b, 19-20. Come si può ignorare sul piano (gnoseo) logico la categoria della fattispecie e ammettere il fatto *tout court*? “Fatto” è fatto pensato; ossia è la propria immagine. Negare la fattispecie è negare la possibilità stessa di dire « fatto ». Somma contraddizione.

(158) È dunque anch'essa uno pseudoconcetto. Ovvero una tautologia, per usare la logica della rilevanza normativa o causale di CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 89 ss. Nella logica normativa « obbligo » è sintesi verbale di: « se A allora B ». V. nota successiva.

(159) Fondamentale CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 89 ss. In polemica con il RUBINO (*La*

Sotto questa luce, i nomi « obbligo » e « obbligazione » parrebbero convocare diversi statuti giuridici, ossia diversi nuclei di rilevanza normativa. Nello statuto dell'obbligo manca l'effetto chiamato « responsabilità » o « garanzia patrimoniale » (con tutti gli effetti strutturalmente connessi); ossia manca la struttura normativa (il “se/allora”) in forza della quale « se fonte X » (ossia se si verifica un fatto classificabile tra le fonti dell'obbligazione) « allora garanzia patrimoniale »; ossia conseguenze previste dagli art. 2900 ss. c.c. Dire che Tizio è debitore significa non semplicemente predicare nel modo del dovere un comportamento ipotetico di Tizio; bensì postulare che il comportamento di Tizio sia causa (titolo) di garanzia patrimoniale. « Responsabilità » o « garanzia » patrimoniale indica a sua volta un nucleo di fattispecie, tali che (ad esempio) « se atto dispositivo in frode » (art. 2901 c.c.) allora « inefficacia relativa ». A sua volta inefficacia relativa implica vicenda del *dominium*, in una combinazione sistematica delle norme applicabili alla relazione soggetto-bene. Tale combinazione normativa è lo statuto giuridico del debito, in senso tecnico.

Non mette conto qui di ricostruire l'intero statuto di « obbligo » e di « obbligazione ». Intersa soffermarsi sulla fattispecie di danno, convocata dalla cosiddetta « violazione dell'obbligo »; segnatamente, interessa dimostrare (ossia verificare con scientifica coerenza) lo *statuto giuridico del danno negativo*.

Come vedremo, la (pseudo?) categoria gene-

fattispecie e gli effetti giuridici preliminari, cit., 47), Cordero nota con esemplare lucidità: « si afferma che un fatto è illecito perché il suo autore ha violato un obbligo, quando è vero il contrario: che cioè, violazione di un obbligo è espressione convenzionale con cui si designa la circostanza dell'essersi verificato un fatto conforme a quello che una norma prevede come fattispecie di certe conseguenze sanzionatorie » (op. cit., 90-91; enfasi aggiunta). Nella logica normativa, ossia condizionale, « obbligo » è sintesi verbale di « se A allora B ».

Contra IRTI, *Rilevanza*, cit., 60-61, per il quale « rilevanza » è giudizio meramente classificatorio. Vero sul piano logico generale. Ma sul piano giuridico si deve per definizione applicare una fattispecie *normativa*, ossia un elemento della norma. Nel congegno normativo, la fattispecie è per necessità *causa efficiente*, ossia suscettibile di determinare l'effetto previsto. Avvertiamo solo come altro sia *causa efficiente*; altro, *causa efficace*. Che l'effetto si produca nella storia, ossia che entri in vigore l'apodosi (per gli ontici: fattispecie concreta effettuale; per i deontici, predicato di dovere), è senza dubbio irrilevante, siccome meramente accidentale. Necessario è invece che *l'effetto sia normativamente previsto*, ossia nel congegno normativo associato alla protasi condizionante (se A). Sul concetto di fattispecie effettuale v. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 473. Per un'analisi v. M. ORLANDI, *Angelo Falzea o del positivismo assiologico*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, n. 4, 1042 ss., 1053.

rale dell'obbligo (fattispecie, cui dovrebbe ricondursi anche l'art. 1337 c.c.) parrebbe esibire uno statuto semplice, quale causa di risarcimento del danno negativo.

18. *Onere della prova. Art. 1218-2697 c.c.* — Notammo essere la relazione precontrattuale collocata a metà tra gli art. 1218 e 2043 c.c.; e così cacciata nella terra di nessuno (160).

Ammettiamo pure che l'espulsione dal tipico invochi il ricorso all'analogia (161). Ora, la dinamica analogica non potrebbe lacunosamente fermarsi a collocare nell'uno o nell'altro campo la responsabilità di protezione; ma dovrebbe scendere a considerare analiticamente ciascuna delle fattispecie nominate, convocate dal fatto; e verificare a quali delle singole norme, in tesi applicabili, l'« atipica » relazione di protezione si dimostri prossima.

L'art. 1218 c.c. esibisce due profili distinguibili: da un lato, il tema della prova dell'inadempimento; dall'altro, il grado della colpa nell'imputazione della causa d'estinzione. La prima, che il pensiero più diffuso parrebbe ascrivere al debitore (tenuto a provare l'adempimento); la seconda, che nella tesi più rigorosa fa capo alla nozione di impossibilità assoluta od oggettiva.

Muoviamo dall'onere della prova. Come sappiamo, l'applicazione del regime probatorio dell'art. 1218 c.c. parrebbe fatta discendere dalla natura « contrattuale », meglio « relazionale » (162), della nostra responsabilità.

Il creditore del risarcimento deve provare il fatto costitutivo del diritto invocato (art. 2697 c.c.). Nel danno da inadempimento, la prova — si dice — è assorbita dal titolo; il quale per definizione descrive (o postula) la *utilitas* attesa e la corrispondente misura monetaria, da tenere come oggetto del credito, in conformità agli art. 1174 e 1225 c.c. La cosiddetta « inversione dell'onere probatorio » (163), comunemente ricavata dall'art.

(160) Secondo la suggestiva formula di BUSNELLI, *Itinerari europei nella « terra di nessuno » tra contratto e fatto illecito*, cit., 539 ss.

(161) Com'è noto, il CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 169; *Id.*, *Responsabilità civile*, cit., 545, propone di slargare analogicamente « l'art. 1337, in modo da indagare se altre ipotesi non meritino identico trattamento in quanto da ritenersi analogamente presiedute dalla regola di buona fede ».

(162) *V. supra*, § 8.

(163) Da consultare MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, cit., 1095 ss., ora in *Id.*, *Scritti*, II, cit., 345-346; *V. anche* M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*², Milano, Giuffrè, 1975, 67 ss.; M. BARCELLONA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracon-*

1218 c.c., dipende dalla opponibilità al debitore del titolo, che reca immanente la *utilitas* patrimoniale del credito. *Utilitas* che a voler essere attenti si compone di due elementi: il valore monetario condiviso della prestazione; il valore monetario condiviso della utilità, che dalla prestazione il creditore ha « diritto » di conseguire (164). Sul piano logico si tratta di una sequenza causale, ossia di una relazione di dipendenza tra termini. Il titolo incorpora tale sequenza e la traduce in valore monetario dell'obbligazione (prestazione primaria + *utilitas*), al tempo della costituzione (165).

In mancanza del « titolo del credito », si riflui-

trattuale: dalle dogmatiche alle rationes dei rispettivi regimi, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, n. 3, 340. Per una compiuta analisi, v. ora PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione*, cit., spec. 214 ss.

Ma v. le notazioni di M. SIRAGUSA, *L'onere della prova dell'inadempimento e del vizio della cosa venduta. Fatti rilevanti e trasferimento di rischi*, in *N. dir. civ.*, 2020, n. 1, 96 ss., ad avviso del quale la tesi della cosiddetta persistenza del diritto implicherebbe a ben vedere l'irrelevanza dell'inadempimento; e sarebbe dunque *per tabulas* infondata. Ci chiediamo allora: il creditore non fa valere ciò che gli spetta? E dunque non fa egli valere il diritto alla *utilitas* stabilita (in forza degli art. 1174 e 1225 c.c.) dal titolo? Nella logica del testo, il risarcimento è tecnica attuativa di tale « spettare ».

(164) Con riguardo alla coincidenza logica tra danno evento e interesse alla prestazione v. ora G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, in *Foro it. - Gli speciali*, 2020, n. 1 (*Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e assestamento a cura di R. PARDOLESI*), 150 ss.; spec. 155, in parziale critica a Cass. 11 novembre 2019, n. 28986 (relatore M. Rossetti), n. 28991 e n. 28992 (relatore E. Scoditti), collocate nel cosiddetto decalogo di San Martino sulla responsabilità medica; sulla stessa linea C. SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, n. 1, 193 ss., spec. 211. Per qualche spunto sulla responsabilità medica, v. *infra*, § 21.

(165) È questa (se non sbagliamo) la ricostruzione del PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione*, cit., spec. 183-184: « là dove il danno consequenziale copre un interesse positivo del creditore, questo diviene sempre oggetto d'un danno contrattuale in senso proprio »; v. anche 209 nt. 231. E prima ancora del CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 867, secondo il quale il danno contrattuale (anche nel lucro cessante) « è puro conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato ». Sulla stessa linea paiono GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 385, per il quale « l'obbligazione reca in sé, sin dalla nascita, il proprio potenziale risarcitorio »; e V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, Giuffrè, 1999, 99, che nota: « la disciplina del risarcimento del danno è già tutta presente nel contratto che ha dato origine all'obbligazione ». Di « funzione attributiva » della responsabilità contrattuale scrive M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 886. In coerenza, il Barcellona ascrive all'art. 1225 c.c. l'ufficio « di dimensionare il risarcimento sul rischio oggettivamente ascrivibile allo scambio dedotto in contratto » (*ivi*, 889). Sulla scorta del proprio *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico: formazione storica e funzione*

sce nella inevitabile necessità di provare la ermeneutica causale che conduce alla lesione dell'interesse rilevante, alle conseguenze immediate e dirette e alla relativa misura economica, in conformità all'art. 1223 c.c. Sicché, nelle « relazioni pericolose » o « affidanti », il danneggiato sarà chiamato a provare la relazione, da cui trarre ermeneuticamente la fattispecie concreta di comportamento applicabile; l'interesse suscettibile di lesione (ad esempio, quale *chance* è stata persa); la condotta tenuta effettivamente dal debitore; il nesso causale e le conseguenze risarcibili; la misura economica di esse. La vera diversità, sulla quale ci pare si possa generalmente convenire, sta appunto e solo nella mancanza del « titolo del credito »; ossia di quella fonte, sulla quale si fonda la cosiddetta « inversione » dell'*onus probandi*, implicata dall'art. 1218 c.c. Sicché la mancanza del titolo parrebbe incidere sul fatto da provare.

Prima ancora, ragioneremo come la cosiddetta inversione dell'*onus probandi*, comunemente creduta, si riveli fallace. Si tratta a ben vedere della linea universale, implicata dall'art. 2697 c.c. Non c'è a rigore inversione, ma svolgimento della logica presuntiva (166) del provare. Qualsiasi fattispecie *positiva*, modello di condotta commissiva, implica per necessità la sufficienza della prova offerta del titolo: ossia dello schema, imputabile al debitore o al danneggiante. Dinanzi allo schema di condotta positiva applicabile a Tizio (ad esempio: informare Caio di X), la semplice assenza è già « inadempimento »; giacché l'inerzia dell'interessato, che non offra prova della propria condotta, implica non avveramento della fattispecie. L'onere del debitore di avere tenuto una condotta conforme dipende, non già dall'essere dedotta prestazione — in senso tecnico, come garanzia (167) —, ma più semplicemente dal carattere positivo o negativo del paradigma.

La differenza tra prova del fatto illecito (*breviter*, prova del torto) e prova dell'inadempimento appare statistica e non logica. Statisticamente, il più dei casi il torto si rivela condotta difforme (rimanendo al consueto lessico) da un « obbligo negativo »; mentre la prestazione, condotta difforme da un obbligo positivo. Il più dei casi, il fatto illecito è — come si dice — « violazione di un divieto »; appunto, un *obbligo negativo*. Si pensi al classico limite di velocità: cosa implica il porsi della fattispecie concreta, ossia l'applicarsi all'au-

tomobilista Tizio dello schema « non superare i 50 km/h »? Lascia forse pre-sumere (propriamente de-sumere) la violazione, e cioè che il comportamento di Tizio sia difforme dallo schema? Domanda retorica. Certamente no, giacché mandando la prova (mezzo di « rappresentazione »: un riportare al presente dell'osservatore) di un esistente, ossia della condotta positivamente tenuta da Tizio, risulta impossibile sussumere, e così verificare la difformità fatto/fattispecie e accertare la « violazione ». Diremo qui che la *fattispecie concreta negativa non lascia presumere* la « violazione ».

Specularmente, cosa implica l'applicarsi a Tizio di un *obbligo positivo*, ossia il porsi di una fattispecie concreta « dare a Caio l'informazione X »? In difetto di ogni altra prova, il mero applicarsi della fattispecie « obbligo positivo » implica già violazione: il puro « non esserci » della condotta si converte necessariamente in difformità dallo schema. Diremo qui che la *fattispecie concreta positiva lascia presumere* la violazione.

Sul piano probatorio, torto e inadempimento condividono la stessa logica presuntiva (168). La differenza sta nella statistica prevalenza di fattispecie di condotta positive nell'area dell'obbligazione. La *ratio distinguendi* tra i due campi di responsabilità non si apprezza sul piano probatorio. Sintetizzando: prestazione e mero obbligo implicano universalmente lo statuto 1218/2043/2697, che si lasciano ridurre nella medesima logica dell'*onus probandi* (169).

Per la « buona fede » dell'art. 1337 c.c., non si sfugge: o essa si converte in fattispecie concreta, attraverso una disposizione specificante che esprima semanticamente un obbligo positivo (ad esempio: fornire l'informazione X), e allora spetterà all'obbligato vincere la presunzione di difformità (« inadempimento »); o toccherà al danneggiato provare l'intero ciclo formativo dell'atto dannoso.

19. (Segue): *impossibilità e causa imputabile*. Art. 1218-1256 c.c. — Veniamo ora al secondo profilo, convocato dall'art. 1218 c.c.: il regime dell'imputazione dell'impossibilità e il grado di diligenza, esigibile dal debitore.

(168) Su questa linea ci sembra ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1712 e nt. 78; v. anche A. BELFIORE, *Onere della prova e responsabilità contrattuale*, in *Ann. Catania*, VIII, 2006-2007, 13 ss.

(169) Appena da segnalare come il discorso sia metodologico. Non possiamo in questa sede affrontare analiticamente i regimi di responsabilità aggravata e oggettiva. V. comunque la nota successiva e il testo corrispondente.

della disciplina del danno contrattuale, Milano, Giuffrè, 1980, spec. 210, 215.

(166) Logica del verosimile: v. *supra*, nt. 118.

(167) V. *supra*, § 16.

Non avremmo preclusioni ideologiche ad ammettere che anche nel mero obbligo protettivo la colpa possa risultare aggravata; e cioè che l'obbligato possa essere chiamato a fare di più per proteggere; e risponda fino al *casus culpa determinatus*, al pari del debitore della prestazione primaria (170). Questo risultato sistematico appare tuttavia compatibile con il torto; e non esclude la logica dell'illecito aquiliano. In entrambi i casi, il diritto al risarcimento passa per la costruzione semantica/ermeneutica della fattispecie di condotta, rispetto alla quale giudicare adempimento/fatto illecito del debitore. Dire inadempimento del debitore o negligenza del danneggiante mette capo per logica necessità alla medesima struttura del giudizio conformativo (171).

Sarebbe da riflettere tuttavia come la logica del risarcimento si lasci separare da quella della estinzione del vincolo per impossibilità; ancorché la distinzione raggiunga una sottigliezza, che rischia di renderla evanescente. Quale sforzo può esigersi dal (pseudo) debitore dell'obbligo di informazione, e più in generale dell'obbligo di protezione? Alla tesi più rigorista, secondo cui sarebbe egli astretto al *casus culpa determinatus*, con il conseguente onere di dimostrare forza maggiore o caso fortuito, tali da precludere empiricamente la fisica evitabilità della causa di estinzione, si contrappone la tesi più misurata (172); la quale mette capo a un concetto, non già naturale bensì giuridico d'im-

(170) La vicinanza tra caso fortuito aquiliano, ricavabile dagli art. 2050 e 2051 c.c. e caso fortuito contrattuale parrebbe divisa dal MENGONI, *Obbligazioni « di risultato »*, cit., 297, il quale segnala l'uso dei « modelli interpretativi precedentemente elaborati dalla dottrina della responsabilità aquiliana con riferimento alle norme degli artt. 2050 e 2051 ». Si veda C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979, 514 ss.; da ultimo Id., *Responsabilità civile*, cit., 458 ss.

(171) Si pensi alla prestazione professionale del medico (senza contratto), che l'art. 7 comma 3 l. 8 marzo 2017, n. 24, espressamente ascrive al campo di applicazione dell'art. 2043 c.c. Quale grado di colpa? Non saremmo scandalizzati dall'applicazione del minor grado previsto dall'art. 2236 c.c. Esso — ci pare — coniughi l'ermeneutica della « speciale difficoltà » con la mitigazione della colpa, ossia della fattispecie concreta applicabile al caso. Che si tratti di obbligazione « contrattualmente assunta con il paziente » (secondo il tenore dell'art. 7 comma 3 l. n. 24, cit.) o di semplice obbligo di protezione, il criterio è il medesimo: speciale difficoltà del caso. Esso non può che restituire il medesimo grado di colpa. Qui si aprirebbe il delicatissimo capitolo dei contratti d'opera; e della prestazione primaria professionale. Per un cenno, v. *supra*, § 16; *infra*, § 21.

(172) Per una piana esposizione del dibattito v. ora le belle pagine di G. GRISI, in *Manuale del diritto privato* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, Giappichelli, 2016, 516-521. Indispensabile, *more solito*, L. MENGONI, *Irrelevanza dello stato di necessità in tema di responsabilità contrattuale*, in *Banca*

possibilità. Sicché lo sforzo esigibile non potrebbe superare una (più) ragionevole misura d'ordinaria diligenza, in linea speculare rispetto all'« onere » di evitare i danni, imposto al creditore dal secondo comma dell'art. 1227 c.c.

Inclineremo per la seconda. Riflettendo come il più stringente regime dell'impossibilità assoluta od oggettiva si spieghi in ragione della garanzia, promessa al creditore e stagliata nella prestazione. Anche qui, la mancanza della prestazione e del corrispondente statuto parrebbe precludere senso razionale all'imputazione risarcitoria, che superi il limite dell'ordinaria diligenza.

Sotto questa luce, la *ratio distinguendi* tra i due campi di responsabilità sembra apprezzarsi sul piano della impossibilità imputabile. Sintetizzando: la prestazione implica lo statuto 1174, 1176, 1218/1256 c.c.; il mero obbligo, lo statuto 1176 c.c. e norme omologhe (173).

20. Danno risarcibile e prevedibilità. Art. 1223-1225-2056 c.c. — Vorremmo qui isolare una disposizione, forse poco frequentata: l'art. 1225 c.c., a tenore del quale « se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione » (174).

La curiosità sistematica per questo testo è rinnovata da un recente e pregevole lavoro di un giovane studioso, il quale si è misurato con la collocazione dell'art. 1225 c.c. entro l'intricato sistema delle responsabilità da torto e da inadempimento (175). Cominciamo con il notare come l'enunciato ruoti intorno alla categoria del limite: il risarcimento, che l'art. 1223 c.c. estende alla perdita subita e al mancato guadagno, in quanto conseguenza immediata e diretta, è qui ristretto entro il danno che poteva prevedersi al tempo della genesi. Per completare il sistema c'è anche da considerare l'art. 2056 c.c., il quale estende all'obbligazione risarcitoria da fatto illecito i criteri di

borsa, 1951, II, 361-368, nota a Cass. 28 aprile 1951; ora in Id., *Scritti*, II, cit., 43 ss.

(173) Su questa linea, non ci pare strutturale la distinzione tra colpa del 2043 c.c. e diligenza del 1176 c.c. Si tratta universalmente di modelli di condotta, necessari a stabilire la difformità del comportamento effettivo rispetto a quello paradigmatico. Se ci fermiamo su tale profilo tautologico (v. *supra*, § 17) non apprezziamo differenza tra i due campi di responsabilità.

(174) Non possiamo neppure pensare di svolgere la bibliografia sul problema causale. Ci limitiamo a richiamare il recente e preciso contributo di A. BELFIORE, *Responsabilità (struttura del giudizio e prestazione risarcitoria)*, in *Le parole del diritto*, II, cit., 1519 ss., ove riferimenti bibliografici.

(175) PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione*, cit., 245 ss.

determinazione degli art. 1223, 1226 e 1227 c.c.; precisando, al secondo comma, che il lucro cessante andrà valutato « con equo apprezzamento delle circostanze del caso ».

Che significa l'estendersi o il limitarsi del danno? Il danno parrebbe risolversi in un mancare: una diminuzione tra un prima e un dopo. Sicché sembra doversi ragionare con la categoria della causalità, costruita come catena di eventi, dipendenti l'uno dall'altro. Comprendere, prevedere, limitare hanno senso nella logica del divenire, in modo che nella retta infinita di fatti susseguenti si possa isolare il segmento formato da quelli direttamente e immediatamente connessi.

Cominciamo con il rendere omologhi inadempimento e fatto dannoso. Il danno è un fatto, il quale accade in un tempo e uno spazio. Ora, in altre sedi ci è capitato di riflettere sulla relatività di questo concetto. Esempio ci è parsa la polemica tra il Gorla e il Carnelutti, la quale si svolge attorno al metodo con cui costruire la nozione giuridica (si direbbe universale) del fatto: metodo, che mette capo alla categoria della causalità (176).

Il discorso, che in questa sede non può distendersi sull'intero dibattito, parrebbe toccare tre profili ampiamente controversi. Da un lato, il binomio causalità materiale/causalità giuridica, che parrebbe coincidere con l'altro danno evento/danno conseguenza (177); la distinzione tra danno intrinseco e danno estrinseco (178); infine, la (correlativa) separazione tra criterio causale dell'*an* e criterio di calcolo del *quantum debeatur* (179).

Al pari dell'inadempimento, il fatto colposo o doloso è causa di danno. Il danno sembra a sua volta pensarsi come un venire meno, nelle specie della perdita e del lucro cessante. Il segmento razionale postulato dalla legge parrebbe legare condotta « illecita » (in senso lato) e immediata perdita (immediata, nel senso di evento prossimo: il più vicino); dalla quale parrebbe direttamente derivare un ulteriore ammanco, nella figura del lucro così precluso.

All'origine, il fatto difforme dal paradigma applicabile (diligenza, prestazione); da tale fatto la

(176) Per la ricostruzione della polemica siamo qui costretti a rinviare a M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, Giuffrè, 1993, 131 ss.; Id., *Volenti non fit iniuria. Auto-responsabilità e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. 4, II, 330 ss.

(177) Per un cenno, v. *supra*, nt. 164. Cui *adde* E. SCODITTI, *Danni conseguenza e rapporto di causalità*, in *Foro it.*, 2000, I, 1919 ss.

(178) Binomio coniato da BELFIORE, *Responsabilità (struttura del giudizio e prestazione risarcitoria)*, cit., 1528 ss.

(179) V. *supra*, nt. 150 e testo corrispondente.

perdita, come lesione di un primo interesse; dalla perdita, il venir meno di un secondo interesse. Usiamo il lemma « interesse » per designare il comune fenomeno del tendere verso altro-da-sé, dato come giuridicamente rilevante. L'interesse del creditore parrebbe declinarsi in due sensi: *interesse primo*, o alla *prestazione in sé data* (comunemente denominata primaria); *interesse secondo*, o all'*impiego della prestazione*. Si tratta una eziologia che unifica tale catena funzionale. Nei due campi di responsabilità, il pregiudizio risarcibile appare potersi ordinare secondo il medesimo schema duale: *interesse primo*, immediatamente colpito dal fatto lesivo; *interesse secondo*, con il venir meno del conseguente lucro (180).

Svieremo qui la classica polemica dei « gradi di estensione », ossia di quanti stadi causali siano da comprendere nella determinazione del danno risarcibile. Anche accedendo alla teoria della doppia causa, e dunque a voler distinguere tra danno-evento, come rilevanza giuridica della prima lesione; e danno-conseguenza, quale somma tra perdita conseguente e ulteriore lucro cessante (181), la logica è sempre causale, e risponde al criterio con cui la nostra mente costruisce la relazione di dipendenza tra fenomeni. La tesi dualistica estenderà l'obbligazione risarcitoria al valore di un terzo interesse pregiudicato (l'interesse da lucro cessante, conseguente a quello da perdita; a sua volta conseguente a quello direttamente toccato dalla condotta); mentre la tesi monistica, restringerà a due gli interessi da considerare nella determinazione del valore risarcibile. Essa, infatti, restringe il segmento causale alla *prima* perdita e al *secondo* lucro cessante. Per coerenza sistematica confessiamo di propendere verso tale ultima costruzione (182).

Non è questo il punto. Qui dobbiamo capire cosa significa « danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione » (1225 c.c.). Diciamo subito che si tratta di un criterio di determinazione del valore risarcibile, costruito sulla eziologia della prevedibilità, condivisa dalle parti del rapporto. La prevedibilità sembra riposare, non sul piano empirico, bensì su quello giuridico della *causa obligandi*, ossia dell'interesse dedotto nel rapporto

(180) Cosiddetto « nesso causale aitiologico », evocato dal Mengoni: v. *supra*, nt. 97 e testo corrispondente.

(181) Per tutti, v. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 349 ss., 389-395.

(182) Ci permettiamo di rinviare a ORLANDI, *Volenti non fit iniuria*, cit., 334-339. Sul problema del confine v. D. POLETTI, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, in *Diritto civile* diretto da LIPARI e RESCIGNO, IV, t. 3, cit., 294 ss., 332 ss.

e condiviso dalle parti. Non si tratta di una valutazione individuale, da svolgersi *ex post* nei panni del debitore, pronosticando dal suo punto di vista una personale conoscenza dell'altrui interesse.

Non si deve guardare da una prospettiva ingenuamente empirica, cadendo nella trappola di valutare la scienza privata dell'individuo. Si deve invece considerare l'*ob-ligarsi* del debitore, che pro-mette e garantisce l'*utilitas* condivisa. Sotto questa luce, l'interesse del creditore all'adempimento non può che risalire alla genesi del *vinculum*, ossia al momento in cui Tizio si obbliga e garantisce il *risultato* dedotto in prestazione; il risultato non si esaurisce nella prestazione in sé, e si estende al *corrispondente* impiego (la prestazione — si legge plasticamente nell'art. 1174 — *corrisponde* a un interesse anche non patrimoniale del creditore), ossia all'utilità che essa potrà assicurare. Tale utilità non è dunque chiusa nella sfera privata e inaccessibile del creditore, ma è condivisa con il debitore e da questi garantita (183).

Qui occorre guardarsi da un ulteriore equivoco. La determinazione del danno risarcibile è svolta attraverso due passaggi, in logica sequenza: dapprima il nesso causale, che lega *interesse primo* alla prestazione e *interesse secondo* al suo impiego; poi la conversione di tali interessi nell'equivalente pecuniario, attraverso criteri vari e diversi, dal mercantile all'equitativo (184).

Svolti questi passaggi, si ottiene il (diremo pure) « valore causale » dell'obbligazione, dedotto *in vinculo* e garantito dal debitore. Valore economico, che sorregge causalmente il rapporto: nel senso di costituirne l'essenza condivisa e giuridicamente ascrivibile alle parti, non già *uti singuli* ma come membri del rapporto; senza la quale il rapporto non potrebbe stare (185).

(183) Sull'interesse del creditore quale elemento di struttura ci permettiamo di rinviare a ORLANDI, *La responsabilità solidale*, cit., 43-57. Troviamo consonanza di passaggi nel recente, rigoroso studio di ZECCHIN, *Il danno non patrimoniale dal torto al contratto*, cit., spec. 247 ss.

(184) V. *infra*, § 20, spec. nt. 196.

(185) Ci pare questa la posizione acutamente esposta da PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione*, cit., 255 ss. Se non ragioniamo male, tale nozione di danno prevedibile ripete, *mutatis mutandis*, il concetto di danno intrinseco, proposto da BELFIORE, *Responsabilità (struttura del giudizio e prestazione risarcitoria)*, cit., 1528 ss. Per il Belfiore il danno « intrinseco » si distinguerebbe dall'« estrinseco » perché darebbe rilevanza ad interessi garantiti *in obligatione*; mentre il secondo sarebbe « per definizione, un danno correlato ai motivi del contratto » (*ivi*, 1529, enfasi originaria), a condizione che l'interesse, « non dedotto in rapporto e quindi esterno all'obbligazione, non oltrepassi, però, per così dire, l'orizzonte della prestazione dovuta » (*ivi*, 1533-1534), non sia cioè rimasto un vero e proprio motivo (1538). Su questa

Come ogni promessa, l'obbligazione guarda al futuro e genera l'*attesa giuridica* (anche qui, non psicologica o empirica) del creditore (186). Scrutinando diacronicamente l'eziologia del vincolo e le conseguenze dell'inadempimento, possiamo fermare quattro possibilità: *a*) che tra la genesi e l'inadempimento la prestazione primaria perda oggettivamente valore (ad esempio, cambi il mercato); o perda soggettivamente valore (ad esempio, perché muta l'interesse creditorio per fatti sopravvenuti); *b*) che la prestazione aumenti oggettivamente/soggettivamente valore; *c*) che tra la genesi e l'inadempimento venga meno l'utilità secondaria, perché ad esempio l'impiego è reso impossibile da forza maggiore o da cause esterne; *d*) che l'utilità secondaria aumenti, per nuove opportunità sopravvenute.

Quid iuris? Parrebbe doversi escludere rilevanza alle oscillazioni del « valore primario », ossia dell'equivalente economico della prestazione in sé, giacché tale dinamica sembra doversi generalmente considerare entro la cosiddetta « alea normale » del vincolo (187). Sul « valore secondario », come denomineremo l'equivalente pecuniario dell'interesse al risultato, entra appunto il nostro art. 1225 c.c.: il quale limita il risarcimento alla misura che poteva prevedersi originariamente; ossia alla misura dedotta *in vinculo*.

Il tempo gioca contro il creditore. Il quale non potrà pretendere il risarcimento del valore originario ove la *utilitas* risulti *medio tempore* ridotta (minor danno); parimente, egli non potrà pretendere il maggior danno rispetto a quello dedotto in prestazione, e reso prevedibile e risarcibile dal titolo (188). La prevedibilità non deve essere confusa con l'empirica scienza privata del debitore, e quindi come pronostico *ex post* di ciò che egli individualmente poteva conoscere; essa — al pari della determinabilità dell'oggetto (richiesta dal-

linea, ora anche ZECCHIN, *Il danno non patrimoniale*, cit., 267 nt. 152. Inclineremo per la posizione del Pellegrini: « intrinseco » (o interno, o positivo) è il « prevedibile », nel senso oggettivo e causale dell'*utilitas* garantita; « estrinseco », l'imprevedibile, al tempo della genesi. La prevedibilità non è qui prognosi soggettiva e individuale; essa convoca la causa del vincolo, per propria natura volto a garantire un futuro condiviso. Con il Betti, potremmo ragionare di una « forma rappresentativa », che attualizza al tempo della promessa il destino funzionale della prestazione e della sua utilità. V. *supra*, nt. 5.

(186) V. *supra*, nt. 4 e 5.

(187) Per questa nozione, v. per tutti l'attento studio di F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, Giuffrè, 2004, 37 ss. Ove ampia bibliografia.

(188) La prova del minor danno sarà ovviamente a carico del debitore. Non crediamo di dover offrire spiegazioni ulteriori.

l'art. 1346 c.c.) — è requisito *immanente*, che entra nella struttura, siccome geneticamente funzionale alla garanzia patrimoniale del creditore (189).

Il risarcimento si estende e limita al valore del credito, reso prevedibile dal titolo, ossia causalmente rilevante. Giova riflettere sulle differenze dei testi normativi, applicabili all'uno o all'altro plesso delle responsabilità. L'art. 2056 richiama nel torto soltanto la disciplina dell'art. 1223 del codice, e così rende rilevanti i segmenti causali della perdita e del mancato guadagno, in quanto conseguenze immediate e dirette. Prescindiamo in questa sede dall'annoso dibattito intorno alla bipartizione « danno evento-danno conseguenza » (190). Qui interessa soffermarci *breviter* sul secondo comma, a tenore del quale « il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso ». Ora, se mal non ragioniamo, questa precisazione parrebbe collegarsi logicamente alla mancanza della *deductio in obligatione*, postulata dall'art. 1225 c.c.; manca, nel nulla del torto, precisamente il titolo *del* (191) credito, ossia la fonte di determinazione « dialettica » del lucro cessante (192); il quale altro non è dalla *utilitas*, spettante al creditore, prevista dalla causa del rapporto; ed espressa nella lingua della moneta (193).

(189) Sulla rilevanza strutturale del « valore patrimoniale condiviso », da leggere ora le importanti pagine di CONFORTINI, *Primato del credito*, cit., 65 ss.

(190) Come vedemmo (*supra*, nt. 164), l'ultima giurisprudenza ribadisce la bipartizione causalità materiale-causalità giuridica: v. Cass. 11 novembre 2019, n. 28986, n. 28991 e n. 28992, cit. Per la ricostruzione del dibattito su causalità materiale e causalità giuridica v. per tutti BELFIORE, *Responsabilità (struttura del giudizio e prestazione risarcitoria)*, cit., 1519 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 349 ss., spec. 389 ss.

(191) Del credito; non *di* credito. Questo titolo non è astratto; e non incorpora diritti cartolari.

(192) PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione*, cit., 97 ss. Questa — se mal non ne interpretiamo il pensiero — ci pare la posizione del CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 882, il quale considera il secondo comma dell'art. 2056 c.c. quale indice non sufficientemente ragionato della diversità tra danno aquiliano e danno contrattuale. Il danno aquiliano non consegue da « quello che potrebbe dirsi il confronto tra i patrimoni che sono legati dal *vinculum iuris* ». V. anche nel medesimo senso (richiamato da Castronovo) Chr. VON BAR e U. DROBNIG, *The Interaction between Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München, Sellier, 2004, 43. V. ancora R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nss. D.I.*, XV, 1968, 672 ss. In senso omologo, ma con esiti diversi, NICOLUSSI, *Danno*, cit., spec. 537-538.

(193) V. *supra*, nt. 150. In questa prospettiva, l'art. 1225 c.c. finisce per convocare il concetto di « danno intrinseco » (o interno), teorizzato da BELFIORE, *Responsabilità (struttura*

Parrebbe di poter approdare su questa linea allo scrutinio (analogico?) degli art. 1223 e 1225 c.c. rispetto all'obbligo di buona fede dell'art. 1337 c.c. Mancando per definizione il « titolo del credito », sembra doversi giocoforza applicare il criterio universale dell'art. 1223 c.c. (194). Senza la limitazione della « prevedibilità », imposta dall'art. 1225 c.c. in ragione del titolo, ossia della patrimonializzazione dell'interesse positivo dedotta in prestazione primaria, non sembra potersi sfuggire all'alternativa: o la protezione si fa interesse positivo, e allora si tratta di una obbligazione con (titolo di) prestazione primaria *tout court* (195); o essa rimane interesse negativo, e allora manca per definizione il valore patrimoniale condiviso (196), entro cui confinare il danno risar-

del giudizio e prestazione risarcitoria), cit., 1519 ss., esteso all'*utilitas* primaria. Di « *assunzione del rischio* » scrive A. D'ADDA, *Riflessioni sul risarcimento del danno (im)prevedibile*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, n. 6, 1299, con riguardo ai rischi anomali, dedotti in obbligazione.

(194) Trascriviamo le parole del PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione*, cit., spec. 257, ad avviso del quale « quella "funzione di pagamento" del risarcimento testimoniata dall'art. 1225, mal si combina con la perdita d'un qualcosa che già faceva parte del patrimonio del creditore: qui l'obiettivo cui il risarcimento mira non è ricostruire per equivalente quello stato del mondo che promesso con il contratto l'inadempimento ha negato, bensì di ripristinare lo stato *quo ante* che lo stesso inadempimento ha turbato ». Il Pellegrini rinvia qui alla posizione di P. REMY, *La « responsabilité contractuelle »: histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 325 ss. Sulla quale v. le riflessioni di CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 526 nt. 15. Il Castronovo (*ivi*, 395 ss., 883 ss.), sembra interpretare diversamente il microsistema 1223-1225, estendendo il limite della prevedibilità anche al torto (tranne che per il dolo). Segneremmo solo come la proposta del Pellegrini parrebbe far leva sulla categoria del significare piuttosto che su quella dell'accadere. La prevedibilità (del 1225) si deve convertire in significato del titolo, in cui le parti o la legge hanno dedotto la ricchezza promessa. Idea molto suggestiva e acuta. Per i criteri di calcolo del valore (previsto o prevedibile) v. *supra*, nt. 150.

(195) Come accade nelle prestazioni di custodia. Per un cenno, v. *supra*, § 16. Sul punto, da rileggere il dialogo tra il Nicolussi e il Castronovo: v. *supra*, nt. 73.

(196) Interessanti notazioni intorno alla patrimonialità dell'obbligazione possono leggersi in T. PELLEGRINI, *Il problema della patrimonialità dell'obbligazione e del contratto*, in *Pers. merc.*, 2016, n. 3, 116 ss.; spec. 134, ove si svolge l'idea di una patrimonializzazione causale nella dialettica del vincolo. Ci pare di poter condividere l'idea del Pellegrini di una rilevanza individuale dell'*homo oeconomicus*, il quale deduca in *obligatione* un interesse socialmente non apprezzabile (letteralmente: senza valore di prezzo); ma condiviso (semanticamente? ermeneuticamente?) con il debitore. La deduzione nel rapporto — se mal non intendiamo — si traduce nel condividere con il debitore la causa concreta, ossia il valore economico (monetario) degli interessi dedotti. Sulla stessa linea (forse non perfettamente sovrapponibile) v. ora anche D'ADDA, *Riflessioni sul risarcimento del danno (im)prevedibile*, cit., 1330; ad avviso del quale « il criterio della prevedibilità postula l'esistenza di un parametro su cui

cibile. Anche qui l'esito analogico parrebbe convocare la *ratio* dei 1223-2056. La pretesa natura « contrattuale » dell'obbligo di buona fede non consente in nessun caso di applicare il criterio di determinazione del danno positivo, recato dall'art. 1225 c.c.

21. (Segue): *danno positivo precontrattuale?* — Rimane da fugare un equivoco, subdolo e insidioso. Positivo non è il danno materialmente o contabilmente maggiore; bensì il valore, causalmente dedotto *in prestazione*. Ragioniamo ancora nel laboratorio dell'art. 1337 c.c. Il danneggiato potrebbe provare di aver perso un'alternativa più vantaggiosa della trattativa disutile (197), e così postulare un risarcimento addirittura maggiore rispetto alla *utilitas* del contratto non concluso (o concluso a condizioni peggiori). La distanza logica sta tutta nell'assenza della prestazione: ossia del titolo del danno positivo, interno o intrinseco. Il danno precontrattuale è *sempre esterno*, e corrisponde agli interessi esogeni, non dedotti *in vinculo*: rilevanti semanticamente, ai sensi di specifiche disposizioni — per i teorici della norma secondaria (198) —; o ermeneuticamente, per conclusione congiunturale — per i teorici della norma primaria (199) —; in ogni caso, riversati nell'onere probatorio del danneggiato (200).

La rilevanza degli obblighi positivi d'informa-

misurare *ex ante* l'oggetto della previsione, e quindi un rapporto obbligatorio "primario" la cui violazione produce l'obbligazione risarcitoria; pare invece meno idoneo ad operare quando l'obbligazione nasca ab origine risarcitoria, nel momento della produzione del danno, a prescindere da una previa relazione tra debitore e creditore ».

(197) Lo stesso è per responsabilità medica non contrattuale (art. 7 comma 3 l. n. 24 del 2017; v. *supra*, nt. 171). Il danno negativo (danno « altro ») si calcolerà rispetto alla *chance* di guarigione o di cura, ricavabile dallo *standard* tecnico applicabile. Essa sarà il più delle volte identica alla misura del risultato deducibile in prestazione. Per ragionare all'estremo, si potrebbe didascalicamente ipotizzare il caso di un solo medico su un'isola deserta: in questo caso, la *chance* non potrebbe tenere conto di possibilità alternative.

(198) V. *supra*, § 5.

(199) V. *supra*, § 4.

(200) Sotto questa luce, qualificherebbero negativo (o estrinseco) anche il danno postulato dall'art. 1440 c.c. Il quale finisce per rendere risarcibile una *chance*, e non il diritto di prestazione del contratto che non c'è, e che avrebbe potuto esserci. O si postula un vero e proprio diritto alla prestazione ipotetica più vantaggiosa, sorta di sanzione per il dolo; oppure, come parrebbe sistematicamente più razionale, si postula la rilevanza della perdita di *chance*, la quale rifluisce tra le mere possibilità (se si vuole, probabilità) che il danneggiato è per logica necessità chiamato a provare. Perché dovrebbe presumersi *tout court* la volontà del contraente in mala fede di stipulare il contratto alle condizioni desiderate dall'altro?

zione, ricavabili da disposizioni del codice e da (sempre più numerose) norme di settore (201) parrebbe restringersi al profilo probatorio. Come vedemmo (*supra*, § 18), la prova della fattispecie « informazione X » rende logicamente rilevante l'inerzia: la mancanza di una prova dell'adempimento (nel senso elementare di un contegno conforme dell'obligato) è per logica necessità già prova dell'inadempimento. Sotto questa luce, la posizione semantica di obblighi d'informazione espressi e specifici non sembra mutare la rilevanza del danno, e così lo statuto della responsabilità. Che si tratti infatti di fattispecie concreta ricavata ermeneuticamente o semanticamente (che sia ad esempio previsto un preciso obbligo di informazione: come nei contratti del consumatore), delle due l'una: o l'informazione si fa prestazione in senso proprio, e allora essa esibirà un valore positivo dedotto *in vinculo*, garantito al creditore e suscettibile di danno positivo interno; oppure rimane un mero obbligo, ossia una fattispecie di condotta, e allora sarà titolo risarcitorio del solo danno negativo esterno. *Tertium non datur*.

Vorremmo qui soffermarci con qualche pedanteria sul laboratorio della cosiddetta « responsabilità medica »; la quale sembra offrire motivi di confusione con riguardo alla definizione concettuale dell'interesse positivo; e tuttavia, se a fondo ragionata, aiuta a stagliare con rigore la differenza strutturale tra danno negativo (esterno) e danno positivo (interno) (202).

Cerchiamo di separare concettualmente nel modo più netto, distinguendo prestazione di cortesia e prestazione contrattuale del medico. Nella prima manca il titolo, che deduca il *facere in vinculo*. Che significa? Ciò che abbiamo detto fin qui: significa che manca la garanzia (« promessa », messa innanzi e pre-vista) del valore intrinseco della prestazione, ai sensi degli art. 1174 e 1225 c.c. Sicché il risarcimento per lesione colposa sarà dovuto, non già nella misura speciale, postulata dall'art. 1225 per l'inesecuzione della prestazione, bensì in quella universale dell'art. 1223 c.c., prevista per il danno. Il risarcimento sarà calcolato con riguardo alla perdita e al mancato guadagno, da trarre come conseguenze immediate e

(201) Per un'analitica disamina degli obblighi speciali di informazione (da prospetto, codice del consumo e così via), v. per tutti D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1051 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 541 ss.

(202) Per una contaminazione del positivo in campo aquiliano v. ora le note di G. ANZANI, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, n. 5, 1692 ss., spec. 1708 nt. 85 sull'interesse positivo del paziente.

dirette *al tempo della lesione; e non al tempo della genesi del vincolo*. Il danno rimane negativo, anche se la misura del risarcimento superi il valore della lesione materiale (203).

Esemplificando. Tizio si presenta dall'amico medico, con una patologia che — fatto 100 il perfetto stato di salute — lo porta a stimare la sua condizione attuale, al tempo in cui il medico interviene, in 50. Il medico sbaglia, «riducendo la salute a 30» (si tolleri la caduta semantica). Potrà il paziente chiedere 20, ossia la misura della perdita immediata e diretta (50-30)? O potrà chiedere di più, ossia il valore del miglioramento che la cura diligente avrebbe potuto, secondo la normalità causale dei protocolli, raggiungere? Poniamo fino a uno stato di benessere pari a 80? Potrebbe dunque egli pretendere 50?

Saremmo per la seconda. Ma attenzione: si tratta sempre di una *chance*, calcolabile secondo un criterio di regolarità causale; non già del valore preventivamente dedotto e garantito in prestazione. Il danno è qui sempre un *a posteriori*, come nel torto (1223 c.c.); non un *a priori*, come nell'inadempimento (1225 c.c.). Si tratta per logica necessità di un *danno negativo*; non già positivo. La coppia logica positivo/negativo ha segno qualitativo e non quantitativo. Il profilo empirico del valore non incide sulla struttura qualitativa dello statuto del danno negativo, da mera negligenza; neppure nel caso limite della cura medica, che si suole indicare con il sintagma «prestazione senza obbligazione» (204).

Sotto questa luce, la mera fattispecie di obbligo precontrattuale, senza prestazione garantita, implica sempre lo statuto del danno negativo (205); e

(203) Come noto, il VON JHERING, *Della culpa*, cit., 16 ss., vorrebbe equitativamente limitare il risarcimento all'utilità del contratto non stipulato.

(204) Conio di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446 ss., 450; ora impiegato, con la consueta precisione, da S. DELLE MONACHE, *Tutela risarcitoria e inadempimento contrattuale (a proposito delle "prestazioni senza obbligazione")*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti* (Atti del Convegno di Camerino, 25-26 settembre 2015) a cura di C. PERLINGIERI e L. RUGGERI, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016, 375 ss.

(205) Si potrebbe concepire anche un interesse negativo alla inibitoria del *periculum*? O, ancora di più, un interesse positivo «debole» (à la Mazzamuto) di protezione (per questa veduta, *supra*, § 7, spec. nt. 55)? Il discorso ci porterebbe troppo lontano da questa sede. Diremmo soltanto che la relazionalità del vincolo rischia di rimanere dogmaticamente oziosa se non si traduce in uno statuto positivo del credito, ossia della nuova ricchezza generata e garantita dal titolo. Le azioni latamente inibitorie degli atti dannosi (le quali potrebbero persino assumere la forma processuale della condanna a un *facere*) si dimostrano co-

segnatamente, l'applicazione del regime universale del risarcimento, previsto dagli art. 1223-2056 c.c.

22. *La prescrizione. Art. 2646-2647 c.c.* — Giungiamo al problema — tutt'altro che secondario nella esperienza giudiziale — della prescrizione del diritto al risarcimento. Ragionando come se si desse un fatto atipico, rifluirà il diritto al risarcimento nella prescrizione dell'art. 2946 o dell'art. 2947 c.c.?

Per quello che vale, la Relazione al codice confessa un *favor rei*, il quale non potrebbe essere chiamato a ricostruire i fatti giustificativi del torto oltre un certo ragionevole limite di tempo (206). Il *favor* sembra anche qui spiegarsi nel difetto di un diritto di prestazione primaria che duri il tempo del titolo, e si traduca nell'esercizio dell'interesse positivo alla *utilitas*, da esso garantita.

Per questa via, l'incerta e dibattuta ricostruzione dell'istituto mette in luce — accanto al sempre arduo rinvio all'ordine pubblico — un più realistico e pragmatico interesse del soggetto passivo di reputarsi libero dal vincolo di prestazione, in conseguenza del decorso del tempo stabilito dalla legge (207). Si prescriverebbe in dieci anni l'esercizio di un diritto di pretesa, ossia di una situazione stabilita nel vincolo formale della prestazione primaria (208).

munque strutturalmente diverse dalle azioni creditorie di coazione: quelle seguono la logica della tutela (preventiva) negativa e impeditiva; queste, la logica della tutela positiva e locupletativa. Sarebbe da ragionare sul concetto di pericolo (2050?), come danno potenziale che accresce il grado di diligenza, esigibile dai soggetti attenti o vicini. Per una riconduzione dell'inibitoria a modo di attuazione dell'obbligazione risarcitoria v. ora CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, spec. 950 ss.

(206) «Ho previsto, — scrive Dino Grandi in *Relazione al progetto del libro delle obbligazioni*, Roma, Poligrafico dello Stato, 1942, n. 659 — infine, una prescrizione speciale di cinque anni per le azioni derivanti da atto illecito, che si riduce a tre anni per l'azione di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli (art. 777). Ho considerato che il più lungo termine ordinario rende difficile la difesa del responsabile, il quale, a grande distanza di tempo dal fatto lesivo, non è spesso in condizione di dare prova della sua liberazione».

(207) Da consultare le interessanti pagine di G. TRAVAGLINO, *Le stagioni della prescrizione estintiva*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1, 54; il quale — sulla scia di un risalete dibattito — nota come non si possano assimilare prescrizione ed estinzione *tout court*. E come il debito prescritto sia solvibile, ma non coercibile. Sicché a venir meno parrebbe proprio la pretesa primaria, ossia il potere del creditore di pretendere l'attuazione del vincolo formale. Sulla scorta di R. ORIANI, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione*, Napoli, Jovene, 1977, 31 ss.

(208) Com'è noto, FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 432 ss., 502 ss., include la prescrizione tra i fatti preclusivi (e non già estintivi). A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Na-

Insomma: altro sarebbe esercitare il diritto al risarcimento per la generica e vasta lesione alla propria sfera, il quale mobilità più complesse dinamiche processuali e probatorie; altro, pretendere la specifica prestazione primaria, consacrata nel titolo, il cui valore permane costante nel tempo nella misura ordinaria dell'art. 2946 c.c. E così pure, altro è esercitare un diritto alla *utilitas* positiva, ossia a ottenere direttamente (mercé l'adempimento) o indirettamente (attraverso il risarcimento) l'attribuzione patrimoniale additiva, immanente al titolo del credito; altro, lamentare un « danno negativo », che sottragga alcunché alla sfera originaria. Il danno negativo precontrattuale non è per definizione dedotto nel titolo del credito; ed è sotto questa luce omologo al danno aquiliano. Se — come reputiamo — la prescrizione è un fatto riduttivo (209), allora il termine decennale può applicarsi solo alla prestazione primaria, e segnata al credito primario. In mancanza della pretesa alla prestazione positiva, destinata a estinguersi per prescrizione ordinaria, sembrerebbe rimanere il solo spazio del « danno negativo », a prescindere dalla tecnica di posizione dell'obbligo di buona fede (ermeneutica del caso concreto *vs* semantica delle disposizioni specificanti); spazio, prossimo o coincidente con quello dell'illecito e della relativa azione risarcitoria (art. 2947 c.c.).

Al postutto, risolto in *fattispecie di danno negativo*, l'« obbligo » dell'art. 1337 c.c. esibisce uno statuto semplice, secondo la disciplina ricavabile dagli art. 1218/2043/2697 (210); 1223/2056; 2647 c.c.; statuto, assimilabile a quello del danno aquiliano. Deve invece escludersi l'applicazione degli

poli, Jovene, 1971, 33, avverte come la formula dell'art. 2934 c.c. (« ogni diritto si estingue per prescrizione ») si rivelerebbe impropria; meglio, l'enunciato dell'art. 2105 del codice civile 1865 (« la prescrizione è un mezzo con cui [...] taluno è liberato [...] »). B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 866 ss.; Id., *Prescrizione (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XXXV, 1986, 57, restringe l'effetto estintivo al solo lato passivo; permanendo il diritto di ricevere. Cfr. poi P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1972, 117, secondo il quale la prescrizione produrrebbe un mutamento dell'obbligazione da civile in naturale. Il discorso ci porterebbe lontano, oltre l'economia di queste pagine.

(209) Per la prescrizione come laboratorio dell'effetto riduttivo, ci permettiamo di rinviare a ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., 173 ss.; e ora a Id., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, cit., 454 ss.

(210) Non inganni l'apparente contraddittorietà di questa triade: il regime probatorio dell'art. 1218 c.c. non è (come sembra) invertito, ma segue la logica presuntiva (o congetturale) della prova; e il coerente regime generale dell'art. 2697 c.c.: v. *supra*, § 18.

art. 1174, 1218/1256 (con preciso riguardo al regime dell'impossibilità), 1225, 2646, 2740, 2900 ss. c.c.

La malafede precontrattuale parrebbe svelarsi una fattispecie di danno ingiusto. Prima del danno, nulla.

Mauro Orlandi

FONTI. — Art. 23 cost.; art. 1337, 1338 c.c.

LETTERATURA. — Oltre alle opere generali sul contratto e sulla responsabilità; oltre ai lavori citati nelle note al testo: AA.VV., *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali* a cura di L. VIOLA, Matelica, Halley, 2007; G. AFFERNI, *Il 'quantum' del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, Giappichelli, 2008; Id., *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. VISINTINI, I, Padova, Cedam, 2009, 757 ss.; G. ALPA, *Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 535 ss.; C. AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, Giuffrè, 2008, 391 ss.; Id., *Affidamento e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2012; M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 400 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2012; F. BENATTI, *Colpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 292 ss.; Id., *Responsabilità precontrattuale: I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, 1991; L. BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, Giuffrè, 2009; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 962 ss.; F. CARRESI, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 822 ss.; D. CARUSO, *La colpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, Giuffrè, 1993; C. CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2009, 560 ss.; Id., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità e responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 19 ss.; Id., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, *ivi*, 2012, 1234 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, Cedam, 1977; S. CHERTI, *Obblighi di informazione e informazione pubblicitaria nel codice del consumo*, in *Teoria e storia del diritto privato*, III, 2010, 1 ss.; G.A. CHIESI e A. MEROLA, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto. Trattato teorico-pratico* a cura di P. FAVA, Milano, Giuffrè, 2012, 1429 ss.; L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Fil.*, 1900, 728 ss.; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in questa *Enciclopedia*, XXXIX, 1988, 1269 ss.; E. DAMIANI, *Informazioni precontrattuali e responsabilità*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi* a cura di E. DEL PRATO, Milano, Giuffrè, 2003, 174 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; Id., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.; Id., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, V. *Rimedi-2* a cura di V. ROPPO, Milano, Giuffrè, 2006, 979 ss.; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1980; F. DELLA NEGRA, *Tutela dell'affidamento e dichiarazioni precontrattuali*, in *Contr.*, 2013, 176 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, Cedam, 2002; A.G. DIANA, *La respon-*

sabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, Padova, Cedam, 2000; A. DI MAJO, *Il contatto sociale - la colpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, 2565 ss.; G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, Società Cartiere Centrali, 1918; F. FESTI, *Introduzione a "La responsabilità precontrattuale" di Francesco Benatti*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, n. 4, 1294 ss.; F. FERRO-LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova, Cedam, 1999; A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, Giappichelli, 2005; M.L. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence: tra colpa in contrahendo e contratto*, Milano, Giuffrè, 2009; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno, in Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, 497 ss.; A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, Giappichelli, 2008; F. GRECO, *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, Giuffrè, 2010; M.L. LOI e F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1975; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1995; A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, 794 ss.; M. MATTIONI, *Responsabilità per conclusione di un contratto invalido*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1072 ss.; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, Cedam, 2002; P.G. MONATERI, *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, 764 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale (con la collaborazione di A. ACCORNERO)*, Torino, Utet, 1998; V. MONTARULI, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, Giappichelli, 2005; A. MUSIO, *La c.d. buona fede precontrattuale della P.A. e la tutela dell'affidamento*, in *Corr. giur.*, 2004, n. 8, 1076 ss.; E. NAVARRETTA, *Le trattative e la responsabilità precontrattuale*, in *Diritto privato (Autori vari)*, I, Torino, Utet, 2010; I.L. NOCERA, *Responsabilità precontrattuale anche per sola violazione dell'obbligo di lealtà reciproca*, in *Dir. giust.*, 27 aprile 2012, 456 ss.; D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1999; G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, *Artt. 1337-1342*, Milano, Giuffrè, 1993; E. PELLECCIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, Giuffrè, 2008, 497 ss.; G. PERLINGIERI, *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquanta anni dopo*, in F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, rist., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, XXV ss., e in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1301 ss.; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1990; G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1999; ID., *La responsabilità precontrattuale*, in *I contratti in generale* a cura di P. CENDON, Torino, Utet, 2000, 75 ss.; F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1153 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto. II. Le regole di comportamento*, Milano, Giuffrè, 1974; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, XIII, t. 2, Torino, Giappichelli, 2000, 268 ss.; R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 82 ss.; A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2004; N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di*

validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale, in *Foro it.*, 2006, I, 1107 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1749 ss.; ID., *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, ivi, 2012, 1949 ss.; ID., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura 'contrattuale' della responsabilità precontrattuale*, in *N. giur. civ.*, 2016, 1515 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nss. D.I.*, XV, 1968, 670 ss., oggi in ID., *Responsabilità civile e danno*, Torino, Giappichelli, 2010, 102 ss.; S. SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995; P. SIRENA, *Responsabilità precontrattuale e obblighi informativi, in L'attuazione della direttiva Mifid* a cura di L. FREDIANI e V. SANTORO, Milano, Giuffrè, 2009, 102; L. SOLIDORO, *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione, in Teoria e storia del diritto privato*, III, 2010, 1 ss.; M. RENNA e A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giur. it.*, 2012, 2662 ss.; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, Utet, 1996; G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I, 1107 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Brevi note circa la natura della responsabilità precontrattuale secondo la Cassazione, in Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, Università Bocconi Editore, 2014, 1377 ss.; V.M. TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1958; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, Cedam, 1972; A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, 344 ss.

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANIA BARIATTI - MARTA CARTABIA - CLAUDIO CONSOLO - GIOVANNI D'AMICO

RICCARDO DEL PUNTA - FABRIZIO DI MARZIO - MASSIMO DONINI

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA - LAURA MOSCATI - FRANCESCO RICCOBONO

pubblicazione fuori commercio

Isbn 9788828819158