

STUDI DI DIRITTO PRIVATO

Collana diretta da F.D. BUSNELLI - S. PATTI - P. ZATTI

FRANCESCO MEZZANOTTE

LA VALUTAZIONE EQUITATIVA
DEL DANNO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. L'importanza sistematica della regola di «valutazione equitativa del danno». – 2. Il danno «secondo equità» e il principio di integrale riparazione. – 3. Il programma dell'indagine.

1. *L'importanza sistematica della regola di «valutazione equitativa del danno»*

Un'importante voce della civilistica italiana ha di recente lamentato l'insufficiente attenzione dedicata dagli studiosi della responsabilità civile alle implicazioni sistematiche desumibili dalla regola codicistica sulla «valutazione equitativa del danno»¹. Ed in effetti, che la norma contenuta all'art. 1226 c.c. possa rappresentare una lente attraverso la quale esaminare la complessiva disciplina dell'obbligazione risarcitoria appare idea non solo formalmente irreperibile negli indirizzi della giurisprudenza pratica, ma altresì sostanzialmente estranea anche all'elaborazione dei teorici.

Invero, sebbene della valutazione equitativa del danno non siano nel tempo mancate puntuali trattazioni, queste hanno storicamente trovato espressione in frammenti, quantunque importanti, di più articolate riflessioni, di taglio enciclopedico o istituzionale, aventi ad oggetto ora i rimedi all'inadempimento del debitore², ora il ruolo dell'equità nel quadro dei rapporti privatistici³. In quest'ottica, il ruolo sostanzialmente marginale asse-

¹ Si tratta di A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, a p. 271, secondo il quale «[s]ull'importanza ai fini sistematici di codesta norma forse non si è sufficientemente riflettuto».

² V. come puntuali esempi C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Comm. Scialoja-Branca*, II ed., Bologna-Roma, 1979, p. 387 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, III ed., Milano 1979, I, p. 569 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in ID. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, p. 176 ss.

³ Cfr. SALV. ROMANO, *Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 83 ss.; A. NASI, *Giudizio di equità*, *ibidem*, p. 107 ss.; tra le monografie, C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 51 ss.; in questo quadro, come

gnabile alle indicazioni 'di sistema' desumibili dalla disciplina della liquidazione equitativa del danno sembrerebbe testimoniato non solo dalla pressoché completa assenza di contributi monografici specificamente incentrati sul tema⁴, ma altresì, e con peso forse ancor più probante, dallo spazio decisamente marginale che alla disposizione risulta assegnato nell'economia di alcune tra le più rilevanti opere trattatistiche dedicate, anche di recente, alla responsabilità civile⁵.

Né a conclusioni diverse sembrerebbe condurre l'analisi comparativa, specialmente osservando che l'esplicita attribuzione al giudice di un generalizzato potere d'intervento equitativo come quello disposto dalla regola del nostro codice civile non è rinvenibile in alcune tra le più rilevanti esperienze della tradizione continentale, che pure vengono avvicinate a quella italiana quanto a indirizzi di fondo del sistema della responsabilità civile⁶. È in primo luogo il caso del diritto tedesco, dove le principali emersioni della *Billigkeit* si rinvencono nella disposizione sull'indennizzo dovuto in caso di danno non patrimoniale (§ 253, Abs. 2, B.G.B.)⁷, ovvero nelle norme, funzio-

esemplificazione del peso decisamente ridotto da attribuire all'art. 1226 c.c. nell'analisi dell'equità positiva, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 111 s.

⁴Un'eccezione, volta tuttavia ad offrire una ricostruzione del contenuto della norma primariamente alla luce della sua applicazione giurisprudenziale, è rappresentata dalla ricerca di V. DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, Padova, 1999.

⁵Limitando l'attenzione ad alcune tra le più recenti edizioni di importanti trattazioni in materia di responsabilità civile, appaiono notevoli esempi quelli offerti: da P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, III ed., 2021 (che assai esiguo spazio dedica all'art. 1226 c.c. nell'intera sezione su «danno e risarcimento», pp. 545-620); da C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, III ed., Milano, 2019 – ove alla disamina della regola contenuta all'art. 1226 c.c. è dedicato il solo paragrafo su «riparazione integrale e apprezzamento equitativo. Lo *ius moderandi*» (pp. 268-269); da C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, che in un'articolata ricostruzione di taglio critico, e quindi scevra da preoccupazioni di formale completezza descrittiva, non ritiene sistematicamente coinvolta la disciplina dell'art. 1226 c.c. (riferendo invece degli artt. 1223, 1225, 1227 c.c.).

⁶Cfr. H. KÖTZ, *Comparative Contract Law*, e G. WAGNER, *Comparative Tort Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, II ed., Oxford, 2019, rispettivamente alle pp. 902 ss. (spec. p. 929 ss.), e 994 ss.; e con particolare riguardo al tema in analisi, v. C. VON BAR, *Die Billigkeitshaftung in den kontinentalen Rechten der EU*, in P. ALBRECHT, E. HELTEN, U. HÜBNER (Hrsg.), *Recht und Ökonomie der Versicherung: Festschrift für Egon Lorenz zum 60. Geburtstag*, Karlsruhe, 1994, p. 73 ss.

⁷Nell'ambito di una letteratura amplissima, v. G. WAGNER, *Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven*, in *JZ*, 2004, p. 319 ss.; sulle linee ispiratrici dell'attuale formulazione legislativa, v. S. GRUNDMANN, *Risarcimento del danno contrattuale. Sistemi e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa*, in S. PATTI (a cura di), *Annuario di diritto tedesco 2004*, Milano, 2005, p. 259 ss., a p. 308 ss.; e per il precedente dibattito G. HOHLOCH, *Allgemeines Schadensrecht. Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts (§§ 249-255 BGB)?*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*. Köln, 1981, Band

nalmente paragonabili a quelle dei nostri artt. 2045, 2047 c.c.⁸, espressione dello *ius moderandi* dovuto ove l'illecito sia compiuto da un soggetto incapace o da un minore (§ 829 B.G.B.)⁹. Allo stesso modo, di un generalizzato potere di valutazione equitativa del danno non è dato rinvenire il fondamento neppure in Francia, né in base all'originario testo del *Code civil*, né sulla scorta degli interventi di riforma che negli anni più recenti hanno visto andare in porto, o comunque entrare in un avanzato stadio della discussione, le riforme del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti¹⁰, ovvero i progetti di riscrittura delle norme sulla responsabilità civile¹¹.

Del resto, anche in Italia la lettura della disposizione che disciplina il rimedio equitativo non sembra potersi seriamente candidare, almeno *prima facie*, ad assumere un ruolo ordinante nel giudizio di responsabilità e, quindi, nella definizione dei confini ultimi dell'area del danno risarcibile¹².

Ed anzi, guardando il dettato codicistico con animo rigorosamente esegetico, parrebbe legittimo descrivere l'operazione di cui la norma consente lo svolgimento per via equitativa come un mero intervento di conversione, in termini pecuniari, del peso di un evento dannoso già puntualmente circoscritto nei suoi estremi fattuali¹³. Si tratterebbe, allora, di un procedimento funzionale ad attribuire un valore monetario ad un fatto della vita, e quindi

I, p. 375 ss., p. 437 ss.; nonché, prima della riforma di inizio secolo, E. LORENZ, *Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld". Eine Untersuchung auf der Grundlage des § 847 BGB*, Berlin, 1981.

⁸ Cfr. S. PATTI, *Ancora sul favor del diritto civile per gli incapaci (e su un'innovazione, di segno opposto, dell'ordinamento francese)*, in F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, III ed., Torino, 2013, p. 403 ss.

⁹ V. G. WAGNER, *Ersatzpflicht aus Billigkeitsgründen*, in *Münchener Kommentar zum BGB, Band 7. Schuldrecht – Besonderer Teil IV*, VIII ed., München, 2020, § 829; e con riguardo alle pregresse applicazioni giurisprudenziali, R. ZIMMERMANN, *Schadensbemessung nach Billigkeit: die Entscheidungen des BGH zum Ladendiebstahl und zur fehlgeschlagenen Familienplanung*, in *JZ*, 1981, p. 86 ss.

¹⁰ Per una sintesi, v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *La Semaine Juridique*. Edition Général n. 18, 30 avril 2018, p. 885 ss.; e diffusamente IDD., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, II ed., Paris, 2018.

¹¹ Cfr. G. MÄSCH, R. SCHULZE, G. WICKERIN (dir.), *La réforme du droit de la responsabilité civile en France*, Paris, 2021, e in chiave comparata, J.-S. BORGHETTI, S. WHITTAKER (eds.), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Oxford, 2019.

¹² V., su questa linea, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 653.

¹³ In tal senso, in modo esplicito, F. CARNELUTTI, *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, p. 53 s., secondo il quale «è certo che [la norma] riguarda la stima o valutazione del danno in denaro, cioè la determinazione della somma di denaro equivalente alla perdita o al mancato guadagno o meglio al bene perduto o non acquistato».

non tanto dipendente da apprezzamenti di carattere squisitamente giuridico, quanto espressione di un giudizio da svolgere sulla base di parametri eminentemente tecnici (e ciò a prescindere dal particolare ramo del sapere cui le competenze richieste si riconducono, e dal livello di complessità che la relativa applicazione può implicare nel singolo caso concreto).

Questa prospettiva interpretativa trova indubbiamente formale supporto, oltre che nella *Relazione* di accompagnamento al codice civile¹⁴, nella stessa rubrica dell'art. 1226 c.c., che riferisce l'equità alla «valutazione» del danno, e quindi – secondo il primario significato che al termine correntemente si ascrive – all'attività di «determinazione del [suo] valore ragguagliato in moneta»¹⁵. Nello stesso senso militano del resto le ulteriori espressioni rinvenibili nel testo della norma, che descrive la «valutazione equitativa» come una modalità di «liquidazione» (*i.e.*, letteralmente, di «trasformazione in denaro contante di uno o più beni»¹⁶) eseguita avendo riguardo a un danno «che non può essere provato nel suo preciso ammontare» (e quindi: in casi in cui l'unico profilo di incertezza attiene ad un «importo complessivo»¹⁷ capace di esprimere economicamente il valore negativo di un evento).

Così intendendo l'operazione descritta dall'art. 1226 c.c. ne discende, a stretto rigore, che la sua applicazione dovrebbe essere limitata alle situazioni in cui, individuato un responsabile e appurato il perimetro dell'evento dannoso a questi ascrivibile, il giudice ritenga quello stesso evento insuscetibile di essere obiettivamente ridotto ad una somma che esprima, in termini monetari, la «perdita subita» o il «mancato guadagno»¹⁸.

Concentrando l'attenzione esclusivamente su queste ipotesi – che stipulativamente si possono definire di «danno illiquidabile» – risulta effettivamente agevole convenire con chi ritiene che, in situazioni come quelle appena

¹⁴V. *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, Roma, 1943, § 572: «Il debitore deve provare l'esistenza e l'ammontare del danno. Quanto all'ammontare, in relazione alle varie situazioni che in pratica possono verificarsi, la difficoltà di una prova specifica del danno di cui è sicura l'esistenza è superabile dal giudice con valutazione concreta equitativa (art. 1226) [...]».

¹⁵V. *Treccani. Vocabolario* (<https://www.treccani.it/vocabolario/valutazione/>).

¹⁶V. *Treccani. Vocabolario* (<https://www.treccani.it/vocabolario/liquidazione/>).

¹⁷Così l'«ammontare» è definito nella *Treccani. Vocabolario* (<https://www.treccani.it/vocabolario/ammontare/>).

¹⁸È questo l'approccio di chi definisce l'*an respondeatur* come l'«operazione relativa alla determinazione del pregiudizio ed alla sua qualifica di danno patrimoniale», distinguendola dal profilo del *quantum respondeatur*, che coincide esclusivamente con «la fase della liquidazione, cioè alla operazione relativa alla conversione in valori monetari della perdita economica»: v. M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano-De Nova*, II ed., Bologna, 2020, p. 566.

descritte, sarebbe «ingiusto» assecondare la logica del «tutto o nulla»¹⁹, lasciando priva di un qualsiasi risarcimento la vittima di un danno che si assume certo, per il solo contingente ostacolo di una stima tecnicamente impossibile da offrire²⁰. Ed ecco allora una convincente ragione giustificativa della valutazione equitativa, che in quest'ottica si atteggia con chiarezza non già in senso alternativo rispetto alle norme del diritto positivo, bensì in senso suppletivo dello stesso – e cioè, come efficacemente si è scritto, «con la finalità di fissare il contenuto di *una già riconosciuta pretesa giuridica*»²¹.

Ci si deve tuttavia interrogare se effettivamente si diano casi in cui l'impossibilità probatoria attenga precipuamente alla fase della liquidazione, essendo quest'operazione effettuata – a ben vedere, anche nei casi in cui ad essere lamentato in giudizio è un ammanco agevolmente inquadrabile nel suo substrato fattuale – sulla base di convenzioni valutative, la cui considerazione come autentica fonte di «prova» discende, più che dall'effettiva sussistenza di un univoco canone estimativo di un solo possibile «danno certo», dal loro essere socialmente riconosciute come attendibili, al limite in quanto supportate dalla competenza di saperi tecnico-scientifici²².

D'altro canto, è puntualmente smentito dalla prassi, e dalla più accreditata ricostruzione teorica, che siano strettamente riconducibili alla sola figura del danno illiquidabile le fattispecie controverse nelle quali l'art. 1226 c.c. può utilmente trovare applicazione²³. È constatazione ricorrente, infatti, quella per la quale il rimedio equitativo si trovi ad operare anche a fronte di un «danno *indeterminabile*»²⁴, ovvero sia allorché l'impossibilità probatoria non attenga esclusivamente all'esatta traduzione di un evento lesivo in termini di valore pecuniario, ma verta invece sulla perimetrazione della sua oggettiva consistenza ed estensione. Si pensi, quali validi esempi, alla perdi-

¹⁹ V. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, p. 272; G. SCHIEMANN, *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, München, 1981, p. 191 ss.

²⁰ Sull'istanza di giustizia sostanziale sottesa al disposto dell'art. 1226 c.c., v. espressamente C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 268; nonché ID., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 58 s., spec. nt. 57, ove è tuttavia chiaro che l'idea si ricollega esclusivamente ad un'applicazione della valutazione equitativa, per la quale si richiede non solo la prova del «danno come evento ingiusto», ma anche della relativa «perdita economica» (cosicché «è solo per il 'preciso ammontare' di questa, che la prova può essere sostituita dalla valutazione equitativa del giudice»).

²¹ Così, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., p. 387 (enfasi aggiunta).

²² V. *infra*, Cap. III.

²³ V. già i risultati della ricostruzione di V. DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, cit., p. XV e *infra*, Cap. III, n. 3.

²⁴ In questi termini, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 412 s.

ta o al deterioramento di universalità o di aggregati di beni non già inventariati (es. biblioteche, oggetti contenuti in cassette di sicurezza, ecc.), ovvero ai danneggiamenti di beni, quali ad esempio le proprietà fondiari, che, alla luce delle caratteristiche intrinseche, non consentono agevolmente di isolare il risultato di una o più condotte di danno²⁵ (ed è in tal senso che, specie nelle sue originarie applicazioni, casistiche come quelle riconducibili al danno ambientale hanno trovato nel rimedio equitativo una frequentissima modalità di risoluzione)²⁶.

Discende da questa prospettiva il corollario per cui, allorché della fattispecie descritta dall'art. 1226 c.c. ricorrano i requisiti normativi, l'operazione sottesa alla valutazione equitativa del danno sia destinata a sovrapporsi a quella che, nell'ordinario giudizio di responsabilità, si riassume nelle direttive dettate dall'art. 1223 c.c., comunemente identificate come la sede dell'accertamento della causalità che si definisce *giuridica* (o di risarcimento)²⁷.

Muovendo da queste diverse premesse, l'esame dell'effettivo atteggiarsi della regola di liquidazione equitativa assume allora una valenza generale indubitabilmente più marcata, in quanto i presupposti del giudizio reso ai sensi dell'art. 1226 c.c., così come da ultimo inteso, risulteranno coincidenti con le condizioni minime che, anche in termini di oneri probatori, il danneggiato dovrà soddisfare per poter accedere ad un (qualche) risarcimento, secondo una «regola di giudizio» diversa da quella che, ordinariamente, orienterebbe l'esito finale della controversia sulla responsabilità civile²⁸.

Una volta accettata questa equiparazione funzionale tra le condizioni di operatività del rimedio equitativo e il minimo risultato probatorio sufficiente alla configurazione di un danno risarcibile, risulterà, logicamente, che tanto più si rilevi un'interpretazione estensiva dei presupposti applicativi dell'istituto in esame, tanto più notevoli saranno le ricadute che ciò avrà sul

²⁵ Sul necessario ricorso al giudizio equitativo in tali ipotesi cfr. C.M. BIANCA, *Dell'indebitamento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, cit., p. 395.

²⁶ Cfr. S. PATTI, *La quantificazione del danno ambientale*, in F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 127 ss., spec. p. 129 ss. (e già diffusamente, ID., *La tutela civile dell'ambiente*, Milano, 1979); per una recente panoramica dei problemi, anche in relazione al peso assunto dalla valutazione equitativa, v. U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema*, in *Juscivile*, 2019, p. 504 ss.

²⁷ A partire dalla fondamentale lezione di G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405 ss. Oggi, per l'inquadramento fatto proprio dall'elaborazione giurisprudenziale, cfr. G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012, p. 133 ss.; e per una valutazione critica, A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 7 ss., nonché di recente, nell'ambito di un'ampia ricostruzione del tema, F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 399 ss., a p. 407 s.

²⁸ V. *infra*, Cap. I, n. 3.

complessivo sistema della responsabilità civile, la cui ricostruzione potrebbe financo arrivare a dover prendere atto della presenza, nel sistema, di una norma capace di «estende[re] al di là dei confini tracciati dal legislatore il potere di intervento del giudice, e che forse lo spinge anche oltre il rapporto obbligatorio in senso tradizionale»²⁹.

2. Il danno «secondo equità» e il principio di integrale riparazione

L'osservazione da ultimo riportata schiude il campo ad una serie di distinti, anche se fortemente interrelati, fronti di indagine circa le implicazioni sottese all'art. 1226 c.c., che in questa sede introduttiva possono essere organicamente tratteggiati riconducendoli al rapporto tra l'operatività del rimedio equitativo, la collocazione del «danno» nel sistema dell'illecito civile, e la regola aurea che ne dovrebbe imporre l'«integrale riparazione».

Ad un livello apicale, ed eminentemente dogmatico, l'apertura normativa al risarcimento di un pregiudizio che, quantomeno nella sua estensione, si assume esplicitamente come non provato (e irrilevante, in quest'ottica, è l'obiettiva scusabilità di tale mancata prova) solleva una serie di interrogativi che da ultimo richiamano alla mente l'annoso dibattito avente ad oggetto i rapporti tra il danno oggetto di risarcimento e la lesione dell'interesse dell'attore in giudizio³⁰.

Ai fini della presente ricerca, e quindi nella prospettiva di un giudizio che richieda l'applicazione del rimedio equitativo, gli interrogativi che da quella problematica discendono sono molteplici: è astrattamente immaginabile un danno che sia sussistente nell'*an* ma irrilevante nel *quantum*³¹? E comunque, in concreto, e quindi al di là delle declamazioni formali, fino a che punto è possibile definire effettivamente provato nel *se* un ammanco di cui non è chiara l'estensione?³² Entro quali termini è legittimo, sulla scorta dell'attuale quadro normativo, affermare che un certo danno sia, al tempo stes-

²⁹In tal senso la suggestione offerta da P. RESCIGNO, *Valutazione equitativa: profili comuni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 81 ss., a p. 88.

³⁰Per un inquadramento, nel quadro del diritto privato europeo, cfr. A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei Principi Acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 573 ss., spec. p. 579 ss.

³¹Cfr. per l'inquadramento del tema, che attiene alla collocazione del danno tra le regole «di fattispecie» o tra quelle «di risarcimento», A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 243 ss., spec. p. 247 ss.

³²V. dubitativamente R. PARDOLESI, *I rimedi*, in AA.VV., *Lezioni sul contratto. Raccolte da Andrea Orestano*, Torino, 2009, p. 117 ss., a p. 122.

so, elemento (provato) di una regola «di fattispecie» ed elemento (non provato) di una regola «di risarcimento»?³³.

Se a livello squisitamente teorico tali questioni possono trovare differenti chiavi di lettura a seconda della nozione di danno che si ritiene preferibile accogliere³⁴, da un punto di vista operativo esse riconducono l'analisi ad un'alternativa che si è già accennata, e sulla quale si incentrerà diffusamente l'attenzione nel corso della trattazione³⁵. Ci si deve interrogare, cioè, se il giudizio richiesto dall'art. 1226 c.c. riferisca l'incertezza compatibile con il risarcimento: (i) ad un evento fenomenico (sia esso il danno intrinseco alla lesione imputabile ovvero un danno estrinseco, che dal primo si dipana come conseguenza immediata e diretta); ovvero (ii) alla traduzione in termini di valore di un evento, *aliunde* qualificato come rilevante in sede di responsabilità; (iii) ovvero ancora, potenzialmente, di volta in volta, ad uno o ad entrambi questi elementi.

A ben vedere, la questione riproduce in tutto e per tutto quella che risulta sottesa già all'applicazione dell'art. 1223 c.c.: ed invero, tralasciando per il momento le tesi che di quest'ultima regola escludono in radice la valenza sul piano eziologico, e quindi limitando l'attenzione all'impostazione di chi – in coerenza con quello che oggi è l'indirizzo predominante in giurisprudenza – ravvisa nella norma la disciplina di un (particolare tratto del) giudizio causale, si ravvisano comunque orientamenti eterogenei per cui, nella sequenza giuridicamente rilevante che si propaga dal fatto (o dalla situazione) fonte di responsabilità, vedono collocarsi ulteriori eventi dannosi³⁶, ri-

³³ V. criticamente C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 51, ove si legge che «il principio di equivalenza tra il *quantum* del risarcimento e l'entità del danno subito (art. 1223 ss.) implica la commisurazione del danno, da risarcire, al danno, come fatto che fonda la responsabilità. Se quella commisurazione dà come risultato zero, la responsabilità neppure sorge».

³⁴ In particolare, proprio rispetto agli interrogativi del testo, è evidente il diverso esito che, già solo a livello descrittivo, può produrre: (i) da un lato, l'adesione ad una visione di «danno» disposta ad arrestare il giudizio al solo riscontro della lesione di un interesse tutelato dalla fattispecie di responsabilità, o con il contrasto di una condotta rispetto alle regole dell'ordinamento, con la conseguente ammissibilità di un illecito civile in assenza (della prova) di un concreto pregiudizio da risarcire (indirizzo che, in Italia, quantomeno nel campo del danno patrimoniale, appare minoritario: G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, III ed., Padova 2005, p. 434 ss.); (ii) dall'altro, una lettura che necessariamente richieda, per aversi responsabilità, un qualche «evento di danno» (F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 17; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 277 ss. e ora) ID., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, p. 293 ss., a p. 297 ss.). Per una compiuta ricostruzione del tema, e delle articolate posizioni dottrinali, v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 99 ss.; e diffusamente *infra*, Cap. I, n. 6.1.

³⁵ V. *infra*, Cap. II, n. 7.2.

³⁶ Per un recente e peculiare ricostruzione, in tal senso, della portata applicativa dell'art.

flessi pregiudizievole³⁷, ovvero tanto i primi quanto i secondi³⁸.

Con tutta evidenza, a seconda di come l'ordinamento risolve la questione sul fronte della liquidazione equitativa (*i.e.*: cosa può rimanere incerto nel giudizio di responsabilità e quindi, viceversa, cosa deve essere necessariamente provato dall'attore?), discendono relevantissime implicazioni di carattere generale sull'estensione dei rimedi offerti dalla responsabilità civile, e, in ultima istanza, sulla funzione che ad essa il sistema riconosce.

Quest'ultimo punto è particolarmente rilevante specialmente se lo si confronta con la tenuta del principio di integrale riparazione del danno, il cui rapporto con la valutazione equitativa non può definirsi in astratto, e una volta per tutte, essendo invece strettamente dipendente dalla concreta portata applicativa che a quest'ultima regola viene riconosciuta. Ed invero, tanto più si espande lo spazio d'azione dell'art. 1226 c.c., tanto più diviene problematica la sua compatibilità con le direttive di fondo che primariamente si riconducono all'art. 1223 c.c. – quale canone di delimitazione delle conseguenze di un fatto lesivo che, (solo) in quanto giuridicamente ascrivibili al responsabile, devono da quest'ultimo essere risarcite, e (allora sì) integralmente³⁹.

Sintetizzando un profilo che dovrà essere oggetto di maggiore approfondimento, fintanto che il contributo del giudicante si limiti a surrogare gli esiti di un'operazione di liquidazione tecnicamente impossibile da svolgere (*danno illiquidabile*), il principio dell'integrale riparazione potrà effettivamente dirsi rispettato allorché, pure in assenza di un'analitica puntuazione e stima delle singole voci di danno, la pronuncia di condanna resa secondo equità risulti fondata su criteri, o sulla valorizzazione di elementi del caso concreto, coerenti con la valenza strettamente compensativa dell'obbligazione risarcitoria⁴⁰.

1223 c.c., v. A. BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica – causalità materiale» e i criteri di determinazione del danno da risarcire*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 117 ss., a p. 125 s.

³⁷ Cfr. M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, cit., p. 40 s.

³⁸ In tal senso esplicitamente G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, cit., p. 409 s.; ma v. pure, C. C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 232, 234 (ove si discorre alternativamente, con riguardo all'art. 1223 c.c., di «danno risarcibile» e di «eventi da porre a fondamento del calcolo del danno risarcibile»); C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5. La responsabilità*, III ed., Milano, 2021, p. 184 s.

³⁹ Cfr. in tal senso, declinando il canone attraverso il principio di effettività, che ne consente un aggancio con l'art. 24 Cost., C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, in G. VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, III. *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Milano, 2009, p. 9 ss., a p. 27 s.

⁴⁰ Mi pare questa la prospettiva che porta G. GRISI, *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 1171 ss., a p. 1179 a discorrere della valutazione equitativa del danno come di «conformazione [dell'ordinario giudizio di responsabilità] alle caratteristiche del contesto di riferimento».

Qualitativamente diversa appare invece la situazione allorché – pure a fronte della riconosciuta lesione a un interesse giuridicamente rilevante, ovvero (e l'ipotesi è forse più rilevante, quantomeno statisticamente) di un accertato inadempimento imputabile – le difficoltà nell'assolvimento dell'onere probatorio gravante sull'attore riguardino le conseguenze dannose della condotta del responsabile, la cui stessa sussistenza rimane, in giudizio, non pienamente dimostrata. Emerge qui in tutta la sua rilevanza l'osservazione per cui, pure ammettendo che il giudizio sull'*an* possa in linea teorica distinguersi da quello sul *quantum*, «l'*an* presuppone che il *quantum* vi sia»⁴¹. E tuttavia, l'esperienza giurisprudenziale sul danno che si è definito *indeterminabile* mostra con chiarezza come, quantomeno in alcune ipotesi notevoli⁴², il ricorso all'art. 1226 c.c. appaia operazionalmente sovrapporsi all'area delle regole di fattispecie, rendendo il rimedio equitativo strumento maggiormente coerente con logiche ristoratrici, o addirittura sanzionatorie-deterrenti, rispetto a quelle rigorosamente risarcitorie⁴³.

Nell'economia di questa trattazione, tutto ciò invita ad interrogarsi su quale sia (*rectius*: debba essere) una portata applicativa del rimedio equitativo che voglia mantenersi coerente con la declamata connotazione eminentemente compensativa del risarcimento del danno⁴⁴; ovvero, approcciando il tema da opposta angolazione, quali concessioni alla strutturale «polifunzionalità»⁴⁵ della responsabilità civile siano necessarie per poter legittimare la presenza di istituti e regole di giudizio che risultano oggi profondamente radicati nell'ordinamento, per lo meno se questo sia esaminato alla luce del suo «diritto vivente»⁴⁶.

Ed invero, a fronte della constatazione, meramente descrittiva, di uno

⁴¹ Così C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, cit., p. 45, nt. 11.

⁴² V. *infra*, Cap. IV.

⁴³ In questo senso, del resto, v. esplicitamente P.G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, in *Tratt. resp. civ. Monateri*, I, Torino, 2013, p. 32, nt. 109, ove, proprio in relazione all'art. 1226 c.c. si afferma che «[i]l sistema quindi si regge sì sulla necessità del danno, in funzione risarcitoria delle lesioni patrimoniali, ma anche su una possibile *souplesse* di tale necessità in funzione di deterrenza dell'illiceità delle condotte», e già P.G. MONATERI, *Risarcimento e danno presunto: verso una teoria dei general damages in diritto italiano*, in *Quad.*, 1990, p. 24 ss.

⁴⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, cit., p. 532; e C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 897 ss.

⁴⁵ V., nell'ambito di un'amplessima letteratura, i saggi raccolti in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile – alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011.

⁴⁶ Inteso nella sua accezione non limitata al mero dato giurisprudenziale: v. G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente»*. *Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Soc. dir.*, 2008, p. 47 ss.; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1990, p. 445 ss.

iato tra la regola declamata e quella effettivamente applicata, la proposta normativa dell'interprete può astrattamente articolarsi secondo una duplice, e alternativa, direzione⁴⁷. Da un lato, si può ritenere censurabile una prassi evolutasi – sulla scorta della disordinata spinta delle molte, e oggi sempre più frammentate, fonti normative⁴⁸ – in senso obiettivamente incompatibile con il vincolo che sempre e comunque è per questi rappresentato dai precetti del diritto positivo⁴⁹, e così, consequenzialmente, attestare l'assenza di un legittimo fondamento giustificativo per una serie di soluzioni che pure appaiono consolidate in sede giurisprudenziale come stabili criteri di definizione di conflitti di interesse tra privati⁵⁰. Dall'altro lato, e in larga misura all'opposto, è tuttavia altresì possibile immaginare uno sforzo teso a verificare se quelle medesime soluzioni non possano trovare un diverso, e più coerente, inquadramento all'interno del perimetro della responsabilità civile, se solo si provi a sfidare la tenuta di alcune premesse generali del discorso che, ad una più attenta analisi, sembrano apparire meno indefettabili rispetto a come esse sono tradizionalmente intese e declamate⁵¹.

3. Il programma dell'indagine

Sulla scorta di queste premesse, l'indagine si sviluppa secondo il seguente programma di ricerca.

Il Capitolo I è dedicato alla ricostruzione della corrente applicazione giurisprudenziale dell'art. 1226 c.c., collocata nel quadro di una più articolata proposta di lettura della norma come attinente alla declinazione oggettiva della regola sull'onere probatorio, e quindi vista quale fattispecie legislativa idonea, se integrata nei suoi presupposti, a fondare una regola di giudizio diversa da quella che comunemente orienta a favore del convenuto l'esito di

⁴⁷V. ovviamente R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in 39 *Am. Journ. Comp. Law* (1991), p. 1 ss.

⁴⁸V. da ultimo A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, spec. p. 19 ss.

⁴⁹M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, I. *Teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, 1991, p. 385 ss.

⁵⁰Ed è del resto questo, nel fondo, il processo descritto icasticamente da C. CASTRONOVO come di *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015 (rist. emendata).

⁵¹Significativa conferma metodologica di come, proprio a partire dall'indagine sulla valenza sistematica dell'art. 1226 c.c., si possa essere tentati di intraprendere una simile ricerca, si ritrova nella pagina di P. RESCIGNO, *Valutazione equitativa: profili comuni*, cit., p. 83, secondo il quale «[n]ella realtà pratica vediamo come la necessità della valutazione equitativa si spinga al di là dei confini che il legislatore ha cercato di costruire attorno al potere di apprezzamento del giudice».

controversie di responsabilità civile nelle quali l'attore non abbia puntualmente assolto i propri compiti istruttori.

Nel Capitolo II, l'attività svolta dall'interprete che si serva del potere equitativo viene quindi confrontata con il più comune svolgimento del giudizio sul risarcimento del danno. L'idea al fondo dell'analisi è quella che, in termini strettamente operazionali, vede la valutazione compiuta ai sensi dell'art. 1226 c.c. come alternativa rispetto a un qualche tratto del giudizio ordinariamente compiuto nel quadro dell'art. 1223 (ss.) c.c. L'approfondimento si pone dunque l'obiettivo di comprendere *cosa* possa rimanere non compiutamente dimostrato nella concreta vicenda contenziosa per legittimare il riconoscimento al preteso danneggiato di una posta risarcitoria liquidata secondo equità.

A questo fine, la ricerca impone di confrontarsi con la consolidata massima che, nei comuni giudizi di responsabilità, richiede all'attore, nel quadro delle regole sulla causalità giuridica, di offrire compiuta dimostrazione (della misura) del danno di cui si chiede ristoro, per tal via suggerendo l'idea che l'attività concernente la stima monetaria dell'ammanco (e le connesse eventuali ragioni di 'impossibilità') sia qualitativamente equiparabile agli oneri imposti alla parte tenuta a dimostrare i presupposti strettamente eventistici della fattispecie (condotta imputabile, conseguenze dannose prime ed ulteriori, ecc.). Il Capitolo III tenta di revocare in dubbio la percorribilità di un simile modo di ragionare, dando conto di come anche nelle ipotesi in cui la liquidazione non sia affidata al giudizio equitativo, questa impone comunque delle operazioni fondate su criteri di stima la cui astratta alternativa è la migliore dimostrazione dell'impossibilità di concepire il danno risarcibile come un valore economico documentabile, in modo necessariamente unitario, nel mondo dei fatti.

Questa preliminare conclusione induce ad individuare altrove il fondamento dell'impossibilità probatoria che rappresenta elemento fondante la regola dell'art. 1226 c.c., suggerendo di spostare l'attenzione dal piano dei suoi effetti (l'adozione di un criterio di stima elaborato nel caso concreto) a quello dei suoi requisiti (concentrandosi cioè su quali sono le situazioni sostanziali, prese a riferimento dalla norma, nelle quali il pregiudizio patito dalla vittima si pone, per la sua particolare conformazione, come strutturalmente insuscettibile di essere documentato a beneficio di un osservatore esterno). È a queste situazioni che il Capitolo IV dedica attenzione, concentrandosi sulle regole operazionali che informano il ricorso al rimedio equitativo in alcuni suoi più comuni terreni d'applicazione: il danno non patrimoniale, il danno futuro, il danno da perdita di *chance*.

Nel capitolo conclusivo vengono rassegnate le principali implicazioni sistematiche dell'indagine.

In ossequio alla collocazione della norma da cui si dipana l'analisi – to-

pograficamente dettata nel quadro delle regole sull'inadempimento delle obbligazioni, ma esplicitamente richiamata anche per la disciplina del risarcimento aquiliano – la trattazione si articola senza formali cesure tra queste aree disciplinari. Tale scelta di fondo non intende in alcun modo suggerire l'adesione ad un approccio riduzionistico, o addirittura banalizzante, rispetto alle evidenti peculiarità che, tanto in punto di struttura che di disciplina applicabile, emergono tra le due macro aree della responsabilità civile⁵². Di queste peculiarità si darà dunque conto nella disamina di dettaglio di singoli profili di volta in volta rilevanti per lo sviluppo dell'indagine.

⁵²V. da ultimi, sul significato e sul persistente valore della distinzione, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, IV ed., Milano, 2021, p. 1053 ss.; P. SIRENA, *Prospettive di riforma codicistica della responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata Prospettive di riforma del Codice civile*, Torino, 2021, p. 309 ss., spec. p. 314 ss.

CAPITOLO I

LA VALUTAZIONE EQUITATIVA DEL DANNO TRA «EQUITÀ NORMATIVA» E «ONERE DELLA PROVA»

SOMMARIO: 1. L'art. 1226 c.c. come «fattispecie» di «equità normativa». – 2. L'apprezzamento delle prove nell'operazione di valutazione equitativa del danno. – 3. La valutazione equitativa del danno tra «oneri probatori» e «regole di giudizio». – 4. I presupposti di applicazione della valutazione equitativa del danno. – 5. L'«impossibilità probatoria» tra onere di parte e intervento giudiziale. – 6. L'art. 1226 c.c. tra «danno» e «lesione». – 6.1. Il «danno» tra regole di fattispecie e regole di risarcimento. – 6.2. La «prova dell'an» nell'art. 1226 c.c. – 7. Sintesi e prosecuzione dell'indagine.

1. *L'art. 1226 c.c. come «fattispecie» di «equità normativa»*

La regola introdotta dall'art. 1226 c.c. si presta ad essere declinata secondo la struttura tipica della fattispecie produttiva di effetti¹: al ricorrere di una determinata situazione fattuale – caratterizzata, tra l'altro, da un qualche impedimento a livello probatorio – consegua, quale esito rilevante per l'ordinamento, la legittimazione del giudice al riconoscimento di una pretesa risarcitoria quantificata secondo modalità che altrimenti gli sarebbero precluse².

Ai fini conoscitivi sottesi alla presente indagine, questo inquadramento consente di apprezzare che quando all'art. 1226 c.c. si guardi, con ambizio-

¹In termini essenziali, cfr. K. LARENZ, C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, III ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1995, p. 71 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed. (rist.), Napoli, 1994, p. 8 s.; A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1966, p. 926 ss.; più di recente, in chiave di teoria generale, M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, p. 22 ss.; P. SIRENA, *Introduction to Private Law*, III ed., Bologna, 2021, p. 168 ss.; e nell'ambito di una più ampia ricostruzione del fenomeno giuridico, v. N. IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 147 ss. (e in ID., *Riconoscersi nella parola*, Bologna, 2020, p. 237 ss.).

²Cfr. puntualmente P. RESCIGNO, *Valutazione equitativa: profili comuni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 81 ss., in part. p. 83 s.

ne sistematica, focalizzando l'attenzione sul suo richiamo alla «valutazione equitativa» si sta con ciò compiendo un'operazione ricostruttiva incentrata su quello che, della norma, rappresenta il fondamentale effetto giuridico³. E non dovrebbe allora sorprendere che, così impostando l'analisi, il guadagno conoscitivo che da quest'ultima ci si può attendere attenga primariamente alla collocazione che il particolare giudizio introdotto dalla disposizione in esame può assumere nel più ampio quadro dell'«equità positiva»⁴, ed eventualmente alle indicazioni operative che da una complessiva ricostruzione dei rapporti tra equità e legge possono derivare sul particolare terreno della liquidazione giudiziale del danno⁵.

Lungi dal voler svilire il valore, in primo luogo culturale, di un simile sforzo di concettualizzazione⁶, sia tuttavia concesso sin da subito anticipare che i suoi esiti non appaiono particolarmente indicativi se, come è in animo nella presente ricerca, nell'art. 1226 c.c. si cerchi di rinvenire indicazioni utili sull'atteggiarsi del complessivo giudizio di responsabilità nel quale la valutazione equitativa, occasionalmente, può essere chiamata ad operare.

In termini più specifici, intendere l'art. 1226 c.c. come particolare espressione dell'«equità normativa» – e cioè quella dettagliatamente richiamata in

³Non inficia la tenuta di quanto introdotto nel testo il ritenere che, nel momento in cui la fattispecie di cui all'art. 1226 c.c. risulti integrata nei suoi presupposti, l'effetto conseguente abiliti il giudice alla liquidazione del danno secondo la concretizzazione di una «clausola generale», come più di recente la liquidazione equitativa è stata dettagliatamente presentata nella giurisprudenza di legittimità: v. Cass., 21 aprile 2021, n. 10579, in *N. giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 798 ss., § 1.1.1: «Quale fattispecie, l'art. 1226 richiede sia che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, la prova del danno nel suo ammontare, sia che risulti assolto l'onere della parte di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale del danno medesimo. Quale clausola generale, l'art. 1226 definisce il contenuto del potere del giudice nei termini di “valutazione equitativa”».

⁴Nel senso in cui lo si esaminava anche in vigore del previgente codice civile: cfr., seppur con toni diversi, V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, (da ultimo) in *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, p. 1 ss. (secondo una linea di adesione al rigore positivistico); N. COVIELLO, *Dell'equità ne' contratti*, in *Studi Napoletani* del 15 e 31 dicembre 1895, Napoli 1896, p. 15 (ove una critica ad un sistema privo di significative aperture all'equità); e in posizione mediana, M. ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, p. 266 ss., spec. p. 275 («gran parte di vero è nelle parole di chi esalta i meriti e la funzione dell'equità come in quelle di chi ne va enumerando i pericoli»).

⁵In ciò, assecondando un approccio, comune alla più tradizionale dottrina processual-civilistica, volto alla ricerca di un concetto unitario di «equità», e quindi del giudizio ad essa ispirato: cfr. V. DENTI, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia, 1944, p. 28 ss.

⁶Ben evidente, se solo si pone mente alla profondità delle indagini che, sul terreno dell'equità hanno impegnato nel tempo la dottrina: per una documentata ricostruzione, v. il contributo sostanzialmente monografico di C. LATINI, «*L'araba fenice*». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, 2006, p. 595 ss.

specifiche disposizioni di diritto positivo⁷ – consente in primo luogo di escludere ogni sovrapposizione tra l'attività valutativa che a questa regola è sottesa e quel particolare giudizio «secondo equità» che trova invece principale fondamento nell'art. 114 c.p.c.⁸, insieme ad altri rilevanti precetti dettati dal codice di rito come gli artt. 113, comma 2, e 822⁹.

Senza volersi in questa sede addentrare in un'analisi di stampo prettamente processual-civiltistico sulla struttura di tale tipologia di giudizio, pare sufficiente ricordare come questo consenta al giudice, sulla scorta dell'istanza presentata da parti che abbiano la disponibilità del diritto controverso, di decidere la causa sulla base di una valutazione etica del caso concreto, secondo una regola non desumibile, neppure in via indiretta, dalla disciplina legislativa, ma pur sempre necessariamente coerente con i principi generali ad essa sottesi¹⁰. Si tratta, in altri termini, di un procedimento valutativo ove il contributo offerto dall'equità si definisce «sostitutivo» proprio in quanto legittimante la risoluzione del caso concreto secondo direttrici estranee alla *regola iuris* che il giudice avrebbe altrimenti applicato alla fattispecie controversa¹¹.

L'eterogeneità di un simile giudizio rispetto quello di cui all'art. 1226 c.c. risulta evidente allorché l'aggiudicazione «secondo equità» sia concettualmente posta in antitesi rispetto a quella compiuta «secondo diritto»¹², e quindi astrattamente ritenuta idonea ad assumere un ruolo «formativo» di

⁷ Cfr. G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 143, che definisce «“normativa” l'equità che è richiamata in disposizioni di legge».

⁸ Cfr. nella giurisprudenza pratica, Cass., 12 luglio 2009, n. 14611, ma v. già Cass., 18 maggio 1949, n. 1239; sulla distinzione, nell'ambito delle norme dedicate all'equità, tra quelle poste dal diritto sostanziale e quelle collocate in sede processuale, v. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in ID., G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare (Art. 1372-1405)*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1993, p. 93; R. VECCHIONE, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 625 ss.

⁹ Le quali, rispettivamente, consentono il giudizio di equità al giudice di pace – nelle cause il cui valore non eccede millecento euro, eccezion fatta per quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti predisposti ai sensi dell'art. 1342 c.c. (cfr. P.C. RUGGIERI, *Il giudizio di equità necessario, i principi informativi della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113, 2° comma, c.p.c.*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1365 ss.; V. FROSINI, *Il giudizio di equità e il giudice di pace*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 143 ss.) – e agli arbitri, se così richiesto con qualsiasi espressione dalle parti (cfr. F. FESTI, *L'arbitrato di equità*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 141 ss.; F. GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, *ibidem*, 1996, p. 461 ss.).

¹⁰ Cfr. V. VARANO, *Equità (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 3.

¹¹ Cfr. in generale SALV. ROMANO, *Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 83 ss., in part. 84 ss.

¹² V. FROSINI, *L'equità nella teoria generale del diritto*, in *L'equità. Atti del convegno del Centro Nazionale di Previdenza e Difesa sociale (l. 9/11-11-1973)*, Milano, 1975, p. 10; ID., *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 69 ss., a p. 80 ss.

una regola di tutela riferibile ad una situazione soggettiva completamente sconosciuta dall'ordinamento¹³. Ma ad esiti ultimi non dissimili si deve pervenire anche limitandosi a leggere l'art. 114 c.p.c. come fonte legittimante una decisione che, sebbene alternativa al diritto oggettivo, non ne possa essere antagonista¹⁴, e nella quale, dunque, il rapporto tra fatto storico e dato normativo, seppur destinato a discostarsi da quello che sarebbe l'esito imposto nel giudizio legalitario, non potrà comunque mai arrivare a sovvertirlo completamente¹⁵. Anche in questa seconda, e più moderata, prospettiva applicativa, l'equità «sostitutiva» si risolve comunque in una richiesta rivolta al giudice affinché questi disapplichi, almeno parzialmente, la regola che, in astratto, sarebbe deputata a regolare il caso, e in base alla cui piana applicazione la controversia potrebbe essere decisa¹⁶.

Non così, invece, nell'art. 1226 c.c., al pari di tutte quelle fattispecie normative previste dal diritto sostanziale e comunemente raccolte nell'ambito della distinta categoria dell'equità «integrativa»¹⁷. In queste ipotesi la decisione della controversia rimane in tutto e per tutto conforme al diritto oggettivo¹⁸, ma per definirne puntualmente i contorni appare necessario che il giudice, sulla scorta delle risultanze del caso, effettui una specificazione di elementi che l'ordinamento non potrebbe configurare una volta e per sempre, in termini generali ed astratti, senza correre il rischio di rendere ineffettiva, o comunque inefficiente, la tutela apprestata ai consociati¹⁹.

¹³ Secondo un'impostazione i cui esiti ultimi potrebbero apparire addirittura contrastanti con i principi costituzionali che informano la giurisdizione e la sottoposizione del giudice alla legge (artt. 24, 101 Cost.): v. A. CERINO CANOVA, *Principio di legalità e giudizio d'equità*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 25 ss.

¹⁴ Essendo proprio la legge ad innalzare l'equità «a fonte formale del diritto»: P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1930, p. 25 ss.

¹⁵ Cfr. E. GRASSO, *Equità (giudizio)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 470 ss., a p. 472.

¹⁶ C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 161 ss.; e più di recente, secondo una lettura sostanzialistica, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto, Suoi effetti reali e obbligatori. Art. 1374-1381*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1999, p. 112 ss.

¹⁷ La distinzione tra equità «sostitutiva» ed equità in senso ampio «integrativa» è consolidata nelle trattazioni della dottrina assolutamente maggioritaria: v. una panoramica in G. FINOCCHIARO, *Equità (giudizio di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I Agg., Torino, 2007, p. 496 ss., a p. 500 s.; V. VARANO, *Equità (teoria generale)*, cit., p. 7; A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 633 ss., a p. 636.; ma *contra*, v. G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, p. 166 s.

¹⁸ C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., p. 190 ss.; Cass., 9 agosto 2007, n. 17492; Cass., 25 febbraio 2000, n. 2148.

¹⁹ V. in tal senso E. GRASSO, *Equità (giudizio)*, cit., p. 477.

Questa operazione di specificazione si incentra comunemente proprio sul terreno della «misura», da intendere non solo idealmente – secondo un’idea di necessaria proporzione, da ricercare, nel caso concreto²⁰, tra la complessità degli elementi di cui consta il diritto positivo²¹ –, ma altresì in termini squisitamente economici – con l’equità di volta in volta richiamata per determinare il contenuto di un elemento patrimoniale della fattispecie, attinente sia a regolamenti contrattuali sia a rapporti extracontrattuali²², secondo istanze di contemperamento dei contrapposti interessi in gioco tra le parti in causa²³.

Allorché tuttavia ci si chieda *come* questo tratto che si vorrebbe caratterizzante l’equità «integrativa» – *i.e.* la ricerca di equilibrio tra posizioni diverse e, almeno potenzialmente, in conflitto²⁴ – possa effettivamente legare tra loro le eterogenee ipotesi normative che ad essa si richiamano, ispirando l’attività dell’interprete chiamato a darne concretizzazione, le ragioni di comunanza tra le numerose regole ‘equitative’ sparse nel codice civile paiono a poco a poco diradarsi, aprendo il campo ad una serie di puntualizzazioni che rendono assai frammentata la complessiva sistematizzazione della materia²⁵.

Basti a tal riguardo osservare che in una delle più recenti proposte sul tema, si è arrivati ad isolare descrittivamente almeno quattro forme dell’equità di diritto sostanziale²⁶: (i) quella in senso stretto «integrativa», che, a prescindere dalla portata ultima che gli si attribuisca²⁷, appare la più vicina,

²⁰ Su questo profilo, v. soprattutto P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.

²¹ Cfr. puntualmente SALV. ROMANO, *Principio di equità (dir. priv.)*, cit., p. 92 con riferimento agli elementi «congegnati nelle strutture dell’autonomia e del riconoscimento degli istituti giuridici e dell’azione privata creatrice di ordinamento»); e più di recente, nel raffronto tra «equità», «ragionevolezza» e «proporzionalità», S. TROIANO, *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2013, p. 763 ss., a p. 788 ss.

²² F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 111 s.

²³ Nella recente giurisprudenza di legittimità, v. significativamente Cass., 7 giugno 2011, n. 12408, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2274 ss., con nota di commento di A. DIANA: «Alla nozione di equità è quindi consustanziale non solo l’idea di adeguatezza, ma anche quella di proporzione. Lo attestano inequivocamente, tra gli altri, gli artt. 1450, 1467, 1733, 1748, 1755, 2045, 2047, 2263 e 2500 *quater* c.c.; che consentono tutti di ristabilire un equilibrio turbato, quindi una “proporzione” tra pretese contrapposte».

²⁴ V. sul punto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, pp. 403 ss., 470 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Milano, 2021, p. 594 s.

²⁵ Di ciò offre perfetta riprova l’articolata analisi delle diverse fattispecie normative rilevanti, non scevra da ambizioni classificatorie, offerta da A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell’equità nel diritto privato*, cit., p. 636 ss.

²⁶ Il riferimento è alla proposta di G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 144 ss.

²⁷ Cfr. da diverse, e in larga misura contrapposte, prospettive, S. RODOTÀ, *Le fonti di*

nei contenuti e nel modo di atteggiarsi, a quella «sostitutiva», specie se intesa come intervento eteronomo sulla regola contrattuale, che pur nella logica del regolamento concordato, è chiamata ad introdurre regole nuove (art. 1374 c.c.)²⁸; (ii) quella «interpretativa»²⁹, che, a fronte dell'impossibilità di chiarire il significato del contratto, ne affida da ultimo la ricostruzione al senso che, rimanendo nella logica (*i.e.* nell'economia) dell'accordo, ne garantisca l'equilibrio tra le prestazioni in base ad esso dovute, temperando l'interesse delle parti (art. 1371 c.c.)³⁰; (iii) quella «correttiva», chiamata a dar sostanza ad un elemento di fattispecie attraverso un temperamento degli interessi di cui sono portatrici le parti del rapporto (ne sono esempi, tra gli altri, gli artt. 1349 e 1384 c.c.)³¹; (iv) nonché quella propriamente «quantificativa» dell'ammontare di un risarcimento o di un indennizzo dovuti all'attore in giudizio, e di cui l'art. 1226 c.c. è perfetta espressione, insieme a precetti come quelli degli artt. 2056, 2045, 2047 c.c.³².

integrazione del contratto, Milano, 1969, p. 246 e F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., pp. 288, 320 ss.; più di recente, v. U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2010, p. 394 ss., a p. 418 ss.

²⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, p. 464; e cfr. anche M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 567 ss., in part. p. 579 ss.

²⁹ In diverse trattazioni sul tema, la fattispecie dell'art. 1371 c.c. viene ritenuta alla base di una declinazione dell'equità, quella per l'appunto «interpretativa», operante sullo stesso piano di quella «sostitutiva» e non, invece, come una declinazione di quella in senso lato integrativa (cfr. tra gli altri, G. LUMIA, *L'equità tra la giustizia e la legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 716 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 132 s.). E tuttavia, a meri fini descrittivi, la proposta tratteggiata nel testo pare potersi giustificare nella misura in cui segnala la netta differenza tra le problematiche connesse all'interpretazione del contratto – completamente coerenti con un giudizio di stretta legalità – e il giudizio inteso d'equità in senso «sostitutivo», ove il giudice non è più soltanto *vox viva legis*, ma diventa invece *vox legislatoris*: così V. FROSINI, *Equità (nozione)*, cit., p. 82.

³⁰ Cfr. in dettaglio A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II. *Tecniche*, Torino, 2015, p. 608 ss.

³¹ Sulle due norme citate nel testo, e proprio sui profili caratterizzanti il rinvio all'equità in esse contenuto, cfr. rispettivamente: T. DALLA MASSARA, *La determinazione di segmenti contrattuali da parte del terzo attraverso la lente di lettura delle autorità private: un'ipotesi di lavoro in tema di arbitraggio*, in P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, 2018, p. 353 ss.; F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 356 s.

³² Una chiara lettura d'insieme di questi precetti è offerta da P. RESCIGNO, *Valutazione equitativa: profili comuni*, cit., p. 81 ss.