



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE
E STUDI INTERNAZIONALI

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
- CICLO XXXI -

**LA PREVEDIBILITÀ DEL DANNO NELL'ILLECITO
CONTRATTUALE.
PROBLEMI E PROSPETTIVE.**

Coordinatore: Ch.mo Prof. Alessandra Pietrobon (già Ch.mo Prof. Manuela Mantovani)

Supervisor: Ch.mo Prof. Arianna Fusaro e Ch. mo Prof. Filippo Viglione

Dottorando: Alessandra Pasqualetto

INDICE

NOTE INTRODUTTIVE

1. Premessa metodologica. pag. 3

CAPITOLO I

FUNZIONE DEL CRITERIO DELLA PREVEDIBILITÀ DEL DANNO: PROFILI STORICI E DISCIPLINA VIGENTE

1. L'intenso dibattito che ha preceduto l'odierno articolo 1225 cod. civ. pag. 6
- 1.1. La prevedibilità del danno dalle fonti giustinianee all'opera di Dumoulin. » 10
- 1.2. La prevedibilità del danno nell'opera di Pothier. » 17
- 1.3. La prevedibilità del danno nelle codificazioni moderne. » 23
- 1.4. Critiche. » 26
2. La scelta legislativa attuale come approdo di una tradizione plurisecolare. » 29

CAPITOLO II

PREVEDIBILITÀ DEL DANNO NEL DIRITTO INGLESE TRA *AGREEMENT CENTRED APPROACH* E *DEFAULT RULES*

1. Le origini del *law of contract*. pag. 39
2. Domat, Pothier e la *contemplation rule*. » 47
3. La *reasonable foreseeability* anche nel *law of contract*. Un possibile riavvicinamento tra *contract* e *tort*. » 62
4. Lord Reid e la moderna dicotomia tra *contract* e *tort*. » 67
5. La prevedibilità del danno quale criterio di interpretazione del contratto. Critiche. » 71
6. Conclusioni. » 88

CAPITOLO III

LA PREVEDIBILITÀ DEL DANNO NEL CONFRONTO TRA ORDINAMENTI

1. Il modello contrattuale inglese tra antagonismo e cooperazione.	pag.	93
1.1. La <i>freedom of contract</i> e i suoi limiti.	»	94
1.2. I riflessi dell'evoluzione del <i>law of contract</i> nelle recenti ricostruzioni della <i>contemplation rule</i> .	»	107
2. Divergenze strutturali tra l'art. 1225 cod. civ. e la <i>contemplation rule</i> .	»	118
2.1. L'inadempimento doloso.	»	120
3. Dal fondamento alle regole operazionali: convergenze tendenziali e diversità di dettaglio.	»	132
 Bibliografia	 pag.	 141

NOTE INTRODUTTIVE

1. Premessa metodologica.

La presente indagine comparatistica pone a confronto l'istituto della prevedibilità del danno nell'illecito contrattuale così come sviluppatosi nel diritto inglese e in quello italiano.

La scelta del tema di ricerca nasce dalla presa d'atto del recente dibattito riscontratosi in seno alla dottrina inglese in merito alla possibilità di riqualificare la *contemplation rule* quale strumento interpretativo volto a delineare l'implicita volontà delle parti circa l'allocatione dei rischi contrattuali.

Secondo i sostenitori di questo indirizzo le conseguenze pratiche di una tale impostazione, di cui non vi è traccia nel diritto italiano, attengono alla concreta quantificazione del danno. Invero, il debitore inadempiente potrebbe essere chiamato a risarcire un ammontare minore rispetto a quanto previsto applicando la regola tradizionale, se è in grado di dimostrare di non aver accettato il particolare rischio verificatosi nel caso di specie. E, al contrario, potrebbe dover risarcire un danno di ammontare maggiore rispetto a quanto prevedibile al momento della conclusione del contratto se la circostanza eccezionale verificatasi risulta dallo stesso accettata.

In particolare, è parso interessante comparare la regola inglese in tema di prevedibilità del danno con quella italiana di cui all' art. 1225 cod. civ. sia perché la nostra dottrina si è per molti anni disinteressata di questa tematica sia perché la *contemplation rule* rimane uno degli esempi più significativi di circolazione del modello continentale all'interno del sistema giuridico di *common law*.

Posto che uno studio comparatistico mira preliminarmente a dare conto delle diverse soluzioni presenti in ciascun ordinamento con riguardo a un determinato istituto, la prospettiva di indagine è neutra.

Nei primi due capitoli, dedicati rispettivamente al diritto italiano e al diritto inglese, si è svolta un'indagine storica dell'istituto e si è, poi, dato conto della pluralità di soluzioni interpretative accolte in dottrina e in giurisprudenza al fine di delineare le principali linee di tendenza e agevolare la ricostruzione dell'attuale funzione del criterio della prevedibilità del danno in ciascun ordinamento.

Infine, nel terzo capitolo, dedicato alla comparazione, si è cercato preliminarmente di fornire una spiegazione della presenza di un tale dibattito sulla prevedibilità del danno nel diritto inglese, assente in Italia. E si è evidenziato come una tale riproposizione del criterio in chiave volontaristica tenda a rispecchiare la prospettiva classica della *law of contract*: in tale sistema è, infatti, ancora forte la visione antagonista del rapporto contrattuale e, più in generale, sussiste un certo scetticismo nei confronti di interventi eteronomi sul contratto.

Una tale modo d'intendere il contratto e il ruolo del giudice trova conferma sia nelle tecniche di interpretazione dello stesso, volte a ricercare l'implicita volontà delle parti tramite l'uso di *test* oggettivi, sia nella circostanza per cui il documento contrattuale è molto più denso e dettagliato rispetto a quello continentale dovendo racchiudere qualsiasi pattuizione relativa al rapporto negoziale concluso tra le parti.

In Italia, al contrario, non appare esservi traccia, se non nel vigore del codice del 1865, di una tale visione volontaristica del criterio della prevedibilità del danno e questo è probabilmente dipeso dal fatto che il nostro modello contrattuale è di tipo cooperativo e, altresì, dalla circostanza per cui si è sempre più abituati nel mondo continentale agli interventi eteronomi sul contratto e all'utilizzo da parte della giurisprudenza di regole flessibili per la quantificazione del danno.

Si è passati poi ad analizzare le differenze strutturali tra i due criteri, evidenziando l'assenza nel principio inglese di qualsiasi correlazione tra entità della colpa ed entità del *quantum* risarcibile. Ciò nonostante, si è

concluso nel senso che si tratta di una diversità più teorica che pratica considerata la limitata applicazione del criterio in parola da parte della giurisprudenza italiana e, in ogni caso, l'esistenza di pronunce inglesi che tramite un'interpretazione estensiva del concetto di danno prevedibile tendono a riconoscere un maggior risarcimento nelle ipotesi di inadempimento doloso.

In generale, si ritiene che pur essendosi posti a confronto due sistemi giuridici in cui il contratto si è sviluppato secondo direttive diverse, si deve rilevare che il criterio della prevedibilità del danno venga utilizzato dalla giurisprudenza in modo simile.

Si tratta, infatti, di una regola posta dall'esterno per limitare i danni risarcibili quando nulla è stato previsto dalle parti e avente la funzione di mantenere equilibrato il rapporto contrattuale anche rispetto alle obbligazioni secondarie. Trattandosi di una regola elastica dal significato opinabile, in entrambi gli ordinamenti la giurisprudenza svolge un ruolo predominante nel quantificare il danno risarcibile.

Più in particolare, in Italia se da un lato i giudici affermano il principio per cui la prevedibilità del danno è criterio autonomo rispetto alla causalità adeguata, nella pratica finiscono, il più delle volte, per appiattare il criterio alla regola di cui all'art. 1223 cod. civ.

In Inghilterra, invece, la giurisprudenza affermando di voler raggiungere un risultato ragionevole ed equo per le parti finisce per interpretare in modo più o meno esteso il concetto di danno prevedibile nei singoli casi di specie finendo per risolvere fattispecie formalmente simili in modo difforme per ragioni di *fairness*.

CAPITOLO I
FUNZIONE DEL CRITERIO DELLA PREVEDIBILITÀ DEL DANNO:
PROFILI STORICI E DISCIPLINA VIGENTE

SOMMARIO: 1. L'intenso dibattito che ha preceduto l'odierno articolo 1225 cod. civ. - 1.1. La prevedibilità del danno dalle fonti giustinianee all'opera di Dumoulin. - 1.2. La prevedibilità del danno nell'opera di Pothier. - 1.3. La prevedibilità del danno nelle codificazioni moderne. - 1.4. Critiche. - 2. La scelta legislativa attuale come approdo di una tradizione plurisecolare.

1. L'intenso dibattito che ha preceduto l'odierno articolo 1225 cod. civ.

Chi si accinge ad approfondire lo studio del criterio risarcitorio della prevedibilità del danno non potrà non rilevare l'insufficienza di un'analisi avente ad oggetto il solo dato positivo e la relativa esegesi dottrinale e giurisprudenziale. Vi è, infatti, la necessità di premettere a tale studio un'indagine di carattere storico-comparatistica volta ad agevolare la ricostruzione della funzione di tale istituto all'interno dell'ordinamento italiano.

Un tale modo di procedere risulta indubbiamente valido con riguardo al tema che qui interessa. Non si può non rammentare che l'attuale articolo 1225 cod. civ. riproduce sostanzialmente l'art. 1228 del codice del 1865 che, a sua volta, aveva recepito in modo pressoché letterale l'articolo 1150 *Code Napoleon*, ove, per la prima volta, si era affermata legislativamente la regola per cui quando l'inadempimento non è doloso il risarcimento è limitato al danno prevedibile¹.

¹ Cfr. *ex multis* M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Giuffrè, 1980, 166; M. LUPOLI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Giuffrè, 1969, 13 ss.; A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Giappichelli, 2008, 3 ss.; G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Cedam, 2005, 144; E. TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di*

È assunto comunemente riconosciuto in dottrina² che il principio del limite risarcitorio del danno prevedibile, sconosciuto al diritto romano e al diritto intermedio, sia da ricondurre all'opera del giurista francese CHARLES DUMOULIN³, nella metà del XVI secolo.

Nonostante tale criterio abbia origini antiche, l'attualità e l'importanza di tale tecnica di selezione del danno, trova conferma nei recenti progetti di armonizzazione del diritto europeo⁴. Così l'*Avant-Project del Code européen des contracts* (c.d. "progetto Gandolfi") e i *P.E.C.L. (Principles of European Contract Law)*, redatti dalla c.d. "Commissione Lando", si richiamano espressamente al criterio della prevedibilità del danno⁵. Diversamente, in

equilibrio contrattuale, in *Nuova Giur. civ.*, 2012, 9; C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 972.

² Cfr. *ex multis* M. BARCELLONA, *op. cit.*, 38; SMORTO, *op. cit.*, 146; M. LUPOI, *op. cit.*, 49; A. GNANI, *op. cit.*, 3 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Atheneum, 1915, 600 per cui è assai dubbio che questo criterio "risponda al genuino diritto romano. Venne invece al diritto francese e quindi al nostro dal MOLINEO attraverso il tramite solito del POTHIER (...)".

Contra G. GIANNINI, *Il tempo della prevedibilità del danno da inadempimento da contratto preliminare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 177 secondo cui il criterio della prevedibilità del danno contrattuale era già presente *in nuce* nelle fonti giustinianee.

³ C. DUMOULIN, *Tractatus de eo quod interest*, Venezia, 1574; i passaggi più rilevanti dell'opera si trovano in appendice al primo capitolo del contributo di M. LUPOI, *op. cit.*, 102.

⁴ Cfr. G. ANZANI, *La prevedibilità del danno: un dibattito aperto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 1, 2017; E. TUCCARI, *op. cit.*, 9; A. GNANI, *op. cit.*, 146.

⁵ Il c.d. progetto Gandolfi, infatti, all'art. 162, comma quarto, stabilisce: "*A moins que le débiteur ait agi par dol ou faute, la réparation qu'il doit est limitée au dommage duquel - sur la base du texte du contrat, des circonstances, de la bonne foi, des usage - on doit raisonnablement considérer qu'il a, en tant que personne normalement avisée, au moment de la stipulation du contrat implicitement assumé l'obligation de répondre*".

Nei *Principles of European Contract Law*, l'art. 9:503 (rubricato *Foreseeability*) amplia l'irrisarcibilità dei danni imprevedibili anche ai casi in cui l'inadempimento è stato *grossly negligent*: "*The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent*".

Il criterio della prevedibilità del danno è previsto anche nei Principi *Unidroit*. In tale

linea con la tradizione tedesca⁶, nei principi *Acquis* non viene menzionata alcuna limitazione del risarcimento ai soli danni prevedibili⁷.

Il limite della prevedibilità del danno è, invece, presente nel progetto istituzionale del *Draft Common Frame of Reference*. In particolare, l'art. III - 3:703 disciplina espressamente la c.d. *foreseeability* escludendo il risarcimento dei danni imprevedibili non solo per i casi di inadempimento doloso (come prevede il nostro art. 1225 cod. civ.), ma anche in riferimento ai casi *grossly negligent* (come riconosciuto dal diritto francese)⁸.

testo normativo la regola della prevedibilità del danno è applicata in tutti i casi di inadempimento, eliminando qualunque riferimento all'elemento soggettivo, cfr. art. 7.4.4 (*Foreseeability of harm*): “*The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance*”.

Infine, troviamo menzione del criterio della prevedibilità nella Convenzione di Vienna sulla vendita immobiliare internazionale: l'art. 74, infatti, limita il risarcimento ai danni che la parte inadempiente aveva previsto o avrebbe dovuto prevedere al tempo della conclusione del contratto. Sul tema cfr. F. FERRARI, *Prevedibilità del danno e contemplation rule*, in *Contratto e impr.*, 1993, 763 ss.

Sottolinea A. GNANI, *op. cit.*, 146 in nota, che tali testi di derivazione europea prevedono esclusivamente la prevedibilità del danno, tacendo in merito alla causalità giuridica, pertanto, ci si interroga in dottrina se, in tal modo, tali previsioni abbiano accolto il modello di *common law* che (come si vedrà *infra*, Cap. III) assomma in sé la prevedibilità e la causalità giuridica, o se siano, invece, rimaste fedeli al modello di *civil law* prevedendo, implicitamente, anche l'ulteriore criterio della causalità giuridica.

⁶ Nel sistema tedesco difetta una norma specifica sulla prevedibilità del danno anche se le finalità pratiche sottese a tale criterio sono raggiunte attraverso l'applicazione del giudizio di causalità adeguata (c.d. *Adäquanztheorie*) sub § 249 BGB; cfr. C. ROMEO, *op. cit.*, 978; A. GNANI, *op. cit.*, 150 ss. “notoriamente il codice tedesco non conosce il limite della prevedibilità del danno, affidandosi alla sola regola della causalità giuridica; donde l'ulteriore assunto di un sistema massimamente improntato al principio di *Totalreparation*”.

⁷ Cfr. A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e “diritto privato europeo”: le scelte dei principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 573 ss.

⁸ “*The debtor in an obligation which arises from a contract or other judicial act is liable only for loss which the debtor foresaw or could reasonably be expected to have foreseen at the time*

A ulteriore conferma dell'importanza di questa tecnica di selezione del danno risarcibile, si rammenti come la stessa abbia influenzato numerosi sistemi giuridici⁹, tra cui quello di *common law* ove, come si vedrà, non ha alcun rilievo l'elemento soggettivo in capo al debitore¹⁰.

Alla luce di tutto ciò è, dunque, opportuno iniziare questa analisi sulla prevedibilità cogliendo la norma nel momento primo della sua elaborazione (dottrinale) per riuscire a comprendere fino in fondo le scelte del nostro legislatore e i diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che si sono susseguiti al riguardo.

La dottrina italiana si è a lungo disinteressata dell'argomento¹¹ e, solo recentemente, il dibattito è stato ravvivato da alcuni Autori che hanno ripreso a interrogarsi circa i problemi posti dalla regola di cui all'art. 1225 cod. civ., riscoprendo così le sue antiche origini¹².

when the obligation was incurred as a likely result of the non-performance, unless the non-performance was intentional, reckless or grossly negligent".

⁹ Oltre che l'Italia, anche, per esempio, il Québec (v. art. 1613 cod. civ.), la Spagna (v. art. 1323), il Perù (v. art. 1321, comma terzo, *código civil*) ove, però, il criterio della prevedibilità è applicabile solo in caso di *culpa leve*.

¹⁰ Come si chiarirà nel Cap. II, il criterio della prevedibilità del danno è stato recepito dall'ordinamento inglese attraverso un percorso giurisprudenziale e grazie soprattutto alla circolazione del modello francese. Sul punto v. il *leading case* è *Hadley v. Baxendale*, 156 *Eng. Rep.* 145 (Ex. 1854).

¹¹ Si osservi che lo stesso è accaduto, altresì, in seno alla giurisprudenza di legittimità che, il più delle volte, tende a risolvere i problemi relativi alla quantificazione del danno ancorandosi ai soli criteri di cui agli artt. 1223 cod. civ. e 1227 cod. civ. dimenticandosi completamente del limite della prevedibilità del danno. E, in alcuni casi, arrivando semmai a sovrapporre la stessa al giudizio sulla causalità del danno cfr. CASS., 30.1.2007, n. 1956, in *Vita not.*, 2007, 1, 183.

¹² Come osserva E. TUCCARI, *op. cit.*, 9 "in realtà, il tema della prevedibilità del danno era stato ampiamente affrontato già sotto il codice previgente". Ad ogni modo, gli studi monografici su tale criterio di quantificazione del danno sono piuttosto recenti, cfr. V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 5 ss. e A. GNANI, *op. cit.*, 1 ss.

1.1. La prevedibilità del danno dalle fonti giustinianee all'opera di Dumoulin.

In tema di quantificazione del danno e, in particolare, di prevedibilità dello stesso, il diritto romano non ha lasciato agli interpreti un quadro chiaro e coerente. Una disciplina generale del risarcimento del danno per inadempimento contrattuale si trova solo in un testo del *Corpus iuris*: la Costituzione di Giustiniano del 531 D. C. intitolata *De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur* (C. 7. 47.)¹³.

Una breve analisi di tale opera risulta fondamentale non solo perché, come appena ricordato, è l'unica fonte romana a occuparsi, in una qualche misura, dei criteri da applicare per il risarcimento del danno, ma, soprattutto, perché è a essa che si ispireranno giuristi quali C. DUMOULIN e J.J. POTHIER.

Giustiniano riconosce due tipi d'inadempimento, e dispone per ciascuno di essi un diverso criterio di valutazione del danno risarcibile¹⁴.

¹³ *Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. 1. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui, causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum sciamus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigere, quae vel cum competente moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. 2. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis recitatio.*

¹⁴ Cfr. ex pluris G. SMORTO, *op. cit.*, 142; A. GNANI, *op. cit.*, 4; M. BARCELLONA, *op. cit.*, 32 ss.; E. TUCCARI, *op. cit.*, 9.

Un primo tipo d'inadempimento riguarda i c.d. "casi certi" ("*qui certam habent quantitatem vel naturam*"), tra cui vengono inclusi la locazione, la vendita e, in genere, tutti gli altri contratti.

Un secondo, invece, si riferisce alla categoria residuale dei c.d. "casi incerti" ("*in aliis casibus, qui incerti esse videntur*").

Nei primi la condanna del giudice deve essere limitata entro il doppio del valore oggetto dell'obbligazione (il c.d. *duplum*). Nei secondi, invece, la valutazione del *quantum* risarcibile è rimessa al giudice, che deve attenersi a un generico criterio di moderazione, salvo il ricorso all'analogia (*cum competente moderatione proferentur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur*).

L'interpretazione della Costituzione di Giustiniano ha provocato numerose dispute tra i glossatori. Il profilo maggiormente problematico ha riguardato la distinzione tra "casi certi" e "incerti"¹⁵.

L'opinione più diffusa tra i dottori era che tale Costituzione si riferisse principalmente ai contratti, sebbene i delitti potessero rientrare nei "casi incerti" "*ratione doli mali*"¹⁶. Altri glossatori obiettavano, invece, che i contratti e i delitti potevano essere ricondotti a entrambe le categorie¹⁷ e che, in particolare, i contratti fossero da ricondurre ai "casi incerti" quando avessero a oggetto un *facere*¹⁸. Secondo una differente impostazione, dalla stessa *ratio* della Costituzione - impossibilità di limitare la condanna al *duplum* tutte le volte che si controverta su di un bene non determinato in specie o anche in genere -, si poteva desumere che entrambi i "casi certi" e "incerti" si riferiscano all'ambito contrattuale: in particolare, le obbligazioni

¹⁵ Cfr. M. LUPOLI, *op. cit.*, 38.

¹⁶ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 39.

¹⁷ Si v. *Id.*, *op. cit.*, 40 che riferisce come "ACCURSIO e BARTOLO contendano che alcuni delitti, come il *furtum*, rientrino tra i *casus certi* in ragione della determinatezza della cosa oggetto dell'obbligazione".

¹⁸ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 38 ss.

di *dare* sarebbero riconducibili ai “casi certi” e quelle di *facere* ai “casi incerti”¹⁹.

Vi era, invece, una generale uniformità circa la necessità dell'integrale risarcimento del danno rispetto agli illeciti dolosi commissivi,²⁰ i quali venivano ricompresi, dalla maggior parte dei glossatori, tra i “casi incerti”²¹.

Si tratta, in estrema sintesi, di una disciplina avente a oggetto precipuamente il contratto, ispirata a criteri restrittivi quanto alla materia del risarcimento dell'illecito contrattuale.

Nel Medioevo, la riscoperta della Costituzione Giustiniana²², destinata a divenire diritto applicabile fino al XVII secolo, segna indubbiamente un importante punto di svolta nella creazione di criteri di quantificazione del danno risarcibile²³.

Nella fase immediatamente successiva a tale riscoperta i caratteri propri dell'economia medievale²⁴ e l'influenza della dottrina canonistica²⁵

¹⁹ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 39 il quale ritiene che “la teoria di BARTOLO fosse più brillante: si ha *casus certi* non solo quando l'obbligazione consiste in un *dare*, ma anche quando consista in un *facere*: in quest'ultima evenienza, però, deve trattarsi di un contratto sinallagmatico: il prezzo promesso o corrisposto all'altra parte per il *facere* provoca la quantificazione, e dunque la certezza, dell'oggetto dell'obbligazione”.

²⁰ Ricorda M. LUPOI, *op. cit.*, 42 ss. “ALCIATO è d'accordo con BARTOLO che la mala fede rilevi soltanto nei comportamenti commissivi e non già in quelli di mera omissione”.

²¹ Cfr. M. LUPOI, *op. cit.*, 43.

²² Osserva M. BARCELLONA, *op. cit.*, 32 che dopo il VIII sec. i principi giuridici romani erano stati travolti dalle consuetudini di origine germanica. In particolare, la responsabilità per inadempimento aveva carattere meramente delittuoso, e, spesso, si estendeva agli altri membri del gruppo, si uniformava a “tariffe” prestabilite di origine a volte consuetudinaria ed era accompagnata da sanzioni di vario genere: (bando, scomunica, carcere). Per questo la riscoperta del diritto romano apre nella materia del danno un capitolo completamente nuovo.

²³ Cfr. G. SMORTO, *op. cit.*, 144 ss. e M. BARCELLONA, *op. cit.*, 32.

²⁴ Osserva G. SMORTO, *op. cit.*, 141 che si trattava di un'economia feudale nella quale l'assenza di un mercato, la destinazione degli scambi al consumo diretto e la realtà della maggior parte dei contratti rendevano improbabili fluttuazioni dei prezzi e, in ogni caso, ricadute di

(con riguardo, in particolare, al tema dell'usura²⁶) hanno spinto gli interpreti e la pratica giudiziaria a dare un'interpretazione fortemente letterale a una disciplina già di per sé restrittiva. Invero, il limite del *duplum* venne applicato anche in presenza di danni ben più consistenti: restavano irrisarcibili il danno *extra rem* (o estrinseco), ovvero il danno relativo a perdite ulteriori rispetto a quelle attinenti all'oggetto del contratto, e l'interesse *singulare*, consistente nell'utilità del bene per il particolare creditore e quello scaturente *ex affectus*; mentre la sussistenza del *dolus malus* continuava a essere ammissibile solo rispetto ai comportamenti commissivi²⁷.

Rispetto a quanto detto, l'opera di DUMOULIN segna, sicuramente, una svolta; in essa troviamo le basi dell'attuale disciplina risarcitoria e, in particolare, la prima matura formulazione del criterio di prevedibilità del danno.

Già dal proemio del suo Trattato, DUMOULIN afferma che gli interpreti della Costituzione Giustiniana²⁸ avrebbero commesso degli errori e come di conseguenza il suo compito sia quello di individuarli e correggerli²⁹.

eventuali oscillazioni dei prezzi sulla mancata attuazione dello scambio. In queste condizioni "raramente un danno sarebbe stato diverso dal semplice costo di rimpiazzo del bene".

²⁵ Cfr. T.D. MUSGRAVE, *Comparative Contractual Remedies*, (2009), 34 *U.W. Austl. L. Rev.* 300.

²⁶ Cfr. NANI, *La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e delle dottrine canonistiche*, in *Arch. giur.*, 1876, 207 ss. secondo cui vi era la preoccupazione che dietro il risarcimento del danno vi fossero celate pretese usuarie del creditore.

²⁷ M. LUPOI, *op. cit.*, 42 ricorda che molti glossatori, nell'interpretare la Costituzione giustiniana, sottolineavano che "se il debitore si è reso inadempiente mediante un semplice contegno omissivo torna ad applicarsi il beneficio della condanna non superiore al doppio del valore della cosa".

²⁸ Cfr. C. DUMOULIN, *op. cit.*, parr. 6 in fine, par. 87 in fine. Si veda M. LUPOI, *op. cit.*, 45 e E. TUCCARI, *op. cit.* il quale ricorda come "il trattato di DUMOULIN considera assolutamente centrali le fonti giustiniane, pur criticando aspramente, fin dal proemio, gli interpreti della Costituzione del 531".

²⁹ Cfr. M. LUPOI, *op. cit.*, 45.

Il giurista francese, criticando le teorie fino a quel momento formulate, suggerisce che il requisito della “*certa quantitas vel natura*” (da cui dipende la qualificazione della fattispecie concreta come “caso certo”), si debba riferire non al contratto da cui origina la prestazione principale, ma all’oggetto specifico dell’obbligazione risarcitoria³⁰. Sulla base di ciò, DUMOULIN afferma che, mentre nelle ipotesi di inadempimento e di evizione la causa del risarcimento viene identificata nella mancata consegna o nella successiva privazione del bene dovuto, e ciò conferirebbe all’obbligo risarcitorio un oggetto specifico avente quantità e natura certe; nel caso di consegna di un bene viziato o privo delle qualità promesse l’oggetto del risarcimento è rinvenuto nel pericolo che la prestazione di un bene inidoneo all’uso produce nella sfera patrimoniale dell’acquirente. In questo secondo caso, la misura e l’estensione dell’oggetto specifico dell’obbligazione risarcitoria non possono essere determinate a priori e, pertanto, rientrerebbero nei “casi incerti”. In tal modo DUMOULIN conferisce rilevanza giuridica al nesso funzionale tra la prestazione e le sue utilizzazioni economiche iniziando, dunque, a superare il limite risarcitorio del *duplum*³¹.

Viene, altresì, dato ingresso alla risarcibilità del danno *extra rem*, che non deve, comunque, superare l’ammontare del danno che il debitore poteva prevedere al momento di obbligarsi³², e dell’interesse *singulare*; ampliando in tal modo l’area del danno risarcibile³³.

Infine, DUMOULIN introduce l’idea della prevedibilità del danno quale criterio di esegesi della Costituzione Giustiniana. Nei casi incerti risolve il richiamo equitativo alla moderazione del giudice in un preciso criterio di

³⁰ Cfr. C. DUMOULIN, *op. cit.*, nn. 3-4-5.

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. C. DUMOULIN, *op. cit.*, nn. 56-65.

³³ Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, 44 il quale ritiene gli esempi portati dal giurista francese “illuminanti”. Si tratta, in particolare, dell’esempio delle travi di legno inidonee alla costruzione dell’edificio, che ne determinano il crollo; ovvero le botti inidonee alla conservazione del vino che ne comportano la perdita.

misurazione: il “*praevisum, e expressè vel tacitè susceptum periculum*”³⁴, che “noi oggi chiameremmo prevedibilità del danno”³⁵. In tali casi, dunque, l’obbligo risarcitorio non doveva eccedere la misura del danno che il debitore poteva prevedere e, dunque, accettare - tacitamente o espressamente - al momento della conclusione del contratto ³⁶.

Secondo DUMOULIN tale regola è idonea a chiarire anche l’ipotesi dei casi certi in cui il risarcimento è, come ricordato, pari al *duplum* del valore dell’oggetto specifico dell’obbligazione. L’autore spiega come, di norma, il debitore, obbligandosi, non prevede che lo si potrà ritenere responsabile per i danni che superino l’oggetto della sua obbligazione³⁷.

La regola della prevedibilità, dunque, funge da criterio di moderazione del *quantum* risarcibile sia rispetto ai “casi certi” sia a quelli “incerti”, e assume così a criterio risarcitorio generale³⁸.

Tale regola, come osservato in dottrina³⁹, rispondeva egregiamente ai bisogni della prassi commerciale del XVI secolo: si proponeva, infatti, un metodo di valutazione del danno idoneo a restringere in giusti limiti l’arbitrio del giudice e a conferire sicurezza ai traffici e ai rapporti contrattuali.

Tale principio risarcitorio non trova applicazione nell’ipotesi di inadempimento doloso ove, invece, il risarcimento è integrale. Va evidenziato, tuttavia, come DUMOULIN non accolga la nozione, oggi maggioritaria ⁴⁰, di inadempimento doloso - quale semplice consapevolezza

³⁴ Cfr. C. DUMOULIN, *op. cit.*, n. 60.

³⁵ Cfr. G. SMORTO, *op. cit.*, 146.

³⁶ Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 5 in nota.

³⁷ Cfr. C. DUMOULIN, *op. cit.*, n. 60.

³⁸ *Ibidem* dove l’autore afferma “*non debet quod extrinsecus interest excedere fines objecti, qui verisimiliter apparebant tempore contractus, sive limites periculi vel casus praevisi et tacite suscepti non debent excedi*”.

³⁹ Cfr. M. LUPOI, *op. cit.*, 56.

⁴⁰ In passato la giurisprudenza italiana considerava eccezionale il risarcimento del danno imprevedibile, e dava un’interpretazione restrittiva del dolo di cui all’art. 1225 cod. civ., che

del debitore di non adempiere alla propria obbligazione - identificandolo, invece, con il *dolus malus*, caratterizzato dall'*animus nocendi*⁴¹. Quello che, invece, il giurista francese fa rispetto al passato è estendere la fattispecie dolosa anche ai semplici comportamenti omissivi⁴².

DUMOULIN precisa, infine, che il pieno risarcimento del danno in caso di inadempimento doloso non è estensibile al *damnum remotum* sorto *ex novo casu*⁴³. Ciò significa che la causalità giuridica è intesa quale regola generale di

circoscriveva al caso in cui il debitore, nel mancare intenzionalmente di dare esecuzione o esatta esecuzione alla prestazione dovuta, avesse agito con la consapevolezza di arrecare danno al creditore. In questo senso si vedano: CASS., 7.12.1978, n. 5811, in *Mass. Giust. civ.*, 1978; CASS., 16.1.1964, n. 85, *ivi*, 1964; CASS., 7.8.1962, n. 2441 in *Mass. Giust. civ.*, 1963, I, 845.

In tempi recenti la giurisprudenza maggioritaria fornisce un'interpretazione dell'art. 1225 cod. civ. differente. In particolare, definisce il dolo come mera coscienza e volontà di non adempiere. Cfr. *ex multis* CASS., 16.10.2008, n. 25271, in *Mass. Giust. civ.* 2008, 10, 1489.

In dottrina, F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, Cedam, 1993, I, 78 ss. *Contra* in dottrina P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, 179 ss.

⁴¹ Precisa M. LUPOI, *op. cit.*, 47 che nella visione di DUMOULIN non è in dolo colui che sceglie di sopportare scientemente le conseguenze risarcitorie, invece, dell'onere, più gravoso, di eseguire il contratto.

⁴² Osserva M. BARCELLONA, *op. cit.*, 42 che "l'operazione di ampliamento delle fattispecie dolose sembra bilanciata dal connotato dell'*animus decipiendi*, che DUMOULIN, a differenza della tradizione medievale, ritiene necessario per qualificare un comportamento come doloso. Ma la reale efficacia limitativa di questo ulteriore criterio è solo apparente. DUMOULIN si premura, infatti, di aggiungere che nei comportamenti commissivi l'*animus nocendi* si presume, sicché *probatio scientiae satis arguit dolum*; comportamenti commissivi sono anche il silenzio sui vizi della cosa e la vendita di cosa altrui come propria, sicché la latitudine della presunzione si mostra molto ampia; nel caso di comportamenti omissivi è richiesto l'*animus nocendi*, ma la prova di esso si può desumere *ex aliis perspicuis indiciis*. Cosa ciò implichi è intuibile: ad es., per qualificare un inadempimento come doloso è sufficiente provare la conoscenza del bisogno che il creditore aveva della prestazione dovutagli e dei pericoli cui la mancanza di essa lo esponeva".

⁴³ cfr. C. DUMOULIN, *op. cit.*, 179. Tale limite relativo al risarcimento dell'inadempimento doloso verrà ripreso dal legislatore del codice civile del 1865 che espressamente sancisce

chiusura, volta a indicare il limite ultimo oltre il quale non è mai possibile risarcire il danno, qualunque sia l'atteggiamento psicologico del debitore; la prevedibilità, invece, è regola delimitativa in favore del responsabile in colpa.

In dottrina⁴⁴ si precisa che tale ruolo limitativo della prevedibilità non contrasta con quanto appena detto circa la sua funzione di strumento di ampliamento del *quantum* risarcibile. Diversi sono, infatti, i piani del discorso: "l'uno attiene alla graduazione di responsabilità in funzione dell'elemento soggettivo, l'altro al rapporto tra danno e valore della prestazione"⁴⁵.

1.2. La prevedibilità del danno nell'opera di Pothier.

L'insegnamento di DUMOULIN, dimenticato per quasi due secoli⁴⁶, viene espressamente richiamato da POTHIER quale fondamento del suo *Traité des obligations*⁴⁷.

Come DUMOULIN, anche POTHIER enuncia la regola della prevedibilità del danno con riguardo all'illecito contrattuale⁴⁸ affermando che il debitore

all'art. 1229 che "quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui fu il medesimo privato, non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione".

⁴⁴ Cfr. M. LUPOI, *op. cit.*, 59.

⁴⁵ Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 147 in nota.

⁴⁶ Si veda M. LUPOI, *op. cit.*, 61 ss. che cerca di dare una spiegazione a tale lungo silenzio. Le ragioni sembrano essere plurime: le difficoltà linguistiche e stilistiche del Trattato di DUMOULIN, le ostilità religiose e politiche dimostrate nei confronti del giureconsulto francese e, soprattutto, "la novità della precorritrice visione della responsabilità contrattuale come fondata su un'obbligazione risarcitoria implicitamente assunta".

⁴⁷ Cfr. J.J. POTHIER, *Traité des obligations*, Bruxelles, 1831, 160 ss. Osserva in modo critico M. LUPOI, *op. cit.*, 69 come l'unico merito di POTHIER "consist[a] nell'enunciare in buon francese le idee espresse, in un latino difficilmente accessibile, dal grande giureconsulto del XVI secolo".

*“n’est tenu que des dommages ed intérêts qu’on a pu prévoir, lors du contract, que le créancier pourrait souffrir de l’inexécution de l’obligation; car le débiteur est censé ne s’être soumis qu’à ceux-ci”*⁴⁹.

Questa regola viene letta dall’autore in modo ambivalente. Gli consente, in primo luogo, di giustificare l’affermazione secondo cui nei “casi certi” l’ammontare complessivo del risarcimento è limitato al *duplum* del valore della cosa oggetto dello scambio⁵⁰. A riguardo J.J. POTHIER ricorda come si presume ordinariamente che le parti non abbiano preveduto se non i danni e interessi che il creditore poteva soffrire in rapporto alla cosa stessa che ne è stata oggetto, non già quelli che dell’inadempimento dell’obbligazione gli ha cagionati negli altri suoi beni⁵¹. E, in tal modo, sembra recuperare l’antica tradizione che limitava il risarcimento ai soli danni intrinseci. La prevedibilità del danno, in questo caso, serve solamente come

⁴⁸ *Contra* J. DOMAT, *Le leggi civili: disposte nel loro naturale ordine*, Pavia, 1831 il quale non riconosce un ruolo autonomo al criterio della prevedibilità, ma, al contrario, lo sovrappone a quello della causalità giuridica. Sul punto M. LUPOI, *op. cit.*, 65 “la prevedibilità del danno è, per DOMAT, un criterio che si intreccia con quello della causalità. È direttamente causato quel danno che *normalmente* deriva dall’inadempimento: in questo senso, causalità e prevedibilità vengono a significare la medesima cosa. La conseguenza imprevedibile è dovuta ad un fatto non normale e dunque non rientrante nella causalità naturale”. Secondo A. GNANI, *op. cit.*, 8 nell’opera di J. DOMAT “una generica idea di prevedibilità può semmai riconnettersi al distinguo che [l’autore] introduce tra obbligazioni pecuniarie e obbligazioni non aventi ad oggetto somme di denaro. L’A. spiega che i danni dovuti al mancato pagamento del denaro possono essere individuati dai debitori dalla natura dell’obbligo violato, mentre i danni da mancata *solutio* sono vari e imprevedibili, giacché il danaro non ha un uso particolare, ma serve a soddisfare i più disparati bisogni individuali. Da qui la soluzione di un danno forfettizzato per gli interessi legali, commisurati al valore dei profitti ordinariamente ritraibili dal denaro”.

⁴⁹ Cfr. J.J. POTHIER, *op. cit.*, 160.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. J. J. POTHIER, *op. cit.*, 165.

criterio di moderazione del risarcimento al fine di tutelare il debitore in buona fede⁵².

Dall'altro lato, POTHIER precisa che il debitore è tenuto anche al risarcimento dei danni estrinseci, quando si può supporre che nel contratto questi siano stati preveduti e che il debitore vi si sia espressamente o tacitamente sottoposto⁵³. Da tale valorizzazione degli interessi estrinseci si desume, dunque, che il criterio della prevedibilità, almeno inizialmente, abbia svolto una funzione tendenzialmente estensiva del danno risarcibile⁵⁴ e di ciò si trova ulteriore conferma nei numerosi esempi proposti da POTHIER⁵⁵.

Si tratta, per esempio, del caso della vendita di un cavallo a un canonico: si suppone che nel contratto sia inserita una clausola con cui il debitore si obbliga alla consegna in tempo perché il canonico possa recarsi nel suo beneficio e riscuotervi le decime. In tal caso - afferma POTHIER - se il debitore si rende inadempiente (e sempre che il creditore non riesca a

⁵² Cfr. V. POLACCO, *op. cit.* 590 ss.; M. LUPOI, *op. cit.*, 84.

⁵³ J.J. POTHIER, *op. cit.*, 166. V'è una certa somiglianza con la *contemplation rule*, dove accanto ai *general damages* (che corrispondono alla misura base del danno risarcibile), stanno i *consequential damages* i quali sono risarcibili in quanto si possa dire che le parti li abbiano conosciuti al momento della conclusione del contratto (v. *infra*, Cap. II, 11 ss.).

⁵⁴ Si noti che, a differenza di quanto oggi si afferma in merito all'art. 1225 cod. civ., (v. *contra* A. DI GRAVIO, *op. cit.*, 127 ss. secondo cui "il criterio della prevedibilità [è] servito piuttosto per allargare che non a restringere l'area del danno risarcibile") l'introduzione del criterio della prevedibilità del danno storicamente non ha funzione limitativa del danno risarcibile, ma costituisce piuttosto una tecnica volta ad estendere l'area del danno risarcibile. Sul punto si segnala LUPOI, *op. cit.*, 85, ove osserva che "la prevedibilità del danno funge: a) nei casi certi (in cui si verifica un danno intrinseco), quale criterio moderatore della responsabilità; b) in presenza di un danno estrinseco, a fondare una responsabilità che, altrimenti, non sussisterebbe. La prevedibilità di un certo danno estrinseco lo rende risarcibile, mentre la risarcibilità di un danno intrinseco non superiore al doppio dell'oggetto dell'obbligazione *non dipende dalla prevedibilità* (in corsivo nel testo).

⁵⁵ J.J. POTHIER, *op. cit.*, 162

procurarsi un altro mezzo di trasporto), risponderà “anche dei danni estrinseci risultanti dalla perdita che ha sofferto della sua prebenda”⁵⁶.

Un altro caso riguarda l’evizione di una casa dove il conduttore aveva impiantato un esercizio commerciale (osteria o merceria). POTHIER ritiene che se il debitore ha locato l’immobile al creditore “nella sua qualità di mercante” sarà tenuto “non solo alle “spese dello sloggiare” e al maggior “prezzo della locazione delle case”, ma anche ai danni scaturenti dalla “perdita degli avventori fatta dal conduttore”⁵⁷.

Vi è, altresì, l’esempio del fabbricante di bótti. Secondo POTHIER, se il fabbricante trasferisce bótti difettose al creditore, sarà responsabile anche della perdita del vino contenuto in esse, anche se il valore dello stesso superi largamente il valore delle botti⁵⁸. Aggiunge POTHIER che il debitore non dovrà, invece, risarcire il valore di un liquore prezioso contenuto in tali bótti⁵⁹ “*car, en me vendant le tonneau, il n’a pas ententue se charger d’autre risque, n’ayant pu prévoir que j’y mettrais une liqueur d’un prix plus considérable*”⁶⁰.

Da un esame di questa casistica relativa alla risarcibilità dei danni estrinseci emerge, la più volte menzionata, volontà dell’autore di estendere l’ammontare dei danni risarcibili, grazie anche all’espedito dell’accettazione tacita degli stessi in quanto prevedibili al momento della conclusione del contratto⁶¹. In realtà, attenta dottrina riferisce che, a ben

⁵⁶ *Id.*, *op. cit.*, 165.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ J.J. POTHIER, *op. cit.*, 165.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*. Osserva M. BARCELLONA, *op. cit.*, 148 che tali esempi di POTHIER appartengono alla tradizione medievale e non sono aderenti al nuovo tessuto economico e sociale dell’epoca; “ma [che] dietro questo legame culturale con il passato sta un fatto di grande importanza: quello di POTHIER comincia ad essere il diritto dei borghesi proprietari; e, come si può facilmente intuire, evizione e vizi sono i problemi principali dei proprietari in quanto contraenti”.

⁶¹ La volontà tacita o espressa delle parti quale base argomentativa del criterio della prevedibilità del danno verrà da un lato, criticata dalla maggioranza della dottrina italiana, *ex*

vedere, le parti più che accettare il danno in sé e per sé, accetterebbero le conseguenze connesse alla destinazione economica del bene dovuto (per esempio, la destinazione delle botti a contenere del vino, oppure del cavallo quale mezzo di trasporto per poter riscuotere le decime o, infine, della locazione di una casa per lo svolgimento di un esercizio commerciale)⁶².

Inoltre, come DUMOULIN, anche POTHIER esclude che la regola della prevedibilità trovi applicazione quando l'inadempimento del debitore sia doloso⁶³. Diversamente, sarebbe messa in discussione la stessa serietà dell'impegno contrattuale. Se il debitore è in dolo non vale più la regola del risarcimento di un danno pari a quanto lo stesso poteva accettare e, quindi, prevedere al momento della conclusione del contratto: ma, al contrario, è obbligato "*velit, nolit à la réparation de tout le tort que ce dol causera*".⁶⁴

Infine, quale regola di chiusura, POTHIER, come aveva già fatto prima di lui DUMOULIN, esclude dall'area del danno risarcibile, anche in presenza di dolo, le conseguenze "lontane" e quelle "non necessarie"⁶⁵. Il senso di questa limitazione emerge da un altro esempio, quello delle vacche malate,

multis F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, 628 (v. *infra* Cap. II) e, dall'altro lato, riscoperta in Inghilterra da A. KRAMER, *An agreement-centred approach to remoteness and contract damages; in Comparative Remedies for Breach of Contract*, (a cura di) COHEN e MCKENDRICK, Oxford, Portland, Oregon, 2005 (v. *infra* Cap. II).

⁶² *Ibidem* in cui sottolinea come "l'equazione prevedibilità del danno (*rectius* prevedibilità dell'uso)=volontà di assumersene il rischio è evidentemente una mera finzione. Essa, infatti, viene puntualmente desunta da circostanze rigorosamente oggettive (clausole contrattuali, qualità dei protagonisti dello scambio, qualità del bene promesso quale risulta dalla sua intrinseca forma economica e/o dal modo in cui esso è dedotto in contratto), sicché il reale spazio operativo del giudizio di prevedibilità è molto ristretto".

⁶³ J.J. POTHIER, *op. cit.*, 168.

⁶⁴ *Ibidem*. Si noti che diversamente da DUMOULIN, POTHIER non dà una definizione generale di dolo.

⁶⁵ *Ibidem*. Si noti che tale limitazione del risarcimento del danno (anche se derivante da inadempimento doloso) la si ritroverà nella codificazione napoleonica (all'art. 1151 *Code Civil*) e (espressamente) in quella italiana del 1865 (all'art. 1229 cod. civ.).

evocativo del significato tradizionale di causalità giuridica, discutendosi di conseguenze mediate e indirette dell'inadempimento e di conseguenze non necessarie di quello, e ugualmente derivabili da altre cause⁶⁶.

Il caso è quello di colui che vende scientemente vacche malate (*pecus morbosum*). Si suppone che da questo fatto scaturiscano tre diversi tipi di danno: la morte delle vacche malate e del bestiame dell'acquirente, cui si estende, in seguito, il contagio; la perdita del raccolto provocato dall'impossibilità di utilizzare il bestiame perito per la coltivazione del fondo; l'escussione dei beni dell'acquirente provocata dall'impossibilità di far fronte ai creditori con l'utile che si sarebbe ricavato dalla vendita dei prodotti dell'attività agricola⁶⁷. Se la prima tipologia di danno è sempre risarcibile, già la perdita del raccolto non è sempre una conseguenza necessaria della morte del bestiame considerato che la terra può ben essere coltivata da altro bestiame acquistato o noleggiato. Tale secondo tipo di danno, dunque, sarà risarcibile solo nella misura della differenza di utile tra coltivazione diretta e conduzione indiretta o tra produzione con mezzi presi a noleggio e mezzi propri⁶⁸. Infine, il danno derivante dal dissesto economico non può essere risarcito perché è considerato una conseguenza lontana e indiretta che può derivare da fattori diversi rispetto al contagio da parte di vacche malate⁶⁹.

Con l'avvento del *code Napoleon* si assiste all'astrazione delle vacche malate di POTHIER attraverso l'uso della formula normativa "une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention"⁷⁰; si tratta del criterio causale da affiancare a quello della prevedibilità, sempre nel rispetto di un limite ultimo del risarcimento, insensibile all'elemento soggettivo.

⁶⁶ Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 147 e M. BARCELLONA, *op. cit.*, 153 ss.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ J.J. POTHIER, *op. cit.*, 167.

⁶⁹ *Ibidem*; si veda anche G. SMORTO, *op. cit.*, 153.

⁷⁰ V. art. 1151 *code civil*.

1.3. La prevedibilità del danno nelle codificazioni moderne.

L'insegnamento di DUMOULIN, raccolto nell'opera di POTHIER, ha influenzato le codificazioni moderne, confluendo, infine, negli artt. 1150⁷¹ e 1151⁷² del *code Napoleon*⁷³ e, attraverso questo, nel codice civile italiano del 1865.

Il codice civile francese disciplina in dettaglio il solo inadempimento del contratto o delle *obligations conventionnelles*; si tratta, in particolare, degli articoli 1146-1153 contenuti nella sezione IV (*Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*) del capo III (*de l'effet des obligations*) del titolo III (*des contracts ou des obligations conventionnelles en général*)⁷⁴.

Nella relazione di BIGOT DE PRÉAMENEU al progetto definitivo al codice civile⁷⁵, si legge come il danno risarcibile non deve superare la perdita subita dal creditore e il guadagno di cui è stato privato, né andare oltre ciò che era

⁷¹ "Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui on été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contract, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée".

⁷² "Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et tu gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention."

⁷³ Come ricorda G. SMORTO, *op. cit.*, 156, prima dell'emanazione del *Code Napoleon* e, in particolare, degli artt. 1049-1051, a partire dal 1793 si susseguirono in Francia diversi Progetti di codice civile, testimonianza delle frizioni esistenti tra il passato e le moderne istanze rivoluzionarie. Per un esame approfondito dei diversi progetti di codice civile si v. M. LUPOI, *op. cit.*, 72 ss. e M. BARCELLONA, *op. cit.*, 156 ss.

⁷⁴ Per un'attenta analisi dell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza francese in materia di risarcimento del danno alla luce dell'art. 1151 del *code civil* si segnalano M. BARCELLONA, *op. cit.*, 166; M. LUPOI, *op. cit.*

⁷⁵ La parte della relazione al codice civile francese relativa agli articoli 46-48 del progetto di *code civil* (corrispondenti agli articoli 1149-1153 *code civil*) è riportata in appendice al capitolo primo dell'opera di M. LUPOI, *op. cit.*, 110.

stato o avrebbe potuto essere previsto al momento della conclusione del contratto⁷⁶.

Quanto al fondamento della regola della prevedibilità la relazione al codice civile tace; non vi è alcun riferimento alla teoria dell'accettazione del rischio presente, invece, sia nell'opera di DUMOULIN sia nel Trattato di POTHIER.

In ogni modo, la dottrina francese, per molto tempo, continuerà a fornire una spiegazione volontaristica dell'art. 1150 fondata su una visione della responsabilità debitoria ancora molto legata al contratto e alla volontà individuale delle parti⁷⁷.

Le conseguenze imprevedibili sono, invece, risarcibili se il debitore è in dolo⁷⁸. In tal caso, sorge una nuova obbligazione, la quale non è soddisfatta se non risarcendo tutto il danno cagionato. Interessante notare come in Francia il dolo venga equiparato alla colpa grave, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento⁷⁹.

⁷⁶ Per una completa analisi del criterio della prevedibilità del danno in Francia cfr. I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, Université de Droit d'Economie et de sciences Sociales de Paris, 1979.

⁷⁷ Cfr. *ex pluris* MARCADÈ, *op. cit.*, V, 283 il quale ricalca puntualmente le argomentazioni di POTHIER: "se l'obbligazione risarcitoria si fonda sulla volontà implicita dei contraenti, se ne deve dedurre che il contenuto di questa obbligazione va commisurato alla volontà contrattuale e questa non può che concernere quel danno che (per essere prevedibile) le parti hanno potuto prendere in considerazione in sede di accordo".

Si v. A. GNANI, *op. cit.*, 14 ss. secondo cui tale ricostruzione comincerà ad essere messa in crisi con le elaborazioni, rispettivamente, di PLANIOL-RIPERT e dei MAZEUD secondo cui l'obbligo di risarcire il danno non deriva dalla tacita volontà del debitore, ma rispettivamente dalla colpa o dall'inesecuzione del contratto.

⁷⁸ Per una completa analisi del criterio della prevedibilità del danno in Francia cfr. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel*, Parigi, 1979.

⁷⁹ Cfr. *ex multis* H. e L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, Parigi, 1998, 454.

In Italia la colpa grave non è ritenuta equiparabile al dolo sia dalla giurisprudenza maggioritaria, sia da una parte della dottrina cfr. CASS., n. 2204/1985, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 1985, 705; CASS., 10.12.1956, n. 4398, in *Foro it.*, 1957, I, 389; CASS., n. 5910/2004, in

Anche in caso di inadempimento doloso, proprio perché il risarcimento rimane collegato al contratto, viene escluso ogni danno che non sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempienza⁸⁰.

L'insegnamento francese viene recepito "in modo pressoché letterale⁸¹" dall'art. 1228 del codice civile italiano del 1865 che stabiliva "il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento dell'obbligazione non derivi da suo dolo".

La dottrina ha subito sottolineato l'inesattezza dell'espressione "al tempo del contratto" dovuta, forse, alla volontà del legislatore italiano di riprodurre l'art. 1150 *code civil*. Norma, quest'ultima, inserita subito dopo le disposizioni relative ai requisiti e all'efficacia del contratto, mentre, nel nostro codice, l'art. 1228 cod. civ. era collocato dopo le norme relative alle fonti delle obbligazioni. Pertanto, sembrava a tutti più corretto autorizzarne un'interpretazione estensiva volta ad applicare il limite della prevedibilità ad ogni tipo di obbligazione derivante dalla legge e non solo a quelle derivanti dal contratto⁸².

Mass. Giust. civ., 2004, 3; in dottrina *ex multis* G. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 148; C. M. BIANCA, *La responsabilità*, V, Giuffrè, 2012, 174 "...il necessario concorso di questi elementi esclude che ai fini della regola della prevedibilità del danno la colpa grave possa essere equiparata al dolo".

Contra A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, 1979, I, 288, in nota "[...] ma per quando riguarda la colpa grave, questa soggiace alla tradizionale equiparazione al dolo, e quindi il danno da essa qualificato va risarcito anche se imprevedibile [...]".

⁸⁰ Cfr. art. 1151 *code civil* e Relazione di BIGOT DE PRÉAMENEU al Corpo Legislativo sugli articoli 46-48 del progetto di *code civil* in LUPOI, *op. cit.*, n. 5, 110.

⁸¹ E. TUCCARI, *op. cit.*, 9.

⁸² Cfr. L. COVIELLO jr., *L'obbligazione negativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1931, II, 99; V. POLACCO, *op. cit.*, 596. Occorre ricordare che il legislatore del 1942, conscio del dibattito, riferì la prevedibilità al "tempo in cui è sorta l'obbligazione", anziché "al tempo del contratto" in

1.4. Critiche.

L'art. 1228 cod. civ. è stato oggetto di numerose critiche da parte della dottrina italiana; il dibattito ha riguardato principalmente due aspetti: la funzione svolta da tale norma e la sua possibile applicabilità alla responsabilità extracontrattuale⁸³.

Con riguardo al primo profilo, il criterio limitativo della responsabilità è stato criticato in quanto “non sorretto da alcuna giustificazione logica, né giuridica”⁸⁴; oggetto della critica era, in particolare, la convinzione che la responsabilità per danni poggi su un accordo tacito intervenuto tra le parti al momento del contratto e che il debitore abbia assunto il rischio di dover risarcire tali danni in caso di proprio inadempimento colposo⁸⁵. Al contrario, la responsabilità per danni sarebbe “una conseguenza legale dell'inadempimento”⁸⁶, senza che ci sia bisogno di un'effettiva accettazione delle conseguenze dell'inadempimento da parti dei contraenti.

Inoltre, si sottolinea come la giustificazione della prevedibilità, fondata su un presunto accordo tra le parti (valido solo in caso di inadempimento colposo), avrebbe come corollario la necessità che l'obbligazione inadempita derivi esclusivamente da fonte contrattuale. Ma proprio alla luce delle, già menzionate, primissime critiche all'art. 1228 cod.

modo di allargare l'ambito di applicazione della norma, ad ogni specie di obbligazione (v. *infra* par. 2).

⁸³ Cfr. V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 129 ss.

⁸⁴ Cfr. *ex pluris* L. COVIELLO, *op. cit.*, 98; F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 628.

⁸⁵ L. COVIELLO, *op. cit.*, 97.

⁸⁶ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 98; F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 628 secondo cui “tutti i motivi dedotti dalla presunta volontà delle parti hanno fatto il loro tempo; in verità si attribuisce alla volontà delle parti quel che è nella volontà della legge”.

civ., risulta difficile poter aderire a tale giustificazione del criterio rispetto alle altre obbligazioni derivanti dalla legge⁸⁷.

Altra parte della dottrina osserva, inoltre, come con la limitazione della responsabilità per danni in caso di colpa, si introdurrebbe nel sistema del diritto civile un criterio tutto proprio del diritto penale in cui la pena varia a seconda che l'autore del reato versi in dolo o in colpa⁸⁸.

Alla luce di tali critiche si è cercata in dottrina una giustificazione meno soggettiva del criterio della prevedibilità del danno⁸⁹. Si è affermato, pertanto, che la ragione di tale regola si debba riscontrare in una generica

⁸⁷ Cfr. V. POLACCO, *op. cit.*, 597 ss. il quale aggiunge a riguardo che "l'obbligo del risarcimento deve discendere dall'inadempimento imputabile in sé e per sé, come cosa *contra ius*, non già da presunzioni di accordi fra le parti"; si v. anche F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 628.

⁸⁸ Cfr. V. POLACCO, *op. cit.*, 599; e, altresì, L. COVIELLO, *op. cit.*, 100 secondo il quale non vi è alcun serio argomento per considerare il risarcimento del danno corrispondente ad una pena, "il risarcimento del danno è soltanto l'indennizzo del pregiudizio arrecato".

Contra F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 627 per cui "non si vede perché la specie e il grado di imputabilità non possa influire sul *quantum* del risarcimento dal momento che tutti riconoscono come possa influire sull'*an*". E ancora "L'ordine giuridico statuendo la responsabilità si studia di correggere la distribuzione naturale della ricchezza secondo un ideale di giustizia, che secondo un miglior assetto di convivenza sociale; perché non risponderebbe a questo intento che la responsabilità per dolo sia più estesa che quella per colpa? Anche se questa più estesa responsabilità non si giustificasse se non come pena contro chi trasgredisce volontariamente i limiti del suo diritto, ciò basterebbe senza fallo; (...) e, d'altra parte non è detto che tutte le pene debbano essere statuite dal codice penale.

⁸⁹ Cfr. V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 131, nota 56 in cui ricorda le parole di F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 628: "confesso che, per quanto io ci abbia riflettuto, non trovo un motivo migliore di questo: perché si è voluto trattenere la responsabilità per danno colposo ancora al di qua delle conseguenze dirette e immediate, e ci si è serviti perciò empiricamente del criterio della prevedibilità qual era suggerito dal ricordato modo di vedere in materia di contratti. Niente di meglio".

esigenza equitativa nei confronti del debitore inadempiente (che non sia in dolo o mala fede)⁹⁰.

Anche il tema di una possibile applicabilità del criterio della prevedibilità alla responsabilità extracontrattuale è stato molto discusso. Una parte della dottrina riteneva che gli articoli 1227, 1228 e 1229 cod. civ. del 1865 riguardassero il risarcimento del danno da illecito contrattuale, ma che tramite lo strumento dell'analogia si potesse, senza serie difficoltà, giungere a equiparare i due regimi di responsabilità⁹¹; altra parte degli interpreti sosteneva, invece, l'esistenza di un'unica compiuta disciplina del risarcimento del danno applicabile in via diretta ad entrambe le ipotesi di responsabilità⁹².

La soluzione del problema per i sostenitori della prima tesi dipendeva, soprattutto, dalla *ratio* che ciascuno di essi riconosceva all'art. 1228 cod. civ.

Coloro che vi riscontravano un fondamento di tipo equitativo non

⁹⁰ Cfr. A. DE CUPIS, *op. cit.*, 283 il quale afferma "del resto, la stessa coscienza comune compiange più fortemente la vittima di un danno doloso e indulge maggiormente verso l'autore di un danno colposo"; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, a cura di LISERRE A. e FLORIDIA L., Giappichelli, 1988, 67 il quale aggiunge "che [la ratio equitativa del criterio di prevedibilità] è un ragionamento che può tenere; ma[...]occorrerebbe non smarrire questo senso di equità. Può accadere, infatti, che tra la costituzione del vincolo e l'attualità del dover adempiere intercorra molto tempo e che certi sviluppi imprevedibili al momento della negoziazione diventino però prevedibili prima che la colpa del debitore gli precluda la possibilità di adempiere. Ora qui non è più giusto negare sempre il risarcimento, applicando alla lettera il criterio che il danno non fu prevedibile quando è sorta l'obbligazione. Questo significa buttare all'aria il fondamento logico e razionale della norma e aprire la porta all'ingiustizia".

⁹¹ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 629; v. però A. VERGA, *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, in *Scritti giuridici in memoria di Ageo Arcangeli*, Cedam, 1939, II, 558 in nota che contesta le conclusioni raggiunte da CARNELUTTI sulla possibilità di applicare analogicamente l'art. 1228 proprio sull'assunto che tale autore considera la più estesa responsabilità del debitore doloso come una pena e allora "è facile sbarrare la via dell'estensione analogica invocando l'art. 4 delle preleggi."

⁹² Cfr. A. VERGA, *op. cit.*, 558.

avevano ragioni per non estenderne la disciplina anche all'ambito extracontrattuale⁹³. Quelli, invece, che continuavano a giustificare l'art. 1228 cod. civ. sulla base di un presunto accordo tra le parti, finivano per escluderne l'applicabilità al di fuori della materia contrattuale⁹⁴.

Non solo. L'estensione del criterio di cui all'art. 1228 cod. civ. all'ambito extracontrattuale veniva esclusa anche da coloro che ne affermavano la natura di limitazione eccezionale al criterio dell'integrale risarcimento del danno⁹⁵. Pertanto, tale criterio non poteva trovare applicazione in tema di responsabilità aquiliana ove "vige il principio di ragione che l'autore del fatto illecito, sia esso in colpa o in dolo, deve risarcire tutti i danni che si riconnettono all'illecito come effetto a causa in conformità dell'art. 1229 cod. civ."⁹⁶.

2. La scelta legislativa attuale come approdo di una tradizione plurisecolare.

Il legislatore del 1942, conscio del dibattito in seno alla dottrina italiana, ha fatto alcune scelte in tema di prevedibilità del danno volte a eliminare i principali dubbi interpretativi che il suo predecessore aveva ingenerato.

L'attuale art. 1225 cod. civ. stabilisce che: "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".

Rispetto al precedente art. 1228 cod. civ., tale norma contiene, da un lato, un'innovazione di carattere letterale, consistente nel riferire l'oggetto del giudizio al danno che "poteva prevedersi" e non più ai danni che "sono

⁹³ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 629

⁹⁴ *Ex multis* G. CHIRONI, *La colpa. Colpa extracontrattuale*, Giappichelli, 1906, II, 313.

⁹⁵ Cfr. L. COVIELLO, *op. cit.*, 100 ss.

⁹⁶ *Ibidem*.

stati preveduti” o che “si sono potuti prevedere”. Tale formulazione sembrerebbe, secondo alcuni, escludere che il criterio della “prevedibilità” possa indicare un fatto soggettivo del debitore⁹⁷.

Si tratterebbe piuttosto di un criterio legale collegato non tanto al momento genetico dell’obbligazione, ma al fatto dell’inadempimento.

Dall’altro lato, l’art. 1225 cod. civ. contiene un’innovazione di carattere sostanziale, consistente nel riferire la prevedibilità al “tempo in cui è sorta l’obbligazione”, anziché al “tempo del contratto”. Il “tempo in cui è sorta l’obbligazione” è il tempo in cui si è posto in essere uno dei negozi o fatti o atti da cui l’obbligazione può derivare (per es. il tempo in cui si è concluso il contratto, ovvero si è compiuta una promessa unilaterale, ovvero si è intrapresa una gestione di un affare altrui).⁹⁸

Quanto, invece, al problema dell’applicabilità o meno della regola della prevedibilità alla responsabilità aquiliana, il legislatore ha deciso di escludere una disciplina unitaria del danno risarcibile preferendo dettare alcune regole in tema di inadempimento contrattuale e altre regole in tema di illecito extracontrattuale. Conferma di ciò si rinviene da un’interpretazione formale del dato normativo: l’art. 2056 cod. civ., nell’indicare i criteri di valutazione del danno in campo extracontrattuale richiama espressamente gli artt. 1223, 1226, 1227 cod. civ., ma non l’art. 1225 cod. civ. (uguale argomento letterale non era offerto dal codice civile del 1865⁹⁹); e, inoltre, dalla scelta del

⁹⁷ Cfr. D. BARBERO, *op. cit.*, 67; A. PINORI - P. PETRELLI, *Il criterio della prevedibilità del danno contrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI, Giuffrè, 1999, 130.

⁹⁸ Cfr. *Ibidem*; A. DE CUPIS, *Il danno cit.*, 286. Si noti come il legislatore del 1942 ha accolto l’interpretazione estensiva dell’art. 1228 cod. civ. già proposta in dottrina v. ex multis V. POLACCO, *op. cit.*, 596; L. COVIELLO jr., 285.

⁹⁹ Cfr. C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, nel Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, *sub artt.* 1218-1229, Zanichelli, 1967, 373.

legislatore di non commisurare il risarcimento al grado della colpa in campo extracontrattuale¹⁰⁰.

Tuttavia, in dottrina vi è chi continua a sostenere l'estensibilità del criterio della prevedibilità del danno all'ambito della responsabilità extracontrattuale¹⁰¹. E chi ritiene sussistere una disciplina generale e unitaria del risarcimento del danno¹⁰².

Il significato dell'art. 1225 cod. civ., dettato in tema di illecito contrattuale, è che, presupposta la colpa, l'entità del danno risarcibile è limitato al danno prevedibile "nel tempo in cui è sorta l'obbligazione". La regola della prevedibilità del danno è, pertanto, insieme a quella della regolarità causale e del comportamento colposo del creditore (artt. 1223 e 1227 cod. civ.), uno dei criteri utilizzati dal giudice per individuare il danno risarcibile.

Diverse sono state le giustificazioni che gli interpreti hanno conferito a tale criterio; come ricordato, tradizionalmente, si faceva riferimento a una

¹⁰⁰ Cfr. Relazione al Re sul testo definitivo del codice civile, n. 801 "L'art. 2056 regola la valutazione dei danni con gli stessi criteri stabiliti nel caso di inadempimento di un'obbligazione preesistente. Il mancato richiamo dell'art. 1225 cod. civ. crea però una differenza ed è questa: se l'inadempimento è colposo, non devono essere risarciti i danni non prevedibili; invece, se il fatto illecito extracontrattuale è doloso o colposo, il danno, prevedibile o no, deve essere risarcito per intero, sempre che tra fatto e danno corra il nesso di causalità (...)".

¹⁰¹ Cfr. P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, 1974, 476 ss. Si v., inoltre, A. PINORI - P. PETRELLI, *op. cit.*, per cui anche "la giurisprudenza è arrivata per altra via a stabilire - seppur implicitamente - la limitazione del danno risarcibile, in contrasto con l'inapplicabilità dell'art. 1225 cod. civ. (all'art. 2043 cod. civ.). In particolare la giurisprudenza, anche se non afferma mai espressamente la risarcibilità ai soli danni prevedibili in campo extracontrattuale, è giunta allo stesso risultato impiegando il criterio della prevedibilità per accertare l'idoneità dell'evento a produrre il danno e l'impossibilità di prevedere l'evento è divenuto indice di mancanza di colpa, con conseguente esclusione della responsabilità".

¹⁰² Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 1 ss.

tacita volontà del debitore che al momento della conclusione del contratto accettava, in caso di un proprio futuro inadempimento colposo, di risarcire i soli danni prevedibili in tale momento. Tale *ratio* soggettivistica è oggi rifiutata dalla dottrina maggioritaria, anche alla luce del nuovo dato legislativo che accentua la spersonalizzazione del criterio¹⁰³.

Maggior credito ha conservato il richiamo ad una generica esigenza equitativa, secondo cui il criterio della prevedibilità mirerebbe ad attenuare la responsabilità del debitore inadempiente che versa in colpa, “considerando, con indulgenza, che se gli eventi, che aggravano il contenuto della sua responsabilità, fossero stati prevedibili, quand’ha assunto l’obbligazione l’avrebbero forse trattenuto dall’assumere un impegno, al cui inadempimento, anche per colpa leggera, fosse connesso un tal rischio di responsabilità”¹⁰⁴. Si osserva in dottrina che questo richiamo all’equità non è per altro sufficiente a spiegare il fondamento della norma e soprattutto a spiegare perché la norma non trovi applicazione in tema di illecito extracontrattuale in cui, come ricordato, vige la diversa regola dell’integrale risarcibilità del danno¹⁰⁵. Inoltre, non viene chiarito perché il debitore colpevole dovrebbe avvalersi di un’eccezionale trattamento di favore¹⁰⁶.

Altra parte della dottrina, pertanto, legge l’attuale criterio della prevedibilità nel senso che il vincolo obbligatorio importa l’assunzione di un

¹⁰³ Cfr. C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 313; *ID.*, *La responsabilità*, Giuffrè, 2012, 171 ss; C. ROMEO, *op. cit.*, 972.

¹⁰⁴ Cfr. D. BARBERO, *op. cit.*, 87;

¹⁰⁵ In tal senso depono il rilievo che la norma sulla valutazione dei danni da illecito extracontrattuale (art. 2056 cod. civ.) richiama esclusivamente gli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice. C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 373, osserva che sulla base del confronto dell’art. 1225 cod. civ. e dell’art. 2043 cod. civ. una parte della dottrina è giunta a criticare il criterio della prevedibilità del danno proprio per la iniquità dei suoi effetti, risolvendosi in una minore tutela del danneggiato nel campo del danno contrattuale.

¹⁰⁶ Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, *op. cit.*, 254 ss.

sacrificio contenuto entro limiti di normalità.¹⁰⁷ In tale ottica “il danno prevedibile appare come un limite di normalità al contenuto della sanzione del risarcimento causata dall’inadempimento”¹⁰⁸. In altri termini, la prevedibilità indica la normale incidenza dell’inadempimento sulla sfera dell’interesse del creditore ed il danno prevedibile corrisponde, dunque, alle conseguenze “normali” di detto inadempimento¹⁰⁹. Tale esigenza, che giustifica il limite della prevedibilità, non sussisterebbe in tema di responsabilità extracontrattuale. In questo ambito non si tratterebbe di un comportamento richiesto e assunto nell’interesse del creditore, e, quindi, non vi sarebbe la necessità di proporzionare la sanzione del debitore al normale significato di utilità che la prestazione rappresenta per il creditore¹¹⁰. Si tratta piuttosto di un comportamento che rileva solo come lesiva intromissione nell’altrui sfera giuridica. Appare quindi spiegabile che tale ingerenza - colposa o dolosa - importi comunque a carico del responsabile l’integrale riparazione del danno che ne consegue¹¹¹.

Seguendo questa ricostruzione del criterio, si potrebbe arrivare a dire che la prevedibilità del danno coincide con il criterio della regolarità causale che, appunto, limita le conseguenze del danno risarcibile alle normali conseguenze dell’inadempimento; l’art. 1225 cod. civ. apparirebbe, dunque, “come un sostanziale doppione della regolarità causale in ambito contrattuale”¹¹².

Come si chiarirà nel prosieguo della trattazione, parte della dottrina non condivide questa affermazione sia per ragioni di carattere storico, sia alla luce del dato letterale. Invero, sostenere che il criterio della prevedibilità del danno coincide con quello della causalità giuridica significherebbe affermare

¹⁰⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 373.

¹⁰⁸ Cfr. E. TUCCARI, *op. cit.*, 9.

¹⁰⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 171 ss.

¹¹⁰ Cfr. C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 373.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² E. TUCCARI, *op. cit.*, 9.

che il legislatore ha disciplinato mediante due norme (gli artt. 1223 cod. civ. e l'art. 1225 cod. civ.) un "medesimo procedimento logico, ciò appare al quanto singolare"¹¹³.

Vi è, infine, altra parte della dottrina italiana che continua ad essere influenzata dalla ricostruzione tradizionale del criterio della prevedibilità, si tratterebbe, infatti, del risultato di una convenzione tacita tra le parti al momento della conclusione del contratto¹¹⁴.

Tali interpreti ritengono che la responsabilità per inadempimento "altro non [sia] che un modo di manifestarsi della stessa obbligazione principale"¹¹⁵, e che con l'art. 1225 cod. civ. il legislatore abbia voluto dare massima considerazione, nel determinare le conseguenze dell'inadempimento, al momento genetico dell'obbligazione. Pertanto, non è possibile esaminare le conseguenze dell'inadempimento senza avere riguardo alla volontà delle parti al momento della sua assunzione¹¹⁶.

Conferma di tale assunto si troverebbe anche nella circostanza per cui le parti sono libere di disciplinare le conseguenze dell'inadempimento delle proprie obbligazioni attraverso, per esempio, gli istituti della clausola penale (art. 1382 cod. civ.) e della clausola limitativa del risarcimento (art. 1229 cod. civ.). Ecco allora che l'art. 1225 cod. civ. fisserebbe delle regole suppletive

¹¹³ Cfr. C. ROMEO, *op. cit.*, 976. In dottrina sono favorevoli ad una diversa funzione del criterio della prevedibilità rispetto a quello della regolarità causale *ex multis* P. TRIMARCHI, *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINITINI, Giuffrè, 1984, 1; V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 163; R. PUCELLA, *La causalità "incerta"*, Giappichelli, 2007, 276; E. TUCCARI, *op. cit.*, 9. In giurisprudenza questo orientamento è formalmente maggioritario; cfr. CASS., 27.10.2003, n. 16091, in *Danno e resp.*, 2004, 855, con nota di MANZA; CASS., 29.7.2011, n. 16763, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2811; CASS., 26.5.1989, n. 2555, in *Foro it.*, 1990, I, 1946, con nota di VALCAVI. In verità, molte volte la giurisprudenza nel richiamare il criterio della prevedibilità del danno finisce per applicare il solo nesso di causalità, cfr. CASS. 30.1.2007, n. 1956, in *Contratti*, 2007, 875, con nota di CAVAJONI.

¹¹⁴ Cfr. V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 95 ss.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 96 ss.

della volontà delle parti da applicarsi in assenza di una diversa disciplina convenzionale; nel silenzio dei soggetti coinvolti la legge statuisce l'obbligo che chi contrae un'obbligazione, in caso d'inadempimento colposo, debba risarcire il danno entro certi limiti¹¹⁷. Nel fissare questi limiti il legislatore si è rivolto al momento costitutivo dell'obbligazione, quello è, infatti, il momento in cui le parti hanno dettato il proprio regolamento d'interessi ed è, dunque, il momento rilevante al fine di interpretare la loro volontà¹¹⁸.

Nel riprendere in qualche modo la tradizionale *ratio* del criterio della prevedibilità, tale dottrina è, d'altra parte, conscia dell'impossibilità di sostenere che i danni prevedibili corrispondano alla reale volontà delle parti, pertanto, è dovuta ricorrere ad un parametro oggettivo per valutare la pur concreta prevedibilità del danno ¹¹⁹. In particolare, si afferma che l'accertamento dell'inclusione o esclusione di un certo pregiudizio dall'area del danno risarcibile è fondamentalmente una questione di interpretazione del contratto ¹²⁰ o del diverso titolo dal quale ha avuto origine l'obbligazione¹²¹.

I sostenitori di tale impostazione dimostrano di conoscere le principali critiche mosse alla ricostruzione tradizionale del criterio della prevedibilità, riuscendo, in una qualche misura, a superarle. Ritengono, infatti, che le proprie conclusioni in materia contrattuale possano estendersi anche alle principali ipotesi di obbligazioni derivanti dalla legge: "in queste, come in

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 98 ss.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Un simile ragionamento è alla base di una corrente dottrinale sviluppatasi in Inghilterra: si tratta del c.d. *Agreement centred approach* (v. *Infra* Cap. II).

¹²¹ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 122 ss. Con riguardo al contratto l'A. ritiene che per poter valutare la prevedibilità del danno e, quindi, la risarcibilità dello stesso in caso di inadempimento sarà necessario indagare, [...] "quale sia stata la comune intenzione, tenendo conto del loro comportamento complessivo ed utilizzando tutti gli altri criteri ermeneutici, compresi quelli di interpretazione oggettiva".

quelle, è sempre rinvenibile un momento in cui il soggetto obbligato è in grado di valutare l'obbligazione che sta assumendo, nonché il rischio nel quale incorrerà in caso di inadempimento"¹²².

Secondo tale dottrina, d'altronde, sarebbe proprio la decisione del legislatore del 1942 di considerare il criterio della prevedibilità in modo più simile a quello tradizionale (che non a quello indicato dalla dottrina italiana dei primi decenni del novecento) a giustificare la scelta di escludere l'applicabilità del criterio della prevedibilità in ambito extracontrattuale¹²³.

Da queste brevi battute si desume come gli studiosi siano ancora divisi circa la reale funzione del criterio della prevedibilità del danno e come, a seconda che si preferisca una ricostruzione rispetto all'altra, le conseguenze non siano di poco conto.

Se si ritiene di condividere la più moderna ricostruzione oggettivistica della regola- quale criterio di normalità - si rischia di appiattare la prevedibilità sulla causalità giuridica. Se, invece, si preferisce aderire alla teoria tradizionale (con alcuni correttivi) di tipo volontaristico, è facile

¹²² Con riguardo alla gestione di affari altrui V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 108 ss. ritiene, infatti, che "nell'assunzione della decisione in ordine alla gestione di un affare altrui, il soggetto valuterà, *inter alia*, anche i rischi dei quali, [con tale decisione], si fa carico. L'obbligazione, quindi, anche in questa ipotesi, reca con sé, sin dalla nascita, il suo *potenziale risarcitorio*, connesso alla rappresentazione dei rischi che l'obbligato si era prefigurato o avrebbe potuto prefigurarsi".

Rispetto, invece, alla ripetizione dell'indebito e all'arricchimento senza causa, l'A. afferma che è sicuramente più difficile dimostrare l'applicazione del criterio della prevedibilità del danno giustificato in chiave volontaristica, ma che ciò è comunque possibile: "chi riceve un pagamento non dovuto, ignorando che non lo fosse, non può oggettivamente prevedere che stia sorgendo un'obbligazione a suo carico, sicché non formula alcuna previsione [...]; solo con la successiva presa di coscienza della natura indebita del pagamento, ovvero con la domanda giudiziale, egli assumerà detta conoscenza ed è, dunque, in quel momento che dovrà riferirsi l'analisi circa le conseguenze dell'inadempimento".

¹²³ *Id.*, *op. cit.*, 135.

accorgersi come, in realtà, si tratti di un mero espediente ricostruttivo. La prevedibilità del danno viene desunta da circostanze oggettive e, quindi, attraverso i criteri di interpretazione del contratto, sicché il reale spazio operativo della regola è ristretto.

Ciò non toglie, però, che a seconda di come il criterio venga applicato e interpretato dalla giurisprudenza, può concretamente mutare l'area del danno risarcibile. Pertanto, in questa materia, invece, di voler decidere a priori a quale ricostruzione si preferisce aderire forse appare più utile, "risalire dalla casistica, cioè dall'esperienza, alle massime e ai principi"¹²⁴.

¹²⁴ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 421.

CAPITOLO II
PREVEDIBILITÀ DEL DANNO NEL DIRITTO INGLESE
TRA AGREEMENT CENTRED APPROACH E DEFAULT RULES

SOMMARIO: 1. Le origini del *law of contract*. - 2. Domat, Pothier e la *contemplation rule*. - 3. La “*reasonable foreseeability*” anche nel *law of contract*. - Un possibile riavvicinamento tra *contract* e *tort*. - 4. Lord Reid e la moderna dicotomia tra *contract* e *tort*. - 5. La prevedibilità del danno quale criterio d’interpretazione del contratto. Critiche. - 6. Conclusioni.

1. Le origini del *law of contract*.

Si è già rammentato nel capitolo precedente come nel 1804 il criterio della prevedibilità del danno, già oggetto dell’approfondimento scientifico di C. DUMOULIN e J.J. POTHEIR, viene espressamente codificato dal legislatore francese all’art. 1150 *code civil*, seguito, nel 1865, da quello italiano all’art. 1228 cod. civ.¹²⁵.

Nel diritto inglese il concetto di *law of contract* e, in particolare, la connessa tematica del risarcimento dei danni da illecito contrattuale affiora solo alla fine del XVIII secolo per effetto della rivoluzione industriale¹²⁶. Fino

¹²⁵ V. Cap. I, paragrafi 1.1. e 1.2.

¹²⁶ V. *ex multis* G. GILMORE, *La morte del contratto*, (traduzione di A. FUSARO), Giuffrè, 1988, 1 in cui l’autore rammenta come “Il *common law* aveva funzionato per parecchi secoli in modo non molto diverso senza che nessuno si accorgesse dell’esistenza di qualcosa come il diritto dei contratti [...]” “le corti avevano sempre deciso cause in materia di contratti, fin da quando sono esistite. Ma sembra che l’idea che ci fosse qualcosa come un diritto generale - o una teoria - dei contratti, non abbia mai sfiorato il pensiero giuridico [...]” “Tuttavia, una volta che se ne segnalò l’esistenza, per il pensiero giuridico non fu più possibile farne a meno, così come gli abitanti dell’Europa occidentale non potevano allontanare dalla loro immaginazione collettiva il sogno delle Americhe”.

Osserva, ancora, A. DE VITA, *Buona fede e common law. (Attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 251 che “Le origini di un diritto contrattuale nella *common law*, quale complesso di regole e concetti specifici, appartenente nel lessico dei *civil*

a tale momento non si rinvengono pronunce in cui si discuta di criteri di limitazione del danno risarcibile¹²⁷.

Ciò, peraltro, non deve sorprendere, poiché nell'ordinamento giuridico inglese la quantificazione del danno competeva originariamente alla giuria, libera di agire con piena discrezionalità¹²⁸.

Proprio lo sviluppo industriale e le conseguenti repentine trasformazioni socio-economiche spingono il mondo mercantile a richiedere alle corti inglesi l'introduzione di regole giuridiche semplici e chiare adatte a regolare i traffici commerciali¹²⁹.

Tale imperante necessità porta la giurisprudenza ad attingere alle soluzioni già adottate nel mondo continentale¹³⁰.

lawyers, al diritto delle obbligazioni, risalgono propriamente al 16°-17° secolo. E dovranno attendersi ancora due secoli per l'avvio di un'adeguata elaborazione teorica".

Circa lo sviluppo della *law of contract* nel sistema giuridico inglese si vedano, in particolare, P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract*, Oxford, 1979, 149; S. SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 2005; J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, London, 2002; A.W.B. SIMPSON, *The Horwitz Theory and the History of Contracts*, (1979) 46 *Uni Chicago L Rev* 533, 550; G. WASHINGTON, *Damages in Contract at Common law*, (1932) 48 *LQR* 90, 90.

Per un'analisi comparata dei rimedi contrattuali si segnala, altresì, T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 356 per il quale "*the enormous economic and social trasformation effected by the Industrial Revolution called for corresponding changes in the law, and in particular contract law*".

¹²⁷ Cfr. T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 356.

¹²⁸ Cfr. P. S. ATIYAH, *The rise and fall*, cit., 149 che osserva al riguardo come "[...] *there was no way of ascertaining what factors the jury had actually taken into account in making its award* [...]".

¹²⁹ Osserva sul punto T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 356 che "*clear and definite rules were required which would regulate with certainty and predicatability what damages a contracting party would be liable for should he breach his contract*".

¹³⁰ Cfr. *ex multis* T.D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 356 e J. H. BAKER, *op. cit.*, 202 il quale ricorda che "[...] *As a result, there was much reference, both in argument before the courts and in the judgments themselves, to sources other than case law. Reference to this additional source material was*

Una delle principali fonti d'ispirazione sarà proprio l'opera di POTHIER, nota per la semplicità e la chiarezza nell'esposizione dei principi generali in tema di obbligazioni e contratti¹³¹.

Si deve, fin da ora, rilevare una circolazione di modelli che, in particolare nella *law of contract*, si è prodotta tra continente e Inghilterra nel corso del XIX secolo¹³². Una circolazione che, come si dirà in seguito, ha contribuito alla formazione della moderna dicotomia tra *contract* e *tort* e alla nascita di una (in parte) diversa disciplina giuridica del *contract*.

Per comprendere fino in fondo l'evoluzione che ha interessato la *law of contract*, appare utile spendere qualche parola sui "fantasmi delle *form of actions*"¹³³.

Prima del XIX secolo l'azione per danni derivanti dall'inadempimento di uno scambio di promesse informali onerose era ricondotta dalla giurisprudenza inglese ai rimedi della *law of torts*¹³⁴.

Tradizionalmente il sistema di *common law* si basava sulle *form of actions*, e, pertanto, gli unici accordi che potevano essere azionati in giudizio erano quelli che rientravano in uno dei *writs* esistenti.

In particolare, quello che oggi è il campo del *contract* era, originariamente, oggetto di tre diversi *writ*. Si trattava del *writ of covenant*, del *writ of debt* e del *writ of detinue*: il *covenant*, per l'inadempimento di una promessa formale contenuta in un *deed under seal*, il *debt* per la restituzione

considered necessary at the time because the existing precedents did not and could not by their nature provide the general principles which were being sought in order to develop English contract law into a more sophisticated body of law."

¹³¹ Cfr. P.S. ATIYAH, *The rise and fall*, cit, 399 e J.H. BAKER, *op. cit.*, 353; T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 356 ss. e G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, 1988, 151 ss.

¹³² Cfr. A. W. B. SIMPSON, *op. cit.*, 247.

¹³³ Cfr. P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Cedam, 1989, 183 ss.

¹³⁴ *Ibidem*.

di quanto pagato a fronte di una promessa non formale ineseguita, e il *writ of detinue* per la restituzione di beni mobili a seguito d'inadempimento¹³⁵.

Da tali rimedi rimanevano, però, ancora esclusi la maggior parte degli accordi contrattuali.

Così, in un ambiente dominato dal procedimento "formulari", al fine di soddisfare l'esigenza sociale di tutela dell'affidamento nascente da un contratto si finì per adattare i *writs* più flessibili dotati di una procedura più moderna quale, per esempio, quella derivante dal *trespass*.

Il *trespass* nasceva nel sistema dei *torts* e mirava al recupero dei danni "non consequenziali" derivanti da una lesione diretta alla persona o alla *property* di cui l'attore avesse un'*actual* o una *constructive possession*. Il convenuto, per essere ritenuto responsabile, doveva aver agito con violenza, sia per ciò che riguardava una *physical entry* nell'immobile posseduto dall'attore, sia rispetto un *wrongful taking* dei *chattels*¹³⁶.

Il punto di partenza del processo di adattamento del *trespass* ai casi d'inadempimento contrattuale è stato il riconoscimento del fatto che l'esecuzione della maggior parte delle obbligazioni di fare comportava un contatto stretto tra il debitore della prestazione e la sfera giuridica del creditore¹³⁷. Per esempio, se si concludeva un contratto con un medico per essere curati era necessario affidare a quest'ultimo il proprio corpo affinché lo sanasse. Lo stesso si può dire nel caso in cui si fosse stipulato un contratto di trasporto. In tal caso il vettore sarebbe stato obbligato a trasportare un soggetto, o alcuni dei suoi beni, da un luogo a un altro¹³⁸.

¹³⁵ *Ibidem*; v. anche T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 319 ss.; A. DE VITA, *op. cit.*, 253 ss.; A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, diretto da SACCO, in *Trattato di diritto comparato*, Giuffrè, 2008, 58 ss.

¹³⁶ Cfr. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 185.

¹³⁷ A. GAMBARO - R. SACCO, *op. cit.*, 62.

¹³⁸ *Id.*, *op. cit.*, 63.

In queste ipotesi poteva accadere che il medico negligente danneggiasse il paziente, o che il vettore imprudente trascinasse in acqua le persone o le cose che doveva traghettare.

Tali eventi potevano essere ricondotti, alternativamente, alla responsabilità per inadempimento contrattuale oppure a quella extracontrattuale per lesioni all'integrità fisica altrui¹³⁹.

Nella risoluzione di questi casi i giudici inglesi preferirono fare applicazione dei rimedi offerti dalla *law of tort*, poiché considerati più efficienti¹⁴⁰ di quelli contrattuali.

A riguardo si rammenti il noto *Humber Ferry Case*¹⁴¹ del 1348 ove l'attore agiva per *trespass on the case* nei confronti di un traghettatore cui aveva affidato una cavalla perché la trasportasse sulla riva opposta del fiume *Humber*. Il traghettatore caricava in modo eccessivo l'imbarcazione provocando così l'accidentale caduta della cavalla nel fiume e la sua conseguente morte per annegamento.

Il traghettatore convenuto in giudizio si era difeso asserendo che i suoi rapporti con il proprietario della cavalla erano regolati da un contratto e, perciò, costui avrebbe dovuto agire con il *writ of covenant*.

La sentenza, invece, fu nel senso che rovesciare un'imbarcazione e annegare una cavalla rappresentasse un *trespass* e che, nel caso di specie, fosse irrilevante l'esistenza di un contratto tra le parti¹⁴².

Il giudice BAKEWELL si rivolse al traghettatore utilizzando queste parole: "*It semms that you did him a trespass when you overloaded his boat so that his mare perished. So answer*"¹⁴³.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Nel diritto civile italiano attuale in questi casi si adotta la regola del cumulo di responsabilità che lascia all'attore la scelta tra l'agire *ex art. 1218 cod. civ.* o *ex art. 2043 cod. civ.*

¹⁴¹ Il caso *Bukton v Tounesende (1348)* si legge in J.H. BAKER - S.F.C. MILSOM, *Sources of English Legal History Private Law to 1750*, London, 1986, 358.

¹⁴² *Ibidem*.

Dal *trespass* si generò l'*assumpsit*¹⁴⁴, *form of action* da utilizzare in ambito contrattuale ove non era necessario che l'illecito fosse commesso con violenza¹⁴⁵.

Si trattava di casi in cui il convenuto assumeva, mediante un *undertaking*, una promessa di eseguire un lavoro o di prestare un servizio, e ciò autorizzava l'attore che aveva subito danni per la sua negligenza a esperire un'azione modellata sul *writ of trespass*¹⁴⁶. In particolare, l'azione in *assumpsit* era un'azione per la *mal-feasance*, ovvero la cattiva esecuzione di una prestazione che il convenuto aveva "assunto" o aveva (implicitamente) promesso di eseguire.

Di fronte a un'omissione (c.d. *non-feasance*), il diritto inglese non prevedeva la possibilità di agire con il *writ of assumpsit*¹⁴⁷. L'unico rimedio a disposizione della parte lesa era il *writ of covenant*, peraltro, esperibile solo relativamente a un contratto *under seal*¹⁴⁸.

Ciò comportava delle incongruenze nel sistema perché significava, per esempio, affermare che un medico negligente il quale prescriveva un farmaco errato al paziente, che poi decedeva, era tenuto a rispondere per *assumpsit*, mentre se lo stesso medico prometteva al paziente di curarlo rimanendo, invece, inerte, al punto tale da determinare la morte del paziente, non poteva in alcun modo essere convenuto in giudizio per il risarcimento dei danni¹⁴⁹.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Cfr. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 185 ss.

¹⁴⁵ Cfr. T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 319 ss.

¹⁴⁶ Cfr. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 187.

¹⁴⁷ Cfr. A. GAMBARO - R. SACCO, *op. cit.*, 64 ss.

¹⁴⁸ Cfr. T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 320.

Osserva J.H. BAKER, *op. cit.*, 333 che in caso di *non-feasance* un'altra forma di tutela per la parte fedele che non avesse concluso un contratto *under seal* poteva essere quella di un'azione in *Equity*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

Solo dal XVI secolo i giuristi inglesi si sono convinti di reinterpretare il *writ of assumpsit* in modo tale da renderlo esperibile sia in caso di cattiva esecuzione della prestazione sia di mancata esecuzione della stessa¹⁵⁰.

Secondo una parte degli interpreti l'equiparazione tra *mal-feasance* e *non-feasance* sarebbe stata facilitata dall'idea di frode mediante la quale il debitore inadempiente raggirava il creditore deluso¹⁵¹. La frode era considerata quasi come un'illecita invasione della sfera giuridica altrui, ma perché tale somiglianza fosse percepibile, occorreva che il creditore deluso pagasse in anticipo la sua controprestazione: solo in questo caso "l'ipotesi di chi con artifici e raggiri induce un altro a cavare fuori dalla propria tasca una somma di denaro può essere accostata all'ipotesi di chi allunga la mano nella tasca altrui per cavarne il denaro"¹⁵².

Ancora oggi la dottrina inglese tende ad analizzare il contratto nell'ottica della tutela dell'affidamento del destinatario di una promessa vincolante, la cui tutela è parzialmente fungibile con quella offerta dalla *law of torts*, mentre rimane estranea a tale mentalità giuridica l'idea che il contratto in sé sia una valida fonte di obbligazioni¹⁵³.

Inoltre, tracce dell'origine comune dei due sistemi di responsabilità si scorgono in tema di prevedibilità del danno.

Nell'ordinamento di *common law* si è sempre parlato di *foreseeability* in sede di *tort* e, almeno inizialmente, le corti ritenevano che la medesima regola dovesse trovare applicazione anche in sede di *contract*¹⁵⁴. Si affermava che il significato del criterio fosse molto simile nei due sistemi e che l'unica sostanziale differenza riguardasse il livello di prevedibilità richiesto: minore

¹⁵⁰ Circa l'equiparazione tra *mis-feasance* e *non-feasance* si vedano P.G. MONATERI, *op. cit.*, 185; A. GAMBARO - R. SACCO, *op. cit.*, 64.

¹⁵¹ Cfr. A. GAMBARO - R. SACCO, *op. cit.*, 64 ss.

¹⁵² *Id.*, *op. cit.*, 65.

¹⁵³ Cfr. A. GAMBARO - R. SACCO, *op. cit.*, 64 ss.

¹⁵⁴ V. G. SMORTO, *op. cit.*, 269 ss.

in sede di *tort* e maggiore nel *contract* dove, come vedremo, occorre una “*serious possibility*”, un “*real danger*” di danno¹⁵⁵.

La regola della prevedibilità utilizzata in *tort* è stata assimilata per funzione e significato alla regola della causalità adeguata¹⁵⁶. In particolare, si escludono le perdite *too remote*, rispetto alle quali la condotta, anche se efficiente - secondo lo schema del *but for test* - non può essere considerata *proximate cause*¹⁵⁷.

Come accade nel nostro ordinamento in tema di causalità adeguata, anche in sede di *tort* l'indagine circa la *foreseeability* ha carattere astratto e ipotetico fondandosi sulla nozione di *reasonable man* e sulle conoscenze, anche tecnico-scientifiche, che egli è chiamato ad avere.

Assai diversa è l'analisi da svolgere in sede contrattuale ove l'accertamento della prevedibilità va enucleato dal concreto della realtà negoziale. Ciò rivela un evidente collegamento tra il criterio della prevedibilità del danno e una concezione soggettivistica della responsabilità contrattuale, concezione questa originariamente presente nel modello contrattuale continentale.

Di conseguenza, se è corretto affermare che inizialmente il criterio della prevedibilità del danno era il medesimo sia per il *tort* che per il *contract* data la loro origine comune, si deve prendere atto di un progressivo allontanamento tra i due sistemi.

Nel prosieguo di questa indagine si rammenteranno alcune celebri decisioni inglesi che hanno contribuito ad ampliare il solco fra *contract* e *tort* in tema di prevedibilità del danno.

¹⁵⁵ Si aggiunga che il test di *foreseeability* utilizzabile in sede di *contract* differisce da quello applicabile in sede di *tort* anche rispetto al momento in cui il danno è previsto o dovrebbe essere prevedibile dal soggetto che commette l'illecito. Nel *tort of negligence* si fa riferimento al momento della commissione dell'illecito, mentre in sede contrattuale ci si riferisce al momento della conclusione dell'accordo.

¹⁵⁶ Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 136 ss.

¹⁵⁷ *Id.*, *op. cit.*, 138.

2. Domat, Pothier e la *contemplation rule*.

La decisione che più di altre ha contribuito a sancire l'indipendenza del *contract* rispetto al *tort*¹⁵⁸ è sicuramente *Hadley v. Baxendale*¹⁵⁹.

In tale pronuncia sono state enunciate, per la prima volta, le regole che la giuria allora e, i giudici inglesi oggi, devono applicare per limitare il *quantum* del danno risarcibile in un'ipotesi di illecito contrattuale.

Prima di soffermarsi sul caso *Hadley* appare utile rammentare brevemente alcuni principi fondamentali della *law of contract*.

Nell'ordinamento inglese, come d'altronde nel nostro, vige la regola per cui la somma da liquidarsi a titolo di risarcimento danni per inadempimento del contratto deve avere carattere compensativo,¹⁶⁰ e mai punitivo. Si suole affermare che la parte inadempiente "*must take the victim as he finds him*"¹⁶¹.

Inoltre, la responsabilità contrattuale ha natura oggettiva essendo irrilevante che l'inadempimento sia imputabile a colpa o dolo del debitore¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 185 ss.

¹⁵⁹ 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

¹⁶⁰ Questo principio venne, per la prima volta, sancito dal giudice PARKE B in *Robinson v. Harman* (1848) 154 ER 363 ove si legge "*The rule of common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed*".

¹⁶¹ V. *Gribben v. Woree Caravan Park and Motel* [1970] Qd R 420, 427-28. Questo vale anche in ipotesi di illecito extracontrattuale cfr. al riguardo K. BARNETT, S. HARDER, *op. cit.*, 123.

¹⁶² Cfr. *ex multis* M. WHINCUP, *Risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale nel diritto inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 113 secondo cui "se un soggetto conclude un contratto con un altro obbligandosi a compiere una determinata prestazione, ma non riesce a compierla, egli è *prima facie* responsabile, e né più né meno responsabile qualora il proprio inadempimento sia intenzionale o involontario, totalmente irresponsabile o totalmente causato dal comportamento colposo di altri sopra i quali egli non ha alcun controllo"; G.

In particolare, il rimedio del risarcimento del danno deve riflettere quella che è stata l'allocazione dei rischi tra le parti al momento della conclusione del contratto e non, invece, l'eventuale imputabilità dell'inadempimento¹⁶³.

Di conseguenza, come spiegava il giudice HOLMES, le ragioni che spingono un soggetto a non adempiere sono irrilevanti: ogni uomo ha diritto "di non adempiere il suo contratto, se lo vuole", cioè il diritto di scegliere se risarcire il danno, piuttosto che eseguire la propria prestazione¹⁶⁴. Questo significa che "il malvagio inadempiente non dovrebbe pagare una somma maggiore a titolo di risarcimento di quanto farebbe quello innocente e di buon cuore".¹⁶⁵

Si tratta di una responsabilità oggettiva apparentemente molto rigorosa, che per un osservatore di *civil law*, abituato oggi a distinguere tra inadempimento colposo e doloso, potrebbe apparire a tratti ingiusta.

La dottrina inglese mostra come una responsabilità di questo tipo presenti numerosi vantaggi, sia per le parti, sia per lo stesso ordinamento giuridico. Si tratta di una regola di più facile applicazione, adatta a soddisfare gli interessi del commercio¹⁶⁶.

GILMORE, *op. cit.*, 43 ss.; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's law of contract*, Oxford, 2010, 554 in nota.

¹⁶³ J. CARTWRIGHT, *Contract Law. An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Portland, Oregon, 2016, 295.

¹⁶⁴ Cfr. O.W.HOLMES, *The Common law*, 1881, 236.

¹⁶⁵ Cfr. G. GILMORE, *op. cit.*, 14. Diversamente nel nostro ordinamento non può parlarsi di diritto del creditore a non adempiere; quasi gli fosse riconosciuta una libera scelta tra adempimento e risarcimento del danno.

¹⁶⁶ Osserva M. WHINCUP, *op. cit.*, 113 che in assenza di un tale tipo di responsabilità "le cause riguardanti contratti commerciali diverrebbero ancora più complesse e dispendiose in tempo e denaro qualora i giudici dovessero accertare non solo se una promessa sia stata infranta, ma anche perché essa fu infranta, se l'inadempimento sia biasimevole e, se sì, come possa essere quantificato questo biasimo".

Si è poc'anzi detto che tale responsabilità appare molto rigorosa, ma, a ben vedere, se ci si sofferma sulla sua applicazione pratica si nota come le Corti di *common law* abbiano sempre cercato di attenuare la rigidità del criterio limitando i danni risarcibili, così da rendere la regola “più accettabile”¹⁶⁷.

Hadley v. Baxendale, punto di partenza di tutti i dibattiti sulla teoria del risarcimento del danno contrattuale, sia nel diritto inglese, sia in quello nord americano,¹⁶⁸ ha “codificato” il principio della limitazione dei danni risarcibili, ai soli danni prevedibili (*rectius, contemplated*)¹⁶⁹.

La somiglianza con la regola sancita dagli artt. 1149-1151 *code civil*¹⁷⁰ non è un caso, ma è il frutto di quella circolazione del modello continentale di contratto, a cui si era precedentemente accennato¹⁷¹.

¹⁶⁷ Cfr. M. WHINCUP, *op. cit.*, 118.

¹⁶⁸ Nel descrivere lo sviluppo della teoria del risarcimento del danno contrattuale nei sistemi di *common law* G. GILMORE, *op. cit.*, 44 osserva come “sia un mistero della storia del nostro diritto la ragione per cui un caso [*Hadley v. Baxendale*] così poco interessante, deciso in modo piuttosto discutibile da un giudice che sarebbe rimasto altrimenti sconosciuto, dovesse immediatamente diventare celebre su entrambe le coste dell’Atlantico.” Anche P.G. MONATERI, *op. cit.*, 193 ritiene “sconcertante” che da fatti così banali quali la rottura della pala di un mulino sia sorto un principio fondamentale “ritenuto perfettamente in tono con le esigenze del capitalismo del XIX secolo”.

¹⁶⁹ Più precisamente, nel diritto inglese del contratto non si è mai espressamente parlato di danni prevedibili o di *foreseeability*, fino alla decisione del 1949 *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd*, [1949] 2 KB 528 che ha, in parte, riformulato la regola sancita in *Hadley v. Baxendale* (v. *Infra* par. 3, Cap. II). Per vero, nel sistema di *common law* si è soliti parlare di *foreseeability* in sede di *tort*. Cfr. *ex multis* A. GNANI, *op. cit.*, 136.

¹⁷⁰ Come ricordato *supra* Cap. I, il *Code Civil* riconosce il risarcimento anche dei danni imprevedibili nell’ipotesi in cui l’inadempimento dell’obbligazione sia dipesa dal dolo del debitore; invece, in *Hadley v. Baxendale* e, nelle successive pronunce inglesi, non vi è alcuna distinzione tra i casi di inadempimento doloso e quelli di inadempimento colposo. Osserva al riguardo G. H. TREITEL, *op. cit.*, 151 ss. “*in formulating the English test of remoteness, the court in Hadley v. Baxendale clearly did not adopt the entire group of French rules contained in CC arts. 1149-1151, or even the provisions of art. 1150. There is, for example, no suggestion in the*

L'insegnamento di POTHEIR e di quella dottrina inglese che si era ispirata al suo *Traité des obligations*¹⁷² "risuonarono nell'aula della *Court of Exchequer*"¹⁷³ durante la discussione del caso *Hadley*¹⁷⁴.

Com'era accaduto in Francia, anche in Inghilterra si era sentito il bisogno di introdurre un principio chiaro, volto a riconoscere *ex ante* i danni che una parte è tenuta a risarcire all'altra in caso d'inadempimento contrattuale. Grazie a una simile regola le parti sarebbero state poste nelle

English rule of any special treatment of a debtor who is guilty of "fraud". V. però J. GORDLEY, *Responsability in crime, tort, and contract for the unforeseen consequences of an intentional wrong*, in *The law of obligations: Essays in Celebration of John Fleming*, P. CANE, J. STAPLETON (eds), Oxford, 1998, 175 ss. secondo cui la parte inadempiente dovrebbe essere responsabile anche per il risarcimento dei danni imprevedibili se ha agito dolosamente o con colpa grave e ciò anche se il sistema giuridico di *common law* non lo prevede espressamente e, altresì, R. COOKE, *Remoteness of damages and judicial discretion*, (1978) 37 CLJ 288 ss. che osserva "the degree of the defendant's culpability is one of the factors to be taken into account in determining whether loss is too remote" [...] "loss is less likely to be held to be too remote if it was caused by a deliberate or grossly negligent breach".

¹⁷¹ Cfr. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 183.

¹⁷² Cfr. P.S. ATIYAH, *The rise and fall*, cit., 399 che ricorda come "Pothier's treatise had been translated into English in 1806, and was readily available to judges and practitioners. Its appeal lay in the fact that it set out in simple and straightforward language generale principles of contract law".

¹⁷³ Cfr. P.G. MONATERI, *op. cit.*, 193.

¹⁷⁴ Precisa sul punto T.D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 359 "Although Alderson B. did not refer in his judgment to any French sources, counsel for both the plaintiff and the defendant made reference to passages from Theodore Sedgwich's *A Treatise on the Measure of Damages*. Sedgwich's treatise relied heavily on the writings of Pothier. He also made reference to Domat, and the passage of Sedgwich cited in argument by the defendant was based on Domat, rather than Pothier. In the course of oral argument by counsel for the plaintiff Parke B referred specifically to Articles 1149, 1150 and 1151 [...]".

Osserva, però, G. H. TREITEL, *op. cit.*, 152 che se è ben vero che i giudici inglesi in *Hadley v. Baxendale* dovettero confrontarsi con gli artt. 1149-1151 *Code civil*, d'altra parte l'assetto finale derivato dalla sentenza inglese in tema di prevedibilità del danno "owes little or nothing to its French counterpart".

condizioni di valutare la convenienza di un certo affare e i rischi connessi allo stesso e, così, decidere consapevolmente se concludere o meno il contratto.

Ecco i fatti di questo famoso *case*.

Gli attori erano i proprietari di un mulino che era stato chiuso a causa della rottura dell'unica pala.

I convenuti erano, invece, i vettori ingaggiati per trasportare tale pala a Greenwich dove un artigiano avrebbe dovuto costruirne una nuova sul modello di quella spezzata.

A causa del ritardo nella riconsegna della pala, il mulino rimaneva chiuso per un periodo ben più lungo di quanto preventivato. Per tale ragione i proprietari convenivano in giudizio i vettori chiedendo i danni per il mancato guadagno causato da tale prolungata chiusura.

La giuria¹⁷⁵ accoglieva la pretesa attorea riconoscendo ai signori Hadley un risarcimento pari a 25 sterline¹⁷⁶.

I vettori facevano, allora, appello alla *Court of Exchequer* che ribaltava la decisione sul presupposto che la giuria era stata mal istruita¹⁷⁷.

Di conseguenza, Baron Alderson sanciva la regola generale (ora adottata in tutto il mondo di *common law*) da applicare nella liquidazione del danno.

In particolare, secondo il giudice Alderson i danni risarcibili per la mancata esecuzione del contratto devono essere "tali da poter essere equamente e ragionevolmente considerati o quali scaturenti in modo naturale, cioè secondo il normale svolgimento delle cose, da quello stesso inadempimento contrattuale, ovvero tali per cui si possa ragionevolmente

¹⁷⁵ Oggi, come già ricordato, non più impiegata in processi inglesi di questo tipo.

¹⁷⁶ Sottolinea G. GILMORE, *op. cit.*, 113 in nota che "secondo il resoconto del caso gli attori chiesero un risarcimento di trecento sterline".

¹⁷⁷ Si precisa che la *Court of Exchequer* non si è pronunciata in merito alla correttezza o meno del *quantum* del risarcimento liquidato dalla giuria, ma sul fatto che, nel caso di specie, mancava una regola generale che dettasse i criteri per liquidare i danni in caso di inadempimento contrattuale e come, pertanto, la giuria fosse stata mal istruita.

supporre che entrambe le parti se li fossero prefigurati o se li potessero prefigurare quale probabile conseguenza dell'inadempimento nel momento in cui avevano concluso il contratto".¹⁷⁸

Tale criterio si articola in due sotto principi: i c.d. "*two 'limbs' of Hadley v. Baxendale*"¹⁷⁹.

In base al "*first limb*" ("*damage arising in the usual course of things*"), per quantificare il danno risarcibile è necessaria un'indagine di tipo oggettivo¹⁸⁰; in base, invece, al secondo ("*damage reasonably supposed to be in the contemplation of the parties*"), noto anche come *contemplation rule* o *remoteness rule*, un'indagine più soggettivistica¹⁸¹.

Più precisamente, in base alla prima regola, il giudice deve chiedersi se i danni siano "conseguenza normale" o "usuale" di quell'inadempimento, ovvero se si tratti di danni che ogni persona ragionevole si aspetterebbe di dover sopportare in tali circostanze.

La *contemplation rule*, invece, riguarda quei danni che derivano dalle peculiarità della concreta fattispecie contrattuale e che possono essere risarciti se erano o potevano essere previsti dalle parti, sulla base delle informazioni a loro disposizione, al momento della conclusione del contratto.¹⁸²

Si presume che tali "circostanze speciali", una volta comunicate alla controparte, entrino a far parte dei rischi da questa accettati al momento

¹⁷⁸ Cfr. 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854) per cui in caso d'inadempimento contrattuale "*damages are recoverable: (1) when they are such as may fairly and reasonably be considered arising naturally, i.e. according to the usual course of things from the breach, or (2) when they are such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.*"

¹⁷⁹ K. BARNETT, S. HARDER, *Remedies in Australian private law*, Cambridge, 2014, 122.

¹⁸⁰ J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, 551.

¹⁸¹ *Id.*, *op. cit.*, 553.

¹⁸² Cfr. *ex multis* M. WHINCUP, *op. cit.*, 114 ss.; G. GILMORE, *op. cit.*, 46 ss.; A. GNANI, *op. cit.*, 136 ss.

della conclusione del contratto. E, pertanto, in caso d' inadempimento, il debitore sia tenuto a risarcire anche i danni derivanti da tali circostanze speciali.

Nel caso di specie, il fatto che la rottura della pala fosse stata l'unica ragione della chiusura del mulino doveva essere ricondotto tra le circostanze speciali note agli attori di cui alla seconda regola di *Hadley*.

Alderson rilevava che il caso di specie aveva ad oggetto la conclusione di un contratto di trasporto di una pala spezzata e come, di conseguenza, i vettori non erano tenuti a essere a conoscenza del fatto che in assenza di una pala il mulino sarebbe rimasto inattivo.

Infatti, il mulino ben poteva essere attrezzato con una pala di ricambio: nel qual caso non sarebbe per nulla rimasto chiuso, salva la rottura anche della seconda pala.

In alternativa, sarebbe potuto rimanere chiuso per una qualche ragione che non aveva nulla a che vedere con la rottura della pala.

Poiché i proprietari del mulino non si erano preoccupati di portare a conoscenza dei vettori tale circostanza "speciale", questi ultimi non avevano, nel caso di specie, alcun motivo particolare di supporre che, a causa del proprio ritardo, il mulino sarebbe rimasto chiuso.

Alla luce di queste considerazioni, la giuria non riteneva i vettori responsabili per i danni derivanti dall'applicazione della seconda regola di *Hadley* pari al mancato guadagno dei proprietari del mulino.

In base alla regola sancita da Baron Alderson, la conclusione della giuria appare corretta considerato che se i vettori fossero stati informati delle circostanze speciali (*i.e.* del fatto che senza quella pala il mulino rimaneva inattivo) avrebbero potuto disciplinare tale specifico rischio contrattuale attraverso una modifica del prezzo oppure una maggiore diligenza nell'esecuzione della prestazione, "*and of this advantage it would be very unjust to deprive them*"¹⁸³.

¹⁸³ Cfr. 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

Alle due regole appena illustrate, è, poi, seguito in giurisprudenza e dottrina l'utilizzo del binomio *general e consequential damages*¹⁸⁴.

I primi sono i danni riguardanti il “*value of the very performance contracted for*”¹⁸⁵, ovvero si tratta dei danni corrispondenti al valore in sé

Si segnala che la dottrina inglese e soprattutto americana ha spiegato il caso *Hadley v. Baxendale* in chiave di analisi economica del diritto. La regola di *Hadley*, imponendo una *disclosure* delle informazioni relative alle circostanze peculiari del caso di specie, consente al debitore (i vettori) di adottare le precauzioni necessarie a fronteggiare il costo (es. mediante la stipula di assicurazioni oppure mediante la modificazione del prezzo contrattuale). Alternativamente, il creditore può mantenere su di sé il rischio dei *consequential damages*, adottando le misure per prevenirli (per esempio: il rischio di danno da ritardata consegna della pala può essere ridotto mantenendo una pala di scorta). Il creditore sarà portato a scegliere questa seconda strada quando il costo delle precauzioni che egli debba adottare, unito al rischio residuo di danno, sia inferiore al costo della contrattazione con il debitore di condizioni speciali, unito al possibile incremento di prezzo che gli verrebbe richiesto. In mancanza di informazioni al debitore, il danno - non conosciuto dal debitore - deve rimanere in capo al creditore, in quanto è il soggetto in grado di meglio fronteggiarlo, conoscendone il rischio. Cfr. sul punto, per tutti, R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2003, 127 ss.; M. A. EISENBERG, *The Principle of Hadley v. Baxendale*, (1992) 80 *Cal. R. Rev.*, 563 ss.; L.A. BEBCHUK, S. SHAVELL, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: the Rule of Hadley v. Baxendale*, in 7 *Journ. Law Econ. & Org.*, 1991 284 ss.; J. F. PERLOFF, *Breach of Contract and the Foreseeability Doctrine of Hadley v. Baxendale*, in 10 *Journ. Leg. Stud.*, 1981, 39 ss.

In Italia si vedano R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULSEN, *op. cit.*, 363 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 172 ss.

¹⁸⁴ Come ricordato *supra* nota n. 53, Cap. I, la distinzione tra *general e consequential damages* è simile a quella precedentemente riscontrata tra danno *circa rem* e danno *extra rem* proposta da DUMOULIN nella sua opera *Tractatus de eo quod interest*.

¹⁸⁵ Cfr. G. SMORTO, *op. cit.*, 88.

della prestazione¹⁸⁶. La loro valutazione prescinde dalla posizione soggettiva della parte fedele, per affidarsi, invece, a criteri di mercato¹⁸⁷.

I *consequential damages*, sono, invece, i danni ulteriori che riguardano le ipotesi in cui il valore di mercato non è in grado di compensare interamente le perdite subite dalla parte fedele. Attraverso questo tipo di danni si introduce una componente soggettiva nella valutazione del danno: tanto più ampio sarà il riconoscimento dei danni consequenziali tanto maggiore sarà l'importanza attribuita alla valutazione soggettiva della vittima dell'inadempimento¹⁸⁸.

In dottrina si osserva, altresì, che attraverso i *general damages* è possibile risarcire i danni che *normalmente* derivano dall'inadempimento di un determinato tipo di obbligazioni, a prescindere da una prova specifica; mentre per poter riconoscere il risarcimento dei *consequential damages*, ovvero di quei danni derivanti dalle peculiarità della concreta fattispecie, è necessaria una prova più rigorosa di tali pregiudizi e della loro derivazione dall'inadempimento¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 138 ss.; G. SMORTO, *op. cit.*, 87 ss.; D. DOBBS, *Law of Remedies*, St. Paul, I, 297.

¹⁸⁷ Cfr. G. SMORTO, *op. cit.*, 87 ss. ove l'autore osserva come, a ben vedere, la distinzione tra *generale* e *consequential damages* non ripropone quella tipica del nostro ordinamento tra danno emergente e lucro cessante. È certamente corretto affermare che attraverso il risarcimento del lucro cessante si riconosce rilevanza all'uso particolare che della prestazione avrebbe fatto il creditore e che non si trova riflesso nel prezzo di mercato. Ma è, altresì, vero che anche le spese sostenute dal contraente fedele costituiscono una voce di danno riconducibile ai *consequential damages*. Sebbene, dunque, il lucro cessante rappresenti una delle voci più importanti dei *consequential damages*, le due espressioni non sono affatto sovrapponibili. Di conseguenza, la dicotomia *general* e *consequential damages* è trasversale rispetto alle nostre categorie di danno emergente e lucro cessante.

¹⁸⁸ *Id.*, *op. cit.*, 88 ss.

¹⁸⁹ Cfr. A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi* acquis, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 5, 10573 ss. il quale precisa che "il punto è che, a differenza della tecnica *nominal damages*, che dà rilevanza risarcitoria all'inadempimento in

Da quanto brevemente rammentato, è possibile affermare che nel sistema giuridico inglese, la *two-branched rule* del caso *Hadley* tende ad assommare in sé la disciplina di casi attratti agli artt. 1223 e 1225 cod. civ.

Si è osservato in dottrina¹⁹⁰ come nel nostro ordinamento giuridico il caso *Hadley* sarebbe stato, molto probabilmente, ricondotto al dominio sia della causalità giuridica che della prevedibilità del danno considerato che il

sé e per sé considerato, quello dei *general damages*[...] per un verso postula concettualmente l'esistenza di un pregiudizio, per l'altro non ne impone la prova".

Sui *general damages* nella letteratura inglese si vedano, in particolare, R.E.V. HEUSTON - R.A. BUCKLEY, *Salmond & Heuston On the Law of Torts*, London, 1996, 503 ss. secondo cui "*General damages is that kind of damage which the law presumes to follow from the wrong complained of and which, therefore, need not to be expressly set out in the plaintiff's pleadings*"; [...] "*special damage, in the other hand, is damage of such kind that it will not be presumed by the law and it must therefore be expressly alleged*".

In Italia si vedano P.G. MONATERI, *Risarcimento e danno presunto: verso una teoria dei general damages in diritto italiano*, in *Quadr.*, 1990, 24; G. COMANDÈ, *Le non pecuniary losses in common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 455 ss. e A. LAZZARI, *General Damages: the italian approach*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, n. 4, 1998. Tali interpreti osservano come la tecnica della riparazione dei danni presunti di fatto porti a piegare il rimedio risarcitorio a funzioni che hanno a che vedere con la sanzione della condotta illecita piuttosto che con l'effettiva riparazione di una perdita. Gli stessi appaiono essere favorevoli all'affermarsi di tale tecnica risarcitoria anche in Italia, evidenziando come la sua recezione costituirebbe il segno di un orientamento volto a fare coincidere danno-conseguenza e lesione del diritto: perché in assenza della compiuta prova del pregiudizio subito considerare il danno-conseguenza come presunto ovvero ritenere sufficiente, per l'operare della tecnica risarcitoria, l'accertamento della mera lesione del diritto sarebbe di fatto la stessa cosa. Osserva in modo critico A. D'ADDA, *op. cit.*, 10573 ss. "considerazione questa [quella per cui non vi sarebbe più alcuna differenza tra danno-conseguenza presunto e lesione del diritto] senz'altro da condividere, ma che suggerisce a chi scrive semmai ragioni di perplessità circa l'accoglimento di una tale prassi, che per sua natura rischia di dare libero spazio a un'incontrollata attività di creazione di "danni risarcibili" a opera dell'interprete che finisce per sanzionare in sé, secondo parametri non predeterminati, la violazione del diritto, e nel nostro caso l'inadempimento in sé considerato".

¹⁹⁰ Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 136 ss.

danno da arresto dell'attività produttiva di un mulino potrebbe rientrare tra le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento di un contratto di trasporto di una pala¹⁹¹ e come, però, in assenza di informazioni circa il funzionamento del mulino, il mancato guadagno derivante dalla sospensione forzata dell'attività d'impresa, non era prevedibile da parte di un normale vettore.¹⁹²

A differenza, però, di quanto si suole affermare nei sistemi giuridici francese e italiano, ove vige la regola dell'integrale risarcimento del danno,

¹⁹¹ Più precisamente, nell'ambito della catena causale innescata dall'inadempimento del contratto di trasporto, si tratta poi di vedere se questa fu antecedente prossimo del danno; a tal fine, secondo l'impostazione tipica della causalità adeguata, andrebbe accertato se il danno da mancato guadagno per chiusura protratta di un mulino sia una conseguenza normale e adeguata dell'inadempimento di un contratto di trasporto con oggetto un pezzo destinato a fungere da campione. La risposta dovrebbe tener conto della possibilità che il proprietario di un mulino conservi sempre una pala di scorta. Inoltre, ci si potrebbe interrogare sulla facile o difficile reperibilità, nel mercato, di pale già pronte per l'uso.

¹⁹² Osserva al riguardo G. H. TREITEL, *op. cit.*, 165 "In practice there must often be a considerable degree of similarity between the two theories; indeed, foreseeability and causation are not always clearly distinguished even in systems which adopt the causation criterion [...]".

Vedi anche G. ALPA - A. GIAMPIERI, *Analisi economica del diritto e analisi del metodo: la questione del danno contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1996, 717 per i quali si tratterebbe di "criteri comuni alla maggior parte degli ordinamenti giuridici, tanto di *common law*, quanto di *civil law*, e che costituiscono una sorta di *common core* del danno risarcibile".

Sottolinea, infine, T.D. MUSGRAVE, *op. cit.* "Unlike French law, the Common law does not use directness as the means of determining causation, and the basis for establishing the relationship between the defendant's breach and the plaintiff's loss, there are actually very few cases in which it is discussed as a separate issue. In the United States it has even been asserted that foreseeability should be the test of causation. This is not so in England and Australia, where the concepts of causation and remoteness have been kept separate [...]. In both [English and French] systems damage for breach of contract is therefore recoverable if there is a causal link. In French law the causal link is that of directness. In the Common law it is less clear what constitutes the necessary causal link, as there is no equivalent test of directness".

cui il principio della prevedibilità tende ad apportare una deroga¹⁹³, il caso *Hadley* sembra riflettere l'opposto atteggiamento di risarcibilità.

La regola inglese sembrerebbe, infatti, essere la seguente: risarcimento dei *general damages*, ed eccezionalità del riconoscimento dei *consequential damages*¹⁹⁴.

Affinché questi ultimi danni siano risarcibili è necessario che la parte inadempiente sia stata informata, al momento della conclusione del contratto, delle speciali circostanze da cui gli stessi potrebbero originare.

L'accertamento di tale conoscenza è condotto in conformità a un'analisi sul concreto della realtà negoziale al tempo della conclusione del contratto, e di indici ulteriori quali, per esempio, la qualità delle parti, lo scambio di informazioni intercorso durante la trattativa, la natura dell'affare, l'esistenza e il tipo di assicurazione stipulata a *latere* del contratto¹⁹⁵. Ciò rivela la natura soggettiva della responsabilità contrattuale, confermata dall'utilizzo della formula "*contemplation rule*".

Una parte della dottrina ritiene che, in ultima analisi, è la sola volontà delle parti il criterio in grado di determinare i rischi "intranei" o "estranei" al programma negoziale¹⁹⁶.

Anche rispetto a questo profilo si scorge una certa somiglianza con le prime ricostruzioni della dottrina italiana in tema di funzione da riconoscere

¹⁹³ *Contra* V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 127 (v. *supra* nota 54 cap. I).

¹⁹⁴ *Contra* J.H. BARTON, *Contractual damages and the Rise of the Industry*, [1987] 7 Oxford J of Legal Studies 40, 45 secondo cui "*however, some contemporary judges no doubt did regard Hadley as extending liability for consequential loss and hence being more beneficial to plaintiffs than the previous law*".

¹⁹⁵ Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 138.

¹⁹⁶ *Id.*, *op. cit.*, 140 secondo cui "la *contemplation rule* viene a riflettere l'inveterata idea della responsabilità debitoria come mera vicenda del contratto, al suo pari fondata sul volere individuale. Non a caso fu invalsa la tesi del "*tacit agreement*" volto ad assumere quel dato tipo di rischio".

al principio di prevedibilità del danno di cui all'art. 1228 del codice civile del 1865¹⁹⁷.

Nel secolo successivo alla decisione in *Hadley v. Baxendale*, la giurisprudenza inglese, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, tende a specificare e riformulare il principio ivi sancito al fine di definire in modo più chiaro il concreto ambito di applicazione della *remoteness rule*¹⁹⁸.

Prima di soffermarci sulle recenti riformulazioni pretorie della *contemplation rule*, occorre rammentare come una parte della giurisprudenza¹⁹⁹ e della dottrina inglese²⁰⁰ non abbia mai condiviso le conclusioni di Alderson, ritenendo che il giudice inglese “fosse andato troppo lontano accordando il risarcimento di quei danni che venivano definiti ulteriori o indiretti”²⁰¹.

¹⁹⁷ Come ricordato nel Cap. I, la visione volontaristica del principio di prevedibilità del danno è stata fortemente criticata dai sostenitori di una ricostruzione del principio quale criterio legale collegato non tanto al momento genetico del contratto quanto piuttosto al fatto dell'inadempimento. Il principio della prevedibilità del danno rappresenterebbe, quindi, un criterio dettato dal legislatore per stabilire quali danni debbono essere risarciti in caso di inadempimento colposo senza che ci sia alcun bisogno di un'effettiva accettazione delle conseguenze dell'inadempimento da parte dei contraenti al momento della stipulazione del contratto.

¹⁹⁸ Cfr. M. WHINCUP, *op. cit.*, 115 e G. GILMORE, *op. cit.*, 46.

¹⁹⁹ Vedi sul punto le pronunce inglesi *British Columbia and Vancouver's Island Spar, Lumber, and Saw-Mill Co v. Nettleship*, [1868] LR 3 CP 499 e *Horne v. Midland Rwy Co.*, [1872-1883] LR 8 CP 131 e quella americana *Globe Refining v. Landa Cotton Oil*, [1903] 190 US 540.

²⁰⁰ Cfr. *ex multis* G. GILMORE, *op. cit.*, 46 e U. MORELLO, *Profili comparatistici*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Giuffrè, 1984, 182.

²⁰¹ G. GILMORE, *op. cit.*, 46.

In particolare, scriveva al riguardo O.W. HOLMES, *op. cit.*, 236-237, (traduzione libera) “se la risoluzione del contratto fosse riguardata nella stessa prospettiva di un illecito, sembrerebbe che, se durante l'esecuzione fosse stata notificata al promittente ogni conseguenza particolare che potesse derivare quale risultato del mancato adempimento, costui dovrebbe ritenersi responsabile per tali evenienze in caso di inadempimento. Proposte in questo senso sono state fatte ma non sono mai state accolte. Al contrario,

Veniva, in particolare, criticata la formulazione della seconda regola di *Hadley* in quanto non appariva sufficiente la mera comunicazione di circostanze particolari al momento della conclusione del contratto per il riconoscimento del risarcimento dei *consequential damages*.

Secondo tale dottrina l'unico modo per fare in modo che anche tali danni fossero riconosciuti era considerare l'assunzione di tale rischio quale parte integrante del contratto²⁰². Questo significava affermare che solo nell'ipotesi in cui la parte inadempiente avesse accettato i rischi specifici al momento della conclusione del contratto, l'ulteriore risarcimento del danno poteva essere accordato al contraente fedele²⁰³.

In tal modo la *contemplation rule* finiva per riflettere l'idea della responsabilità debitoria come mera vicenda del contratto, al suo pari fondata sul volere individuale²⁰⁴.

secondo l'opinione di un giudice molto capace e che pare essere generalmente seguita, non è sufficiente la comunicazione, anche al momento della conclusione del contratto, di circostanze particolari dalle quali deriverebbe il risarcimento di danni ulteriori in caso di risoluzione, a meno che non si debba ritenere che l'assunzione di tale rischio fosse già entrata a far parte del contratto. Se un vettore si fosse impegnato a trasportare un macchinario di una segheria da Liverpool all'isola di Vancouver e non avesse adempiuto a tale incarico, probabilmente non sarebbe ritenuto responsabile per l'ammontare del canone che si otterrebbe dal noleggio di tale macchinario durante il ritardo necessario. E ciò sebbene potesse essere stato a conoscenza dell'impossibilità di rimpiazzarlo senza rinviarlo in Inghilterra (a meno che non fosse dubbio se avesse accettato 'il contratto con annessa tale condizione speciale')

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ V. A. KRAMER, *An agreement-centred approach*, cit., 250 il quale si riferisce a questa ricostruzione dogmatica del criterio della prevedibilità del danno come "*the long-discredited tacit agreement/implied promise theory of remoteness [...]*".

²⁰⁴ Cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 140.

Circa un secolo dopo questa idea di un *tacit agreement* tra le parti sarà riproposta e meglio analizzata da una parte della dottrina inglese²⁰⁴ che proporrà una rilettura innovativa del principio di diritto sancito in *Hadley v. Baxendale*. Lettura che sarà fatta propria da Lord

A partire dalla metà del ventesimo secolo, la visione volontaristica del criterio della prevedibilità del danno viene superata dalla giurisprudenza inglese che la sostituirà con una nuova tendenza di stampo oggettivistico,²⁰⁵ in base alla quale la mera conoscenza e previsione del rischio è sufficiente a fondare la risarcibilità dei danni²⁰⁶.

In particolare, sarà Lord Upjohn a rigettare espressamente l'idea che accanto alla conoscenza del rischio sia necessaria anche l'accettazione esplicita o tacita della parte inadempiente²⁰⁷.

D'altra parte, è interessante notare come una visione volontaristica della *remoteness rule* continuerà sempre a trovare supporto in seno ad una parte della dottrina inglese,²⁰⁸ che, come vedremo, finirà per influenzare, nuovamente, la giurisprudenza.

Hoffman e Lord Hope in una pronuncia del 2007, la nota *Achilleas*, [2008] UKHL 48, [2009] 1 AC 61.

²⁰⁵ Cfr. A. KRAMER, *An agreement-centred approach*, cit., 250 che osserva “[...] *the pendulum had swung away from the assumption of risk theory. Although Asquith LJ appeared to support the Nettleship view in the Victoria Laundry case, a dictum of Lord Upjohn in The Heron II expressly stated that mere knowledge and foresight is enough, rejecting the view that liability must be made a term of the contract*”.

²⁰⁶ *Czarnikov v. Koufos* [1969] 1 AC 350, 422.

²⁰⁷ *Ibidem*, 422 ove Lord Upjohn afferma “*In British Columbia Saw Mill Co. Ltd v. Nettleship it was decided on the second branch of the rule that there must not only be common knowledge of some special circumstances but liability for damages resulting therefrom must be made a term of the contract. This was followed in Horne v. Midland Railway Co. I do not see why that should be so. If parties enter into the contract with knowledge of some special circumstances, and it is reasonable to infer a particular loss as a result of those circumstances that is something which both must contemplate as a result of a breach. It is quite unnecessary that it should be a term of the contract*”.

²⁰⁸ Cfr. *ex multis* D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *op. cit.*, 90 i quali suggeriscono che la *remoteness rule* ha il solo compito di “*make explicit what is implicit in the contract*”; secondo H. BEALE, *Chitty in Contracts*, London, 2004, 1449 il *test of remoteness* “*specifies the extent of responsibility implicitly undertaken by the promisor*”; H. COLLINS, *The law of contract*, London, 2003, 413 afferma al riguardo che “*the legal reasoning about foreseeability and probability*

3. La “reasonable foreseeability” anche nel *law of contract*. Un possibile riavvicinamento tra *contract* e *tort*.

Il *dictum* di *Hadley v. Baxendale*, come già rammentato, è stato nel corso degli anni oggetto di svariate riformulazioni in seno alla giurisprudenza.

I giudici di *common law*²⁰⁹ hanno, in più occasioni, tentato di precisarne e chiarirne la portata,²¹⁰ fino ad arrivare nel 2008 ad alterarne il significato originario in *Achilleas*²¹¹.

seems to obscure the real function of the remoteness rule, which is to determine how the parties implicitly allocated the risk of loss of profits in their agreement”; J. CARTWRIGHT, *Remoteness of damage in contract and tort: a reconsideration*, [1996] 55 CLJ 488, 505 che osserva “[contracting party]consents to be bound to an agreement which contains within it a particular balance of risks and rewards; in consequence, the limit to the losses for which he is responsible can be taken to have been accepted at the time of concluding the agreement”; F. DAWSON, *Reflections on certain aspects of the law of damages for breach of contract*, [1995] 9 J Contract L 125, 125 afferma che la *remoteness rule* determina “the extent of the secondary obligation undertaken by the promisor” e fa ciò “assessing the extent of the liability to which the promisor may be presumed to have assented when undertaking his primary obligation”; A. KRAMER, *An agreement-centred approach cit.*, 249 ss. ritiene che la *remoteness rule* in materia contrattuale “should be understood as a framework for discovering what was agreed, not a default rule to operate when nothing was agreed; D. CAMPBELL, H. COLLINS, *Discovering the implicit dimensions of contracts*, in D. CAMPBELL, H. COLLINS, J. WIGHTMAN, *Implicit dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford, 2003, 25 secondo i quali “the answer in remoteness cases is to be found in the ‘implicit dimensions’ of contracts [...]”.

²⁰⁹ Cfr. G. GILMORE, *op. cit.*, 46. In merito all’interpretazione delle due regole sancite in *Hadley v. Baxendale* osserva R. COOKE, *Remoteness of Damages and Judicial Discretion*, [1978] Cambridge LJ 288, 288 “despite a succession of attempts by strong courts to restate the rules in a clear and authoritative way, it was impossible to define them with any confidence”.

Quindici anni dopo, sempre rispetto al caso *Hadley*, SIR COOKE rigetterà in *McElroy Milne v. Commercial Eletronics Ltd*, [1993] 1 NZLR 39, l’idea che *Hadley* “was a classical authority on remoteness of damages, except in the sense of being a ritual incantation in discussions on the subject”.

Prima di tale “rivoluzionaria” pronuncia, la regola di *Hadley v. Baxendale* era stata riformulata in due occasioni: nel 1949 ad opera del giudice Asquith LJ in *Victoria Laundry Ld. v. Newman Industries Ld.*²¹² e, successivamente, nel 1969 in *Czarnikov v. Koufos*²¹³.

Il problema che si era posto nel caso *Victoria Laundry* era se la consegna tardiva di una caldaia facesse nascere in capo ai proprietari di una lavanderia il diritto di chiedere il risarcimento dei danni subiti per la diminuzione dei profitti causati da tale ritardo.

Peraltro, a differenza del vettore *Baxendale*, il convenuto *Newman Industries*, era a conoscenza del fatto che i proprietari della lavanderia volevano espandere i propri affari e che, di conseguenza, avevano bisogno di mettere in funzione la nuova caldaia nel più breve tempo possibile.

Il risarcimento richiesto non aveva ad oggetto i soli *general damages*, ma anche i danni eccezionali sofferti in conseguenza della impossibilità per *Victoria Laundry* di concludere un contratto molto lucrativo con il *Ministry of Supply*, l’offerta per la conclusione del quale era giunta, inaspettatamente, mentre la lavanderia attendeva la consegna della caldaia.

L’applicazione delle due regole di *Hadley* porta alla conclusione della risarcibilità dei soli *general damages* e non, invece, dei *consequential damages* in quanto, se è vero che *Newman Industries* conosceva l’intenzione dei proprietari della lavanderia di espandere i loro affari, non era, però, stata informata di “*certain highly lucrative dyeing contracts which [Victoria Laundry] could have obtained with the Ministry of Supply*”²¹⁴.

Il giudice Asquith giungeva a tali conclusioni attraverso una riformulazione dei principi tradizionali.

²¹⁰ v. T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 360; M. WHINCUP, *op. cit.*, 115; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, 545; U. MORELLO, *op. cit.*, 182.

²¹¹ [2008], UKHL 48.

²¹² [1949], 2 KB 528.

²¹³ [1969], 1 AC 350.

²¹⁴ [1949] 2 KB 528.

In *Victoria Laundry* si legge, infatti, come: “l’attore in un’azione contrattuale poteva recuperare tanta parte del danno attualmente conseguente, quanta fosse *reasonable foreseeable* che potesse conseguire all’inadempimento al tempo del contratto [...] é sufficiente [...] che il danno costituisca una “*serious possibility*”, un “*real danger*”²¹⁵.

Lord Asquith, in tal modo, è arrivato a fondere le due regole di *Hadley v. Baxendale* in un unico principio precisando, altresì, come, normalmente, la parte inadempiente possieda due tipi conoscenze circa gli eventuali danni risarcibili: “*imputed*” e “*actual*”²¹⁶.

L’importanza di *Victoria Laundry* risiedeva, da un lato, nella circostanza per cui era sufficiente che la sola parte inadempiente prevedesse o potesse prevedere, al tempo del contratto, i danni risarcibili nell’ipotesi dell’inadempimento del contratto, non essendo, invece, più necessaria la *contemplation of the “parties”*²¹⁷.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Sul punto Lord Asquith ha affermato che “*everyone, as a reasonable person is taken to know ‘the ordinary course of things’ and consequently what loss is liable to result from a breach of contract in that ordinary course. But in addition to this imputed knowledge, there is the knowledge which a contract-breaker [...] actually possesses, of special circumstances outside ‘the ordinary course of things’, of such a kind that a breach in those special circumstances would be liable to cause more loss*”.

²¹⁷ Per vero, secondo una parte della dottrina già la *contemplation rule* di *Hadley v. Baxendale* va interpretata nel senso che è sufficiente che sia la parte inadempiente ad aver previsto o potuto prevedere, al momento della conclusione del contratto, le possibili conseguenze risarcitorie derivanti dall’inadempimento.

Scrivono al riguardo K. BARNETT, S. HARDER, *op. cit.*, 124 che “*the reference to the contemplation of the parties in the Hadley v. Baxendale test is in essence a reference to the contemplation of the defendant*”.

Precisa, inoltre, A. G. MURPHY, *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, (1989) 23 GWJILE, 415, 435 che “*no case has been found in which recovery was denied because the injured party did not foresee the loss*”.

Dall'altro lato, non occorre che il contraente inadempiente avesse effettivamente previsto al momento della conclusione del contratto le conseguenze del suo inadempimento, ma era sufficiente che le avesse potute prevedere se avesse "*turned his mind to the possibility of the breach*"²¹⁸.

Come già anticipato, l'accertamento della prevedibilità è enucleato in base ad un criterio oggettivo²¹⁹ e non più, invece, soggettivo, basato, cioè, sull'effettiva volontà delle parti, requisito quest'ultimo che, secondo alcuni, sembrava potersi desumere dall'uso dell'espressione "*contemplation*"²²⁰ in *Hadley v. Baxendale*.

È, infine, fondamentale ricordare come il giudice Asquith abbia riformulato le due regole di *Hadley* facendo espressamente uso del termine "*foreseeability*" e non più di "*contemplation*". In tal modo lo strumento per valutare il grado di responsabilità della parte inadempiente diventava la sua "*reasonable foreseeability*"²²¹.

Alcuni autori hanno osservato che tale espressione è identica a quella utilizzata dal legislatore francese all'art. 1150 *code civil* che, come ricordato, aveva già largamente ispirato la decisione di Alderson B. in *Hadley v. Baxendale*²²².

Ma ciò che, forse, non si è adeguatamente evidenziato è il fatto che l'espressione "*reasonable foreseeability*" veniva già utilizzata nel sistema dei *torts*, quale criterio per la quantificazione dei c.d. *consequential damages*²²³.

²¹⁸ [1949] 2 KB 540.

²¹⁹ Cfr. T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 361.

²²⁰ *Id.*, *op. cit.*, 360 e K. BARNETT, S. HARDER, *op. cit.*, 123.

²²¹ Cfr. U. MORELLO, *op. cit.*, 184.

²²² Cfr. T.D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 361

²²³ Sulla *foreseeability* nel *tort* cfr. *ex multis* D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in Contract and Tort*, Cambridge, 2005, 313 ss.; H. MCGREGOR, *On damages*, London, 2003, 102; D. ALLEN, J. HARTSHORNE, R. MARTIN, *Damages in tort*, London, 2000, 82 ss.

A ben vedere, il test di *foreseeability* utilizzabile in sede di *contract* differisce da quello applicabile al *tort of negligence* e agli altri *torts* per due principali ragioni. La prima

Questo significa che *Victoria Laundry*, grazie al riferimento alla *reasonable foreseeability*, presentava l'attrattiva di chiarire definitivamente il linguaggio utilizzato nel caso *Hadley*, e, soprattutto, di consentire ai giudici inglesi di utilizzare lo stesso *test* sia in materia extracontrattuale sia in quella contrattuale²²⁴, come, peraltro, accadeva originariamente²²⁵.

Questa tendenza a ricondurre la *law of contract* ai *torts* era dettata da esigenze di semplificazione e certezza del diritto, soprattutto, con riguardo ai

riguarda il momento in cui il danno dovrebbe essere previsto dal soggetto "inadempiente".

Nel *tort of negligence* si fa riferimento al momento della commissione dell'illecito, mentre in sede contrattuale al momento della conclusione dell'accordo.

La seconda differenza sostanziale si registra con riguardo al diverso livello di prevedibilità richiesto nell'uno e nell'altro caso: minore nel *tort* - dove rileva la *reasonable foreseeability* di ogni danno "*even in the most unusual case*", eccettuati i soli rischi "*so small*" che ogni "*reasonable man*" potrebbe legittimamente trascurare - e maggiore nel *contract* - dove occorre una *serious possibility*, un *real danger* "*as a not unlikely result*" dall'inadempimento.

A ciò si aggiunga che l'indagine di *foreseeability* in *tort* ha carattere tendenzialmente astratto: si fonda sulla nozione di *reasonable man* e sulle conoscenze, anche tecnico-scientifiche, che egli è chiamato ad avere. Diversa rimane, anche in questo caso, l'indagine svolta in sede contrattuale che, come precedentemente ricordato, si riferisce al concreto della realtà negoziale.

²²⁴ Cfr. M. WHINCUP, *op. cit.*, 116 il quale ricorda che questo accadrà nella *landmark decision* della *Judicial Commission del Privy Council*²²⁴ relativa alla causa australiana *Overseas Tankship (UK) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty*, nota con il nome di *The Wagon Mound* del 1966²²⁴

²²⁵ Osserva al riguardo A. TETTENBORN, *Hadley v. Baxendale: contract doctrine or compensation rule?*, in *11 Texas Wesleyan Law Review*, 2004, 21, 506 ss. "*Prior to Hadley, there was little, if any, sign that anyone regarded the doctrine of remoteness as applying differently in contract and tort. If anything the reverse was the case: remoteness was regarded as a unitary doctrine affecting remedies as a whole. Thus there were clear mid-nineteenth-century suggestions that tort damages were constrained by a foreseeability test fairly similar to that in Hadley*".

casi in cui lo stesso atto o la stessa omissione fosse in grado di determinare un concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale²²⁶.

L'utilizzo di un'unica regola, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, rappresenta nell'ordinamento di *common law* un'operazione assai più semplice di quanto potrebbe accadere in un sistema continentale, considerata, da un lato, l'origine comune dei due sistemi di responsabilità e, dall'altro lato, il fatto che prima di *Hadley* "remoteness was regarded as a unitary doctrine affecting remedies as a whole"²²⁷.

4. Lord Reid e la moderna dicotomia tra *contract* e *tort*.

Nel 1969 la Camera dei Lords è di nuovo chiamata a pronunciarsi in tema di prevedibilità del danno nel caso *Czarnikow v. Koufous*²²⁸, noto anche come *Heron II*.

In tale occasione i giudici inglesi accordavano il risarcimento del danno a un commerciante che aveva noleggiato una nave mercantile, *Heron II*, per trasportare un carico di zucchero da Costanza a Basrah.

La consegna a Basrah avveniva con alcuni giorni di ritardo a causa di una modifica, non concordata, nella rotta di *Heron II*. Sfortunatamente, proprio durante quel breve periodo di tempo si verificava una repentina caduta dei prezzi dello zucchero che provocava ingenti perdite al commerciante.

Quest'ultimo si vedeva, infatti, corrispondere £ 3,800 in meno di quanto avrebbe ottenuto se lo zucchero fosse stato consegnato nel giorno stabilito dal contratto.

²²⁶ Tale è, per esempio, il caso dei contratti per la fornitura di servizi o i contratti di trasporto. Si v. al riguardo il caso *Parson v. Uttley Ingham*, [1978] 1 All ER 525.

²²⁷ *Id.*, *op. cit.*, 507 ss.

²²⁸ [1969], A.C. 350, 389.

L'armatore si difendeva affermando di non essere tenuto a corrispondere tale risarcimento, considerato che non era stato informato circa la possibilità che il prezzo dello zucchero potesse essere soggetto a fluttuazioni così repentine.

La Camera dei Lords, al contrario, ha sostenuto che si poteva presumere che un armatore fosse a conoscenza del fatto che i prezzi dei beni di consumo sono soggetti a fluttuazione e, pertanto, si è pronunciata a favore del commerciante.

Nel decidere il caso in oggetto, Lord Reid ha, nuovamente, riformulato la regola di *Hadley*, assoggettando a esame approfondito quanto precedentemente affermato in *Victoria Laundry*.

Il giudice Reid ha, in particolare, ritenuto preferibile reintrodurre l'espressione "*contemplation*", in luogo di "*reasonable foreseeability*", la quale "*went beyond the older authorities and in so far as it does so I do not agree with it*"²²⁹.

In particolare, la questione fondamentale era "*whether, on the information available to the defendant when the contract was made, he should, or the reasonable man in his position would, have realised that such loss was sufficiently likely to result from the breach of contract to make it proper to hold that the loss flowed naturally from the breach or that loss of that kind should have been within the contemplation*"²³⁰.

Si noti come, mentre Alderson B. in *Hadley v. Baxendale* si riferiva ai danni "*as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties*"²³¹, LORD REID, in *The Heron II*, ha riformulato il principio in modo che l'attenzione della Corte fosse rivolta all'indagine di cosa la parte inadempiente avrebbe dovuto "contemplare" o di ciò che un debitore diligente avrebbe "potuto contemplare" se si fosse trovato nella sua

²²⁹ [1969] 1 AC 350, 389.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ [1854] 9 Ex 341, 355.

posizione²³². Il risarcimento, in particolare, poteva essere riconosciuto rispetto ai danni che fossero “*not unlikely*” oppure “*a serious possibility*”²³³.

Il giudice inglese ha ritenuto fondamentale, inoltre, differenziare il criterio di quantificazione del danno in ambito contrattuale rispetto a quello applicabile in sede di *tort* mirante, invece, a porre in capo al danneggiante una responsabilità assai più ampia²³⁴.

Invero, un convenuto [in sede di *tort*] “risulterà responsabile per qualsiasi tipo di danno che, secondo una ragionevole previsione, potrebbe accadere anche nei casi più inusuali, a meno che il rischio non fosse talmente esiguo che una persona ragionevole si sarebbe sentita giustificata nel trascurarlo in base al complesso delle circostanze [...]”²³⁵.

Ciò che, invece, continuava ad accomunare la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale era, da un lato, la funzione compensativa della responsabilità e, dall’altro lato, il fatto che “*only the type of loss and not its extent needs to be foreseeable*”²³⁶.

²³² Cfr. A. ROBERTSON, *The basis of the remoteness rule in contract*, [2008] 28 *Legal Studies* 2, 175.

²³³ [1969] 1 AC 350, 385.

²³⁴ Della stessa opinione erano la dottrina e la giurisprudenza americane. Osserva, in particolare, G. GILMORE, *op. cit.*, 44 che il risarcimento da inadempimento doveva essere piuttosto contenuto (considerata la natura oggettiva della responsabilità) e andava separato nettamente da quello fondato sull’illecito.

Afferma al riguardo O.W. HOLMES, *op. cit.*, 236 ss. che il risarcimento del danno contrattuale era una cosa e il risarcimento del danno extracontrattuale un’altra; la parte inadempiente non doveva essere ritenuta responsabile, come lo era il soggetto danneggiante, per tutte le conseguenze delle sua azioni.

²³⁵ Secondo LORD REID regole diverse erano opportune in quanto una parte contraente che teme un danno eccezionale può proteggersi contro l’eventualità di un tale danno mediante apposite clausole contrattuali, mentre la vittima di un illecito extracontrattuale non può avvalersi di simili strumenti di protezione.

²³⁶ Si precisa come in ambito contrattuale tale criterio per cui al momento della conclusione del contratto è sufficiente prevedere “*the type of loss*” e non, invece, “*the extent of the loss*” viene affrontato nel caso *Parson (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] QB 791 e

Gli altri Lords, assai meno radicali nella critica alla terminologia di Lord Asquith, erano, tuttavia, d'accordo con la ricostruzione di Lord Reid in tema di prevedibilità del danno.

Il risultato finale di tali considerazioni rimane ancora oggi incerto²³⁷; ciò che è, invece, assodato è il fatto che la Camera dei Lords ha ritenuto di differenziare il criterio risarcitorio utilizzabile in ambito contrattuale da quello, più severo, applicabile in sede di *torts*²³⁸.

Alcuni interpreti, non completamente soddisfatti da questa ricostruzione, pur riconoscendo l'esistenza di una diversa regola di limitazione dei danni in ambito contrattuale, si sono sempre interrogati sul reale effetto pratico di tale differenziazione, arrivando alla conclusione che, probabilmente, in questo modo i giudici inglesi ritenevano di poter favorire il commercio riducendo i costi dell'inadempimento²³⁹.

Sostegno a questa ricostruzione si rinviene anche nella motivazione di Lord Morris nel caso *Heron II*, il quale ha sottolineato come le regole sancite in *Hadley v. Baxendale* miravano a impedire alle giurie di essere persuase di commettere un'ingiustizia imponendo una responsabilità eccessiva o forse inadeguata a carico di un convenuto²⁴⁰.

Un'altra, forse, più probabile soluzione attiene alla, già ricordata, natura oggettiva della responsabilità contrattuale nei sistemi di *common law*.

La limitazione della responsabilità in ambito contrattuale, grazie

un altro esempio lo si ritrova in *South Coast Basalt Pty Ltd v. R W Miller & Co Pty Ltd* [1981] 1 NSWLR 356 (PC) 364.

²³⁷ Cfr. M. WHINCUP, *op. cit.*, 117.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Id.*, *op. cit.*, 118.

²⁴⁰ Obietta M. WHINCUP, *op. cit.*, 118 che "Sua Signoria non si preoccupò di dire in modo altrettanto eloquente perché la legge dovrebbe essere più interessata a proteggere un convenuto da ingiustizie nel campo contrattuale che non in quello extracontrattuale. Tuttavia si potrebbe prontamente desumere che il motivo sia o fosse quello di proteggere gli interessi del commercio".

all'utilizzo della reinterpretata regola del caso *Hadley*, rappresenterebbe, infatti, il tentativo della giurisprudenza inglese di rendere la responsabilità oggettiva più accettabile per le parti²⁴¹.

Considerata l'origine comune della *law of tort* e della *law of contract* e le affinità ancora presenti tra le due aree del diritto, probabilmente, l'impiego di un criterio comune di prevedibilità (concetto già di per sé difficilmente definibile), avrebbe (forse) meglio garantito il principio di certezza del diritto.

Si consideri come, in ogni caso, la regola di *Hadley*, così come riformulata in *Victoria Laundry* e, poi, in *Heron II*, sia sopravvissuta nel corso degli anni trovando applicazione in numerose pronunce australiane²⁴², neo zelandesi²⁴³ e, ovviamente, inglesi²⁴⁴.

5. La prevedibilità del danno quale criterio di interpretazione del contratto. Critiche.

Dopo quarant'anni dalla pronuncia della House of Lord in *Heron II*, quella che sembrava ormai essere la regola indiscussa in tema di prevedibilità del danno da illecito contrattuale entra in crisi.

²⁴¹ Ricordiamo sul punto il pensiero del giudice Oliver Wendell Holmes riportato in G. GILMORE, *op. cit.*, 14 ove si legge “[...] l'assunto è che, idealmente, nessuno dovrebbe essere responsabile verso nessuno. Finché questo ideale non sarà raggiungibile, la soluzione di compromesso consisteva nella limitazione della responsabilità entro limiti più ristretti possibili. [...]”.

²⁴² Si v. *Commonwealth v. Amann Aviation Pty Ltd* [1991] 174 CLR 64, 91-92, 98-99; *Baltic Shipping Co v. Dillon* [1993] 176 CLR 344, 369.

²⁴³ Cfr. *ex multis Clarkson v. Whangamata Metal Supplies Ltd* [2008] 3 NZLR 31; *Rolls-Royce New Zealand Ltd v. Carter Holt Harvey Ltd* [2005] 1 NZLR 324; *BP Oil New Zealand Ltd v. Ports of Auckland Ltd* [2004] 2 NZLR 208; *Karelrybflot A O v. Udovenko* [2000] 2 NZLR 24.

²⁴⁴ Cfr. *ex multis Jackson v. Royal Bank of Scotland* [2005] UKHL 3.

Alla prova dei fatti la regola è risultata esprimere un principio di difficile applicazione pratica in quanto, a tratti, indeterminato²⁴⁵.

In primo luogo, non è sempre agevole stabilire l'attuale o presunta conoscenza delle parti al momento della conclusione del contratto²⁴⁶; né distinguere un tipo di danno da un altro²⁴⁷, né, tanto meno, accertare se un danno sia “*not unlikely*” o a “*serious possibility*”²⁴⁸ al fine di ottenerne il risarcimento.

In secondo luogo, una rigida applicazione del principio può condurre a risultati iniqui. Ciò è accaduto nei casi in cui la parte inadempiente è stata condannata al pagamento d'ingenti somme di denaro non proporzionate al valore del contratto²⁴⁹. Alcuni suggeriscono che, in tali ipotesi, per ragioni di equità e ragionevolezza, non tutti i danni prevedibili al momento della conclusione del contratto dovrebbero essere risarciti²⁵⁰.

²⁴⁵ Cfr. A. KRAMER, *An agreement-centred approach*, cit., 269; A. BURROWS, *op. cit.*, 7.

²⁴⁶ V., per esempio, A. TETTENBORN, *Hadley v. Baxendale Foreseeability: a Principle Beyond Its Sell-by the Date?* (2007) 23 *Journal of Contract Law* 120, 121-33; LORD HOFFMANN, *The Achilles: Custom and Practise or Foreseeability*, (2010) 14 *Edinburgh Law Review*, 47, 51; M. HARRIS, *op. cit.*, 123 ss.; D. MCLAUCHLAN, *op. cit.*, 113.

²⁴⁷ V. *Victoria Laundry*.

²⁴⁸ V. *The Heron II*.

²⁴⁹ Cfr. D. MCLAUCHLAN, *op. cit.*, 113; M. HARRIS, *Fairness and Remoteness of Damage in Contract Law: A Lexical Ordering Approach*, [2012] 28 *Journal of Contract Law* 122, 123 ss.

²⁵⁰ Cfr. LORD HOFFMANN, *op. cit.*, 51; M. HARRIS, *op. cit.*, 125; A. ROBERTSON, *The Limits of Interpretation in the Law of Contract*, [2016] 47 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 202.

Tale problematica, nota anche come *disproportionate liability*, è stata espressamente considerata e risolta negli Stati Uniti ove si afferma nella Sezione 315, paragrafo terzo, del *Second Restatement of Contracts* che “*a court may limit damages for foreseeable loss [...] if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation*”; e alla lettera *f*) si precisa, altresì, che “*disproportionate*” significa “*an extreme disproportion between the loss... and the price charged by the party whose liability for that loss is in question*”. V. American Law Institute *Restatement of Contracts*, St. Paul, Minnesota, 1981, § 351 (3).

In *Achilleas* è evidente l'insoddisfazione delle corti inglesi rispetto a una rigida applicazione della (rivisitata) *contemplation rule* di *Hadley v. Baxendale*.

In tale pronuncia Lord Hoffmann e Lord Hope rovesciano le conclusioni di un collegio arbitrale adito in prima istanza e confermate in appello “*by judges of great commercial experience*”,²⁵¹ sollevando fondamentali dubbi ermeneutici circa l'ambito di applicazione e, soprattutto, la funzione della *remoteness rule*²⁵².

Achilleas ha ad oggetto il ritardo nella riconsegna di una nave mercantile da cui conseguono ingenti danni per il proprietario della stessa.

In particolare, secondo quanto previsto nel contratto stipulato con l'armatore, i convenuti avrebbero dovuto riconsegnare l'imbarcazione entro il 2 maggio 2004. Quest'ultima veniva invece riconsegnata solo l'11 maggio.

Un mese prima della data fissata per la riconsegna, l'armatore concludeva un nuovo contratto di noleggio avente come termine iniziale l'8 maggio 2004. Non avendo potuto rispettare tale termine, l'attore si era trovato a dover rinegoziare le condizioni del contratto e, proprio a causa del repentino abbassamento dei prezzi per il noleggio di navi mercantili, era costretto ad accettare una riduzione del corrispettivo pattuito di circa £8,000 al giorno.

I convenuti riconoscevano la propria responsabilità nei confronti dell'armatore limitatamente ai soli nove giorni di ritardo.

Il danno ammontava a £158,301, pari alla differenza tra il prezzo di mercato e il prezzo inizialmente previsto nel contratto.

L'attore, invece, agiva per il risarcimento dell'intero danno patito corrispondente a £8,000 al giorno per l'intera durata del nuovo contratto. Si trattava di ben £1,364,584.

²⁵¹ *Ibidem*, [65] (Lord Walker of Gestingthorpe).

²⁵² Cfr. D. McLAUCHLAN, *op. cit.*, 110 ss.

La House of Lords liquidava all'armatore un danno pari a £158,301, affermando come gli ulteriori danni non potevano essere riconosciuti in quanto "too remote"²⁵³.

Nell'argomentare la propria decisione, i giudici inglesi hanno seguito due diverse impostazioni: da un lato, Lord Rodger e Baroness Hale hanno preferito fare uso del tradizionale *reasonable contemplation test*, dall'altro lato, Lord Hoffmann e Lord Hope hanno applicato l'"innovativo" principio in base al quale la *remoteness rule* non sarebbe altro che uno dei criteri di interpretazione del contratto volto a stabilire l'implicita volontà delle parti in merito all'allocatione dell'eventuale futura obbligazione secondaria²⁵⁴.

Lord Walker non ha preso posizione al riguardo, finendo, quindi, per aderire a entrambe le ricostruzioni proposte.

Lord Rodger e Baroness Hale, applicando la regola tradizionale, concludevano nel senso che il danno patito dall'armatore non poteva essere risarcito per intero in quanto "too remote". I convenuti non avevano previsto, né avrebbero potuto prevedere [*rectius*, contemplare], al momento della conclusione del contratto, una così repentina caduta dei prezzi del noleggio²⁵⁵.

²⁵³ V. *Achilleas*.

²⁵⁴ Cfr. *ex multis* A. BURROWS, *Lord Hoffmann and Remoteness in Contract*, in P.S. DAVIS - J. PILA, *The Jurisprudence of Lord Hoffmann*, Oxford, 2015, 5; D. MCLAUCHLAN, *op. cit.*, 116 ss.

²⁵⁵ Osserva al riguardo A. KRAMER, *The new test of remoteness*, *cit.*, 409 che le motivazioni di Lord Rodger non sono convincenti in quanto appare difficile, nel caso di specie, affermare che non fosse prevedibile che l'armatore avrebbe stipulato un nuovo contratto con una diversa società allo scadere del precedente e che lo stesso avrebbe subito un danno in caso di ritardata consegna della nave mercantile nell'ipotesi in cui il prezzo di mercato del noleggio di navi mercantili fosse variato in modo tale da comportare la necessità di rinegoziare a ribasso il prezzo del secondo contratto. Ciò non di meno Lord Rodger ha definito il danno subito dall'armatore *too remote*, "the sheer 'extent' of the market movement in that case rendering this loss unusual". Sottolinea, in particolare, A. KRAMER come "unlikely the particularly lucrative dyeing contracts with the Ministry of Supply at above market rates, which were lost as a result of the late delivery in Victoria Laundry, yet held to be too remote,

Una parte della dottrina inglese ha ritenuto non condivisibili le conclusioni raggiunte dalla House of Lords sulla base dei seguenti rilievi²⁵⁶.

In primo luogo, risulta difficile poter sostenere che i convenuti non potevano (o non avrebbero potuto) prevedere che un eventuale ritardo nella riconsegna dell'imbarcazione avrebbe provocato danni all'armatore del tipo di quelli che poi si sono verificati nel caso concreto.

Il fatto, invece, che non fosse prevedibili l'ammontare di tali danni e, in particolare, l'improvvisa caduta dei prezzi, non attiene all'*an* del risarcimento del danno, ma semmai al *quantum*²⁵⁷, che non è oggetto della *contemplation rule*²⁵⁸.

Al contrario, Lord Hoffmann e Lord Hope²⁵⁹ hanno affermato che, per decidere il caso portato all'attenzione della House of Lords, occorre, preliminarmente, risolvere un fondamentale dubbio ermeneutico in tema di *law of contractual damages*.

the follow-on fixture with Cargill was an ordinary time charter made for a not unusual length of time at, and not above, the then prevailing market rates. What makes the loss of that fixture a different type of loss to the ordinary loss of profits?"

V. anche D. MCLAUCHAN, *op. cit.*, 123 secondo cui "[Lord Rodger] curiously, after saying that he had not found an assumption of responsibility, said at [63] that he was 'otherwise in substantial agreement' with Lord Hoffmann's reasoning and that of Lord Walker".

²⁵⁶ Cfr. *ex multis* A. BURROWS, *op. cit.*, 5; D. MCLAUCHLAN, *op. cit.*, 116 ss.

²⁵⁷ Cfr. *Id.*, *op. cit.*, 5.

²⁵⁸ Cfr. *ex multis* *South Coast Basalt Pty Ltd v R W Miller & Co Pty Ltd* [1981] 1 NSWLR 356 (PC) 364; *Flamingo Park Pty Ltd v Dolly Dolly Creations Pty Ltd* [1986] 65 ALR 500, 522; *Alexander v Cambridge Credit Corporation Ltd* [1987] 9 NSWLR 310, 365-66; *Stuart Pty Ltd v Condor Commercial Insulation Pty Ltd* [2006] NSWCA 334, (2006) Aust Contract R 90-245 [45]-[46]. In tutte queste decisioni viene applicato sempre lo stesso principio per cui il tipo di danno non il suo ammontare che deve poter essere prevedibile.

²⁵⁹ *Transfield Shipping Inc. v Mercator Shipping Inc.*, [2008] UKHL 48, [30] (Lord Hope) secondo cui il giudice nel decidere il caso davanti a sé deve chiedersi "*whether the parties must be assumed to have contracted with each other on the basis that [the defendants] were assuming responsibility for the consequences of that event*".

Si chiedeva, in particolare, Lord Hoffmann “[...] se il criterio per cui la parte fedele può vedersi riconosciuti solo i danni prevedibili al momento della conclusione del contratto sia *an external rule of law*, imposta alle parti nell’ipotesi in cui il contratto taccia sul punto, o rappresenti una presunzione di ciò che le parti avevano accettato, di regola applicabile nella maggior parte dei casi, ma capace di essere ribaltata “*in cases in which the context, surrounding circumstances or general understanding in the relevant market shows that a party would not reasonably have been regarded as assuming responsibility for such losses?*”²⁶⁰

Il giudice inglese, interrogandosi sulla concreta funzione della *remoteness rule*, ha preso in considerazione due diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina inglese.

Da un lato, vi erano i sostenitori del c.d. *agreement-centred approach*²⁶¹ secondo cui, sebbene sia corretto affermare che nella

²⁶⁰ *Ibidem*, [9] (Lord Hoffmann).

²⁶¹ Cfr. *ex multis* D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *op. cit.*, 90 i quali suggeriscono che la *remoteness rule* ha il solo compito di “*make explicit what is implicit in the contract*”; secondo H. BEALE, *Chitty in Contracts*, London, 2004, 1449 il *test of remoteness* “*specifies the extent of responsibility implicitly undertaken by the promisor*”; H. COLLINS, *The law of contract*, cit., 413 afferma al riguardo che “*the legal reasoning about foreseeability and probability seems to obscure the real function of the remoteness rule, which is to determine how the parties implicitly allocated the risk of loss of profits in their agreement*”; J. CARTWRIGHT, *Remoteness of damage in contract and tort: a reconsideration*, [1996] 55 CLJ 488, 505 che osserva come “[*contracting party*]consents to be bound to an agreement which contains within it a particular balance of risks and rewards; in consequence, the limit to the losses for which he is responsible can be taken to have been accepted at the time of concluding the agreement”; F. DAWSON, *Reflections on certain aspects of the law of damages for breach of contract*, [1995] 9 J Contract L 125, 125 afferma che la *remoteness rule* determina “*the extent of the secondary obligation undertaken by the promisor*” e fa ciò “*assessing the extent of the liability to which the promisor may be presumed to have assented when undertaking his primary obligation*”; A. KRAMER, *An agreement-centred approach*, cit., 249 ss. ritiene che la *remoteness rule* in materia contrattuale “*should be understood as a framework for discovering what was agreed, not a default rule to operate when nothing was agreed*”; D. CAMPBELL, H. COLLINS, *Discovering the*

maggioranza dei casi i danni risarcibili in base alla tradizionale *contemplation rule* corrispondono a quelli in relazione ai quali le parti avevano assunto il relativo rischio al momento della conclusione del contratto; è anche vero che quando ciò non accade, il giudice, interpretando in modo oggettivo il contesto in cui il contratto è stato concluso, deve poter individuare l'implicita volontà delle parti prima di concedere il risarcimento del danno.

Dall'altro lato, vi era chi continuava a identificare la *remoteness rule* quale *default rule*²⁶², ovvero quale strumento di politica del diritto, esterno al contratto, che va utilizzato dal giudice per poter allocare equamente e ragionevolmente i danni tra le parti nei casi in cui nulla sia stato previsto al riguardo.

In ultima analisi, la scelta tra l'una o l'altra ricostruzione è dipesa dalla collocazione che si intendeva conferire alla *remoteness rule* e, quindi, se la stessa riguardasse la volontà delle parti oppure si riferisse proprio alle situazioni in cui manchi tale volontà e sia, pertanto, rimesso al giudice il compito di allocare i rischi non precedentemente allocati dai contraenti²⁶³.

implicit dimensions of contracts, cit., 25 secondo i quali “*the answer in remoteness cases is to be found in the ‘implicit dimensions’ of contracts [...]*”.

²⁶² Cfr. A. ROBERTSON, *The basis of remoteness*, cit., 173 il quale sostiene che “*the remoteness doctrine is more accurately seen as a method by which the courts allocate risks which the contracting parties have failed to allocate, rather than an interpretative rule*”; ID., *The limits of Interpretation*, cit., 202 osserva come “*It is difficult to see [the interpretative basis of the core remoteness] as anything other than a fiction*”; A. BURROWS, *op. cit.*, 14 il quale conclude affermando “[...] *there is no question of treating remoteness as resting on an implied term of fact. It would be a fiction to treat a policy-based doctrine as essentially based on understanding what the contract meant. [...]*”; K.W. LAWSON, *The Remoteness Rules in Contract: Holmes, Hoffmann, and Ships that Pass in the Night*, [2012] 23 KL, 5 secondo cui “*foreseeability rule’ is a gap-filling device to which courts must have recourse when parties fail to agree on a bespoke allocation of contractual risk and responsibility. Its application is in no way dependent on a ‘tacit agreement’ or ‘implicit assumption of responsibility’ to that effect*”.

²⁶³ Cfr. A. ROBERTSON, *The basis of remoteness*, cit., 172.

I due giudici hanno sostenuto che, per decidere il caso posto alla loro attenzione, fosse fondamentale stabilire se al momento della conclusione del contratto i convenuti “*had assumed responsibility (or accepted liability) for such loss*”²⁶⁴, optando in tal modo per la qualificazione della *remoteness rule* quale criterio di interpretazione del contratto.

In particolare, Lord Hoffmann e Lord Hope hanno preso in considerazione due fattori attraverso i quali poter interpretare la volontà delle parti al momento della conclusione del contratto²⁶⁵.

In primo luogo, si sono soffermati sul tipo di danno patito dall’armatore concludendo che si trattava di “*something over which they [i convenuti] had no control*”²⁶⁶ e, che al momento della conclusione del contratto, era “*completely unquantifiable*”²⁶⁷ e “*completely unpredictable*”²⁶⁸.

Si osservi come tali considerazioni non appaiano convincenti²⁶⁹ considerato che, se è vero che i convenuti potevano non sapere al momento della conclusione del contratto come si sarebbe comportato l’attore in caso di ritardo nella consegna dell’imbarcazione e nemmeno quali sarebbero state le fluttuazioni del mercato, è, d’altra parte, corretto affermare che la condotta dell’armatore non era stata né imprevedibile né eccezionale tale, cioè, da spezzare il nesso causale.

Peraltro, il fatto che il danno non potesse essere quantificabile *ex ante* al momento della conclusione del contratto rappresentava una circostanza

²⁶⁴ *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc.*, [2008] UKHL 48, [34] (Lord Hope) e [23] (Lord Hoffmann).

²⁶⁵ Si precisa che tra i fattori presi in considerazione in *Achilleas* non troviamo quello che fa leva sulla sproporzione tra il risarcimento e il prezzo pagato considerato che il danno patito dall’armatore era pari a meno del 25 per cento del prezzo di noleggio della nave mercantile.

²⁶⁶ *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc.*, [2008] UKHL 48 [34] (Lord Hope) e [23] (Lord Hoffmann).

²⁶⁷ *Ibidem*, [23] (Lord Hoffmann).

²⁶⁸ *Ibidem*, [34] (Lord Hope).

²⁶⁹ Cfr. *ex multis* A. BURROWS, *op. cit.*, 6; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, 548.

già in precedenza considerata dalla giurisprudenza inglese, che aveva sempre concluso per il risarcimento di tale danno. Si pensi, a titolo esemplificativo, al *dictum* in *Heron II*, ove la caduta del prezzo dello zucchero a Basrah, se sicuramente rappresentava una circostanza non conosciuta *ex ante*, ciò non di meno, non aveva avuto come conseguenza il mancato riconoscimento del danno risarcibile perché “*too remote*”.

Il secondo fattore preso in considerazione dai due giudici era il c.d. “*general understanding in the relevant market*”²⁷⁰, ovvero un *implied term in fact* dal quale desumere la volontà delle parti di limitare il risarcimento del danno rispetto ai soli giorni di ritardo.

Nel mercato di riferimento la prassi appariva quella per cui in caso di ritardata consegna di una nave mercantile l’armatore potesse vedersi riconoscere un risarcimento pari alla differenza tra il prezzo di mercato e il prezzo previsto nel contratto, limitatamente ai giorni di ritardo nella riconsegna dell’imbarcazione.

Anche questo secondo fattore non è apparso dirimente poiché, a ben vedere, “*there was no previous decision that laid down that the damages in this situation were limited to the overrun period*”²⁷¹. Di conseguenza, secondo una parte della dottrina, il caso di specie è stato deciso secondo un’erronea interpretazione della prassi vigente nel mercato di riferimento²⁷².

Anche se le conclusioni della House of Lords in *Achilleas* non appaiono completamente convincenti ²⁷³, ciò che, invece, assume fondamentale

²⁷⁰*Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc.*, [2008] UKHL 48, [34] (Lord Hope).

²⁷¹ V. A. BURROWS, *op. cit.*, 6.

²⁷² Cfr. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, 548.

²⁷³ Ad avviso di chi scrive, una corretta applicazione dei due criteri (quello tradizionale e quello fondato sull’implicita volontà delle parti) avrebbe, molto probabilmente, portato alle medesime conclusioni: la risarcibilità dell’intero danno subito dall’armatore pari alla differenza del prezzo pattuito nel secondo contratto e il prezzo pagato per l’intera durata di tale contratto. Invero, sembra corretto ritenere che un operatore del mercato (quale è un soggetto che noleggia una nave mercantile per il trasporto di merci) sia a conoscenza (o

importanza è che Lord Hoffmann ha espressamente fatto applicazione dell'*agreement-centred approach* qualificando la *remoteness rule* quale criterio di interpretazione del contratto e non quale *default rule* imposta dall'esterno.

Si consideri, fin da ora, che l'opzione per l'uno o per l'altro criterio non si risolve in una disquisizione meramente teorica, ma assume rilevanza anche ai fini pratici. Sia per il debitore in relazione all'ammontare del *quantum* che sarà tenuto a risarcire²⁷⁴, sia per l'organo giudicante che, nel liquidare il danno da illecito contrattuale, potrebbe essere tenuto a interpretare la "tacita" volontà delle parti attraverso il documento contrattuale.

L'applicazione dell'*agreement centred approach* dimostra che la *remoteness rule* torna a riflettere l'idea della responsabilità debitoria come mera vicenda del contratto, al suo pari fondata sul volere individuale²⁷⁵.

Compito del giudice è, dunque, quello di accertare tale volontà implicita attraverso un'interpretazione del contratto inteso in senso lato, soffermandosi non semplicemente sul negozio in quanto tale, ma, altresì, sul

possa essere a conoscenza con l'uso della normale diligenza) del fatto che l'armatore stipulerà un nuovo contratto di noleggio al termine del proprio e come, in generale, i prezzi del noleggio siano soggetti a volatilità. Allo stesso modo, interpretando il contratto e, soprattutto, le circostanze del caso di specie (*i.e.* il fatto che si trattava di una contrattazione tra due operatori professionali e che non vi erano precedenti che sancissero la regola per cui il danno dovuto in tali circostanze dovesse essere pari alla differenza del prezzo di mercato e quello pattuito per i soli giorni di ritardo nella riconsegna della nave) si arriva alla conclusioni che l'operatore economico aveva implicitamente accettato il rischio di dover risarcire all'armatore la differenza del prezzo stabilito per il nuovo contratto e quella effettivamente corrisposta, considerato, tra l'altro, che non si trattava di un danno di valore sproporzionato rispetto al prezzo pagato per noleggiare l'imbarcazione.

²⁷⁴ Si rammenti che in *Achilleas* l'applicazione del criterio tradizionale avrebbe portato a un risarcimento del danno pari a £1,364,584, mentre attraverso l'applicazione dell'*agreement-centred approach* a sole £158,301.

²⁷⁵ V. G. SMORTO, *op. cit.*, 261 e A. GNANI, *op. cit.*, 140.

“context, surrounding circumstances or general understanding in the relevant market”²⁷⁶.

Ritorna, pertanto, attuale quell’orientamento minoritario, espressamente superato da Lord Upjohn in *Heron II*, di cui Sir James Shaw Willes era rappresentante in Inghilterra²⁷⁷ e Oliver Wendell Holmes Jr. negli Stati Uniti.²⁷⁸

Secondo tale giurisprudenza la *remoteness rule* non doveva essere intesa quale criterio rigido imposto dall’esterno per ragioni di efficienza, giustizia o proporzionalità, ma come strumento volto a interpretare l’implicita volontà delle parti in tema di risarcimento del danno.

La *remoteness rule* doveva, dunque, essere utilizzata per stabilire “*what was agreed, not a default rule to operate when nothing was agreed*”²⁷⁹.

Una parte della dottrina inglese arriverà a concludere che tale riqualificazione del criterio in senso volontaristico, grazie all’espresso riconoscimento in *Achilleas*, debba oggi essere considerato “*good law*” nel diritto inglese dei contratti²⁸⁰.

Sul punto si deve, comunque, rammentare come tale minoritaria giurisprudenza si fosse sempre limitata ad applicare la ricostruzione volontaristica del criterio della prevedibilità ai *consequential damages* e, quindi, alle ipotesi rientranti nella seconda regola di *Hadley*.

²⁷⁶ Cfr. *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc.*, [2008] UKHL 48, [9][12][24][69] (Lord Hoffmann) secondo cui la *remoteness rule* “*it is not an external rule of law imposed upon the parties, instead being agreement-centred*”.

²⁷⁷ *British Columbia and Vancouver’s Island Spar, Lumber, and Saw-Mill Co v. Nettleship* [1986] LR 3 CP 499 ove Willes J afferma “*the mere fact of knowledge cannot increase liability. The knowledge must be brought home to the party sought to be charged, under such circumstances that he must know that the person he contracts with reasonably believes that he accepts the contract with the special condition attached to it*” e *Horne v. Midland Railway* [1872] LR 7 CP 583.

²⁷⁸ *Globe Refining Co v. Landa Cotton Oil Co*, [1903] 190 US 540.

²⁷⁹ Cfr. A. KRAMER, *An agreement-centred*, cit., 250.

²⁸⁰ *Id.*, *The new test*, cit., 407 ss.

Diversamente *Achilleas* è una pronuncia riguardante il risarcimento dei “*general damages*” e, dunque, l’applicazione della prima regola²⁸¹.

Ciò non di meno si potrebbe affermare che tale nuovo approccio ricostruttivo debba poter trovare applicazione rispetto a entrambi i tipi di danni, proprio perché tutti i danni derivanti dall’inadempimento del contratto, per essere risarciti, devono essere stati oggetto dell’accettazione implicita delle parti²⁸².

Tornando all’“*agreed-centred approach*”, si deve rammentare come i sostenitori di tale ricostruzione rilevano come una conoscenza “oggettiva” della volontà delle parti sia fondamentale per non rischiare che la rigida applicazione della regola di *Hadley* porti a conseguenze ingiuste per la parte inadempiente.

L’esempio classico proposto per spiegare i limiti della regola tradizionale è quello di un uomo d’affari che sale in un taxi e mette subito a conoscenza l’autista del fatto che è diretto a un’importante riunione e che se dovesse arrivare in ritardo perderebbe un affare del valore di un milione di dollari²⁸³. Secondo i sostenitori dell’*agreement centred approach*, applicando in modo rigoroso la seconda regola di *Hadley*, si sarebbe portati a concludere che, avendo il passeggero informato l’autista delle speciali circostanze caratterizzanti il caso di specie [perdita di un affare molto lucrativo in caso di ritardo], in caso di inadempimento, i danni (pari a un milione di dollari quale lucro cessante) sarebbero risarcibili in quanto prevedibili.

In altre parole, l’eventuale ritardo del taxista comporterebbe il riconoscimento in capo all’uomo d’affari non solo dei *general damages*, ma

²⁸¹ Cfr. J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, 548.

²⁸² *Id.*, *op. cit.*, 267 ss.

²⁸³ Cfr. *ex multis Id.*, *op. cit.*, 269 il quale cita D. HARRIS, D. CAMPBELL e R. HALSON, *op. cit.*, 97; P. S. ATHIA, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., 467; A. TETTENBORN, D. WILBY, D. BENNETT, *The Law of Damages*, London, 2003, 135.

anche dei *consequential damages* che al momento della conclusione del contratto erano “*within his [il taxista] reasonable contemplation*”²⁸⁴.

Al contrario, applicando l’*agreement-centred approach* si dovrebbe affermare che tali danni, benché prevedibili, saranno risarcibili solo se, attraverso l’interpretazione del contratto e, soprattutto, del contesto in cui lo stesso è stato concluso, sia possibile dimostrare che il taxista aveva accettato la possibilità di dover rispondere di tali danni. Ciò potrebbe accadere nell’ipotesi in cui, dopo la comunicazione di tali circostanze speciali, l’autista aumenti sensibilmente la propria tariffa oraria²⁸⁵.

I sostenitori dell’approccio volontaristico precisano che, per stabilire quali siano i danni risarcibili in caso d’inadempimento contrattuale, non occorre che l’attore dimostri che il contraente inadempiente abbia effettivamente preso in considerazione al momento della conclusione del contratto un particolare rischio, poi avveratosi, dato che, molte volte, la volontà delle parti non è solo “*unspoken*”, ma anche “*unthought*”²⁸⁶.

Secondo A. KRAMER, infatti, non occorrerebbe sempre pensare a qualcosa per volerla: per esempio, se un soggetto esce dalla propria stanza sopra pensiero, magari intento a leggere un libro, non vi è dubbio che dia per scontato che anche fuori dalla stanza vi sia il pavimento, e ciò anche se tale pensiero non gli sia nemmeno per un momento passato per la mente; oppure, se un soggetto prenota una camera d’albergo assumerà che la stessa abbia un letto, anche se l’idea dell’esistenza dello stesso non sia dallo stesso mai stata presa in considerazione²⁸⁷.

²⁸⁴ Cfr. *ex multis* R. HALSON, *Remoteness*, in D. HARRIS, D. CAMPBELL e R. HALSON, *op. cit.*, 97; A. KRAMER, *An agreement-centred approach*, cit., 269 ss.; D. MCLAUCHLAN, *op. cit.*, 113; A. TETTENBORN, *op. cit.*, 144 ss.; J. WIGHTMAN, *Negligent Valuations and a Drop in the Property Market: the Limits of the Expectation Loss Principle*, [1998] 61 Mod LR 68, 76.

²⁸⁵ Cfr. K. BARNETT, S. HARDER, *op. cit.*, 126.

²⁸⁶ Cfr. A. KRAMER, *An agreement-centred*, cit., 178

²⁸⁷ *Id.*, *An agreement-centred*, cit., 178.

Si osserva criticamente come si tratti di una mera finzione²⁸⁸, se è senz'altro vero che gli esempi riportati dall'autore riguardano fatti essenziali che erano sicuramente voluti dall'agente, d'altra parte, è, altrettanto vero, che la *remoteness rule* riguarda, molte volte, circostanze che, al momento della conclusione del contratto, non apparivano fondamentali per le parti²⁸⁹.

Non si tratta, infatti, di elementi essenziali del contratto, ma dell'allocazione tra le parti della responsabilità per un particolare tipo di danno che potrebbe derivare dall'inadempimento del contratto.

Al riguardo, si deve prendere atto della circostanza per cui, nella maggior parte dei casi, i contraenti si limitano a considerare "l'adempimento" del proprio contratto senza, invece, soffermarsi sul proprio eventuale inadempimento²⁹⁰.

Inoltre, anche volendo ritenere che le parti abbiano tacitamente assunto il rischio di un eventuale inadempimento, appare difficile stabilire attraverso quali fattori le corti inglesi possano interpretare tale asserita volontà. In tali ipotesi i giudici non possono conoscere la reale volontà delle

²⁸⁸ A. ROBERTSON, *The Limits of Interpretation*, cit., 202 secondo cui "It is difficult to see this [the interpretative basis of the core remoteness rule] as anything other than a fiction. The idea is that the mere entry into a contract which creates performance obligations involves the acceptance of responsibility for the usual consequences of a breach of those obligations. Moreover, and even less credibly, the promisee's entry into the contract is itself said to imply a promise not to hold the promisor responsible for consequences lying outside the rule in *Hadley v Baxendale*. The entry into the contract is the only manifestation of assent to this allocation of risk."

²⁸⁹ *Id.*, *The basis of the remoteness rule*, cit., 170 ss.

²⁹⁰ *Id.*, *The basis of the remoteness rule*, cit., 179; *Id.*, *The Limits of Interpretation*, cit., 202 secondo cui "A significant barrier to understanding the remoteness rule in this way is the idea that contracting parties generally contract for performance rather than breach. Widespread assertions along these lines by judges and scholars are supported by the terms of most contracts, which typically say nothing about the consequences of breach. They are also supported by empirical studies showing that people are, in general, unrealistically optimistic and tend to underestimate the likelihood of adverse events".

parti, attenendo questa alla loro intima sfera soggettiva. Di conseguenza, non possono che desumere la stessa attraverso l'interpretazione oggettiva del contratto.

Il problema nasce proprio dal fatto che, secondo una parte degli interpreti, a differenza di quanto accade in tema di *contractual construction*²⁹¹ ove la volontà delle parti è desumibile tramite un meccanismo inferenziale che ha quale punto di partenza le clausole del contratto o il comportamento tenuto dalle parti, nel caso della *remoteness rule* le corti “*have no reliable proxy for that intention*”.²⁹²

²⁹¹ Attraverso la *construction* e, in particolare, alla tecnica degli *implied terms*, i giudici inglesi estendono gli obblighi espressamente previsti dalle parti nel contratto a situazioni di fatto formalmente non previste. Più in dettaglio occorre distinguere tra *implication in fact*, *implication by law* e *implication by custom*. Nel primo caso l'integrazione del contenuto contrattuale è - quanto meno formalmente - basata sulla volontà implicita delle parti, mentre negli altri due casi tale integrazione è collegata alla proiezione nel contratto, sia di norme dispositive sia di norme imperative, di natura giurisprudenziale o legislativa, e, altresì, di pratiche sociali preesistenti.

Un'altra differenza attiene all'ambito di applicazione di tale tecniche di integrazione del contratto. Da un lato, l'*implication in fact* può essere utilizzata con riguardo ai c.d. *non standardized contracts*, ovvero quei contratti che non hanno assunto una configurazione nel tempo una configurazione giurisprudenziale tipica e dall'altro lato, l'*implication by law* e l'*implication by custom* vengono utilizzate dalle corti inglesi per desumere un dovere legale o consuetinario, rispettivamente da un dato “tipo” di contratto che è stato oggetto di “standardizzazione” o da un predefinito contesto commerciale.

Per un maggiore approfondimento in tema di interpretazione del contratto nel diritto inglese si v. D. CAMPBELL, H. COLLINS, J. WIGHTMAN, *Implicit Dimensions of Contract*, cit., 44 ss., S. J. BURTON, *Elements of contract interpretation*, Oxford, 2009; F. VIGLIONE, *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 133 ss. e per un'analisi comparatistica v. ancora *ID.*, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Giappichelli, 2011.

²⁹² A. ROBERTSON, *The basic of the remoteness rule*, cit., 178 ss. secondo cui “[...] *it is unrealistic to view the court as exercising an interpretative function when resolving remoteness issues*

Con riguardo alla *remoteness rule* non si è di fronte all'interpretazione del contratto o del comportamento delle parti, ma a un tentativo di desumere l'allocazione dei rischi attraverso l'analisi della natura del contratto e del contesto in cui lo stesso è stato concluso, proprio in ipotesi in cui le parti non si sono pronunciate circa l'allocazione dei rischi in questione²⁹³.

Si aggiunga che a livello di obbligazione primaria la giurisprudenza inglese ha a disposizione il c.d. "*officious bystander test*",²⁹⁴ quale strumento che permette di determinare se un contratto includa o meno una tacita allocazione di rischi tra le parti, mentre ciò risulta molto più difficile per l'obbligazione secondaria ove "*there is so much background factual material to interpret, it is not possible to identify a reliable proxy for the parties'intentions*"²⁹⁵.

Tale dottrina ritiene più corretto affermare che la *remoteness rule* sia una regola imposta dall'esterno volta ad allocare in modo equo e proporzionato i rischi che le parti non hanno considerato al momento della conclusione del contratto. In tali casi la volontà delle parti si sarebbe concentrata solo sull'obbligazione primaria ed è allora compito del giudice allocare i rischi e le responsabilità "*which the parties failed to allocate*".

Da un punto di vista prettamente teorico il fatto di aderire all'uno o all'altro orientamento dottrinale non è privo di conseguenze nemmeno per il

because typically there is no relevant text or behaviour from which inferences can be drawn about the allocation of risks".

²⁹³ *Id.*, *The basic of the remoteness rule*, cit., 179.

²⁹⁴ L'obiettivo di tale test è quello di accertare l'intenzione delle parti stabilendo quale sia il significato di una certa espressione del contratto secondo un professionista diligente avente a disposizione tutte le informazioni che erano a disposizione delle parti al momento della conclusione del contratto. V., per esempio, recentemente *Arnold v Britton*, [2015] AC 1619.

²⁹⁵ *Ibidem* il quale sottolinea, altresì, come "*remoteness cases typically involves situations in which the allocation of the risk in question is far from obvious. If an officious bystander suggested a contractual provision dealing with the risk in question, he or she would not be testily suppressed with a common "Oh, of course", the parties are more likely to respond: "We have not thought of that"*".

giudice. Una cosa è, infatti, affermare che le Corti riconosceranno un certo danno proprio perché il debitore aveva assunto il rischio di tale sua futura responsabilità²⁹⁶ e, un'altra cosa, è sostenere che la parte "infedele" dovrà rispondere di un certo danno perché un soggetto terzo (un giudice oppure un arbitro) ritiene che ciò sia equo, giusto e proporzionato²⁹⁷.

Se si volge, però, lo sguardo al momento della concreta applicazione della *remoteness rule* da parte del giudice risulta alquanto difficile evidenziare reali differenze intercorrenti tra le due impostazioni ricostruttive del criterio della prevedibilità del danno.

A ben vedere entrambi gli approcci necessitano, per la loro concreta applicazione, di un'interpretazione della natura, del contenuto, delle finalità del contratto, oltre che dello scambio di informazioni intercorso tra le parti, dell'esistenza e del tipo di assicurazione stipulata *a latere*, della conoscenza del contesto in cui il contratto è stato sottoscritto e, altresì, della qualità delle parti.

Ciò significa che il giudice, indipendentemente dall'orientamento che preferirà seguire per giustificare il proprio *dictum*, arriverà a delle conclusioni che rimangono il frutto della sua discrezionalità nell'interpretare il contratto e il contesto in cui lo stesso è stato sottoscritto.

Ciò, in effetti, è accaduto in *Achilleas* ove i componenti del collegio sono giunti alle medesime conclusioni (non condivisibili da una parte della dottrina), benchè in applicazione di due criteri interpretativi distinti²⁹⁸.

²⁹⁶ Cfr. D. McLAUCHLAN, *op. cit.*, 127 ss.

²⁹⁷ Cfr. F. DAWSON, *Reflections on Certain Aspects of the Law of Damages for Breach of Contract* [1995] 9 J of Contract L 125 il quale osserva come "*the Law is much more likely to gain respect from the community, especially the commercial community, if it strives to enforce the agreements that the parties have made, and avoids making adjustments on an ad hoc discretionary basis*"; E. PEEL, "*Remoteness Revisited*" [2009] 125 LQ Rev 6, 10.

²⁹⁸ Nell'ultimo capitolo si cercherà di dimostrare come una corretta applicazione del criterio dell'*agreement centred approach* avrebbe portato a risolvere il caso *Achilleas* in modo equivalente a quanto deciso in primo grado.

Sembra, pertanto, corretto affermare che in definitiva la regola di prevedibilità del danno sia uno strumento volto al mantenimento dell'equilibrio contrattuale tra le prestazioni originarie.

Il sacrificio economico del creditore risulta equilibrato, in quanto coerente con l'originario assetto d'interessi previsto dalle parti: non è sufficiente tutelare l'interesse della parte adempiente a ottenere il risarcimento, ma si ritiene opportuno anche consentire al debitore, seppur inadempiente, di mantenere l'equilibrio originario tra le prestazioni, senza aumentare il rischio contrattuale assunto col sorgere dell'obbligazione²⁹⁹.

La scelta tra *l'agreement centred approach* e l'impostazione tradizionale in tema di prevedibilità del danno diventa, quindi, una scelta che finisce per dipendere dalla concezione di contratto che l'interprete decide di abbracciare come si vedrà meglio nell'ultimo capitolo.

Si anticipa fin da ora che il modello contrattuale classico inglese è un modello antagonista che enfatizza del contratto soprattutto l'atto di autonomia privata, l'affare riservato alle parti nel quale gli interventi esterni del giudice o del legislatore devono considerarsi fatti eccezionale da limitare nella loro portata.

6. Conclusioni.

Non rimane a questo punto che chiedersi se il *dictum* di *Achilleas* abbia o meno sostituito la regola tradizionale in tema di prevedibilità del danno in ambito contrattuale.

La risposta è negativa giacché la giurisprudenza inglese continua ancora oggi a considerare "*good law*" il *dictum* di *Hadley*, ma, ciò non di meno, tale pronuncia ha avuto il pregio di evidenziare i limiti di una rigida applicazione della regola tradizionale.

²⁹⁹ Cfr. E. TUCCARI, *op. cit.*, 9.

Nelle pronunce successive ad *Achilleas* i giudici di *common law* hanno cercato di chiarire come l'*assumption of responsibility test* possa, in alcune situazioni, operare quale correttivo della regola del caso *Hadley*³⁰⁰.

Il giudice Hamblen J, per esempio, in *Sylvia Shipping Co Ltd v Progress Bulk Carriers Ltd*, pur riconoscendo l'attualità del criterio tradizionale, ritiene, comunque, che in ipotesi eccezionali, com'era accaduto in *Achilleas*, l'applicazione dell'*assumption of responsibility test* porti, per ragioni di giustizia ed equità, a considerare un danno *too remote* anche se prevedibile in base alla regola di *Hadley*³⁰¹ (c.d. *exclusionary effect*) oppure, al contrario, a riconoscere il risarcimento di danni che in base alla regola tradizionale non erano prevedibili dalle parti al momento della conclusione del contratto³⁰² (c.d. *inclusionary effect*)³⁰³.

Altra parte della dottrina, pur riconoscendo l'apporto di Lord Hoffmann nello studio del criterio della prevedibilità del danno, ritiene preferibile qualificare i correttivi alla regola tradizionale come *policy-based* e non *agreement-centred*³⁰⁴. Questo proprio perché si ritiene, come già ricordato, che la funzione della *remoteness rule* sia quella di strumento di equilibrio contrattuale per allocare in modo equo e ragionevole tra le parti i

³⁰⁰ Cfr. *Sylvia Shipping Co Ltd v Progress Bulk Carriers Ltd*, [2010] EWHC 542 ove il giudice Hamblen J afferma che "*the orthodox approach remains the general test of remoteness applicable in the great majority of cases. However, there may be 'unusual cases', such as The Achilleas itself, in which the context, surrounding circumstances or general understanding in the relevant market make it necessary specifically to consider whether there has been an assumption of responsibility. This is most likely to be in those relatively rare cases where the application of the general test leads or may lead to an unquantifiable, unpredictable, uncontrollable, or disproportionate liability or where there is clear evidence that such a liability would be contrary to market understanding and expectations*".

³⁰¹ V. *Sylvia Shipping Co Ltd v Progress Bulk Carriers Ltd*, [2010] EWHC 542.

³⁰² Si v. *Supershield Ltd v Siemens Building Technologies FE Ltd*.

³⁰³ Cfr. A. BURROWS, *op. cit.*, 7 ss.

³⁰⁴ *Id.*, *op. cit.*, 15.

rischi dalle stesse non considerati (implicitamente o esplicitamente) al momento della conclusione del contratto.

Di regola l'applicazione della *contemplation rule* di *Hadley* porta a un'equa e ragionevole allocazione dei rischi tra le parti: quando la volontà delle parti viene meno, è la legge e, quindi, il giudice a dover decidere chi debba sopportare i rischi connessi all'inadempimento del contratto.

Da ciò consegue che, nella maggioranza dei casi, è giusto e ragionevole allocare i rischi del danno in capo al contraente inadempiente che al momento della conclusione del contratto aveva previsto o poteva prevedere tali conseguenze dannose.

In alcuni limitati casi, però, questa regola, secondo tale dottrina, abbisogna di correttivi per svolgere la sua funzione di allocazione dei rischi tra le parti in modo equo e ragionevole³⁰⁵.

³⁰⁵ *Id.*, *op. cit.*, 12 che precisa come sia necessario apporre dei correttivi al criterio tradizionale in due casi. *"The first is where the whole purpose of the duty broken is to guard against the risk of the type of loss that has occurred. In that situation, it is fair for the risk of that loss to be allocated to the defendant however unlikely the loss. This is the proper explanation for the so-called inclusionary effect of The Achilles."*

"The second is where the type of loss is so exceptional in relation to the standard purpose of the duty that the only reason why it was reasonably contemplated as a serious possibility by the defendant at the time of the contract is that the claimant informed the defendant of the special risk. This is the taxi-driver example. [...] The essential question here is whether mere knowledge of the special risk (and hence the opportunity to limit the liability) is sufficient for the law to allocate that risk to the defendant. I would suggest not that a further relevant factors should be taken into account in deciding on a fair and reasonable allocation of the risk. These may include whether there has been an adjustment to the price to take account of the risk, how disproportionate the loss is to the price, and the extent to which the parties are insured against, or could be expected to insure against, that loss. If we apply these factors to the taxi-driver example we arrive at the conclusion that, because the loss is wholly disproportionate to the price and because one could not expect a taxi-driver to insure against this sort of liability, the loss will be too remote unless, for example, the price has been significantly adjusted to reflect that risk."

In ciò si colgono delle somiglianze anche con il sistema giuridico nord americano che, proprio al fine di garantire il mantenimento dell'equilibrio contrattuale tra le parti, ha espressamente stabilito nel *Restatement Second of contracts* che “un giudice può limitare l'ammontare del risarcimento da inadempimento contrattuale anche se i danni subiti dal creditore erano prevedibili al momento della conclusione del contratto [...] *if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation*”³⁰⁶.

³⁰⁶ *Restatement Second* §351 (3).

CAPITOLO III

LA PREVEDIBILITÀ DEL DANNO NEL CONFRONTO TRA ORDINAMENTI

SOMMARIO: 1. Il modello contrattuale inglese tra antagonismo e cooperazione. - 1.1. La *freedom of contract* e i suoi limiti. - 1.2. I riflessi dell'evoluzione del *law of contract* nelle recenti ricostruzioni della *contemplation rule*. 2. - Divergenze strutturali tra l'art. 1225 cod. civ. e la *contemplation rule*. - 2.1. L'inadempimento doloso. - 3. Dal fondamento alle regole operazionali: convergenze tendenziali e diversità di dettaglio.

1. Il modello contrattuale inglese: tra antagonismo e cooperazione.

Come si è già anticipato, la scelta di soffermarsi nel presente studio comparatistico sull'istituto della prevedibilità del danno deriva, in particolare, dalla presa d'atto che una parte della dottrina inglese (seguita dalla giurisprudenza) ha, negli ultimi anni, proposto una rilettura in chiave volontaristica della *contemplation rule* di cui non appare esserci traccia nel nostro ordinamento.

Nella prima parte di questo capitolo ci si propone, pertanto, di analizzare i tratti peculiari del modello contrattuale inglese³⁰⁷ al fine di

³⁰⁷ Per approfondimenti in tema di *Law of contract* nel diritto inglese si vedano J. CARTWRIGHT, *Contract Law: An introduction to the english law*, cit.; J. BEATSON, A. BURROWS, e J. CARTWRIGHT, *Anson's law of contract*, Oxford, 2016, 1 ss.; G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Cedam, 2001; P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall*, cit., 408 ss.; *Id.*, *Essays on Contract*, Oxford, 1996; J. POWELL, *Essay Upon the Law of Contract and Agreements*, London, 1790, 10 ss.; H. COLLINS, *The Sanctimony of Contract*, in Rawlings, *Law, Society and Economy*, Oxford, 1997, 87 ss.; S. A. SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 2005, 21 ss.; B. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, 1981; G. ALPA, voce "Contratto nei sistemi di common law", nel *Dig. disc. priv., sez. civ., III*, Utet, 1989; *Id.*, *Lineamenti di diritto contrattuale*,

tentare di chiarire le origini degli attuali orientamenti dottrinali in tema di *contemplation rule*³⁰⁸.

Come ricordato, da un lato vi sono quegli interpreti, come A. ROBERTSON³⁰⁹, che la definiscono una *default rule* e dall'altro lato, coloro (primo tra tutti A. KRAMER³¹⁰) che la considerano uno strumento che l'interprete deve utilizzare per dare esecuzione all'allocatione dei rischi predeterminata implicitamente dalle parti al momento della conclusione del contratto.

Solo dopo aver fornito una possibile soluzione a tale quesito, ci si potrà soffermare sul confronto tra il criterio di prevedibilità del danno di cui all'art. 1225 cod. civ. e la *contemplation rule*, al fine di individuarne eventuali divergenze strutturali. Infine, ci si domanderà se a fronte di regole declamatorie parzialmente diverse sia comunque possibile scorgere delle tendenziali convergenze nelle rispettive regole operazionali.

1.1. La *freedom of contract* e i suoi limiti.

Il dato di partenza, forse scontato, in una ricostruzione della *law of contract* inglese è che in tale sistema non esiste un codice civile che detti la disciplina del contratto in generale e dei singoli tipi contrattuali³¹¹, ma, al

in ALPA G., BONELL M.J., CORAPI D., MOCCIA L., ZENO-ZENCOVICH V., ZOPPINI A., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*. Editori Laterza, 2012, 165; A.W.B., SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, Oxford, 1987; G. GORLA, *Il contratto*, I, Giuffrè, 1954.

³⁰⁸ Come osservato da D. HARRIS-D. TALLON, *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989, 391 "the study of a particular legal situation cannot be conducted in isolation from its institutional context [...]".

³⁰⁹ Cfr. A. ROBERTSON, *The basis of the remoteness rule*, cit., 172 ss.

³¹⁰ A. KRAMER, *An agreement-Centred Approach*, cit., 249 ss.

³¹¹ Nell'ordinamento inglese, a differenza che nei sistemi giuridici di *civil law*, non si parla di tipi contrattuali, ma vi è una generale *law of contract* i cui principi comuni sono applicabili a ogni figura contrattuale. In altre parole, vi è una normativa generale per la formazione, per il contenuto e per i rimedi derivanti dal *breach of contract*.

contrario, l'attuale modello è quasi interamente il frutto dell'incessante lavoro delle corti di *common law*³¹².

Il legislatore, almeno fino ai tempi recenti³¹³, ha svolto un ruolo minimale nello sviluppo della disciplina contrattuale inglese³¹⁴.

Si tratta principalmente del prodotto delle decisioni dei giudici di *common law* che nel corso degli anni sono stati chiamati a pronunciarsi sui casi più disparati³¹⁵.

Di conseguenza, solo raramente le fattispecie di cui le corti si sono occupate hanno riguardato la struttura generale del contratto e i principi

Non si dimentichi, però, che anche in tale sistema giuridico il legislatore ha previsto una disciplina per alcuni contratti speciali (che un interprete di *civil law* chiamerebbe "tipici"). Per tutti, si v. il *Sale of Goods Act* del 1979.

³¹² V. *ex multis* J. BEATSON, A. BURROWS, e J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, 2016, 1 ss.; J. CARTWRIGHT, *Il diritto inglese dei contratti. Una presentazione per il civil lawyer*, in *Contratto e Impr.*, 2017, 3, 819 ss.; S. A. SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, cit., 21 ss.; Osserva G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 5 ss. che "[...] il riconoscimento del carattere prevalentemente giudiziario dei principi generali del diritto contrattuale inglese, mentre riafferma anche per esso la valenza dinamica intrinseca all'intero ordinamento anglosassone, induce a dar merito alle corti per il ruolo propositivo svolto nell'evolversi della normazione contrattuale."

³¹³ Si ricordi il recente *Consumer Rights Act* del 2015, ma anche il lontanissimo *Statute of Frauds* del 1677 e, altresì, a titolo esemplificativo: il *Misrepresentation Act* del 1967, il *Limitation Act* del 1980, il *Supply of Goods (Implied Terms) Act* del 1973, l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977, il *Consumer Protection Act* del 1961, il *Consumer Safety Act* del 1978, il *Supply of Goods and Service Act* del 1982, il *Landlord and Tenant Act* del 1927 (e successive modificazioni rispettivamente del 1954 e 1962), il *Sex Discrimination Act* del 1975 e il *Race Relations Act* del 1976.

³¹⁴ S. A. SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, cit., 21 ss.

³¹⁵ G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 5 ss. nota come, d'altraparte, i giudici inglesi abbiamo avuto il merito di assicurare un processo di continua elaborazione della *law of contract* "in una linea di continuità storico-evolutiva, sensibile allo sviluppo della vita economica e commerciale, nonché all'evolversi del pensiero, delle ideologie e del costume della comunità britannica".

cardine di tale materia³¹⁶ e ciò ha contribuito alla nascita di un sistema disorganico in continua evoluzione³¹⁷.

Non si può tacere il fatto che a un tale risultato abbia anche contribuito la stessa formazione dei giudici di *common law* che, a differenza dei colleghi di *civil law*, non ricevevano un'istruzione giuridica di tipo accademico e non potevano nemmeno contare su un significativo ausilio della dottrina³¹⁸.

È importante, altresì, rammentare che la maggior parte delle attuali regole contrattuali sono state coniate dalla giurisprudenza solo negli ultimi duecento anni sotto la spinta della rivoluzione industriale³¹⁹. Prima di quel momento si faceva ancora applicazione del *writ of assumpsit* di derivazione extracontrattuale.

In dottrina si suole affermare che i giudici inglesi hanno creato una *law of contract* "dal sapore commerciale"³²⁰: nel XIX secolo il contratto veniva considerato un'operazione giuridica finalizzata a facilitare il commercio tra i soggetti del mercato³²¹.

Come già anticipato, questi due fattori - la natura prettamente giurisprudenziale del diritto inglese e il suo sviluppo in concomitanza alla

³¹⁶ Questo, per esempio, è quanto è accaduto nell'ormai noto caso *Hadley v. Baxendale* del 1865 ove il giudice Alderson, accortosi che la giuria era sprovvista di una regola generale da applicare in sede di risarcimento del danno, sancì le *two-branched rule* da utilizzare per liquidare il danno derivante da inadempimento contrattuale.

³¹⁷ Cfr. S. A. SMITH, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, cit., 21 ss.

³¹⁸ Si consideri che è solo a partire dalla fine del XIX secolo che la *common law* è diventata una materia oggetto di corsi universitari. D'altra parte, in Inghilterra ancora oggi, è possibile in diventare avvocati (e nel tempo anche giudici) senza avere una laurea in giurisprudenza.

³¹⁹ v. *infra*, cap. 2, par. 2.

³²⁰ v. D. HARRIS - D. TALLON, cit., 385 secondo cui "[...] *commercial transactions were treated by judges as the paradigm of contract*".

³²¹ v. J. CARTWRIGHT, *Il diritto inglese dei contratti*, cit., 819.

rivoluzione industriale - hanno contribuito a delineare l'odierno modello contrattuale³²².

Il formante giurisprudenziale ha inevitabilmente condotto alla creazione di una *law of contract* disorganica³²³ e "*poorly structured, at least in relatively terms*"³²⁴ che ha reso necessario, come già ricordato,³²⁵ l'introduzione di istituti tipici del diritto continentale³²⁶ la cui "*resulting structure, which remains largely intact today, never fit the common law perfectly*"³²⁷.

Inoltre, il fatto che la *law of contract* si sia sviluppata nel contesto socio-economico dell'Inghilterra del XIX secolo, caratterizzato da una consolidata tradizione mercantile ove gli operatori agivano su un piano di parità, ognuno in grado di trarre il maggior profitto possibile dalle contrattazioni, ha portato alla creazione di un modello contrattuale avente

³²² S. A. SMITH, *op. cit.*, 21 ss.

³²³ *Ibidem* secondo cui: "*The common law of contract is not the product of any plan or conscious design. The cases on which the core of the law is based were decided one at a time by countless judges acting over an unbroken period stretching back nearly 800 years [...]*".

³²⁴ Cfr. S. A. SMITH, *op. cit.*, 21 ss. il quale osserva come non si possa tacere il fatto che "*admittedly, great progress has been made in classifying and mapping private law over the last 150 years. It is also true that contract law is the best structured of the main areas of private law. But as we shall see, there is much that remains to be done [...]*".

³²⁵ Cfr. *infra*, cap. II, par.

³²⁶ Cfr. T.D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 356 il quale ricorda che in quel periodo, sia nelle difese delle parti che nelle stesse decisioni dei giudici inglesi, "*there was much reference, [...] to sources other than case law. Reference to this additional source material was considered necessary at the time because the existing precedents did not and could not by their nature provide the general principles which were being sought in order to develop English contract law into a more sophisticated body of law*".

³²⁷ *Id.*, *op. cit.*, 22 ss. L'autore ricorda sul punto che "*[...] the attempt, characteristic of the age, to explain contractual formation as a logical series of discrete moves (offer, counter-offer, revocation, acceptance, etc.), arguably never fit the reality of how more than a few types of contracts are actually made*".

quale destinatario “un uomo d'affari per il quale concludere contratti è cosa di tutti i giorni”³²⁸.

I corollari di questa visione antagonista sono molteplici.

I primi riflessi di un tale modo di intendere la *law of contract* emergono già dalle tecniche di scrittura del contratto e, soprattutto, nelle regole sull'interpretazione dello stesso.

A differenza del documento contrattuale snello a cui è abituato il giurista di *civil law*, il testo contrattuale inglese è molto denso e dettagliato.

Le parti, infatti, al fine di rendere il contratto “*judge-proof*”³²⁹, tendono a disciplinare all'interno dello stesso quanto più possibile.

Quanto all'interpretazione del contratto, almeno inizialmente³³⁰, l'unico criterio ammesso era quello letterale³³¹ e ciò in ossequio ai principi classici del volontarismo inglese secondo cui il criterio guida di un eventuale intervento del giudice doveva essere l'intento originale delle parti.

In altre parole, l'utilizzo di una tale rigida tecnica interpretativa aveva lo scopo di rendere effettivo e vincolante l'assetto degli interessi previsto dai contraenti nel proprio regolamento contrattuale³³².

³²⁸ V. P. STEIN-G. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Giuffrè, 1981, 352. Ricordano

³²⁹ Cfr. J. CARTWRIGHT, *Il diritto inglese dei contratti*, cit., 819 ss. Sottolinea S. A. SMITH, *op. cit.*, 22 ss. che, in generale, “*parties prefer that judges simply give effect to what is written in contracts, rather than decide for themselves what the parties' obligations should be*”.

Ricordano A. D'ANGELO, P. G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 135 come “In generale, di ciò che le corti non trovano nello scritto, i contraenti si assumeranno il peso o, se del caso, i benefici [...]”.

³³⁰ Sicuramente per almeno tutta la durata del periodo classico l'interpretazione letterale risulta essere l'unica tecnica utilizzata dalle corti inglesi per stabilire cosa le parti avessero (o non avessero) pattuito.

³³¹ V. A. D'ANGELO, P. G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 136 ss. e J. CARTWRIGHT, *Il diritto inglese dei contratti*, cit., 823 ss.

³³² Si osservi come la giurisprudenza inglese era solita farsi schermo dell'argomento interpretativo letterale non solo per pretendere l'adempimento integrale del contratto, ma anche per ricostruire il contenuto dell'accordo.

In particolare, tramite una *fictio iuris* si suoleva affermare che la volontà delle parti veniva catturata dal testo contrattuale. In questo modo si riteneva che il giudice avrebbe sempre rispettato l'autodeterminazione individuale³³³.

Si rammenti che la centralità del momento interpretativo nella ricostruzione delle vicende contrattuali è uno dei tratti peculiari del sistema giuridico di *common law*³³⁴.

In secondo luogo, vi era la tendenza a non considerare quali possibili cause di estinzione del contratto vizi come il *mistake* o la *frustration*³³⁵. In questo periodo è salda l'autorità di quei precedenti in cui si affermava che anche l'evento impeditivo imprevedibile e inevitabile non era idoneo a scusare il debitore per il mancato adempimento, considerato che "quando una parte costituisce con un contratto un dovere o un onere a suo carico, è tenuta a eseguirlo, malgrado qualsivoglia imprevisto determinato da caso fortuito o forza maggiore, in quanto avrebbe dovuto provvedere contro questa eventualità nel testo del contratto"³³⁶.

³³³ v. A. D'ANGELO, P. G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 136 ss.

J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, 211 ss. dubita che la tecnica dell'interpretazione letterale del contratto rispetti effettivamente l'intento originale delle parti.

³³⁴ *Ibidem*; v. anche P. THOMAS, *Legal Skills and the Use of Ambiguity*, in 42 NILQ, 1991, 14 ss. secondo cui "[...] durante il periodo classico (1770-1870) l'interpretazione è anche uno dei più nitidi punti di emersione della visione antagonista del contratto".

³³⁵ È chiaro che quanto fin qui detto non vale per i consumatori che, al contrario, non sono dotati di quelle specifiche conoscenze tecniche di cui normalmente dispone un operatore del mercato. A ben vedere, è solo negli ultimi cinquant'anni che in Inghilterra ci si è cominciati a preoccupare di questa categoria di soggetti. Si segnala al riguardo il *Consumer Rights Act* del 2015 che ha fornito una normativa dettagliata attraverso la quale è stato operato un adattamento del diritto generale del contratto al campo specifico della protezione dei consumatori.

³³⁶ Si v. *Taylor v. Caldwell*, 1863, 122 ER 309. Si noti che tale caso rappresenta la tappa iniziale dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di *discharge by frustration*, cioè di

Domina incontrastato il principio che le parti, ove avessero voluto introdurre un temperamento a tale rigoroso regime di responsabilità, avrebbero ben potuto prevedere clausole apposite, volte a disciplinare convenzionalmente le ipotesi di impossibilità dell'adempimento³³⁷.

Anche l'idea che le parti debbano comportarsi reciprocamente con correttezza e buona fede durante le trattative e nell'esecuzione del contratto viene vista con scetticismo dai giuristi inglesi,³³⁸ i quali ritengono che il *duty of good faith* sia incompatibile con la matrice antagonista della *contract law*³³⁹.

estinzione del contratto per circostanze sopravvenute. L'unico caso in cui il debitore non è ritenuto responsabile riguarda un'evenienza assolutamente circoscritta: la distruzione materiale della cosa espressamente dedotta in contratto quale oggetto della prestazione.

³³⁷ A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Giappichelli, 2005, 135.

³³⁸ La più decisa presa di posizione giurisprudenziale sul punto si deve a Lord Ackner in *Walford v. Miles*, (1992) 2 AC 128 AT 138 ove ha affermato che il concetto di dovere di comportarsi secondo buona fede nelle trattative è per sua natura contraddittorio nei confronti della posizione di controparte: ogni parte della trattativa ha diritto di perseguire i propri interessi, purchè eviti *misrepresentation*.

³³⁹ Cfr. S. A. SMITH, *op. cit.*, 22 ss. e A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 124 ss. Secondo G. TEUBNER, *Legal irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, (1998), 61 *The Modern Law Review*, 11 (con traduzione italiana a cura di F. VIGLIONE «*Legal irritants*»: come l'unificazione giuridica dà luogo a nuove divergenze, traduzione da G. TEUBNER, *Legal Irritants: How Unifying Ends Up in New Divergences*, in *Ars interpretandi*, 2006, 143) la buona fede andrebbe considerata come un "irritante giuridico" in quanto tale principio appare incompatibile con un modello conflittuale di convivenza sociale.

Per un approfondimento sul rapporto tra buona fede e *common law* si vedano *ex multis* A. DE VITA, *op. cit.*, 10251; J. BEATSON-J. FRIEDMANN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1997; R. BROWNSWORD -N. J. HILL -G. HOWELLS, *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Aldershot, Ashgate, 1999; H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, Oxford J. Legale Studies, 1994, 229; J. F. O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Aldershot, 1990.

Ulteriore peculiarità del modello contrattuale inglese riguarda i rimedi azionabili dal contraente fedele in caso di inadempimento³⁴⁰.

Ciò che ancora oggi distingue l'ordinamento inglese dai sistemi di *civil law* è il fatto che in Inghilterra il rimedio principale in caso di *breach of contract* è quello dei *damages*. Al contrario, la *specific performance* è considerata un rimedio eccezionale a cui ricorrere solamente quando il risarcimento dei danni non è in grado di compensare adeguatamente le perdite subite dall'attore³⁴¹.

Le ragioni di una tale scelta sono da ricercare, ancora una volta, nelle origini commerciali della moderna *law of contract*, i cui principali destinatari erano gli operatori del mercato bisognosi di regole snelle volte a tutelare i propri interessi individuali³⁴².

Al riguardo HOLMES ricorda che quando le parti concludono un contratto avente ad oggetto l'adempimento di una determinata prestazione sanno che stanno acquisendo nella propria sfera giuridica un diritto di scegliere "*to either perform as promised or pay damages unless damages are not an adequate remedy in the particular case*"³⁴³.

Diversamente, nel nostro ordinamento i soggetti che decidono di concludere un contratto sono a conoscenza del fatto che non è loro concessa

³⁴⁰ Si precisa sul punto che i rimedi previsti dall'ordinamento inglese sono sostanzialmente gli stessi accolti dal nostro sistema giuridico (salvo l'eccezione d'inadempimento) anche se diverso è il modo in cui vengono utilizzati. In Italia in caso di inadempimento contrattuale la parte fedele, di regola, agisce preliminarmente con l'azione di esatto adempimento oppure chiedendo la risoluzione del contratto e solo, in via subordinata, per il risarcimento dei danni; in Inghilterra, invece, la *specific performance* è considerato un rimedio eccezionale da utilizzare solo quando non sia possibile ottenere il risarcimento del danno.

Per un approfondimento sui *remedies* nel diritto inglese v. *ex multis* A. BURROW, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd edn., Oxford, 2004; D. HARRIS- D. CAMPBELL- R. HALSON, *Remedies in Contract and Tort*, 2nd edn., 2002; G.H. TREITEL, *op. cit.*, 1988, 152 ss.

³⁴¹ Cfr. T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 350 ss.

³⁴² V. J. CARTWRIGHT, *Il diritto inglese dei contratti*, cit., 823 ss.

³⁴³ V. H. W. HOLMES, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 462 (1897).

la possibilità di scegliere liberamente tra l'adempimento e il risarcimento del danno. Il principio alla base di questa diversa concezione continentale è ben sintetizzato dal brocardo latino *pacta sunt servanda*. Le parti sono tenute ad adempiere le proprie prestazioni e, in caso di inadempimento, il primo rimedio che può essere fatto valere dal contraente fedele è l'esatto adempimento e, solo in via sussidiaria, il risarcimento del danno³⁴⁴.

Tale visione individualistica del modello contrattuale inglese ha avuto il suo culmine negli anni 1770-1870 (noto anche come *classical period*). Si tratta del periodo del *laissez faire* in cui il rifiuto di visioni stataliste delle relazioni economiche e i postulati dell'individualismo hanno concorso a identificare nel contratto il luogo in cui i conflitti trovano la loro soluzione senza la necessità di interventi esterni³⁴⁵.

³⁴⁴ Una parte della dottrina inglese (e anche americana) ritiene che l'origine storica di questa diversa concezione dei rimedi contrattuali derivi dal maggior influsso che il diritto canonico ha avuto negli ordinamenti di *civil law*. In altre parole, concludere un contratto è prima di tutto avere un obbligo morale, prima che giuridico, con controparte di adempiere alla propria obbligazione. V. *ex multis* T.D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 350 ss.; R. J. SCALISE, Jr., *Why No Efficient Breach in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, 55 Am. J. Comp. L. 721, 726-27 (2007); J. P. DAWSON, *Specific Performance in France and Germany*, 57 Mich. L.Rev. 495, 524 (1959); J. M. PERILLO, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, 63 Fordham L. Rev. 281, 308 n. 190 (1994) secondo cui "*The common law of contracts evolved from the law merchant, the civil law of contracts from canon law. Priests do not take promise breaking quite as lightly as businessmen, but on the other hand are not attuned to commercial usages, such as options.*". Cfr., infine, la *concurring opinion* del giudice POSNER in *Bodum USA, inc. v. La Cafetiere, inc.*, 2009.

³⁴⁵ Cfr. per tutti P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall*, cit., 408 ss.; M. H. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, 1977; B. MENSCH, *Freedom of Contract as Ideology*, 1981, 33 Stanford Law Review 753, 758 ss.; H. COLLINS, *The Law of Contract*, cit., 3 ss.; ricorda S. A. SMITH, *op. cit.*, 9 ss. che "*to the judges of this period [1770-1870], theories of natural law meant that individuals had inalienable rights to own property, and therefore to make their own arrangements to deal with that property, and therefore to make contracts for*

In questo periodo è centrale la preoccupazione che la personale determinazione a contrarre e il perseguimento del proprio interesse non siano scoraggiati da doveri imposti dall'ordinamento³⁴⁶.

Tutto ciò è ben sintetizzato nel *dictum* di Sir. G. Jessel, *Master of the Rolls*, in *Printing and Numerical Registering Co v. Sampson*³⁴⁷ ove si legge: “*if there is one thing more than another which public policy requires, it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting and that their contracts, when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice.*”³⁴⁸

Una tale visione della *law of contract* ha iniziato a vacillare all'inizio del ventesimo secolo quando il modello classico, malgrado la sua persistenza come nucleo centrale dei principi generali³⁴⁹, non era più in grado di esprimere compiutamente le esigenze della nuova realtà economico-sociale³⁵⁰. Le erosioni legislative alla libertà contrattuale e il progressivo

themselves. The philosophy of laissez-faire, for its part, was understood to mean that the state, and thus the law, should interfere with people as little as possible. [...]”

³⁴⁶ V. A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 142.

³⁴⁷ V. *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson* (1875), LR 19 Eq 465.

³⁴⁸ “Se vi è una cosa che l'interesse pubblico richiede più di ogni altra, essa è che persone mature e consapevoli devono avere la massima libertà di contrarre, e che i loro contratti, liberamente e deliberatamente stipulati, devono essere fatti rispettare dalle corti in quanto sacri per le parti”, traduzione di G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 7. L'autore ritiene che tale giudizio di Sir. Jessel “consacra senza riserve la considerazione della *freedom of contract* come valore assoluto, finalizzato a sé stesso”.

³⁴⁹ Sottolinea J. FEINMAN, *The Significance of Contract Theory*, 1990, 58 *University of Cincinnati Law Review* 1283, 1285 ss. come “[...] *we might say that the contemporary understanding of contract has not departed so far from classical understanding as to justify an entirely new name*”.

³⁵⁰ Osservano A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 129 ss. che la teoria classica del contratto muoveva da alcune sopravvalutazioni. In primo luogo, l'idea che fosse possibile attraverso le dinamiche individualistiche e antagonistiche realizzare il benessere soggettivo e collettivo; in secondo luogo, il fatto che l'unico modello umano di riferimento fosse quello dell'uomo d'affari per cui “concludere contratti è cosa di tutti i giorni” e, infine, la “fiducia

tramonto dei valori ottocenteschi, hanno determinato un lento ripensamento del ruolo dell'individuo, non più considerato quale libero protagonista di un libero mercato, ma solo come uno degli attori dello scenario istituzionale³⁵¹.

Declina la fiducia nella capacità degli antagonismi interni alla collettività di ricomporsi e di aggregarsi intorno al mito della *freedom of contract* e, altresì, la percezione di arbitrarietà degli interventi eteronomi sul contratto³⁵². Si apre la strada al riconoscimento dell'iniziale disuguaglianza tra i contraenti operato mediante lo *statute law*³⁵³.

In questo periodo, oltre a svilupparsi la *consumer law*, vengono finalmente riconosciuti dalle corti inglesi i vizi quali la *duress* e, soprattutto, il *mistake* che diventano possibili cause di estinzione del rapporto contrattuale³⁵⁴.

negli schemi di convivenza di tipo competitivo, fondati sulla libera iniziativa individuale e su un proprio sistema di ricompense e di pene [...]”.

³⁵¹ G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 7 ss. ricorda che, già alla fine del XIX secolo, le stesse Corti che pochi anni prima avevano abbracciato una visione fortemente individualista del contratto “si resero conto che la libertà contrattuale poteva essere considerata un ideale sociale, effettivamente utile agli interessi generali della collettività, solo nella misura in cui ad essa corrispondesse da lato dei contraenti una loro pari potenzialità negoziale.” In altre parole, le Corti inglesi hanno messo in crisi il loro credo per poi rigenerarlo, sostituendo il suo originario fondamento costituito dal c.d. “*individual utilitarianism*” con quello dei “*communitarian ideals*”, ovvero del solidarismo. V. Anche G. GILMORE, *op. cit.*, 52 ss.

³⁵² Cfr. A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 129 ss

³⁵³ V. *Id.*, *op. cit.*, 142.

Sono, infatti, di questo periodo l'*Employment Rights Act* (1966), l'*Unfair Contract Terms* (1977) e il *Misrepresentation Act* (1967). I due ultimi *statutes*, in particolare, avevano il compito di vietare al contraente più forte la possibilità di limitare la propria responsabilità nei confronti dei consumatori, anche se questi ultimi erano d'accordo.

³⁵⁴ V. S. A. SMITH, *op. cit.*, 15 ss. che ricorda come “*this period [1870-1980] also saw the expansion of the defences of duress, undue influence, and mistake. For instance, the concept of “economic duress” was recognized, as was the defence of “mistake at equity” (which expanded the possibilities of relief for mistake) [...]*”.

Vi è, infine, la tendenza dei giudici a reinterpretare in modo nuovo alcuni istituti classici della *law of contract*. In particolare, molte di quelle regole che venivano precedentemente considerate strumenti volti a chiarire e a dare esecuzione alla volontà delle parti (esplicita o implicita), vengono ora intese quali *default rules*, ovvero criteri imposti dall'esterno il cui "*real purpose, it was said, was to give effect to a sense of justice or fairness*"³⁵⁵.

Questo diverso modo di intendere tali istituti ha portato a una loro innovativa applicazione da parte della giurisprudenza che si è sentita libera di utilizzarli in modo tale da perseguire i valori della "*justice*" e della "*fairness*"³⁵⁶.

Si osservi, altresì, che, secondo una parte della dottrina, il declino dell'assoluta *freedom of contract* sarebbe stato anticipato dall'avvento di alcuni innovativi strumenti di interpretazione del contratto: primo tra tutti la *construction of contract*, tecnica che, piano piano, si è affiancata all'originaria interpretazione letterale³⁵⁷.

Già dalla terminologia utilizzata - *construction* - è possibile desumere che non si tratta di una semplice analisi del testo contrattuale, ma, al contrario, di un'attività di natura maggiormente propositiva in cui l'interprete è chiamato a stabilire la volontà delle parti attraverso l'analisi del senso complessivo dell'operazione economica³⁵⁸.

L'utilizzo della *contractual construction* permette di superare il binomio "non previsto espressamente nel testo contrattuale - non voluto dalle parti" e di favorire l'introduzione del canone della ragionevolezza quale "*standard di controllo dell'interpretazione*"³⁵⁹.

³⁵⁵ V. LORD RADCLIFFE [728], in *Davis Contractors v. Fareham UDC*, (1956) AC 696.

³⁵⁶ S. A. SMITH, *op. cit.*, 16.

³⁵⁷ V. A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 146 ss.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ *Ibidem*.

In particolare, tramite la tecnica degli *implied terms*³⁶⁰ (principale corollario della *contractual construction*) i giudici inglesi estendono gli obblighi espressamente previsti dalle parti nel contratto a situazioni formalmente non previste³⁶¹.

Più in dettaglio occorre distinguere tra *implication in fact*, *implication by law* e *implication by custom*. Nel primo caso l'integrazione del contenuto contrattuale è - quantomeno formalmente - basata sulla volontà implicita delle parti, mentre negli altri due casi tale integrazione è collegata alla proiezione nel contratto, sia di norme dispositive sia di norme imperative, di natura giurisprudenziale o legislativa, e, altresì, di pratiche sociali preesistenti.

Diversi sono gli ambiti di applicazione di tale tecnica di integrazione del contratto: se l'*implication in fact* può essere utilizzata con riguardo ai c.d. *non standardized contracts*, ovvero quei contratti che non hanno assunto una configurazione giurisprudenziale tipica nel tempo, l'*implication by law* e l'*implication by custom*, invece, vengono normalmente usate dalle corti per desumere un dovere legale o consuetudinario, rispettivamente, da un dato "tipo" di contratto che è stato oggetto di "standardizzazione" o da un predefinito contesto commerciale³⁶².

Si noti come sebbene la moderna *law of contract* rimanga fortemente influenzata dalla visione classica del contratto, la principale differenza tra periodo classico e quello che potremmo chiamare il periodo neoclassico sta nel riconoscimento giurisprudenziale di una visione più oggettivistica rispetto alla formazione e all'interpretazione del contratto: la reale volontà

³⁶⁰ J. CARTWRIGHT, *Il diritto inglese dei contratti*, cit., 819 ss.

³⁶¹ G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 7 ss.

³⁶² Per un maggiore approfondimento in tema di interpretazione del contratto nel diritto inglese si v. D. CAMPBELL, H. COLLINS, J. WIGHTMAN, *Implicit Dimensions of Contract*, cit., 44 ss., S. J. BURTON, *Elements of contract interpretation*, Oxford, 2009; F. VIGLIONE, *L'interpretazione del contratto nel common law inglese.*, cit., 133 ss.

delle parti viene ormai sostituita da ciò che appare essere la loro volontà in base all'interpretazione delle circostanze oggettive del caso di specie.

Oggi si affacciano nel panorama giuridico inglese due opposte tendenze: da una parte i sostenitori di un ritorno alla centralità della volontà delle parti e alla connessa *freedom of contract* e dall'altra, invece, coloro che riconoscono la necessità di un intervento esterno del giudice nell'identificare i diritti e i doveri delle parti derivanti dal contratto³⁶³, soprattutto, nei casi di "*imprecise stipulations, unallocated risks, unforeseen circumstances and the remedial consequences of breach*"³⁶⁴.

Le risposte delle corti di *common law* lasciano intravedere una conferma della "*freedom of contract*", intesa, tuttavia, in modo nuovo. Al centro della libertà contrattuale sta ora il riconoscimento di un nesso inscindibile tra la stessa e la responsabilità, nel senso che "la prima merita e può ottenere la tutela giuridica nella sua esplicazione contrattuale solo se responsabilmente esercitata in relazione al tipo di affare perseguito, alla posizione della controparte, al riflesso sociale del rapporto"³⁶⁵.

1.2. I riflessi dell'evoluzione del *law of contract* nelle recenti ricostruzioni dottrinali della *contemplation rule*.

Come appena rammentato, il moderno *law of contract* inizia a svilupparsi nel XIX secolo in concomitanza con la rivoluzione industriale, trovando spunti interessanti nell'esperienza continentale³⁶⁶.

In un periodo di repentine trasformazioni socio-economiche vi è l'esigenza di introdurre regole giuridiche semplici e chiare adatte a regolare i

³⁶³ Cfr. S. A. SMITH, *op. cit.*, 18.

³⁶⁴ V. A. ROBERTSON, *The limits*, cit., 207.

³⁶⁵ Cfr. G. CRISCUOLI, *op. cit.*, 7 ss.

³⁶⁶ Cfr. T. D. MUSGRAVE, *op. cit.*, 356 ss.

traffici commerciali³⁶⁷. Di un tale tipo di *case law* non vi è traccia nell'ordinamento inglese, che è ancora fortemente influenzato dal processo "formulare". Di conseguenza, la giurisprudenza si trova a dover attingere alle soluzioni adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza continentale³⁶⁸.

Questo è proprio ciò che è accaduto ai rimedi per *breach of contract* e, in particolare, ai criteri per limitare il risarcimento del danno da illecito contrattuale. Ricorda il professor G.H. TREITEL come la *foreseeability* (*rectius, contemplation rule*) "*forms one of the comparatively rare instances in which a major doctrine of the civil law appears to have been taken over in the nineteenth century by the common law*"³⁶⁹.

Come già ricordato, tale principio viene introdotto nell'ordinamento inglese dal *leading case* *Hadley v. Baxendale* ove la *Court of Exchequer* ha fatto espressamente riferimento agli artt. 1149-1151 del *code civil* francese descrivendoli come "*the sensible rule*"³⁷⁰.

A ben vedere, nel formulare "*the english test of remoteness*" il giudice Alderson non ha applicato compiutamente la disciplina francese menzionata nel testo della decisione: in particolare, non viene dato alcun peso al fatto che l'inadempimento del vettore fosse negligente³⁷¹. In altre parole, la c.d. *contemplation rule* coniata nel caso *Hadley* trova applicazione in modo indipendente da una qualsiasi valutazione circa la sussistenza di dolo o colpa in capo al contraente inadempiente.

Tale scelta deriva, secondo una parte della dottrina, dal fatto che nell'Inghilterra del XIX secolo era forte la visione antagonista del rapporto contrattuale in base alla quale ogni contraente è tenuto a guardare solo ai

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Ibidem* ricorda come "*One of the most influential 'outside' sources relied upon in this period was Pothier's Traité d'Obligations. Pothier's treatise had been translated into English in 1806, and was readily available to judges and practitioners [...]*".

³⁶⁹ cfr. G. H. TREITEL, *op. cit.*, 150 ss.

³⁷⁰ v. (1854) 9 Ex. 341, 346.

³⁷¹ v. G. H. TREITEL, *op. cit.*, 150.

propri interessi personali e, pertanto, se decide che gli è più conveniente non adempiere alla propria prestazione lo può fare senza subire la sanzione di dover risarcire un danno di ammontare superiore a quello prevedibile al momento della conclusione del contratto³⁷².

Nel periodo classico del contratto è centrale la volontà delle parti: ogni obbligazione primaria o secondaria (*rectius* risarcitoria) per poter essere considerata tale deve essere il frutto di accettazione (anche implicita) delle parti³⁷³.

È proprio questa visione soggettivistica che conduce una parte della giurisprudenza inglese (seguita da quella americana) a interpretare la *second rule* di *Hadley* in modo molto restrittivo. In *Nettleship*³⁷⁴ e *Globe refining*³⁷⁵ si legge, infatti, che la *contemplation rule* non è altro che uno strumento volto a interpretare la volontà delle parti in merito all'allocazione dei rischi derivanti dall'eventuale inadempimento contrattuale³⁷⁶.

In particolare, Lord Willes afferma in *Nettleship* come “*the knowledge must be brought home to the party sought to be charged [...]. Knowledge on the part of the [defendant] is only important if it forms part of the contract*”³⁷⁷.

In altre parole, non è sufficiente la comunicazione alla parte inadempiente delle circostanze particolari dalle quali potrebbero derivare

³⁷² v. J. CARTWRIGHT, *Contract Law. An introduction to the English Law of Contract*, cit., 295.

³⁷³ v. A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 146 ss.

³⁷⁴ Cfr. *British Columbia and Vancouver's Island Spar, Lumber, and Saw-Mill Co. v. Nettleship* [1986] LR 3 CP 499.

³⁷⁵ V. *Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, [1903] 190 US 540.

³⁷⁶ Ricorda A. BURROWS, *op. cit.*, 2 “[...] a more restrictive rule associated with *British Columbia and Vancouver's Island Spar, Lumbar and Saw-Mill Co v. Nettleship and Horne v. Midland Rwy Co.*, which appeared to require that exceptional loss could be recovered only if the defendant had not merely contemplated that loss but had agreed to accept liability for it as a term of the contract”.

³⁷⁷ (1867-88) LR 3 CP 499, 509. Aggiunge Lord Willes “*I am disposed to take the narrow view that one of two contracting parties ought not to be allowed to obtain an advantage which he has not paid for*”.

danni ulteriori da risarcire in caso di inadempimento, ma è necessario che l'assunzione di tale rischio sia entrato a far parte del contratto al momento della sua conclusione³⁷⁸.

Questa visione di stampo volontaristico della *contemplation rule* è stata recentemente riproposta da una parte della dottrina inglese che afferma come tale regola abbia, in ultima analisi, la funzione di limitare i danni risarcibili a quelli “*assumed*”, “*undertaken*” o “*accepted*” dalla parte inadempiente al momento della conclusione del contratto³⁷⁹.

In questo modo la regola della prevedibilità del danno viene a riflettere quella “concezione della responsabilità debitoria come mera vicenda del contratto, al suo pari fondata sul volere individuale”³⁸⁰.

L'idea di fondo è, in altre parole, quella legata alla volontà tacita delle parti che concludendo il contratto hanno inteso obbligarsi limitatamente a quanto ivi previsto³⁸¹.

Alla luce di questa prima ricostruzione, la *contemplation rule* non avrebbe la funzione di limitare l'estensione dell'obbligazione risarcitoria per

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ V. A. GNANI, *Sistema di*, cit., 140 ss.; D.B. DOBBS - C.I. ROBERTS, *Law of Remedies. Damages, Equity, Restitution*, Hornbook Series, III, 2018, 82 ss. ricordano come: “*damages are not, in other words, measured by a rule of law imposed from above, but by the parties' own agreement*”; D. HARRIS - D. CAMPBELL - R. HALSON, *Remedies in Contract*, cit., 88 ss. secondo cui sarebbe più corretto parlare di “*intention of the parties rather than in terms of reasonable contemplation or foreseeability*” e H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, cit., 20 ss. per cui “*however a defendant will still only be liable for damages resulting from special circumstances when those special circumstances have been brought home to him in such a way as to show that he has accepted, or is taken to have accepted, the risk. Not only must the parties contemplate that the damage resulting from the special circumstances may occur. But they must further contemplate that the defendant is taking the risk of being liable for such consequences should they occur*”.

³⁸⁰ V. G. SMORTO, *op. cit.*, 261.

³⁸¹ V. A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *op. cit.*, 146 ss.

ragioni di tipo equitativo, ma semplicemente ad adeguarla a quanto voluto dalle parti al momento della conclusione del contratto³⁸².

A tale criticata³⁸³ visione volontaristica si è, successivamente, affiancata una tendenza di stampo più oggettivistico in base a cui il criterio della prevedibilità del danno non è altro che una *default rule* imposta dall'esterno da utilizzare per stabilire in modo “*just*” e “*fair*” quali sono i danni che la parte inadempiente è tenuta a risarcire nell'ipotesi in cui nulla sia stato previsto nel contratto³⁸⁴. Invero, proprio perché il contratto nel diritto inglese è, di regola, molto più dettagliato di un normale contratto continentale ne deriva che, quando una certa circostanza non è stata espressamente disciplinata, ciò sta a significare che le parti non vi hanno pensato oppure hanno preferito tacere sul punto per gli alti costi trasattivi connessi. In questi casi la *remoteness rule* deve essere utilizzata per assicurare che il contraente inadempiente non si trovi soggetto ad un “*unreasonable burden*”³⁸⁵.

La *ratio* oggettivistica della *remoteness rule* si sviluppa in concomitanza con il dilagare nel XX secolo dello scetticismo nei confronti di una ricostruzione in chiave antagonista del contratto e dell'ideale assolutistico della *freedom of contract*. La dottrina inglese si accorge che, in alcuni casi, è necessario un intervento eteronomo sul contratto al fine di determinare in modo equo le conseguenze risarcitorie che le parti dovranno supportare nell'ipotesi di inadempimento contrattuale.

³⁸² V. G. SMORTO, *op. cit.*, 261; R. A. EPSTEIN, *Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract*, (1989) 18 *Journal of Legal Studies*, 105, 122.

³⁸³ V. *The Heron II* [1969] 1 AC 35 (HL) e successivamente anche la decisione di Lord Denning e Lord Bridge in *GKN Centrax Gears Ltd v. Matbro Ltd* [1976] 2 Lloyd's Rep 555 (CA).

³⁸⁴ V. *ex multis* A. BURROWS, *Lord Hoffmann cit.*, 1 ss.; A. ROBERTSON, *The basis of remoteness*, cit., 172 ss. e *Id.*, *The limits of voluntariness in contract*, (2005), 29 *Melb. Uni L. Rev.*, 179.

³⁸⁵ V. A. ROBERTSON, *The basis of the remoteness rule*, cit., 172.

ROBERTSON sottolinea come “*at some point, [...] the agreement runs out, and judges must allocate risks and responsibilities which the parties have failed to allocate*”³⁸⁶.

Analizzando nel capitolo precedente il *dictum* di Lord Hoffmann in *Achilleas* si era posta l’attenzione sul fatto che a questa ricostruzione (sostenuta da ROBERTSON) sicuramente più simile a quella continentale³⁸⁷, se n’è recentemente affiancata un’altra che tende a riproporre una lettura di stampo volontaristico del principio della *contemplation rule*³⁸⁸.

Anzi, a ben vedere, sono gli stessi sostenitori di tale rinnovata ricostruzione del criterio ad affermare che si tratta di una rielaborazione in chiave moderna dell’originaria *tacit agreement theory of remoteness* “*last supported in the latter half of the nineteenth century and having as its high-point Nettleship*”³⁸⁹.

Secondo KRAMER i tempi sono cambiati: oggi la *law of contract* prevede, accanto all’interpretazione letterale del contratto, nuove tecniche, come la *contractual construction*, che permettono al giudice di stabilire la volontà delle parti anche attraverso “*factual matrix, the surrounding norms and the reasonable expectations*”³⁹⁰.

Si tratta di un tentativo di rendere ancora attuale la visione classica del contratto e, di conseguenza, la *ratio* volontaristica del criterio della prevedibilità del danno che tendeva ad escludere il riconoscimento di un qualsiasi risarcimento del danno tutte le volte in cui le parti non avessero espressamente disciplinato nel proprio contratto le conseguenze di un dato inadempimento e ciò anche se tali conseguenze erano conosciute o

³⁸⁶ *Ibidem* secondo cui “*the remoteness rule is a gap-filling device, which is concerned with ensuring that a contract breaker is not subject to an unreasonable burden*” e, altresì, *Id.*, *The limits of voluntariness cit.*, 179 ss.

³⁸⁷ V. E. TUCCARI, *op. cit.*, 9.

³⁸⁸ V. A. KRAMER, *An Agreement-Centred Approach*, cit., 249 ss.

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ *Ibidem*.

conoscibili con la normale diligenza. Questo significava che se le parti avessero voluto limitare la propria responsabilità avrebbero dovuto prevedere clausole apposite nel proprio testo contrattuale.

I sostenitori dell'*agreement-centred approach* ritengono superato tale problema: attraverso l'uso degli *implied terms in fact* sarebbe oggi possibile stabilire la volontà delle parti anche se la stessa non sia evincibile dal regolamento negoziale. In particolare, l'allocazione dei rischi prevista dalle parti sarebbe desumibile dall'interpretazione del contesto in cui il contratto è stato stipulato (*i.e.* l'eventuale assicurazione stipulata dai contraenti, il prezzo pattuito per eseguire la prestazione, la natura professionale o meno delle parti).

A prescindere dalla reale possibilità di utilizzare l'interpretazione del contratto per stabilire quali rischi le parti avrebbero potuto prevedere al momento della conclusione del contratto³⁹¹, ciò che è importante sottolineare al termine di questa breve analisi sull'evoluzione del modello contrattuale inglese è che, in effetti, le ricostruzioni proposte del criterio della prevedibilità del danno tendono a rispecchiare l'evoluzione della *law of contract* in Inghilterra.

Come più volte rammentato, il principio sancito nel caso *Hadley v. Baxendale* è un esempio di quella penetrazione del modello continentale nel diritto contrattuale inglese verificatesi nel XIX secolo. Si tratta, a ben vedere, di un trapianto solo parziale del modello francese considerato che in *Hadley* non vi è alcun riferimento al tipo di inadempimento, ovvero se doloso o colposo³⁹².

Proprio perché la circolazione del modello continentale si è dimostrata fin dall'inizio solo parziale, una parte della dottrina inglese non ha mancato di sottolineare come la *contemplation rule*, per come utilizzata dalle corti inglesi, finisca per essere più simile alla *foreseeability rule* prevista in

³⁹¹ V. A. ROBERTSON, *The basis of the remoteness rule*, cit., 172.

³⁹² Cfr. M. WHINCUP, *op. cit.*, 115 ss. e soprattutto G.H. TREITEL, *Remedies*, cit., 151.

sede di *torts*³⁹³. Non si dimentichi che il *contract* nasce dalla *law of torts* e solo a partire dal XIX secolo inizia a svilupparsi in modo autonomo e indipendente.

Nel XX secolo anche la *contemplation rule* è oggetto di quella riqualificazione degli istituti classici operata dalla dottrina inglese. Viene intesa da una parte della dottrina quale *gap-filling device* imposto dall'esterno avente la funzione di stabilire in modo *reasonable* i danni risarcibili in caso di inadempimento³⁹⁴.

Certa dottrina arriva a parlare in questo periodo di “*death of contract*”³⁹⁵ per alludere al tramonto dell'assoluta libertà contrattuale ormai compressa dall'intervento dello Stato e dai “grossi poteri economici privati che condizionano le scelte della grande maggioranza dei singoli operatori”³⁹⁶.

³⁹³ V. M. WHINCUP, *op. cit.*, 118 ss. e G. H. TREITEL, *Remedies*, cit., 152 secondo cui “*Whatever the historical origins of the matter may be, the subsequent development of the common law concept of foreseeability as a test of remoteness in contract owes little or nothing to its French counterpart. It probably owes more to the analogous concept which in common law countries limits liability in tort, an area to which the requirement of foreseeability does not apply in French law.*” E ancora “*Developments in England suggest that the tort analogy may have been pushed too far, but there is no doubt of its influence in the development of the foreseeability test in contract.*”

³⁹⁴ Osserva A. BURROWS, *op. cit.*, 10 ss. che l'utilizzo di *externally imposed* o *policy-based rules* è tipico degli ordinamenti di *civil law* e, più raramente, di quelli di *common law* ove si preferisce un c.d. *term-based approach*. A riguardo precisa B. NICHOLAS, *Rules and Terms, Civil Law and Common law*, (1974) 48 *Tulane Law Review* 946, 948 come “*In the field of contract, a fundamental difference between French law and the traditional Common law is that the Common law habitually attempts to derive all the consequences of a contract from the will of those who made it (or at least ostensibly to do so, for the French lawyer would say that the will from which those consequences are derived is a very artificial or objective one), whereas the French law (and the Civil law generally) will often have recourse to rules.*”

³⁹⁵ Cfr. G. GILMORE, *op. cit.*, 51 ss.

³⁹⁶ V. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, UTET, 1993, 11 ss. ove gli autori ricordano come ormai anche in Italia “[...] le parti non possono statuire tutto ciò che loro piace. Lo Stato, con la sua imperiosa volontà sovraordinata,

Si deve da ultimo ricordare come più recentemente, in concomitanza con il riespandersi di tendenze di stampo individualista, la dottrina e la giurisprudenza si sono trovate divise tra i sostenitori della *contemplation rule* quale *default rule* - espressione della necessità di un intervento eteronomo sul contratto - e gli interpreti che ne propongono una rivisitazione in chiave volontaristica.

In particolare, i sostenitori dell'*agreement-centred approach* ritengono di poter individuare l'implicita volontà delle parti tramite l'interpretazione del contratto e, più in generale, del contesto in cui lo stesso viene stipulato³⁹⁷.

Si tratterebbe, secondo una parte della dottrina, di una sorta di *escamotage* per limitare il più possibile la discrezionalità dei giudici "*in shaping contractual rights and obligation*"³⁹⁸. In altre parole, i giudici utilizzando questo criterio sarebbero costretti a specificare nelle proprie pronunce gli indici di cui hanno fatto uso per individuare il volere delle parti.

Come già anticipato all'inizio di questo paragrafo, in Italia non è dato scorgere un tale dibattito in seno a dottrina e giurisprudenza .

Anzi, a ben vedere, una ricostruzione del criterio della prevedibilità del danno in chiave volontaristica era stata proposta in Francia da C. DOUMOLIN e successivamente da J.J. POTHIER³⁹⁹. Di una tale ricostruzione non era stata fatta, però, alcuna menzione nel progetto del *code civil*, anche se, per molti anni, la dottrina francese ha continuato a fornire una spiegazione in

condiziona i contraenti in cento modi: il dirigismo economico ricollega alle convenzioni conseguenze legali di vario genere e natura; la comminatoria di nullità di protezione va di pari passo con l'imposizione di clausole legali, sostitutive di quelle pattizie; prelazioni legali limitano la scelta di controparte. [...]"

³⁹⁷ V. A. KRAMER, *An agreement centred approach*, cit.

³⁹⁸ Cfr. Osserva A. ROBERTSON, *The basis of the remoteness rule*, cit., 174 che "*Kramer's agreement-centred and Campbell and Collins implicit dimensions analysis of remoteness can be seen as a part of a broader movement in the contract law scholarship, which seeks to show that judges play a less significant role in fashioning contractual rights and obligations than is commonly thought*". e v. *Id.*, *The limits of voluntariness in contract*, cit., 202 ss.

³⁹⁹ Cfr. J. J. POTHIER, *op. cit.*, 164 ss.

chiave volontaristica dell'art. 1150 *code civil* fondata cioè su una visione della responsabilità debitoria ancora molto legata al contratto e alla volontà⁴⁰⁰.

Anche in Italia una parte minoritaria della dottrina, sulla scia della dottrina francese, aveva fatto ricorso alla tacita volontà contrattuale in base alla quale il risarcimento del danno a cui è tenuto il debitore non può andare oltre il limite del rischio dallo stesso assunto al momento della conclusione del contratto⁴⁰¹. Tale impostazione è stata definitivamente superata con il nuovo codice civile del 1942⁴⁰² che, attraverso la riformulazione dell'art. 1225 cod. civ., ha accentuato la spersonalizzazione del criterio in parola⁴⁰³.

La responsabilità per danni viene considerata una conseguenza legale dell'inadempimento⁴⁰⁴, senza che ci sia bisogno di un'effettiva accettazione da parte dei contraenti dei rischi connessi al mancato adempimento.

Secondo CARNELUTTI "tutti i motivi dedotti dalla presunta volontà delle parti hanno fatto il loro tempo; in verità si attribuisce alla volontà delle parti quel che è nella volontà della legge"⁴⁰⁵.

Inoltre, nel nostro ordinamento giuridico si è ormai da qualche tempo preso atto della necessità di un intervento eteronomo e autoritativo del giudice, quanto meno tutte volte in cui la volontà delle parti risulti incerta⁴⁰⁶.

Al contrario, questa presa di coscienza non è ancora così forte nel

⁴⁰⁰ Cfr. *ex pluris* MARCADÈ, *op. cit.*, V, 283 e si veda A. GNANI, *op. cit.*, 14 ss. secondo cui una tale ricostruzione volontaristica entra in crisi con le elaborazioni di PLANIOL-RIPERT e dei MAZEUD secondo i quali l'obbligo di risarcire il danno non deriva dalla tacita volontà del debitore, ma rispettivamente dalla colpa o dall'inesecuzione del contratto.

⁴⁰¹ Cfr. F. MAIOLO, *Prevedibilità e danno risarcibile*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1129 ss.

⁴⁰² In realtà, già prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942 una parte della dottrina si era dimostrata contraria al collegamento della responsabilità alla volontà negoziale v. per tutti V. POLACCO, *op. cit.*, 598 ss.

⁴⁰³ Cfr. C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 313; *Id.*, *La responsabilità*, Giuffrè, 2012, 171 ss.; C. ROMEO, *op. cit.*, 972.

⁴⁰⁴ Cfr. L. COVIELLO, *op. cit.*, 98.

⁴⁰⁵ Cfr. CARNELUTTI, *op. cit.*, 628.

⁴⁰⁶ V. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 11 ss.

diritto inglese ove una parte della dottrina continua a essere restia nei confronti di qualsiasi forma di intervento del giudice⁴⁰⁷ dando sempre prevalenza alla ricerca della volontà delle parti.

⁴⁰⁷ Cfr. A. ROBERTSON, *The basis of remoteness*, cit., 173 secondo cui il dibattito circa la funzione del criterio della prevedibilità del danno deve essere situato all'interno di quel generale dibattito relativo al "*role played by judges in shaping contractual rights and obligations*".

2. Divergenze strutturali tra l'art. 1225 cod. civ. e la *contemplation rule*.

Alla luce di quanto detto nel paragrafo precedente sull'evoluzione della *law of contract* in Inghilterra, appaiono ora più chiare le origini dell'attuale dibattito in tema di prevedibilità del danno.

Sembra corretto affermare che le radici dell'*agreement-centred approach* (di cui si trova la prima applicazione concreta nel *dictum* di Lord Hoffmann in *Achilleas*) vadano ricercate in una rivisitazione dell'originaria concezione antagonista del contratto caratterizzata da un profondo scetticismo nei confronti di qualsiasi forma di intervento eteronomo da parte del giudice.

Si è, altresì, chiarito che in Italia non appaiono esservi tracce di un tale dibattito considerato che la visione volontaristica del criterio della prevedibilità del danno è ormai stata definitivamente abbandonata a seguito dell'entrata in vigore del codice civile del 1942.

Ciò posto, prima di passare all'analisi delle regole operazionali nei due sistemi giuridici, ci si deve domandare se, aldilà delle differenze di dettaglio, tra i due ordinamenti sussistano delle vere e proprie divergenze strutturali.

Si è già detto che nel diritto inglese la regola della prevedibilità del danno è stata sancita per la prima volta nel 1864 nel caso *Hadley* e come la stessa sia composta di due sotto segmenti: la *first rule* di natura oggettiva relativa ai c.d. *general damages* e la *second rule* riferita ai cosiddetti *consequential damages* che introduce una componente soggettiva nella valutazione del danno. Tanto più ampio sarà il riconoscimento di questo secondo tipo di danni tanto maggiore sarà l'importanza attribuita alla valutazione soggettiva della vittima dell'inadempimento⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ V. G. SMORTO, *op. cit.*, 89 per cui "*Conseguenzialità, prevedibilità, evitabilità, sono tutti strumenti attraverso i quali evitare che l'ingresso di valutazioni individuali ritagliate sulla vittima dell'inadempimento dia la stura a pretese risarcitorie incontrollabili*".

Una parte della dottrina ritiene che l'ambito di operatività dei criteri di determinazione del danno sanciti nel nostro codice civile riguardi proprio questi danni ulteriori di cui tratta la seconda regola di *Hadley* in quanto solo rispetto a quest'ultimi vi è la necessità di limitare pretese risarcitorie incontrollabili⁴⁰⁹. Si consideri, infatti, che i *general damages* vengono calcolati in base a un criterio facilmente verificabile: il valore del mercato della prestazione.

Si è anche già ricordato che nella *law of contract* la *remoteness rule* assomma in sé la disciplina di casi attratti nel nostro ordinamento, ora all'art. 1223 cod. civ., ora all'art. 1225 cod. civ. In ambito contrattuale viene posta un'unica *rule* (suddivisa in due sotto principi) che in qualche modo accorpa in sé la tematica dell'immediatezza e della prevedibilità del danno⁴¹⁰.

Ciò che, invece, non è dato scorgere nelle applicazioni giurisprudenziali inglesi è un regime di correlazione tra l'entità della colpa e il *quantum* del danno risarcibile.⁴¹¹

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

⁴¹⁰ Contra G.H. TREITEL, *Remedies*, cit., 153 secondo cui "*the tendency of common law courts [...] is simply to apply a test of foreseeability and not in addition to require a test of directness to be satisfied. Even if an extraneous factor did operate so as to cause or augment the loss, the defaulting party may nevertheless be liable in contract if that other factor could have been foreseen by him*".

⁴¹¹ CORBIN, § 1008 in cui discute dei diversi significati di "wilful".

Circa la necessità di prevedere anche nel diritto inglese una regola simile a quella continentale in tema di risarcimento del danno imprevedibile e inadempimento doloso si v. J. GORDLEY, *Responsability in Crime, Tort, and Contract for the Unforeseeable Consequences of an Intentional Wrong: A Once and Future Rule?*, in *The law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming*, P. Cane - J. Stapleton (eds), Oxford Clarendon Press, 1998, 175 ss.

A. ROBERTSON, *The basis of remoteness*, cit., 192 ricorda come "*Lord Cooke of Thorndon, both judicially and extra-judicially, has suggested that the degree of the defendant's culpability is one of the factors to be taken into account in determining whether loss is too remote. Lord Cooke suggests that the loss is less likely to be held to be too remote if it was caused by a deliberate or grossly negligent breach*".

Nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 1225 cod. civ., nel caso di inadempimento doloso il contraente fedele ha diritto a vedersi risarciti anche i danni imprevedibili al momento della conclusione del contratto, mentre nel caso di inadempimento colposo, in modo simile a quanto accade in Inghilterra, si vedrà riconoscere i soli danni prevedibili al momento della conclusione del contratto.

L'unica vera e propria differenza strutturale tra la regola italiana e quella inglese sembra, pertanto, riguardare le conseguenze risarcitorie derivanti da un inadempimento doloso.

2.1. L'inadempimento doloso.

Si è appena ricordato che in Inghilterra, a differenza che in Italia, in caso di inadempimento del contratto il criterio di imputazione della responsabilità è quello della *strict liability* senza che assuma alcuna importanza lo stato soggettivo della parte inadempiente.

Nel nostro sistema giuridico vige, invece, la regola per cui se l'inadempimento è doloso sono risarcibili tutti i danni subiti dalla parte fedele anche se gli stessi non erano prevedibili al momento della conclusione del contratto. In questo caso il debitore è tenuto a sopportare un maggior peso in quanto subisce le conseguenze negative di una sanzione imposta dall'esterno.

Quando si sono analizzati i rimedi previsti dai due ordinamenti in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento si era posta in risalto la circostanza per cui nel nostro sistema si dà prevalenza al rimedio dell'esatto

Negli Stati Uniti una parte della dottrina (v. CORBIN) ha, invece, proposto di modificare il momento in cui valutare i danni prevedibili in caso di inadempimento doloso. In particolare, secondo CORBIN nell'ipotesi di "*wilful breach*" il criterio dovrebbe essere quello della "*foreseeability at the time when the defendant chose to commit the breach should be the criterion*".

adempimento a discapito di quello del risarcimento del danno e ciò in omaggio al principio *pacta sunt servanda*.

In altre parole, a differenza che in Inghilterra⁴¹², le parti sono tenute ad adempiere alla propria prestazione non essendo libere di scegliere se adempiere o meno, limitandosi a risarcire il danno.

Il debitore che dolosamente non adempie viene visto con un certo disfavore dal nostro legislatore che, infatti, lo sanziona imponendogli di risarcire non solo i danni prevedibili al momento della conclusione del contratto, ma anche quelli imprevedibili.

Per comprendere fino in fondo il significato che oggi dottrina e giurisprudenza riconoscono ai concetti di “inadempimento doloso” e di “danno imprevedibile” appare necessario fare un passo indietro soffermandosi nuovamente sulla funzione del criterio della prevedibilità del danno nel nostro ordinamento⁴¹³.

Al termine del primo capitolo si era rammentato come sia tutt’oggi discusso in dottrina e in giurisprudenza quale sia la corretta funzione da riconoscere al limite della prevedibilità del danno⁴¹⁴.

Una parte degli interpreti ritiene corretto affermare che il principio sancito dall’art. 1225 cod. civ. abbia la funzione di ricondurre il risarcimento del danno entro limiti di normalità⁴¹⁵.

⁴¹² Nei paesi di *common law* si parla di “inadempimento efficiente” per descrivere l’ipotesi in cui per il debitore risulta più conveniente non adempiere e risarcire il danno rispetto che adempiere alla propria prestazione. Si v. sul punto per tutti T. ULEN, *The efficiency of specific performance: towards an unified theory of contract remedies*, 84 Michigan law review 1984, 355 ss. e in Italia F. COSENTINO, *Efficienza economica dell’inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica sull’inadempimento del contratto*, in *Quadrim.*, 1988, 519 ss. e R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, cit, 346; C. ROMEO, *op. cit.*, 982 ss.

⁴¹³ E. TUCCARI, *op. cit.*, 9.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 372.

In altre parole, il criterio in oggetto non sarebbe altro che “un limite di normalità al contenuto della sanzione per l’inadempimento”⁴¹⁶, ovvero il danno prevedibile rappresenterebbe la conseguenza normale di tale inadempimento.

Nell’affermare che il criterio della prevedibilità del danno corrisponde alle conseguenze normali dell’inadempimento del contratto si finisce per appiattare tale principio sul criterio della regolarità causale che ha, appunto, la funzione di limitare il risarcimento del danno alle normali conseguenze dell’evento lesivo⁴¹⁷.

In base a questa prima ricostruzione l’art. 1225 cod. civ. finirebbe per apparire come “un sostanziale doppione della regolarità causale”⁴¹⁸ in ambito contrattuale⁴¹⁹.

Secondo una diversa impostazione sarebbe più corretto configurare la regola della prevedibilità del danno quale limite ulteriore rispetto alla causalità adeguata: con tale norma il legislatore avrebbe voluto escludere il risarcimento di tutte le conseguenze imprevedibili per il debitore al

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ Sostenitore di un inevitabile appiattimento del criterio della prevedibilità del danno sul nesso di causalità si v. C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 374 che sottolinea come “ricondotto tuttavia il requisito della prevedibilità del danno ad un limite di normalità del danno medesimo, deve constatarsi questo fatto: che il limite viene concretamente riproposto anche nel tema della responsabilità extracontrattuale sotto il profilo di un criterio di individuazione del danno diretto e immediato, e precisamente sotto il profilo del criterio della regolarità causale”.

In giurisprudenza cfr. CASS., 19.1.1985, n. 164, in *Mass. Giust. civ.*, 1985.

⁴¹⁸ Osserva E. TUCCARI, *op. cit.*, 9 come “[...] le ricadute concrete di questo ragionamento appaiono rilevanti: infatti, il criterio della regolarità causale, a differenza di quello della prevedibilità, opera non solo in sede contrattuale, ma anche in tema di responsabilità extracontrattuale. Gli effetti del limite della prevedibilità verrebbero così indirettamente riproposti, sotto forma di regolarità causale, anche in ambito extracontrattuale.”

⁴¹⁹ In giurisprudenza si segnala CASS., 28.11.2003, n. 18239, in *Mass. Giust. civ.*, 2003.

momento del sorgere dell'obbligazione e, dunque, anche quelle astrattamente risarcibili ai sensi dell'art. 1223 cod. civ.⁴²⁰

In questo modo la prevedibilità del danno non rischierebbe di sovrapporsi alla regolarità causale, ma avrebbe, invece, la funzione di limitare il risarcimento al "rischio calcolabile al momento della conclusione del contratto o del quasi-contratto"⁴²¹.

Il fine ultimo di un tale criterio sarebbe quello di evitare il c.d. "aumento del rischio" tra il momento in cui è sorta l'obbligazione e il suo inadempimento. In questo modo la regola della prevedibilità non rischierebbe di appiattirsi sulla regolarità causale rappresentando, invece, un limite ulteriore al danno risarcibile⁴²².

La scelta tra le due ricostruzioni teoriche può portare a risultati pratici diversi con riguardo al *quantum* di risarcimento riconosciuto.

Un esempio tratto dalla giurisprudenza di legittimità potrà aiutare a comprendere le diverse conseguenze pratiche della scelta tra un orientamento e l'altro.

Il caso oggetto di una recente pronuncia della Supr. Corte⁴²³ riguardava un contratto preliminare di vendita di un immobile parzialmente altrui che non veniva adempiuto dal promittente venditore il quale asseriva che la moglie comproprietaria era contraria alla vendita. Il promissario

⁴²⁰ Cfr. C. ROMEO, *op. cit.*, 977 ss.; P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 98 ss.; V. DI GRAVIO, 104 ss.; R. PUCELLA, *op. cit.*, 276.

In giurisprudenza l'orientamento che distingue il criterio della prevedibilità del danno da quello della regolarità causale è quello (formalmente) maggioritario: cfr. *ex multis* CASS., 27.10.2003, n. 16091, in *Danno e resp.*, 2004, 855, con nota di MANZA; CASS., 29.7.2011, n. 16763, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2811.

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² Tra coloro che sono favorevoli a questa ricostruzioni si v. *ex multis* E. TUCCARI, *op. cit.*, 9 e M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Scienza e causalità*, a cura di DE MAGLIE e SEMINARA, Cedam, 2006, 81 ss.

⁴²³ Cfr. CASS., 30.1.2007, n. 1956, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1129 ss., con nota di MAIOLO.

acquirente, non potendo chiedere l'adempimento in forma specifica *ex art.* 2932 cod. civ., agiva in giudizio per la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. Il giudice di primo grado riconosceva all'attore un cospicuo risarcimento pari alla differenza tra la somma pattuita nel preliminare e l'incremento di valore dell'immobile nelle more del definitivo e, altresì, una somma pari al presumibile reddito locativo che sarebbe potuto maturare nel periodo in cui si era svolto il giudizio.

Facendo questa scelta il giudice non teneva conto del limite della prevedibilità del danno di cui all'art. 1225 cod. civ., e liquidava il danno sulla base del solo criterio della causalità giuridica.

In altre parole, sebbene le voci di danno considerate fossero sicuramente conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento, e il presumibile reddito locativo potesse rientrare tra le conseguenze dannose dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., vi è più di un dubbio circa il fatto che la perdita del reddito locativo rientrasse nel danno prevedibile dal promittente venditore al momento della conclusione del contratto⁴²⁴.

La scelta tra l'una o l'altra ricostruzione porta a risultati difformi anche rispetto al diverso tema relativo al significato da conferire al concetto di "danno imprevedibile" che, ai sensi dell'art. 1225 cod. civ., è risarcibile in caso di inadempimento doloso.

Invero, se si ritiene che il criterio della prevedibilità del danno tenda a coincidere e sovrapporsi con quello della regolarità causale e che, quindi, l'art. 1225 cod. civ. rappresenti un mero doppione della causalità adeguata in

⁴²⁴ Si precisa che nel caso di specie la Supr. Corte ha ridotto l'entità del risarcimento, non confermando la condanna alla rifusione della somma proveniente dal presumibile reddito locativo. In questo modo la pronuncia si è allineata a quell'indirizzo interpretativo che tende a delimitare nettamente gli ambiti di competenza della causalità giuridica e della prevedibilità del danno.

ambito contrattuale, si deve concludere nel senso che il concetto di danno imprevedibile vada sostituito con quello di “irregolarità causale”⁴²⁵.

Tale concetto è stato equiparato in dottrina a quello di danni mediati, indiretti, anormali e, in definitiva, causalmente irregolari⁴²⁶.

L’obiezione principale a una tale definizione di imprevedibilità del danno sta nella concreta difficoltà di selezionare gli eventi irregolari che siano in grado di integrare gli estremi della sanzione dell’inadempimento doloso. In altre parole, qualsiasi evento potrebbe essere considerato evento imprevedibile in quanto evento irregolare che va aldilà delle conseguenze immediate e dirette dell’inadempimento⁴²⁷.

Vista la difficoltà di stabilire in concreto quali siano i danni imprevedibili rispetto a un determinato inadempimento si giunge inevitabilmente a riconoscere in capo al giudice un’ampia discrezionalità nel valutare il danno connesso all’inadempimento doloso posto che “un nesso causale, irregolare o estrinseco, è possibile rinvenirlo con un po’ di sforzo logico argomentativo rispetto a ogni evento della vita giuridica di un soggetto”⁴²⁸.

Se si ritiene, al contrario, preferibile condividere l’idea per cui la regola della prevedibilità del danno non coincide con la regolarità causale, ma rappresenta un limite ulteriore rispetto alla stessa, è allora possibile affermare che l’imprevedibilità del danno riguardi il solo *quantum* risarcibile.

In altre parole, si dovrebbe ritenere che gli eventi riconducibili

⁴²⁵ Cfr. V. DE LORENZI, voce “inadempimento doloso”, nel Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ. , Utet, 1993, IX, 360.

⁴²⁶ Cfr. C. M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, cit., 374; P. CENDON, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Giuffrè, 1984, 23 ss.; M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Cedam, 1988, 390; A. RAVAZZONI, *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Studi Donatuti*, II, Giuffrè, 1973, 97 ss.

⁴²⁷ C. ROMEO, *op. cit.*, 977 ss.

⁴²⁸ *Ibidem*.

all'inadempimento sono già stati selezionati tramite la causalità adeguata e che il criterio della prevedibilità del danno consente di individuare l'entità concreta del risarcimento imputabile⁴²⁹.

In caso di inadempimento doloso si finisce per punire il debitore aumentando l'estensione quantitativa di un evento, anche al di là della soglia di prevedibilità che, tuttavia, rientra nella normale causalità⁴³⁰.

In questo modo si utilizza uno strumento sanzionatorio che ha lo scopo di privare del beneficio della limitazione della responsabilità in relazione alla valutazione del rischio contrattualmente assunto il contraente che abbia intenzionalmente violato l'accordo.

La funzione sanzionatoria connessa all'inadempimento doloso rimane pur sempre limitata dall'art. 1223 cod. civ. che ha preventivamente stabilito l'*an* del danno⁴³¹.

Si può, pertanto, concludere che questo modo di intendere il criterio della prevedibilità del danno conduce a un ragionevole equilibrio tra la

⁴²⁹ Cfr. A. DE CUPIS, *op. cit.*, I, 250; G. GORLA, *op. cit.*, 405 ss.; C. TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, 93 ss., C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Giappichelli, 1987, I, 316 ss.

⁴³⁰ Cfr. A. DE CUPIS, *op. cit.*, 287 ss. il quale sottolinea come "[...] giova rilevare che l'art. 1223 cod. civ., il quale stabilisce il limite causale per i danni risarcibili, così per la sua collocazione (precede gli altri articoli concernenti la determinazione del *quantum* risarcibile) come per il suo contenuto generico appare una norma di applicazione normale, suscettibile delle sole deroghe espressamente fissate dalla legge: questa (art. 1225 cod. civ.) stabilisce che, in caso di colpa in senso stretto, si risponda *al di qua* di quel limite; che, in caso di dolo, si possa rispondere anche *al di là* dello stesso limite, non è dato arguire dalla legge, e non può, quindi, sostenersi dall'interprete.

⁴³¹ Nel codice del 1865 ciò era espressamente previsto dalla lettera dell'art. 1229 cod. civ. che recitava "Quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui fu il medesimo privato, non debbono estendersi se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione".

necessità di punire una condotta dolosa, e quella di punirla seguendo parametri oggettivamente verificabili⁴³².

Lo stesso risultato non si otterrebbe invece con il procedimento della causalità irregolare, poiché, come ricordato, sarebbe mero arbitrio del giudice selezionare quali eventi imputare a titolo di responsabilità in capo al soggetto inadempiente⁴³³.

Prima di procedere ad analizzare le diverse ricostruzioni fornite dalla dottrina del concetto di “inadempimento doloso”, si rammenti che il loro effetto immediato è quello di ampliare o restringere i casi in cui si possa fare applicazione della sanzione della risarcibilità del danno imprevedibile⁴³⁴.

Si consideri che nel nostro diritto privato il termine “dolo” è riferito talvolta all’attività ingannatoria tenuta con la consapevolezza di cagionare un danno ingiusto e talaltra al comportamento volontariamente tenuto, accompagnato (spesso) dalla consapevolezza del danno ingiusto⁴³⁵.

La dottrina maggioritaria, sotto l’abrogato codice civile del 1865, tendeva ad accogliere una concezione delittuale del dolo⁴³⁶, mentre, più di

⁴³² Cfr. C. ROMEO, *op. cit.*, 978 ss.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ Cfr. *ex multis* P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, 179 ss.; C. ROMEO, *op. cit.*, 978 ss.; G. ANZANI, *La prevedibilità del danno: un dibattito aperto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 606 ss.

⁴³⁶ La ricostruzione delittuale del dolo era abbracciata nel vigore del codice civile del 1865, tra gli altri, da G. CHIRONI, *op. cit.*, 6 ss. e C.F. GABBA, *Contributi alla teoria del danno e del risarcimento*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Giappichelli, 1912, I, 173 ss.

Si v. più recentemente C. ROMEO, *op. cit.*, 978 ss. che critica la ricostruzione del dolo di cui all’art. 1225 cod. civ. quale “dolo contrattuale” osservando come “il dolo-inganno trovi la sua disciplina nel processo genetico della volontà ed è causa di annullamento del contratto; la funzione cui è preordinato è quella di tutela della libertà di manifestazione della volontà contrattuale. Il nostro campo di indagine [inadempimento doloso] è assai lontano da questo ambito: versiamo infatti nella fase dell’esecuzione. Non si vuol con ciò negare che anche nella fase esecutiva possano aversi casi in cui alla volontà di inadempimento si accompagnino

recente, gli interpreti hanno via via abbandonato tale tesi sostituendola con una concezione che vede il dolo quale semplice volontà di non adempiere, accompagnata, secondo alcuni⁴³⁷, dalla consapevolezza del danno.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie⁴³⁸ ritengono oggi che, perché sussista un inadempimento doloso, sia sufficiente la semplice consapevolezza e volontà del debitore di non adempiere⁴³⁹.

Una tale concezione del dolo quale mera volontà di non adempiere viene criticata da quella parte della dottrina⁴⁴⁰, che afferma come in questo modo si finisce per qualificare come doloso qualsiasi inadempimento cosciente e volontario, con “l’inaccettabile conseguenza che l’estensione della

raggiri. A nostro modo di vedere, però, quel comportamento andrà considerato un *quid pluris* rispetto ai requisiti richiesti dall’art. 1225 cod. civ. e, semmai, sanzionato con strumenti diversi, quali, per esempio, le norme penalistiche”.

⁴³⁷ C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, op. cit., 375 contra C. ROMEO, op. cit., 978 secondo cui “il requisito della volontarietà del danno appare [...] pleonastico e non giustificato né da un punto di vista sistematico, né da un punto di vista economico-sostanziale”.

Si segnala, altresì, M. LUPOLI, op. cit., 384 ss. che perviene a una sua personale ricostruzione del concetto di dolo secondo la quale in caso d’inadempimento commissivo sarebbe sufficiente la coscienza e volontà di violare l’obbligazione; invece, in caso di inadempimento omissivo sarebbe necessaria una condotta riprovevole. Infine, secondo l’autore vi sarebbe poi un terzo tipo di dolo caratterizzato dall’*animus nocendi* residuo dell’antica nozione delittuosa di dolo.

⁴³⁸ Sono molto poche le pronunce in cui la Supr. Corte ha riconosciuto la sussistenza di un inadempimento doloso e il correlato risarcimento dei danni imprevedibili. Si segnalano al riguardo: CASS., 30.10.1984, n. 5566, in *Giur. it.* 1985, 276; CASS., 25.3.1987, n. 2899, in *Mass. Giust. civ.*, 1987; e più di recente CASS., n. 25271 del 2008, in *Mass. Giust. civ.*, 2008 e CASS., n. 7759 del 2012, in *Guida al dir.*, 2012, fasc. 35, 86 ove si afferma che “Per la configurabilità del dolo del debitore nell’inadempimento, in difetto del quale l’art. 1225 c.c. limita il risarcimento al danno prevedibile nel momento in cui sorge l’obbligazione, è sufficiente la consapevolezza di dovere una determinata prestazione e la volontà di non eseguirla, senza che occorra anche la consapevolezza del danno”.

⁴³⁹ C. ROMEO, op. cit., 978 ss.; V. DI GRAVIO, op. cit., 202 ss.; F. COSENTINO, op. cit., 519.

⁴⁴⁰ Cfr. P. TRIMARCHI, op. cit., 180.

responsabilità ai danni imprevedibili non opererebbe in via del tutto eccezionale, bensì con grande frequenza⁴⁴¹, soprattutto quando non si tratti di inadempimento parziale (che di regola è solo colposo), bensì del mancato adempimento di obbligazioni pecuniarie o di obblighi di trasferire o consegnare cose, quando la decisione di non adempiere può essere dovuta non a cattiva volontà, ma a difficoltà sopravvenuta.

I sostenitori della diversa ricostruzione contestano tale obiezione sottolineando come nel caso di cui il debitore non possa oggettivamente adempiere alla propria prestazione il ragionamento appare più articolato. In tali casi l'interprete è chiamato a valutare la condotta complessiva del debitore, ovvero a stabilire se l'inadempimento sia dipeso da una condotta negligente dello stesso oppure da una sua scelta volontaria⁴⁴²; non è, invece, corretto ritenere che in caso di impossibilità oggettiva di adempiere alla prestazione debba per forza sussistere il dolo del debitore.

Si deve a questo punto prendere atto del fatto che a fronte di una dottrina che si è soffermata in modo più o meno approfondito sul significato di "inadempimento doloso", vi è, invece, una scarsa giurisprudenza sul punto.

Sono, infatti, molto poche le pronunce in cui è stato riconosciuto un inadempimento doloso ed è stato conseguentemente comminato il risarcimento anche dei danni imprevedibili⁴⁴³.

Un esempio è rappresentato dalla pronuncia 25.3.1987, n. 2899 della Supr. Corte⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² Cfr. C. ROMEO, *op. cit.*, 978 secondo cui "una cosa è contrarre debiti, concludendo di poterli adempiere, e trovarsi, alla scadenza di essi, nell'impossibilità di pagare; altro è contrarre dei debiti sapendo che non si potranno onorare e decidere di contrarli ugualmente."

⁴⁴³ Si segnalano al riguardo: CASS., 30.10.1984, n. 5566, in *Giur. it.* 1985, 276; CASS., 25.3.1987, n. 2899, in *Mass. Giust. civ.*, 1987; e più di recente CASS., 16.10.2008, n. 25271, in *Mass. Giust. civ.*, 2008 e CASS., 17.5.2012, n. 7759, in *Guida al dir.*, 2012, fasc. 35, 86.

⁴⁴⁴ Cfr. CASS., 25.3.1987, n. 2899, in *Mass. Giust. civ.*, 1987.

La decisione aveva ad oggetto un appalto per la costruzione di una fognatura la quale solo dopo pochi anni di utilizzo franava rovinosamente causando diversi danni al comune. La Corte di Cassazione riconosceva nel caso di specie la sussistenza del dolo in capo all'appaltatore affermando che “[...] la corte [di appello] non ha presunto il dolo, ma lo ha inteso, applicando esattamente la norma, come consapevolezza e volontarietà dell'esecuzione dell'appalto in maniera difforme dalle regole d'arte della previsione e prescrizione del progetto, dopo aver accertato in punto di fatto che l'opera realizzata è talmente meno resistente di quella progettata che la diversità non può essere imputata ad un fatto accidentale e neppure a mera colpa dell'appaltatore, ma deve essere affermata che essa fu coscientemente voluta da lui all'ovvio fine di lucrare la differenza di costo”.

In particolare, dalle poche pronunce a nostra disposizione si desume in modo chiaro che la giurisprudenza abbraccia una definizione di dolo quale mera coscienza e volontà di non adempiere; rimane, invece, incerto il significato conferito al concetto di danno imprevedibile.

Si potrebbe sul punto affermare che alla luce della preferenza accordata dalla nostra giurisprudenza maggioritaria alla ricostruzione che distingue nettamente il criterio della prevedibilità del danno rispetto alla causalità giuridica ne deriverebbe che il danno imprevedibile debba comunque trovare un limite nell'art. 1223 cod. civ.

Non si dimentichi, però, che da un'attenta lettura delle pronunce in tema di prevedibilità del danno si desume che, il più delle volte, i giudici dichiarano di distinguere i due criteri, ma finiscono per applicare il solo nesso di causalità giuridica⁴⁴⁵.

In ogni caso data l'eseguità dei casi in cui ha trovato applicazione la sanzione prevista dall'art. 1225 cod. civ. si può concludere che il significato di danno imprevedibile tende a rimanere un problema teorico più che pratico.

⁴⁴⁵ Cfr. CASS., 30.1.2007, n. 1956, in *Contratti*, 2007, 875, con nota di CAVAJONI.

Quanto all'esperienza inglese appare utile segnalare come, a ben vedere, sia possibile trarre da alcuni *case* una sorta di supporto indiretto alla regola continentale per cui è giusto riconoscere un maggior risarcimento del danno in caso di inadempimento doloso⁴⁴⁶.

Ci si riferisce, in particolare, a quelle decisioni in cui la giurisprudenza inglese, pur non arrivando a modificare la regola della prevedibilità del danno in base a "*the defendant's conduct or the nature of the breach*"⁴⁴⁷, ha, in presenza di un *deliberate breach*, fornito un'interpretazione estensiva dei danni che una persona ragionevole poteva prevedere o avrebbe dovuto prevedere al momento della conclusione del contratto.

Si ricordi, a titolo esemplificativo, la decisione in *Grencol Pty Ltd v. Viscount Agricultural Developments Pty Ltd*⁴⁴⁸ ove un allevatore di alpaca dichiarava consapevolmente all'acquirente che la fibra tessile ricavabile dal bestiame in vendita era di una particolare qualità. L'acquirente resosi conto alla consegna degli esemplari che non si trattava della particolare tipologia richiesta, agiva in giudizio chiedendo, in particolare, di vedersi risarciti i danni subiti per non aver potuto utilizzare "*the alpaca in an extensive external breeding programme, which, [the evidence suggested], "might be somewhat unusual or innovative industry"*"⁴⁴⁹. Nel caso di specie, il giudice Kaye J decideva di riconoscere all'acquirente anche il risarcimento di quei danni connessi al nuovo tipo di "*external breeding programme*" anche se si trattava di danni che l'allevatore difficilmente avrebbe potuto prevedere al momento della conclusione del contratto considerato che si trattava di una nuova forma sperimentale di allevamento di cui non era stato informato al momento della conclusione del contratto.

⁴⁴⁶ Cfr. A. ROBERTSON, *The basis of remoteness*, cit., 192.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ *Grencol v. Viscount Agricultural Developments* [2004] VSC 204, 114 e 104.

⁴⁴⁹ *Ivi*, par. 14.

In questa pronuncia il *test of remoteness* è stato interpretato in modo più favorevole per il contraente fedele senza, però, alcuna menzione del comportamento doloso tenuto dall'allevatore di alpaca.⁴⁵⁰ Il risultato è una normale ipotesi di applicazione del *reasonable contemplation test*⁴⁵¹.

Da quanto finora detto risulta che quella che si era individuata la principale differenza strutturale tra i due ordinamenti giuridici finisce per rimanere una divergenza tendenzialmente teorica più che pratica considerato da un lato, la scarsa applicazione concreta della sanzione nel nostro ordinamento e dall'altro lato, il fatto che la giurisprudenza inglese tramite un'interpretazione estensiva del concetto di danni prevedibili in qualche modo riconosce una tale forma di sanzione.

3. Dal fondamento alle regole operazionali: convergenze tendenziali e diversità di dettaglio.

A questo punto della trattazione si devono rammentare le parole di GORLA secondo cui in questa materia appare più utile risalire dalla casistica, cioè dall'esperienza, alle massime e ai principi⁴⁵².

Alla luce di quanto detto in precedenza si può affermare che, nonostante si tratti di due ordinamenti in cui l'istituto del contratto si è sviluppato in modo differente anche per effetto del diverso contesto socio-economico di riferimento, tendenzialmente le regole in tema di quantificazione del danno appaiono simili: entrambi gli ordinamenti sono

⁴⁵⁰ Commentando tale *case* A. ROBERTSON, *The basis of remoteness*, cit., 193 sottolinea come “*although the remoteness test was generously applied in favour of the plaintiff in this case, Mr. Viceconte’s conduct [l'allevatore di Alpava] was not mentioned in connection with the remoteness issue and the outcome seemed from the judgment to be based squarely on the application of the reasonable contemplation test*”.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., 421.

forniti di uno strumento - il criterio della prevedibilità del danno - volto a limitare il risarcimento del danno nel caso di inadempimento contrattuale.

La funzione di questa regola pare essere quella di limitare i danni a quelli che un contraente nella posizione in cui si trovava il debitore poteva prevedere o avrebbe potuto prevedere al momento della conclusione del contratto alla luce delle informazioni in suo possesso.

Si era, altresì, posto in risalto come la principale differenza strutturale tra le due regole riguardava il fatto che il diritto inglese non prevede la sanzione del risarcimento dei danni imprevedibili in caso di inadempimento doloso come, invece, sancito dall'art. 1225 cod. civ. Si è, però, anche dimostrato che si tratta di una differenza più teorica che pratica considerato che la nostra giurisprudenza ha solo in limitate occasioni fatto uso di tale sanzione e, in ogni caso, ha finito per definire il dolo come mera conoscenza e volontà di non adempiere e a riconoscere un risarcimento comunque limitato ai danni conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

Peraltro, si è anche visto come la giurisprudenza inglese in modo indiretto abbia in alcuni casi fatto applicazione di una regola simile tramite un'interpretazione più ampia del concetto di danni prevedibili nell'ipotesi di inadempimento doloso.

Si deve aggiungere che la giurisprudenza ha la tendenza in entrambi gli ordinamenti a considerare il criterio in parola quale formula elastica a cui dà contenuto concreto al momento della liquidazione dei danni in riferimento ai singoli casi concreti. In altre parole, sembra corretto affermare che la quantificazione dei danni risarcibili non dipenda tanto dall'applicazione di una regola chiara e precisa, ma da una valutazione ragionevole del giudice chiamato di volta in volta a risolvere il caso di specie.

Se ci si sofferma sull'esperienza inglese si deve, altresì, rilevare che quanto appena detto appare confermato da entrambe le ricostruzioni della regola della prevedibilità del danno.

Quello che si cerca di dire è che sebbene i sostenitori dell'*agreement-centred approach* abbiano tentato di reinterpretare la regola tradizionale in modo tale da limitare quanto più possibile il ruolo del giudice nella liquidazione dei danni, in concreto, non sembra abbiano raggiunto il risultato auspicato.

Si è evidenziato in dottrina come nella pratica tale orientamento sia difficilmente utilizzabile proprio perché nella maggior parte dei casi non risultano esserci né gli "elementi fattuali", né "i particolari comportamenti delle parti" attraverso i quali sia possibile interpretare con certezza la volontà implicita dei contraenti circa l'allocazione dei rischi connessi all'inadempimento contrattuale⁴⁵³.

HARRIS, HALSON e CAMPBELL, nel chiarire come utilizzare la *contemplation rule*, avevano offerto l'esempio del convenuto che modifica il prezzo della propria prestazione dopo essere stato informato dall'attore di un particolare rischio connesso all'eventuale inadempimento del contratto⁴⁵⁴. In un caso come questo è sicuramente possibile applicare la regola proposta da KRAMER⁴⁵⁵ (e, quindi, limitare il ruolo del giudice nella liquidazione del danno) in quanto il fatto che il prezzo pattuito venga aumentato a seguito dell'informazione pervenuta a controparte, implica senz'altro la volontà di quest'ultima di allocarsi il rischio connesso a tale inadempimento.

In realtà, nella pratica è raro che la giurisprudenza sia chiamata a risolvere casi come questo. Al contrario, il problema si pone quando non vi è alcun comportamento rilevante delle parti da cui sia possibile desumere la loro implicita volontà e, pertanto, la *contemplation rule* finisce

⁴⁵³ Osserva A. ROBERTSON, *The basis of remoteness rule*, cit., 185 che "there is dearth of other material from which an allocation of risk can convincingly be inferred".

⁴⁵⁴ D. CAMPBELL, H. COLLINS, J. WIGHTMAN (eds), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford Hart, 2003, 25 ss.

⁴⁵⁵ A. KRAMER, *An agreement centred approach*, cit., 249 ss.

necessariamente per essere considerata una *default rule* che il giudice utilizza in modo flessibile per stabilire quali danni potevano essere previsti o erano prevedibili al momento della conclusione di quello specifico contratto.

Si aggiunga che una parte della dottrina ha sottolineato che anche nei limitati casi in cui la giurisprudenza ha fatto applicazione dell'innovativa regola, i risultati non sono apparsi conformi a quanto prospettato dai fautori della stessa⁴⁵⁶.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla decisione della *House of Lords* in *Achilleas* ove, come ricordato, la Corte aveva concluso nel senso che in base all'interpretazione delle circostanze connesse al contratto fosse possibile desumere che il noleggiatore non si era assunto il rischio di risarcire tutti i danni derivanti dal ritardo nella riconsegna dell'imbarcazione.

Ad avviso di chi scrive, probabilmente, se fosse stata fatta un'applicazione fedele dell'*agreement-centred approach* il danno risarcibile sarebbe dovuto essere pari alla differenza tra il prezzo concordato con il nuovo noleggiatore e quello poi rinegoziato e non semplicemente la differenza tra i due valori per i soli giorni di ritardo.

In altre parole, la conclusione sarebbe stata la stessa delle corti inferiori che avevano, invece, fatto applicazione del criterio tradizionale che considera la *remoteness rule* una *default rule*.

Si dice questo perché, a ben vedere, interpretando il contesto in cui il contratto era stato concluso e, in particolare, gli elementi rilevanti da cui si poteva interpretare l'implicita volontà delle parti era forse possibile arrivare a conclusioni diverse.

In primo luogo, i protagonisti del rapporto negoziale erano due operatori del mercato (un armatore e un noleggiatore). Di conseguenza ci si sarebbe aspettati che un noleggiatore abituato a prendere a nolo navi mercantili per il trasporto di merci fosse a conoscenza del fatto che, di regola, al termine del proprio contratto ne inizierà un secondo tra l'armatore e un

⁴⁵⁶ v. per tutti A. BURROWS, *Lord Hoffmann and Remoteness in Contract*, cit., 251 ss.

diverso noleggiatore e che in caso di ritardo nella riconsegna dell'imbarcazione l'armatore potrebbe subire un danno dovuto alla modifica dei prezzi del mercato pari alla differenza tra il prezzo pattuito e quello rinegoziato. In secondo luogo, il collegio arbitrale era stato chiaro nel sottolineare come dalla prassi del mondo mercantile non fosse possibile desumere con chiarezza una regola diversa (*i.e.* il riconoscimento dei danni limitatamente alla differenza di prezzo per i giorni di ritardo), né, peraltro, vi erano precedenti giurisprudenziali sul punto.

La scelta della House of Lords è, però, un'altra: il collegio riconosce un danno pari alla differenza tra il prezzo pattuito e il prezzo effettivamente corrisposto all'armatore limitatamente ai sette giorni di ritardo affermando che dall'interpretazione delle circostanze del caso concreto (*i.e.* la prassi del mercato di riferimento e l'asserita repentina caduta dei prezzi) si poteva desumere che le parti non avevano accettato il relativo rischio.

Viene spontaneo domandarsi quale sia concretamente il motivo di questa scelta e la risposta, secondo la dottrina maggioritaria, sta nella necessità di una scelta *reasonable* e *fair* quando si tratta di liquidazione dei danni da inadempimento contrattuale e nulla sia stato previsto dalle parti al riguardo⁴⁵⁷.

L'ammontare del risarcimento del danno riconosciuto all'armatore dalle corti inferiori era molto elevato e, quindi, in un certo senso ingiusto rispetto all'equilibrio contrattuale iniziale.

Si ipotizza in dottrina che, se la differenza tra il prezzo pattuito e il prezzo pagato non fosse stata così elevata, probabilmente la House of Lords non avrebbe interferito con la decisione della *Court of Appeal*⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Cfr. D. McLAUCHLAN, *Remoteness re-invented?*, cit., 138 ss.; A. ROBERTSON, *The role of the remoteness rule*, cit. 188; *Id.*, *The limit of interpretation in the law of contract*, cit., 200 ss.; A. BURROWS, *Lord Hoffmann and Remoteness in Contract*, cit., 251 ss.

⁴⁵⁸ Cfr. D. McLAUCHLAN, *Remoteness re-invented?*, cit., 138 ss.

In generale, la volontà delle parti rimane il criterio principe per valutare l'allocazione dei rischi derivanti dall'inadempimento di un contratto⁴⁵⁹, e solo quando nulla è previsto al riguardo il giudice è chiamato a intervenire nella liquidazione dei danni facendo uso della *contemplation rule*.

Di conseguenza, appare convincente la ricostruzione di quella parte della dottrina che considera la *contemplation rule* un *gap-filling device* che la giurisprudenza utilizza per quantificare il danno risarcibile in modo tale da mantenere equilibrate le posizioni delle parti anche rispetto all'obbligazione secondaria. Non si può negare che compiendo una tale operazione le corti finiscano per compiere una propria valutazione discrezionale in relazione al caso concreto.

In modo quasi provocatorio SWINTON afferma che la *remoteness rule* svolge il ruolo di una "*fig-leaf to keep the exercise of discretion on the basis of policy factors decent*"⁴⁶⁰.

Si rammenti, altresì, quanto ricordato nel secondo capitolo, ovvero la circostanza per cui negli Stati Uniti è espressamente previsto nel *Restatement Second of Contracts* che "un giudice può limitare l'ammontare del risarcimento da inadempimento contrattuale anche se i danni subiti dal creditore erano prevedibili al momento della conclusione del contratto [...] *if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation*"⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Cfr. A. ROBERTSON, *Voluntariness*.

⁴⁶⁰ Cfr. K. SWINTON, *Foreseeability: where should the Award of Contract Damages Cease?*, in B. REITER-J. SWAN (eds), *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworth, 1980. Si v. anche M. TILBURY, *Remedies and the classification of obligations*, in A. ROBERTSON, *The Law of Obligations: Connections and Boundaries*, London, UCL Press, 2004, 20 ss. che descrive il *test of remoteness* come "*weasel words*" e, altresì, L. L. FULLER- W.R. PERDUE, *The reliance interest in contract damages*, 1936 Yale Law Journal 52, 85 secondo cui "*the test of foreseeability is less a definitive test itself than a cover for a developing set of tests*".

⁴⁶¹ *Restatement Second* §351 (3).

Appare difficile poter fare applicazione espressa di una tale regola in Inghilterra ove il concetto di *fairness* rimane estraneo al mondo commerciale interessato al raggiungimento degli interessi individuali e non alla giustizia contrattuale⁴⁶².

D'altra parte, quando nulla è previsto dalle parti e nemmeno desumibile dalla prassi commerciale, è compito del giudice liquidare i danni e nel fare ciò si farà guidare dai criteri della ragionevolezza e della giustizia contrattuale.

I contraenti dovrebbero, pertanto, rendere note le circostanze particolari di cui sono a conoscenza in modo tale da permettere a controparte di organizzarsi di conseguenza. In caso contrario non potranno pretendere un risarcimento superiore a quanto appaia equilibrato rispetto al contratto così come originariamente stipulato.

Rimane fermo che la proposta di introdurre l'*agreement-centred approach* implica il disfavore del mondo giuridico inglese per il ruolo del giudice che, soprattutto in tale sistema, è dotato di un potere molto esteso che gli permette di interpretare in modo discrezionale il concetto di danni prevedibili e quindi modificare in concreto il *quantum* di risarcimento del danno.

Alla luce di ciò una parte della dottrina, al fine di limitare (almeno formalmente) la discrezionalità del giudice, propone che vengano utilizzati in giurisprudenza dei parametri oggettivamente verificabili che chiariscono le ragioni alla base di una data quantificazione del danno. Per esempio, sono stati proposti alcuni indici quali: lo stato soggettivo del contraente inadempiente che può giustificare il riconoscimento di un maggiore risarcimento del danno, la sproporzione esistente tra la perdita subita dal

⁴⁶² Cfr. D. CAMPBELL, H. COLLINS, *Discovering the implicit dimensions of contracts*, cit., 25 ss. V. Inoltre, Kirby P. in *Biotechnology Australia Pty Ltd v. Pace* (1988) 15 NSWLR 130, 133 ss. che afferma come "*the pursuit of self-interest rather than fairness is the basis of commercial dealings, the courts should be reluctant to fill contractual gaps*

creditore e il beneficio che il debitore avrebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, la sussistenza di particolari pratiche commerciali nel settore di riferimento che giustificano un determinato affidamento in capo alle parti, l'eventuale stipulazione di un'assicurazione da parte del debitore e, infine, la reale possibilità in capo alla parte di limitare la propria responsabilità attraverso l'introduzione di una clausola espressa nel contratto⁴⁶³.

Confrontando l'esperienza inglese con quella italiana ci si accorge di come nel nostro ordinamento non si sia sentito il bisogno in dottrina di rielaborare la regola della prevedibilità del danno in chiave volontaristica al fine di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione dei danni risarcibili in caso di inadempimento del contratto.

Questo probabilmente deriva dal fatto che la nostra giurisprudenza non ha mai avuto la libertà riconosciuta ai giudici inglesi di "trovare" la regola da applicare al caso concreto e, quindi, il suo ruolo dovrebbe rimanere quello di mera interprete della legge.

D'altra parte, è la nostra stessa giurisprudenza di legittimità a non dare particolare importanza al criterio in parola finendo, come già ricordato, nella pratica per appiattirlo al criterio della regolarità causale svilendo il significato codicistico dell'art. 1225 cod. civ. e rendendo il meccanismo di risarcimento del danno in caso di inadempimento contrattuale sempre più simile a quello extracontrattuale. Si tratta, in altre parole, di un risarcimento del danno di stampo equitativo volto a riconoscere al contraente fedele i danni che si ritengono essere normali conseguenze di un dato inadempimento.

Quello che è certo è che anche nel nostro ordinamento giuridico il criterio in parola è percepito come una regola flessibile la cui applicazione concreta è lasciata in larga parte alla giurisprudenza che liquida il danno, di volta in volta, in relazione al caso concreto cercando di mantenere un certo equilibrio tra le parti.

⁴⁶³ A. ROBERTSON, *The basis of the remoteness rule*, cit., 192.

Probabilmente la proposta inglese di introdurre alcuni indici che la giurisprudenza è tenuta ad applicare per giustificare le proprie scelte con riguardo alla liquidazione del danno potrebbe portare a una maggiore uniformità anche alle decisioni nazionali. Una tale scelta, se per alcuni versi appare auspicabile in ragione della certezza del diritto a essa connessa, appare di difficile realizzo in un ordinamento come il nostro che, in realtà, già conosce almeno un indice: ci si riferisce alla necessità di valutare l'elemento soggettivo in capo al contraente inadempiente, come espressamente previsto dall'art. 1225 cod. civ. Criterio che, come già ricordato, la giurisprudenza tende a non applicare.

BIBLIOGRAFIA

- ALLEN D., HARTSHORNE J., MARTIN R., *Damages in tort*, London, 2000;
- ALPA G., GIAMPIERI A., *Analisi economica del diritto e analisi del metodo: la questione del danno contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1996;
- ALPA G., *Lineamenti di diritto contrattuale*, in ALPA G., BONELL M.J., CORAPI D., MOCCIA L., ZENO-ZENCOVICH V., ZOPPINI A., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Editori Laterza, 2012;
- ALPA G., voce "Contratto nei sistemi di *common law*", nel *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Utet, 1989;
- ANZANI G., *La prevedibilità del danno: un dibattito aperto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017;
- ATIYAH P.S., *Essays on Contract*, Oxford, 1996;
- ATIYAH P.S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979;
- BAKER J.H., *An Introduction to English Legal History*, Oxford, 1981;
- BAKER J.H., MILSOM S.F.C., *Sources of English Legal History Private Law to 1750*, London, 1986;
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, a cura di LISERRE A. e FLORIDIA G., Giappichelli, 1988;
- BARCELLONA M., *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Giuffrè, 1980;
- BARNETT K., HARDER S., *Remedies in Australian private law*, Cambridge, 2014;
- BARTON J.H., *Contractual damages and the Rise of the Industry*, (1987), 7 *Oxford J. of Legal Studies* 40;
- BEALE H., *Chitty in Contracts*, London, 2004;
- BEATSON J., BURROWS A., CARTWRIGHT J., *Anson's law of contract*, Oxford, 2010;
- BEATSON J., FRIEDMANN J., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1997;
- BEBCHUK L.A., SHAVELL S., *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: the Rule of Hadley v. Baxendale*, (1991), 7 *Journ. Law Econ. & Org.*;

BIANCA C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Commentario Sciaoloja-Branca*, Zanichelli, 1988, sub artt. 1219-1229;
 BIANCA C.M., *La responsabilità*, V, Giuffrè, 2012;
 BROWNSWORD R., HILL N.J., HOWELLS G., *Good Faith in Contract: Concept and Context*, Aldershot, Ashgate, 1999;
 BURROW A., *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd edn., Oxford, 2004;
 BURROWS A., *Lord Hoffmann and Remoteness in Contract*, in P.S. DAVIS - J. PILA, *The Jurisprudence of Lord Hoffmann*, Oxford, 2015;
 BURTON J., *Elements of contract interpretation*, Oxford, 2009;
 CAMPBELL D., COLLINS H., *Discovering the implicit dimensions of contracts*, in CAMPBELL D., COLLINS H., WIGHTMAN J., *Implicit dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford, 2003;
 CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915;
 CARTWRIGHT J., *Contract Law. An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Portland, Oregon, 2016;
 CARTWRIGHT J., *Il diritto inglese dei contratti. Una presentazione per il civil lawyer*, in *Contratto e Impr.*, 2017;
 CARTWRIGHT J., *Remoteness of damage in contract and tort: a reconsideration*, (1996), 55 CLJ 488;
 CENDON P., *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI G., Giuffrè, 1984;
 CENDON P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, 1974;
 CHIRONI G., *La colpa. Colpa extracontrattuale*, Giappichelli, 1906, II;
 CIAN G., *Lata culpa dolo aequiparatur*, *Riv. dir. civ.*, 1963, I;
 COLLINS H., *Good Faith in European Contract Law*, (1994), Oxford J. Legale Studies;
 COLLINS H., *The Law of Contract*, 4th ed, London, 2003;
 COLLINS H., *The Sanctimony of Contract*, in Rawlings, *Law, Society and Economy*, Oxford, 1997;
 COMANDÈ G., *Le non pecuniary losses in common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I;

COOKE R., *Remoteness of Damages and Judicial Discretion*, (1978), Cambridge LJ 288;

COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULSEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Zanichelli, 1999;

COSENTINO F., *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrim.*, 1988;

COVIELLO jr. L., *L'obbligazione negativa*, ESI, 1931, II, 99;

CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, Cedam, 2001;

D'ADDA A., *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2004;

D'ANGELO A., MONATERI P.G., SOMMA A., *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Giappichelli, 2005;

DAWSON F., *Reflections on certain aspects of the law of damages for breach of contract*, (1995), 9 J Contract L 125;

DAWSON J.P., *Specific Performance in France and Germany*, (1959), 57 *Mich. L. Rev.* 495;

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, 1979, I;

DE LORENZI V., voce "inadempimento doloso", nel *Digesto IV ed.*, Disc. priv., sez. civ., IX, Utet, 1993;

DE VITA A., *Buona fede e common law. (Attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003;

DOBBS D.B., ROBERTS C.I., *Law of Remedies. Damages, Equity, Restitution*, Hornbook Series, III, 2018;

DOMAT J., *Le leggi civili: disposte nel loro naturale ordine*, Pavia, 1831;

DUMOULIN C., *Tractatus de eo quod interest*, Venezia, 1574;

EISENBERG M.A., *The Principle of Hadley v. Baxendale*, (1992), 80 *Cal. R. Rev.*;

EPSTEIN R. A., *Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract*, (1989), 18 *Journal of Legal Studies*;

FEINMAN J., *The Significance of Contract Theory*, (1990), 58 *University of Cincinnati Law Review* 1283;

FRANZONI M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Cedam, 1988;

FULLER L.L. - PERDUE W.R., *The reliance interest in contract damages*, (1936), *Yale Law Journal* 52;

GABBA C.F., *Contributi alla teoria del danno e del risarcimento*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Giappichelli, 1912;

GALGANO F., *Le obbligazioni e i contratti*, Cedam, 1993;

GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, diretto da SACCO, in *Trattato di diritto comparato*, Giuffrè, 2008;

GILMORE G., *La morte del contratto*, (traduzione di FUSARO A.), Giuffrè, 1988;

GNANI A., *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Giappichelli, 2008;

GORDLEY J., *Responsability in Crime, Tort, and Contract for the Unforeseeable Consequences of an Intentional Wrong: A Once and Future Rule?*, in *The law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming*, CANE P., STAPLETON J. (eds), Oxford Clarendon Press, 1998;

GORDLEY J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991;

GORLA G., *Il contratto*, I, Giuffrè, 1954;

GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951;

HARRIS D., CAMPBELL D., HALSON R., *Remedies in Contract and Tort*, 2nd edn. Cambridge, 2002;

HARRIS D., TALLON D., *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989;

HARRIS M., *Fairness and Remoteness of Damage in Contract Law: A Lexical Ordering Approach*, [2012] 28 *Journal of Contract Law* 122;

HEUSTON R.E.V., BUCKLEY R.A., *Salmond & Heuston On the Law of Torts*, London, 1996;

HOLMES H.W., *The Path of the Law*, (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457;

HOLMES O.W., *The Common law*, 1881;

HORWITZ M.H., *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, 1977;

KRAMER A., *An agreement-centred approach to remoteness and contract damages; in Comparative Remedies for Breach of Contract*, a cura di COHEN e MCKENDRICK, Oxford, Portland, Oregon, 2005;

LAWSON K.W., *The Remoteness Rules in Contract: Holmes, Hoffmann, and Ships that Pass in the Night*, (2012), 23 *KLJ* 3;

LAZZARI A., *General Damages: the italian approach*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, n. 4, 1998;

LORD HOFFMANN, *The Achilleas: Custom and Practise or Foreseeability*, (2010) 14 *Edinburgh Law Review* 47;

LUPOI M., *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Giuffrè, 1969;

MAIOLO F., *Prevedibilità e danno risarcibile*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I;

MAZEAUD H. e L., MAZEAUD J., CHABAS F., *Obligations, théorie générale*, Parigi, 1998;

MCGREGOR H., *On damages*, London, 2003, 102;

MENSCH B., *Freedom of Contract as Ideology*, (1981), 33 *Stanford Law Review* 753;

MONATERI P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Cedam, 1989;

MONATERI P.G., *Risarcimento e danno presunto: verso una teoria dei general damages in diritto italiano*, in *Quadrim.*, 1990;

MORELLO U., *Profili comparatistici*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI G., Giuffrè, 1984;

MURPHY A. G., *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, (1989) 23 *GWJILE* 415;

MUSGRAVE T.D., *Comparative Contractual Remedies*, (2009), 34 *U.W. Austl. L. Rev.* 300;

NANI, *La teoria dell'id quod interest sotto l'influenza della legislazione e delle dottrine canonistiche*, in *Arch. giur.*, 1876;

NICHOLAS B., *Rules and Terms, Civil Law and Common law*, (1974) 48 *Tulane Law Review* 946;

O'CONNOR J.F., *Good Faith in English Law*, Aldershot, 1990;

PEEL E., "Remoteness Revisited", (2009), 125 *LQ Rev* 6, 10;

PERILLO J.M., *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, (1994), 63 *Fordham L. Rev.* 281;

PERLOFF J.M., *Breach of Contract and the Foreseeability Doctrine of Hadley v. Baxendale*, (1981), 10 *Journ. Leg. Stud.*;

PINORI A., PETRELLI P., *Il criterio della prevedibilità del danno contrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI G., Giuffrè, 1999;

POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Atheneum, 1915;

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

POTHIER J.J., *Traité des obligations*, Bruxelles, 1831;

POWELL J., *Essay Upon the Law of Contract and Agreements*, London;

PUCELLA R., *La causalità "incerta"*, Giappichelli, 2007;

RAVAZZONI A., *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Studi Donatuti*, II, Giuffrè, 1973;

ROBERTSON A., *The basis of the remoteness rule in contract*, (2008), 28 *Legal Studies* 2;

ROBERTSON A., *The Limits of Interpretation in the Law of Contract*, (2016), 47 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 202;

ROMEO C., *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. e Prev.*, 2004;

ROSSELLO C., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Giappichelli, 1987;

SACCO R., G. DE NOVA G., *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Utet, 1993;

SCALISE R. J., *Why No Efficient Breach in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, (2007), 55 *Am. J. Comp. L.* 721;

SIMPSON A.W.B., *A History of the Common Law of Contract*, Oxford, 1987;

SIMPSON A.W.B., *The Horwitz Theory and the History of Contracts*, (1979) 46 *Uni Chicago L. Rev* 533;

SMITH S.A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 2005, 21 ss.;

SMORTO G., *Il danno da inadempimento*, Cedam, 2005;

SOULEAU I., *La prévisibilité du dommage contractuel*, Parigi, 1979;

STEIN P., SHAND G., *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Giuffrè, 1981;

SWINTON K., *Foreseeability: where should the Award of Contract Damages Cease?*, in REITER B., SWAN J.(eds), *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworth, 1980;

TARUFFO M., *La prova del nesso causale*, in *Scienza e causalità*, a cura di DE MAGLIE e SEMINARA, Cedam, 2006;

TETTENBORN A., *Hadley v. Baxendale Foreseeability: a Principle Beyond Its Sell-by the Date?* (2007) 23 *Journal of Contract Law* 120;

TETTENBORN A., *Hadley v. Baxendale: contract doctrine or compensation rule?*, (2004), 11 *Texas Wesleyan Law Review*;

TETTENBORN A., WILBY D., BENNETT D., *The Law of Damages*, London, 2003;

TEUBNER G., *Legal irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, (1998), 61 *The Modern Law Review* 11;

THOMAS P., *Legal Skills and the Use of Ambiguity*, (1991), 42 *NILQ*;

TREITEL G.H., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, 1988;

TRIMARCHI P., *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINITINI G., Giuffrè, 1984;

TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010;

TUCCARI E., *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019;

TURCO C., *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987;

ULEN T., *The efficiency of specific performance: towards an unified theory of contract remedies*, (1984) 84 *Michigan law review*;

VERGA A., *Colpa aquiliana e prevedibilità del danno*, in *Scritti giuridici in memoria di Ageo Arcangeli*, Cedam, 1939, II;

VIGLIONE F., «*Legal irritants*»: *come l'unificazione giuridica dà luogo a nuove divergenze*, traduzione da G. TEUBNER, *Legal Irritants: How Unifying Ends Up in New Divergences*, in *Ars interpretandi*, 2006, 143;

VIGLIONE F., *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I;

VIGLIONE F., *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Giappichelli, 2011;

WASHINGTON G., *Damages in Contract at Common law*, (1932) 48 *LQR* 90;

WHINCUP M., *Risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale nel diritto inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I;

WIGHTMAN J., *Negligent Valuations and a Drop in the Property Market: the Limits of the Expectation Loss Principle*, [1998] 61 *Mod LR* 68.