

ascrivere alla responsabilità aquiliana quei mancati guadagni provocati dall'illecito o scorretto svolgimento della procedura quando quest'ultima trova la sua esclusiva fonte di regolazione nella legge e non anche nella privata autonomia, in ossequio ad un'idea restrittiva che sottrae alla responsabilità contrattuale quei rapporti giuridici che non scaturiscono da fonte negoziale e non integrano un rapporto obbligatorio *ex lege* da *variae causarum figurae*.

Ho espresso in passato la mia contrarietà a concepire il giudizio aquiliano come mezzo di risoluzione di conflitti dannosi di natura relazionale (62) e anche in questa sede non posso che confermare la mia posizione, precisando, quindi, che la *chance* è un criterio di liquidazione del danno di prevalente applicazione in ambito contrattuale, proprio perché vi si può fare ricorso, per lo più, in presenza di rapporti giuridici doverosi non riconducibili allo schema dell'obbligazione vera e propria e congegnati come procedure dominate da discrezionalità. Questa base di fatto non si concilia con l'istituto della responsabilità aquiliana, nel cui ambito il ricorso alla *chance* non è certo bandito ma circoscritto all'ipotesi in precedenza delineata della violazione di una situazione giuridica che incorpora la possibilità di guadagno sfumata.

ABSTRACT

A "light" contractual liability

The A. construes as "light" the contractual liability of holding companies provided by Article 2497 of Italian Civil Code. Then, he develops three degrees of this "light" contractual liability: a maximum, a medium and a minimum one. The maximum "light" liability (e.g. the holding company's liability) is the remedy for a procedural violation. The medium one (e.g. duty to protect) is the remedy for a "negative interest" violation. The minimum one (e.g. lost of a chance) is the remedy that allows quantifying in equity certain kinds of damages.

(62) Cfr. soprattutto Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto* cit., 354-355 s.

Luca Nivarra

I RIMEDI SPECIFICI

« Se non è perturbazione,
non conviene desiderio di conservarsi,
né timore di sperdersi »

Giordano Bruno, *De l'infinito, universo e mondi*

SOMMARIO: 1. L'universo delle tutele. - 2. Adempimento in natura e tutela satisfattoria del credito. - 3. Intermezzo sulla responsabilità contrattuale. - 4. Le nuove frontiere della tutela del credito. - 5. Adempimento in natura? - 6. Apocalittici e proni.

1. Prima di passare allo svolgimento del tema che mi è stato assegnato, vorrei provare a collocare il mio discorso entro un quadro terminologico e concettuale il meno nebuloso possibile. Infatti, nonostante la riflessione sui rimedi si sia molto sviluppata negli ultimi trent'anni, obbedendo a sollecitazioni di segno diverso, se non opposto (1), mi sembra di poter dire che su di essa, anche una volta superata la lunga fase pionieristica, incomba qualche incertezza sui fondamenti in grado, talora, di pregiudicare la fruibilità perfino delle analisi più consapevoli e sofisticate.

Naturalmente, il quadro che mi accingo a tracciare, oltre ad essere soltanto un abbozzo, è strettamente funzionale allo sviluppo del mio ragionamento e, quindi, ben potrebbe essere ritoccato, corretto, o anche del tutto abbandonato, in una prospettiva diversa da quella alla quale intendo qui mantenermi

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

fedele. In questo modo, però, se non altro, il confronto potrà svolgersi immediatamente sul merito e non disperdersi in quel defatigante lavoro di tessitura di un elementare ordito categoriale, comune ai due interlocutori, che spesso, ancora oggi, caratterizza il dibattito sulle tutele.

In primo luogo, voglio precisare che, almeno in questa fase, il discorso verterà sulle tutele giurisdizionali, ossia su quell'insieme di strumenti che la legge offre ai privati affinché essi conseguano, attraverso la mediazione di un provvedimento del giudice, l'utilità loro assicurata da una norma sostanziale, o un suo succedaneo. Rimangono, pertanto, fuori dal perimetro dell'analisi gli strumenti c.d. di autotutela, dall'*exceptio inadimpleti contractus*, alla clausola penale, dal diritto di ritenzione alle varie ipotesi di decadenza dal beneficio del termine, ecc., i quali consentono al titolare della posizione di vantaggio di realizzare l'interesse ad essa sotteso per il tramite, come suol dirsi, della pressione psicologica esercitata sull'obbligato (2). Dispositivi come l'*astreinte* o la *Geldstrafe* operano allo stesso modo, ovvero mirano a rendere economicamente svantaggiosa la violazione dell'obbligo, ma essi hanno fonte in un provvedimento del giudice (v., ad es., l'art. 614-bis c.p.c.) e, quindi, appartengono senz'altro al novero delle tutele giurisdizionali.

Fatta questa precisazione, dirò subito che, a mio avviso, l'universo delle tutele si compone di due segmenti fondamentali, sebbene poi, a partire da questa *summa divisio*, sia possibile incrociare un numero molto elevato di combinazioni, con conseguente sviluppo di tassonomie parimenti numerose, anche se, il più delle volte di valore soltanto descrittivo. Il primo segmento, il più ricco ed eterogeneo, è costituito da quell'insieme di rimedi, variamente strutturati sotto il profilo tecnico

(2) « Pressione psicologica », per la verità, è una formula vaga e un po' ambigua che istaura una indebita equiparazione tra il debitore inadempiente e chi è vittima di violenza ai sensi degli artt. 1434-1435 c.c. È evidente, infatti, che le misure stragiudiziali di coazione indiretta non suscitano alcuna « impressione » sul debitore, perché, al contrario, presuppongono intatta la razionalità dell'*homo oeconomicus*, in grado di apprezzare la differenza che passa tra un adempimento efficiente e un adempimento inefficiente.

(potendo essi affidarsi a provvedimenti ora di condanna, ora di mero accertamento) (3), a seguito dell'utile ricorso ai quali il privato perviene (*rectius*: sembrerebbe pervenire) al soddisfacimento di quel medesimo interesse di cui la legge aveva già riconosciuto, secondo modalità e intensità che, anche qui, possono variare a seconda dei casi, la rilevanza *sub specie iuris* (4). Questa forma di tutela trova numerosissime applicazioni, dentro e fuori il codice civile. Si pensi, ad es., all'ordine di cessazione previsto dagli artt. 7 e 10 c.c. per il caso di lesione del diritto al nome o del diritto all'immagine. Si pensi, ancora, all'ordine di restituzione della cosa sottratta al proprietario susseguente all'utile esperimento dell'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.); ovvero all'accertamento della (in)esistenza di un diritto nelle ipotesi contemplate dagli artt. 949, co. 1, 1012, co. 2 e 1079 c.c. o, infine, agli « opportuni provvedimenti » per il tramite dei quali la sentenza che accerta l'atto di concorrenza sleale dispone la eliminazione degli effetti di quest'ultimo (5).

Come è agevole costatare, gli esempi addotti differiscono tra loro sia sotto il profilo delle tecniche di tutela di volta in volta utilizzate (mero accertamento, condanna), sia sotto il profilo dei contenuti dell'ordine giudiziale il quale può essere fonte di un obbligo di restituzione, di un obbligo di ripristino dello *status quo ante* o di un obbligo di porre fine ad un dato comportamento (6). Tanto ciò è vero che già sul piano termi-

(3) A. di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, Processo e tecniche di attuazione dei diritti (Napoli 1989), I, 11 s. Un discorso a parte meriterebbero i provvedimenti di carattere costitutivo i quali, talora, integrano un'autonoma forma di tutela (che rimarrà estranea al mio discorso), ovvero la tutela *lato sensu* rescissoria, talaltra, viceversa, degradano a mera tecnica al servizio di una forma di tutela diversa (si pensi, ad es., alla sentenza di cui all'art. 2932 c.c., pronuncia costitutiva che attua un diritto di credito).

(4) In realtà, come proverò a chiarire più avanti, il punto di vista dell'attuazione dell'interesse riconosciuto in sede sostanziale è all'origine di una serie di equivoci concettuali e pregiudica, a mio avviso in modo irreparabile, una corretta impostazione del discorso sulla tutela giurisdizionale dei diritti.

(5) Al di fuori del codice civile, basterà richiamare gli artt. 156, 158 e 159 l. 22-4-1941 n. 633, in materia di tutela del diritto patrimoniale d'autore.

(6) Naturalmente, questo fenomeno di variabilità dei contenuti concreti del provvedimento giudiziale interessa soltanto la tutela di condanna e non anche quella di mero accertamento, con riguardo alla quale potrà ri-

nologico, dove peraltro regna ancora una discreta babele, le prassi linguistiche consolidate raccontano di una tutela ora inibitoria, ora restitutoria, ora reintegratoria, con ciò volendo segnalare, appunto, lo specifico contenuto e la specifica finalità della condanna; mentre, ad un superiore stadio tassonomico, le locuzioni in voga più diffuse sono quelle di tutela specifica, di tutela reale o di tutela in natura. Entrambi i momenti, quello analitico e quello sintetico, sono del tutto giustificati, giacché è fuor di dubbio che, come si è visto, il *iussum iudicis* può atteggiarsi diversamente in rapporto al bisogno di tutela fatto valere dall'interessato; ed è parimenti indubbio che, come del resto avevo già anticipato, quelle indicate, e le molte altre che pure si potrebbero enumerare, sono tutte epifanie di un'unica forma di tutela, genericamente preordinata, secondo la *communis opinio*, alla realizzazione dell'interesse già consacrato in sede sostanziale.

Prima di procedere oltre, tuttavia, è bene dare spazio ad alcune necessarie precisazioni. Intanto, le formule utilizzate per indicare il tipo di tutela di cui stiamo discorrendo — tutela reale, tutela specifica, tutela in natura — devono considerarsi non soltanto fuorvianti, ma proprio concettualmente errate, per le ragioni che proverò ad illustrare e che, in effetti, come meglio emergerà dal prosieguo del ragionamento, si lasciano ricondurre ad un'unica, e unitaria, radice.

Intanto, deve osservarsi che parlare, in particolare, di tutela specifica, lascia intendere che vi siano forme di tutela non specifica. Naturalmente, tutti sappiamo cosa evochi il negativo della tutela specifica, ossia il risarcimento del danno, il quale, però, è, a sua volta, una forma di tutela specifica, né potrebbe non esserlo, perché non esistono tutele generiche. Ogni forma di tutela, infatti, è pensata per reagire ad uno specifico tipo di pregiudizio, di talché la specificità della lesione si trasmette allo strumento predisposto al fine di eliminarla. L'idea che il risarcimento del danno rappresenti una forma di tutela meno intensa, un vero e proprio *minus*, rispetto alla tutela specifica (o in natura, o reale) è, a mio avviso, il frutto di un abbaglio,

scontrarsi, al più, una mutevolezza dell'oggetto (esistenza/inesistenza di diritti, *status*, predicati della fattispecie).

in pari tempo, logico e ideologico: logico perché quell'idea presuppone un universo delle tutele continuo quando, invece, esso, come si vedrà più avanti, è discreto; ideologico perché nella grande battaglia divampata a partire dalla seconda metà degli anni '70, e che ebbe come posta la c.d. tutela reale del credito (7), la polemica contro la pretesa francese di esaustività del rimedio risarcitorio, per un verso, era culturalmente subalterna al paradigma preso di mira, e, per altro verso, si alimentava retoricamente della rappresentazione contenutistica del sistema delle tutele, rappresentazione che, più e meglio di ogni altra, si prestava, come ovvio, a denunciare la debolezza e la inadeguatezza di quel rimedio (8).

In secondo luogo, quella che usualmente viene designata attraverso le formule anzidette, è solo in senso relativo una tutela specifica perché, in realtà, essa non consegna al portatore dell'interesse protetto il bene della vita strumentale al soddisfacimento di quel medesimo interesse, limitandosi, piuttosto, a ripristinare le condizioni giuridiche e fattuali al cospetto solo delle quali l'utilità garantita dalla legge potrà essere effettivamente attinta. Una specificità debole, dunque, o, appunto, relativa, qualora si ravvisi, con l'opinione dominante, nella maggiore o minore sovrapposibilità del risultato pratico scaturente dal processo alla piena attuazione dell'interesse protetto il punto di vista a partire dal quale procedere alla qualificazione delle varie forme di tutela (9): e ciò a causa del fatto che, nelle

(7) Con tutte le approssimazioni del caso, il vero spartiacque di quella stagione, anche per l'autorevolezza di chi prendeva posizione, può ravvisarsi nello scritto di M. Giorgianni, *Tutela del creditore e tutela « reale »*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1975, 853 s.

(8) Vero è che il legislatore stesso a parlare di « risarcimento del danno in forma specifica » (art. 2058 c.c.) o di « esecuzione forzata in forma specifica » (artt. 2930-2933 c.c.). Vorrei fare notare, però, che in entrambi i casi si tratta di modalità di una medesima forma di tutela (quella risarcitoria, quella esecutiva), sicché, qui, proprio perché sta a designare la peculiare applicazione di un unico rimedio, il riferimento alla specificità del medesimo è pienamente legittimo. A generare l'equivoco, viceversa, è l'*escalation* della specificità, il suo trasformarsi da attributo di un possibile modo di essere della tutela in attributo della tutela *tout court*, come se, appunto, potessero darsi forme di tutela non specifiche.

(9) Là dove, viceversa, come ho già accennato, il vero criterio ordi-

ipotesi dinanzi prese in esame, il titolare del diritto è il solo che possa, attraverso l'esercizio delle prerogative attribuitegli dalla legge, dare corso al soddisfacimento dell'interesse, dovendosi escludere, pertanto, qualsiasi eventualità di una sua surroga giudiziale.

Proprio il caso della c.d. tutela specifica (una costellazione di rimedi esemplati, lo si è appena visto, sul *modus operandi* di situazioni a contenuto reale) dimostra come il ragionamento sulla tutela dei diritti vada impostato a partire dal tipo di pregiudizio cui la tutela medesima è chiamata a reagire, e non sulla sua idoneità ad attuare, per via giudiziale, l'interesse leso. Infatti, appunto, non sempre quest'ultimo è suscettibile di forme di soddisfacimento vicario, risultando, pertanto, strutturalmente preclusa alla misura giudiziale la possibilità di oltrepassare le colonne d'Ercole di una pura e semplice reintegra dei presupposti necessari ai fini dell'esercizio del diritto (in sostanza, la disponibilità giuridica e materiale del bene da cui ricavare le utilità attese). Ne discende che una coerente adesione all'idea secondo cui il sistema delle tutele sarebbe, di tutto principio, votato ad assicurare la realizzazione vicaria dell'interesse protetto dalla norma sostanziale, di talché l'effettività di un rimedio andrebbe commisurata alla sua attitudine a surrogare, per quanto è possibile, il fisiologico corso delle cose, implica che tutela specifica, in senso stretto, si avrebbe soltanto nel caso dei diritti di credito i quali, per loro natura, almeno a certe condizioni, sono passibili di un'attuazione, per l'appunto, specifica.

Venendo ora al secondo, grande, segmento in cui, a mio avviso, si articola l'universo delle tutele, esso coincide senza residui con il risarcimento del danno. Parlo, almeno per ora, del danno extracontrattuale, sia perché su quello contrattuale dirò qualcosa più avanti, sia perché il rimedio risarcitorio si presenta, per così dire, allo stato puro solo nella sua versione aquiliana. La tutela risarcitoria, come vedremo, è stata la principale vittima della distorsione indotta dall'adozione, più o meno consapevole, della prospettiva satisfattoria, cioè dell'idea

nante, almeno a mio parere, è rappresentato dal tipo di pregiudizio a cui il rimedio giurisdizionale è chiamato a replicare.

che la qualità di un rimedio dipenda dalla sua attitudine a surrogarsi alla fisiologia della convivenza civile: e questo perché, nel suo caso, il rapporto che la lega all'interesse protetto in sede sostanziale è, a differenza di quanto accade con la c.d. tutela specifica, mediato o, se si preferisce, indiretto.

Intendo dire che quando si condanna Caio a restituire la cosa a Tizio, o quando si ordina a Sempronio di non passare più con le sue pecore attraverso il fondo di Cornelio, il diritto di proprietà rappresenta lo specifico oggetto del rimedio, ciò su cui immediatamente incide il provvedimento del giudice (ed è questa la ragione per la quale ha senso, sia pure nei limiti dianzi indicati, parlare di tutela in natura, ovvero, come fa anche il legislatore, di « azioni a difesa della proprietà »); viceversa, quando si condanna taluno a risarcire il danno *ex art.* 2043 c.c., il diritto o, come si usa dire oggi con formula più comprensiva, l'interesse giuridicamente rilevante, si trasforma in una delle condizioni (l'ingiustizia del danno) che la legge istituisce ai fini della formulazione del giudizio di responsabilità e, quindi, della eliminazione del danno (beninteso, il "secondo" danno, quello che la norma menziona in chiusura e che individua lo specifico pregiudizio contro cui il rimedio aquiliano è chiamato a reagire, ovvero la perdita patrimoniale in quanto conseguenza di una condotta illecita) (10).

Già da questa semplice considerazione dovrebbe emergere nitidamente l'abisso che separa la tutela risarcitoria da quella in natura: un abisso che, di per sé, dovrebbe scongiurare qualsiasi accostamento e, *a fortiori*, qualsiasi tentativo di strutturare una gerarchia dei rimedi, memori di quanto appreso alla scuola elementare, e cioè a dire che mele e banane non possono essere messe insieme in nessuna delle quattro operazioni. Invece, come è ben noto, è ormai invalso l'uso di considerare quella risarcitoria la forma di tutela minima: locuzione che, postulando l'esistenza di una forma di tutela massima (la tutela in natura, autentica chimera di tutti i profeti dell'effettività), rinvia per implicito all'idea, già richiamata e respinta, che quello delle tutele sia un universo continuo, all'interno del quale sia possibile istituire confronti tra gran-

(10) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* (Milano 2006), 3 s.

dezze omogenee e quindi, per l'appunto, disporre i rimedi secondo una graduatoria che va da un massimo (procurare al portatore dell'interesse protetto la medesima utilità attingibile in difetto dell'illecito) ad un minimo (il parente povero della riparazione per equivalente o quello, apparentemente, meno povero ma in compenso tanto più enigmatico, e dogmaticamente indocile, della riparazione in natura).

In realtà, il risarcimento del danno non è né un *minus*, né un *plus*, rispetto alle altre forme di tutela: è proprio un'altra cosa, che funziona secondo regole, e persegue finalità, sue proprie. Dirimente, al riguardo, deve considerarsi quanto osservavo poco sopra, e cioè che l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria è sempre mediata dalla formulazione di un giudizio di responsabilità imperniato sull'ingiustizia del danno, di talché il pregiudizio specificamente preso di mira dal rimedio aquiliano (il danno-perdita patrimoniale) assumerà rilevanza per l'ordinamento e quindi sarà, in concreto, risarcibile solo quando esso si riannodi ad un illecito, ossia alla lesione di un interesse giuridicamente rilevante (per l'appunto, il danno ingiusto). La diversa dislocazione di quest'ultimo (inserito, sia pure in posizione di assoluta eminenza, all'interno di un costruito complesso quale è il giudizio di responsabilità) sta a significare, in modo inequivoco, che qui non si tratta di restaurare le condizioni giuridiche e fattuali di esercizio del diritto, ma di stabilire se esistono i presupposti perché il danno-perdita patrimoniale vada addossato ad un soggetto diverso da colui che l'ha subito, oppure se esso debba rimanere lì dove si è prodotto. È, appunto, alla soluzione di questo problema che mira il giudizio di responsabilità (individuare il responsabile del danno, ossia colui che ne deve rispondere e, dunque, riportare il patrimonio della vittima alla sua precedente configurazione quantitativa — risarcimento per equivalente — o qualitativa — risarcimento in forma specifica; o, in alternativa, escludere che un responsabile vi sia e, dunque, lasciare che sia il danneggiato a subire il costo rappresentato dal decremento del suo patrimonio).

L'abisso che separa la tutela risarcitoria da quella in natura, insuperabile ostacolo a qualsiasi tentativo di avvicinare e confrontare l'una e l'altra, trova proprio nel medio del giudizio di responsabilità, indefettibile nella prima, del tutto estraneo

alla seconda, la sua rappresentazione più evidente. Osservo, per concludere sul punto, che il radicale superamento del paradigma della norma secondaria o, perlomeno, della sua versione più rigida e arcaica, avrebbe dovuto definitivamente emancipare il sistema della responsabilità civile da ogni pericolosa contiguità con la tutela reale: quella contiguità ribadita ad ogni piè sospinto dal legislatore agli artt. 7, 10, 948, 949 ecc. c.c. e che, in combinato disposto, appunto, con la protoforma della teorica della norma secondaria (quella riconducibile all'elaborazione carneluttiana, per intenderci), sembrava assegnare al rimedio aquiliano un irredimibile destino da quinta ruota del carro. Infatti, una volta affermatasi senza incontrare più ostacoli l'idea che il « danno ingiusto » non implichi necessariamente la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella forma del diritto soggettivo assoluto, e neppure nella forma del diritto soggettivo *tout court*, ma solo la lesione di un interesse, comunque, giuridicamente rilevante (donde, per converso, l'ineliminabile nucleo di verità insito nella rappresentazione dell'art. 2043 c.c. come norma secondaria) (11), ni-

(11) Come è noto, in Italia si è diffuso il convincimento secondo cui il « danno ingiusto » integrerebbe gli estremi di una clausola generale, con la conseguenza che il nostro sistema della responsabilità civile rivestirebbe un carattere di atipicità, ovvero che quella di cui all'art. 2043 c.c. sarebbe una norma primaria. La vaghezza di questa formulazione (direttamente proporzionale alla sua formulazione) e la sua parallela inconsistenza teorica sono esemplarmente documentate da Cass. s.u., 11-11-2008 n. 26972 (il celebre arresto che avrebbe dovuto sistemare *für ewig* la controversa materia del danno non patrimoniale: v., *ex multis*, in Giur. it., 2009, 61) ove è dato leggere quanto segue: « sul piano della struttura dell'illecito, articolata negli elementi costituiti dalla condotta tra questa e l'evento dannoso, e dal danno che da quello consegue (danno-conseguenza), le due ipotesi risarcitoria si differenziano in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto. Sotto tale aspetto, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona. La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi

tida sarebbe dovuta emergere la fisionomia di un rimedio del tutto insensibile al modo in cui il diritto oggettivo congegna la

determinati dalle legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona, necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria ». Ora, se le parole hanno un senso, perché l'assunto della S.C. risultasse munito di un qualche fondamento, sarebbe necessario che l'espressione « lesione di un interesse giuridicamente rilevante » (sinonimo di atipicità) e quella « selezione che avviene in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona » denotassero fenomeni diversi: ciò che all'evidenza non è, e non può essere, per ragioni di ordine logico e di ordine storico-culturale. Per ragioni di ordine logico, perché, in un sistema giuridico al vertice del quale trova posto una Costituzione/tavola di valori vincolante per il legislatore e per il giudice, l'opera di concretizzazione di una struttura linguistica come quella consegnata alla formula del « danno ingiusto » passa sempre attraverso l'attingimento e la mobilitazione argomentativa di quei valori che sono anche, ormai, precetti giuridici: sicché, parlare di atipicità presenta, in contesti siffatti, un elevato grado di approssimazione. Dal punto di vista storico-culturale perché la strada che ha portato all'attuale « atipicità » del regime del danno aquiliano patrimoniale non si distingue in nulla da quella che, secondo la riferita opinione delle SS.UU. avrebbe percorso (o starebbe percorrendo) il danno non patrimoniale, posto che la rilevanza di un « interesse giuridico » non oggetto di previo ed espresso riconoscimento da parte del legislatore, sempre trae alimento da quella ricca (se non inesauribile) fonte di trasformazione del « fatto » in « diritto » che è, appunto, la tavola dei valori costituzionali. Insomma, la possibilità offerta dalla nostra Costituzione ai giudici di convertire un valore morale positivizzato in un interesse giuridicamente rilevante e, quindi, in un interesse giuridicamente protetto in quanto giustiziabile in sede aquiliana determina un riposizionamento semantico di locuzioni tipo « norma secondaria », « sistema tipico/atipico » e, finanche, « clausola generale » nel senso che, in un ordinamento nel quale la costituzione è rigida, assiologicamente compromessa e viene implementata da una prassi applicativa solidamente ispirata al canone della *Drittwirkung*, tutte le norme sono secondarie, tutti i sistemi sono tipici e tutte le clausole generali, di fatto, vengono concretizzate attraverso un innesto costituzionale. Semmai, con riguardo alle modalità di approdo al rimedio *ex delicto*, bisognerebbe introdurre una più articolata tassonomia in cui distinguere tra a) interessi giuridicamente protetti ai quali la legge, *aliunde*, accorda la tutela aquiliana e in relazione ai quali, carnaluttianamente, può dirsi che quella di cui all'art. 2043 c.c. sia una norma secondaria *stricto sensu* (è il caso dei diritti assoluti); b) interessi giuridicamente protetti ma non attraverso una espressa previsione del rimedio risarcitorio (ad es., i diritti di credito o anche gli interessi legittimi, almeno fino all'avvento di disposizioni come quella di cui

protezione di quell'interesse in sede sostanziale: dunque, non una tutela minima (formula, a ben vedere, priva di significato) (12) ma generale, nel senso di attivabile per la contestuale presenza, appunto, della lesione di un qualsivoglia bene della vita rilevante *sub specie iuris* e di una perdita patrimoniale a tale lesione collegata (13). La parabola, tuttavia, non è stata

all'art. 35, co. 4, d.lgs. 31-3-1998 n. 80 e, poi, dell'art. 7 co. 1 lett. c), l. 21-7-2000 n. 205, in relazione ai quali, come ovvio, il carattere di norma secondaria dell'art. 2043 c.c. sbiadisce; c) interessi giuridicamente rilevanti che, in principio, non godono di alcuna forma di protezione, ma che le Corti ricavano da indici normativi sparsi nel sistema e poi agglutinati attorno ad una disposizione costituzionale (così è stato per il « diritto » alla salute (art. 32 cost.), per il « diritto » alla riservatezza (art. 2 cost.), successivamente pervenuti, come è noto, ad una esplicita consacrazione legislativa) e, oggi, per il « diritto » ad uno svolgimento sereno ed equilibrato delle relazioni familiari (art. 29 cost.): interessi proprio in relazione ai quali, con buona pace delle sezioni unite, la secondarietà dell'art. 2043 c.c. subisce un ulteriore colpo. Per un puntuale e condivisibile inquadramento del tema v. S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in questa *Rivista*, 2008, 349 ss.

(12) Della tutela aquiliana come di una forma di tutela minima la nostra giurisprudenza di legittimità parla ormai abitualmente. L'unica possibilità di attribuire un senso ad una formula altrimenti imperscrutabile va rintracciata, a mio avviso, nella circostanza che, nel caso degli interessi giuridicamente rilevanti (v alla nt. precedente, *sub c*), la loro conversione in interessi giuridicamente protetti può avvenire soltanto attraverso un allargamento dei confini dell'ingiustizia del danno, non potendosi immaginare, nel programmatico difetto di una previsione di legge *ad hoc*, un accesso per via pretoria a rimedi che, a differenza di quello risarcitorio, hanno quale loro oggetto immediato e diretto la situazione soggettiva lesa. Del resto, se si conviene sull'idea, espressa nel testo, secondo cui quella risarcitoria è, appunto, una modalità di tutela caratterizzata da un diverso posizionamento del diritto (o dell'interesse protetto) che da riferimenti puntuali della misura degradano, per così dire, a misuratori della rilevanza e, quindi, della ristorabilità, del pregiudizio patrimoniale, apparirà chiara la ragione per la quale si può parlare della responsabilità extracontrattuale come di una forma di tutela generale, subordinata cioè alla sola rintracciabilità di un interesse giuridicamente rilevante cui agganciare il risarcimento del danno. Il vero paradosso, tenuto conto anche della lettera dell'art. 2059 c.c., è che le potenzialità strutturalmente espansive del rimedio aquiliano siano state poste al servizio del danno non patrimoniale, fortemente alterando i connotati compensativi del rimedio medesimo: ma questo è un altro discorso, che qui può essere solo accennato.

(13) Merita di essere segnalata l'opinione di recente espressa da F. Pi-

seguita fino in fondo: e se dovessi provare ad indicare cosa vi sia all'origine di questo sentiero interrotto, direi senz'altro quel grande rompicapo, inesauribile fonte di inquinamento concettuale a dispetto dei generosi sforzi delle nostre supreme magistrature, che va sotto il nome di danno non patrimoniale.

2. Lo schizzo sommariamente tracciato nel paragrafo precedente è monco, almeno secondo l'impostazione corrente, di quella che di Majo chiama tutela satisfattiva (14). La tutela satisfattiva è quella che, per definizione, presidia i diritti di credito ed è anche l'unica, tra quelle sin qui evocate, alla quale, come ho già osservato, più propriamente si addica il connotato della specificità. Ciò può apparire paradossale perché, almeno secondo un modo di vedere ancora oggi diffuso, le situazioni soggettive a carattere relativo soffrirebbero di una strutturale debolezza a fronte di quelle a carattere assoluto, dipendendo

rano, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, 220 del dattiloscritto, secondo la quale, nel caso della responsabilità extracontrattuale, « la corrispondenza biunivoca tra rimedio e situazione soggettiva riceve una clamorosa smentita, tanto più se si accoglie l'idea della sua struttura atipica in connessione con la natura di clausola generale dell'ingiustizia del danno ». Ora, premesso che in punto di metodo del tutto condivisibile appare l'esigenza da cui muove l'autore., che è quella di ribadire, contro letture corrivamente funzionalistiche della prospettiva dei rimedi, la intangibilità logica del legame che passa tra questi ultimi e le correlative situazioni di vantaggio, nel merito assai meno persuasiva risulta l'idea che la tutela aquiliana si sottrarrebbe a quel paradigma; non nel senso che questo non sia vero, ma nel senso che questo rappresenti, come invece sostiene Piraino, una smentita al paradigma medesimo. Infatti, come dico nel testo, il punto di ricaduta della tutela delittuale è individuato dal danno-perdita patrimoniale, mentre il danno ingiusto (l'interesse giuridicamente protetto, la situazione soggettiva) svolge qui il diverso ruolo di misuratore della rilevanza (e, quindi, della risarcibilità) del « primo » danno. Quindi, l'A. coglie bene il fenomeno nella sua essenza, ma lo inquadra secondo uno schema (quello dell'eccezione, o della smentita, alla regola) che implica una visione contenutistica dell'universo delle tutele dentro la quale, ancora una volta, guarda caso, il rimedio aquiliano troverebbe posto, sì, ma con tratti di assoluta originalità. Ogni (presunta) anomalia viene, viceversa, superata là dove si acceda all'idea che le varie epifanie della tutela giurisdizionale si lascino ricondurre a due distinti generi, tra di loro non eguagliabili.

(14) A. di Majo, *La tutela civile dei diritti* (Milano 2003), 50-53.

l'attuazione dell'interesse del creditore dalla necessaria cooperazione del debitore. Debbo dire che questo modo di vedere mi ha sempre lasciato abbastanza perplesso: non solo a causa della mia, già rammentata, fedeltà all'idea che le mele e le pere non si lascino confrontare, ma anche perché, sotto il profilo giuspolitico o, meglio, della politica della costruzione giuridica, la (presunta) debolezza dei diritti di credito è stata strumentalmente invocata proprio per deprimerne il coefficiente di effettività in punto di tutela giurisdizionale: e ciò perfino al cospetto di un dato normativo inequivoco come quello che emerge dagli artt. 2930-2933 c.c. (15). In altri termini: se nasci imperfetto, perché dipendi dalla volontà e dall'operato di altri, non puoi pensare di supplire a quella congenita imperfezione attraverso il *medium* della giurisdizione, la quale, viceversa, darà il meglio di sé solo a chi è già forte e autosufficiente (ovvero, ai diritti assoluti).

Questa visione, si direbbe eugenetica, dei diritti e dei correlativi rimedi documenta in modo esemplare a quali autentiche perversioni può mettere capo non tanto un uso ideologico della dogmatica ma la sua feticizzazione: processo all'esito del quale essa non è più il mezzo, ma il fine, il valore assoluto da preservare ad ogni costo, perfino dalle improvvisazioni di un legislatore dipinto come bizzarro ed incapace. È ovvio, infatti, che negare ai diritti di credito la possibilità di essere attuati coattivamente, significa trasformare l'obbligazione da semplice (quale è di regola) in alternativa, nel senso che il debitore potrà sempre liberarsi o eseguendo la prestazione individuata dal titolo, o corrispondendo il suo equivalente monetario, più (forse) i danni propriamente intesi. Se le cose stessero così, però, bisognerebbe trarne tutte le conseguenze anche dal punto di vista della costruzione del rapporto obbligatorio, la cui forza vincolante verrebbe, nella sostanza, circoscritta entro l'orizzonte disegnato dagli artt. 1218 e 2740 c.c. Questa conclusione, però, è palesemente assurda: e non perché si ponga in contrasto con una presunta istanza di moralità del diritto (il

(15) Il più autorevole esponente di questa linea di pensiero, come è noto, è stato S. Satta, *L'esecuzione forzata*, Tratt. dir. civ. diretto da Vassalli (Torino 1963), passim.

quale, al pari della politica, fissa a sé stesso, in piena autonomia, i limiti di ciò che è giusto e di ciò che è ingiusto e che, dunque, in teoria potrebbe benissimo consegnare all'interprete un modello di obbligazione strutturalmente alternativa), ma perché si pone in contrasto con due limpidi dati normativi: la forza di legge assegnata al contratto (e, dunque, anche ai contratti con efficacia puramente obbligatoria) dall'art. 1372, co. 1, c.c. (16); e la previsione dell'art. 1218 c.c. a mente del quale l'obbligazione risarcitoria viene in essere solo quando la prestazione originaria sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore.

In particolare, la disposizione richiamata da ultimo vale a fugare ogni dubbio circa la priorità dell'adempimento in natura, priorità, in primo luogo temporale giacché, appunto, soltanto *dopo* il sopraggiungere dell'impossibilità il debitore sarà tenuto a risarcire il danno. È evidente che la sequenza delineata dall'art. 1218 c.c. è radicalmente incompatibile con un'ipotetica alternatività dell'obbligazione giacché, viceversa, a tacer d'altro, se ne avrebbe che, perdurando la possibilità della prestazione originaria, ma non potendo quest'ultima essere coattivamente richiesta dal creditore, questi dovrebbe con cristiana rassegnazione attendere il sopravvenire dell'impossibilità imputabile per esperire, finalmente, il rimedio risarcitorio.

Ben s'intende, però, che il primato temporale dell'adempimento in natura è anche il suo primato normativo, né potrebbe essere altrimenti, salvo, appunto, incorrere nel paradosso del creditore impotente. Dal punto di vista del legislatore del '42, in altri termini, la modalità propria di attuazione dell'interesse creditorio è rappresentata dall'attingimento della

(16) A differenza di quanto osserva Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* cit., 178, la forza di legge riconosciuta al contratto dall'art. 1372, co. 1 c.c. si estende anche ai suoi effetti: si consideri, infatti, tra l'altro, che, se così non fosse, in base a quanto previsto dall'art. 1362, co. 2 c.c., la mancata esecuzione della prestazione, per un verso, integrerebbe, ove imputabile, gli estremi dell'inadempimento, mentre, per altro verso, potrebbe, in linea teorica, essere interpretata alla stregua di un comportamento inteso a privare il contratto della sua vincolatività. Proprio per evitare simili antinomie, è necessario postulare una lettura unitaria della disposizione richiamata, che non separi artificiosamente efficacia ed effetti del contratto.

prestazione consacrata nel titolo, configurandosi il c.d. risarcimento del danno non come alternativo, bensì come succedaneo ad essa. Naturalmente, quel primato, per inverarsi, necessita di un robusto apparato di misure giurisdizionali, in grado di far ottenere coattivamente al creditore quanto questi avrebbe dovuto ricevere spontaneamente dal debitore. La circostanza che, talora, il diritto positivo non sia, o non sia stato, sempre all'altezza del compito di colmare la distanza che separa il primato declamato dal primato inverato fu strumentalizzata allo scopo di ricacciare il credito, in quanto situazione di vantaggio inemendabilmente debole, nel limbo della tutela solo risarcitoria. Trattasi, però, come già detto, di posizioni a partire dalle quali, posta una pessima dogmatica al servizio di una discutibile ideologia (discutibile, sia chiaro, al pari di tutte le ideologie), si è consumato un autentico tradimento del vincolo di fedeltà che lega l'interprete al testo di legge: tradimento la cui principale vittima è risultato essere proprio il principio dell'adempimento in natura (17).

(17) È opportuno precisare che, così come non esiste un'ontologica debolezza dei diritti di credito destinata a tradursi nella ineluttabile loro conversione in pretese puramente risarcitorie, neppure si dà una ontologica vocazione del credito alla sua realizzazione in natura. L'ago della bilancia è il diritto positivo: e da questo punto di vista la novità rappresentata dagli artt. 2930-2933 c.c. (e della correlativa disciplina processualistica) è davvero emblematica. Si consideri, infatti, che l'art. 1218 del codice civile del 1865, al pari dell'art. 1218 c.c. vigente, sanciva in modo netto il primato dell'adempimento in natura (« chi ha contratto un'obbligazione, è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento del danno »). Tuttavia, come è stato giustamente osservato (S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare* (Napoli 1978), 65 « la rilevanza sistematica di questa norma (i.e.: l'art. 1218), la quale sembra elidere la brusca riproposizione del principio *nemo ad factum praecise cogi potest*, contenuta nell'art. 1142 *cod. civ.*, è subito neutralizzata, peraltro, dall'articolarsi della disciplina (artt. 1220 e 1222) in modo decisamente conforme al dettato degli artt. 1143 e 1144 *code civ.* ». Ora, per quanto le disposizioni in materia di esecuzione in forma specifica introdotte dal codice civile e dal codice di procedura civile nuovi non abbiano risolto in modo definitivo il problema dell'attuazione coattiva degli obblighi di fare e non fare (specie a causa della mancata previsione di misure di coazione indiretta: v. sempre Mazzamuto, *L'attuazione* cit., 95 ss., è fuor di dubbio che la loro semplice presenza in seno all'ordinamento, saldandosi al canone enunciato dall'art. 1218 (che esprime una regola ben diversa da

Queste posizioni occupano uno spazio sempre più residuale nel nostro panorama culturale: esse, infatti, hanno subito, prima, un progressivo ridimensionamento sul piano scientifico, nel torno di tempo in cui la battaglia per la tutela reale del credito era una bandiera progressista; poi, più di recente, a seguito dell'infittirsi di segnali provenienti dalla legislazione e tutti univocamente orientati nel senso di un rafforzamento del grado di effettività dell'adempimento in natura. Tuttavia, prima di affrontare questo aspetto del problema, vorrei, sia pure brevemente, riprendere le fila del discorso in ordine alla collocazione della tutela del credito nel quadro del più generale sistema delle tutele.

Più sopra ho detto che la tutela satisfattiva (ovvero quella che, a questo punto, potremmo definire come la forma di tutela intesa a garantire giurisdizionale effettività al principio dell'adempimento in natura) incarna l'essenza stessa della tutela specifica: questo, almeno, nella prospettiva tradizionale, secondo la quale, come abbiamo visto, un rimedio è tanto più specifico quanto più è in grado di vicariare, nel risultato finale, il fisiologico evolversi delle relazioni sociali. In realtà, come ho già avuto modo di chiarire, tutti i rimedi sono egualmente specifici perché tutti, in pari misura, tarati sulla specifica tipologia di pregiudizio cui debbono dare risposta: e ciò è vero anche per la forma di tutela in discorso, dove la perfetta coincidenza di attuazione coattiva dell'interesse giuridicamente protetto ed eliminazione dell'illecito è il portato (e anche l'indice più chiaro) della struttura relazionale all'interno della quale si colloca l'aspettativa creditoria. Infatti, nel caso del diritto assoluto, l'attuazione dell'interesse protetto dipende solo dall'eser-

quella tassativamente preclusiva formulata dagli artt. 1136 e 1142 *code civil*) fa decisamente muovere il pendolo in direzione dell'adempimento in natura, senza che, a tal fine, sia neppure necessario invocare la stampella offerta dall'art. 24 cost. Il fatto che ciò non sia accaduto e che, anzi, contro questi inevitabili sviluppi del sistema si sia opposta una lunga e pervicace resistenza fondata su argomenti inconsistenti come quello della genetica inferiorità dei diritti di credito rispetto ai diritti assoluti, o come quello, mediato dal feticcio dell'infungibilità, della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata, è, appunto, il segno di un oltranzismo ideologico che, come ho già detto, eleva la conservazione del dogma alla dignità di valore assoluto.

cizio delle prerogative di cui è investito il titolare, sicché tutto quello che può accadere a quest'ultimo è di non poter godere del bene; viceversa, nel caso del diritto di credito, l'attuazione dell'interesse protetto passa attraverso la cooperazione del debitore, il quale, dunque, là dove si astenga dall'adempiere, è in grado di frustrare *recta via* il soddisfacimento di quell'interesse. In altri termini, il titolare di un diritto assoluto è, rispetto ai terzi, portatore di un interesse strumentale, o, per così dire, di secondo grado, alla conservazione del bene, donde il tratto propriamente ripristinatorio che connota qui la c.d. tutela specifica; il titolare di un diritto relativo è portatore, nei confronti del debitore, di un unico interesse, quello alla ricezione della prestazione, donde il carattere *stricto sensu* satisfattivo della c.d. tutela specifica a presidio del credito.

Ciò non toglie, peraltro, che anche quest'ultima (la variante satisfattoria della c.d. tutela specifica) si lasci ricondurre, insieme con la variante ripristinatoria della medesima, al primo dei due segmenti in cui si articola l'universo delle tutele. L'elemento comune è rappresentato dalla circostanza che, in entrambi i casi, l'illecito pregiudica, direttamente, o anche indirettamente, come è visto, l'interesse che l'ordinamento aveva inteso proteggere mediante l'attribuzione del diritto: sicché, a differenza di quanto accade con il rimedio risarcitorio, non vi è spazio qui per la formulazione di alcun giudizio di responsabilità, esaurendo la lesione del diritto il novero degli elementi di cui si compone il fatto antigiuridico.

3. Come è noto, la tutela del credito, oltre che satisfattoria, è anche risarcitoria. Ed è su quest'ultima che vorrei brevemente soffermarmi prima di tornare al tema assegnatomi.

Si rammenterà che proprio dall'art. 1218 c.c. emerge un'indicazione univoca in ordine alla primazia dell'adempimento in natura, posto che l'obbligazione risarcitoria è destinata a sorgere soltanto quando l'inadempimento (o il ritardo) dipendano da impossibilità della prestazione imputabile al debitore. In altri termini, fino a quando la prestazione sia oggettivamente possibile (ovvero fino a quando l'interesse del creditore permanga nonostante il ritardo imputabile), l'unico rime-

dio esperibile sarà quello specifico (l'azione di adempimento, come la chiama l'art. 1453, co. 1 c.c.).

Dunque, qui, la tutela risarcitoria è veramente un succedaneo: non so se questo significhi che sia anche una tutela generica, e, dunque, almeno secondo un certo vocabolario corrente, munita di un minore grado di effettività (non lo credo, per le ragioni che proverò ad indicare nel prosieguo del discorso): ma, certamente, si tratta di un rimedio attraverso il quale il creditore ottiene qualcosa che differisce profondamente dalla prestazione originaria. Il legame così stretto con quest'ultima (che, appunto, prende corpo nel carattere di marcata succedaneità del rimedio), tuttavia, vale a distinguere nettamente il risarcimento del danno contrattuale dal risarcimento del danno aquiliano. Di regola, quando si tratta di segnare la linea di demarcazione tra le due figure, l'accento viene fatto cadere sui diversi presupposti sui quali poggia l'obbligazione risarcitoria, nell'un caso e nell'altro: la presenza (responsabilità *ex contractu*) o l'assenza (responsabilità *ex delicto*) di un preesistente rapporto obbligatorio. L'enfasi posta su questo elemento, per così dire, sovrastrutturale — perfettamente giustificata alla luce della incontenibile bulimia rivelata dall'illecito aquiliano negli ultimi decenni — rischia, però, di occultare o, comunque, di far passare in secondo piano, le profondissime differenze strutturali che separano le due forme di responsabilità.

La prima delle quali deve rinvenirsi, a mio avviso, in ciò che, nella prospettiva del danno contrattuale, l'interesse giuridicamente protetto (il diritto di credito) torna ad essere l'immediato referente dell'illecito, al punto tale che qui ben può dirsi che l'ingiustizia del danno sia *in re ipsa*. In altri termini, ai fini della formulazione del giudizio di responsabilità, non sarà necessario in alcun modo verificare preliminarmente e strumentalmente che il danno-perdita patrimoniale si ricolleggi alla lesione di un interesse giuridicamente protetto (ossia, ad un danno ingiusto), perché questo passaggio è assorbito dalla strutturale illiceità dell'inadempimento il quale è, né potrebbe essere altrimenti, immediata lesione del diritto di credito. Certo, un siffatto modo di atteggiarsi dell'ingiustizia del danno è solo un altro modo di declinare, dall'interno dell'obbligazione, l'impianto relazionale del vincolo, riproponendo

così, in definitiva, la distinzione fondata sull'esserci, o sul non esserci, di un rapporto preesistente. Tuttavia, il mutamento di prospettiva rende più agevole cogliere una spiccata torsione in senso satisfattivo della misura compensativa, allorché essa venga programmaticamente asservita alla tutela di una specifica situazione di vantaggio: e ciò perché, nell'ipotesi in esame, l'obiettivo fondamentale del risarcimento del danno è quello di procurare al creditore, sia pure per equivalente, la stessa utilità che gli sarebbe pervenuta per il tramite della prestazione originaria.

Insomma, quello che voglio dire è che mentre il danno extracontrattuale è figlio della contingenza, il danno contrattuale è figlio della necessità: l'interferenza dello *jeder* nell'altrui sfera giuridica non sempre mette capo ad un danno-perdita patrimoniale e, comunque, la rilevanza di quest'ultimo e, quindi, la sua risarcibilità, dipenderanno dal suo essere frutto della parallela lesione di un interesse giuridicamente protetto, interesse di cui spetta al giudice accertare l'esistenza (18); viceversa, l'inadempimento imputabile è sempre sinonimo di danno ingiusto, come testimoniato, al contempo, dal rachitismo che affligge, qui, il giudizio di responsabilità (sostanzialmente esaurito dall'accertamento della imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta), e dalla levità dell'onere probatorio gravante sul creditore (19).

Da quanto precede discende che, almeno per quel che

(18) Secondo le modalità che ho provato ad indicare *supra*, nt. 11.

(19) Come è noto, secondo Cass. s.u., 30-10-2001 n. 13533, Foro it., 2002, I, 769, « in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa ». Quando, però, si tratti di provare non semplicemente l'inadempimento ma il danno (da intendersi, evidentemente, come perdita patrimoniale, le distanze tra le due forme di responsabilità si azzerano perché, come osserva Cass., 18 marzo 2005 n. 5960, in Foro it., Mass., 2005, 587) l'onere che grava sul creditore di provare l'effettiva esistenza del danno non è diverso da quello che incombe su colui che faccia valere una responsabilità extracontrattuale.

concerne la frazione ideale corrispondente al valore della prestazione (la c.d. *aestimatio rei*), la misura contemplata dall'art. 1218 c.c. non riveste un carattere propriamente risarcitorio, perché essa non mira al ristoro di un danno, quanto piuttosto al procacciamento di un utile o, per essere più precisi, alla erogazione di una risorsa destinata ad incidere, oramai solo in senso quantitativo (là dove la prestazione originaria avrebbe inciso in senso qualitativo) sulla composizione e sulla fisionomia del patrimonio del creditore (20). A me pare che, da questo punto di vista, il rimedio in discorso obbedisca ad una logica non molto dissimile da quella che vediamo all'opera all'art. 948 c.c., dove si prevede che il convenuto, allorché abbia cessato, per fatto proprio, di detenere o possedere la cosa « è obbligato a ricuperarla per l'attore a proprie spese o, in mancanza, a corrispondergliene il valore, oltre a risarcirgli il danno »; o, ancora, all'art. 2037, co. 2 c.c., a mente del quale « se la cosa è perita, anche per caso fortuito, chi l'ha ricevuta in mala fede è tenuto a corrisponderne il valore »: infatti, in tutti questi casi (compreso, appunto, quello avuto presente dall'art. 1218 c.c.), l'equivalente pecuniario della cosa (o della prestazione) va, puramente e semplicemente, a prendere il posto che, nella geografia del patrimonio dell'avente diritto, occupava (o avrebbe occupato) il bene ormai perito o, comunque, non più recuperabile: ciò che appare irriducibile alla *ratio* propria del rimedio risarcitorio nella prospettiva del quale il patrimonio del danneggiato si rappresenta sempre alla stregua di un'entità statica, predefinita e, fondamentalmente, nel senso che proverò a chiarire da qui a breve, indifferenziata (21).

Si potrebbe obiettare che il richiamo alle norme in materia di azione di rivendicazione e di ripetizione dell'indebitato è improprio, visto che qui la corresponsione del valore venale della cosa vicaria l'adempimento di un obbligo restitutorio che non sarebbe mai sorto se la cosa medesima non si fosse già ra-

(20) Sul risarcimento del danno contrattuale, sia pure in una diversa prospettiva, v., da ultimo, P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi* (Milano 2010), 110 s.

(21) Rilievi in parte analoghi formula C. Castronovo, *Il risarcimento del danno. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?* (Padova 2006) 94.

dicata nella sfera giuridico-patrimoniale della controparte: là dove, viceversa, il c.d. risarcimento del danno contrattuale surroga un'utilità di cui il creditore, sino a quel momento, non ha mai goduto. In realtà, la distanza che separa i due casi è, almeno per quanto qui interessa, soltanto apparente: è questo per due ragioni. La prima è che, sebbene sia vero che il patrimonio del creditore è ancora vergine dell'utilità che avrebbe dovuto garantirgli la prestazione originaria, è altresì vero che la sua illibatezza non è integrale perché già, in una certa misura, pregiudicata dalla presenza del credito il quale costituisce un cespite a tutti gli effetti, come testimoniato, *ad abundantiam*, dalla sua tutelabilità *ex art.* 2043 c.c., dalla sua spiccata attitudine circolatoria (art. 1260 ss. c.c.), dalla sua pignorabilità (art. 543 c.p.c.), dal suo essere oggetto di pegno (artt. 2784, co. 2 e 2805 c.c.) e, ancora, dalla disciplina civilistica del bilancio. Intendo dire che, fin dal momento del sorgere dell'obbligazione, nel patrimonio del debitore si radica una posta attiva (il diritto di credito) cui corrisponde un valore economico costante, in origine individuato attraverso il *medium* della prestazione oggetto dell'obbligazione, successivamente (ma solo quando prenda corpo lo scenario evocato dall'art. 1218 c.c.) attraverso un equivalente monetario. In questo senso, quindi, il "risarcire" *ex contractu* è sempre anche un "restituire", nel senso di ripristinare un assetto patrimoniale che incorpora già, sia pure nella forma ideale del diritto soggettivo, l'utilità poi, in concreto, erogata dal debitore. Ciò, del resto, è una conseguenza del fatto che, per quanto trasformato in un *entitlement*, un valore economico rimane pur sempre un valore economico: e una volta acquisito al patrimonio di un soggetto, esso non potrà che riacquisire, per qualche via, la sua originaria materialità, pena l'insensatezza stessa di buona parte dell'impresa giuridica.

Da questo punto di vista, e solo da questo punto di vista, beninteso, le diverse tipologie di diritti soggettivi tendono irresistibilmente ad eguagliarsi: tanto i diritti di credito, quanto i diritti reali assolvono sempre alla basilare funzione di assicurare al titolare l'utile già attribuitogli dalla legge proprio attraverso il riconoscimento del diritto. Il modo in cui questo può avvenire varia a seconda che la cosa dalla quale quell'utile dovrà essere ricavato sia ancora esistente oppure no. Nel primo

caso i diritti operano come modalità di legittimazione di comportamenti coerenti con il fine di cui si diceva dianzi: donde il diverso contenuto dei diversi diritti che, talora, facultano il titolare a godere o a disporre della cosa, talora lo abilitano a pretendere che altri gli procuri il bene della vita atteso. Ma quando la cosa perisce, e di quel perimento sia dato individuare un responsabile, allora l'utile specifico si converte nel suo equivalente monetario, senza che per ciò solo si abbia un fenomeno di decadimento (in senso fisico) della qualità del diritto, il quale conserva immutata, e immutabile, la sua identità di titolo idoneo a giustificare l'acquisizione di un pezzo più o meno grande della ricchezza universale. In altri termini, l'idea che le vicissitudini della cosa investano anche il diritto, trasformandolo, da quello che era in origine (ovvero, ripeto: cespiti patrimoniale e modalità di procacciamento e conservazione di un utile) in un *minus* (la pretesa risarcitoria) è chiaramente frutto di una svista: come dimostrato, tra l'altro, dalla circostanza che questa magica conversione lascerebbe, comunque, intoccato il regime della prescrizione, nel senso che come l'azione per i « danni » contrattuali si prescriverà in dieci anni, al pari del diritto di credito, anche l'azione intesa ad ottenere la corresponsione del valore venale della cosa perita sarà imprescrittibile, al pari del diritto di proprietà.

Si consideri, poi, che il diritto al valore venale della cosa andata distrutta di cui agli artt. 948 e 2037, co. 2, c.c., indipendentemente dalla sua ultima *ratio* giustificatrice (ad es., il dominio sulla cosa medesima), si presenta pur sempre nella forma del credito: ciò che, a mio parere, contribuisce in misura decisiva ad accorciare, fino ad eliminarle, le distanze che separano il « restituire » dal « risarcire », per effetto, appunto, della irresistibile forza d'attrazione esercitata dal paradigma obbligatorio, ma anche a causa della parallela energia livellatrice spiegata dal modello dei diritti come ricchezza, sia pure soltanto in esponente, già acquisita al patrimonio, e come modalità di effettiva acquisizione della concreta utilità di cui ciascun diritto rappresenta la forma idealizzata.

Dunque, il rimedio *ex art.* 1218 c.c. è, nella sua essenza più intima, estraneo al piano della tutela risarcitoria: esso, infatti, è solo la seconda epifania giurisdizionale (la prima dovendosi rinvenire, per le ragioni indicate più sopra, nell'azione

di adempimento) di quel medesimo diritto che avrebbe dovuto assicurare al creditore l'utilità originariamente contemplata dalla fonte del rapporto, ora non più attingibile a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (22).

La ricostruzione proposta offre il fianco, tra le altre, a due obiezioni particolarmente incisive. La prima è questa: perché, ci si potrebbe legittimamente chiedere, al rimedio inteso ad ottenere l'equivalente monetario della prestazione ormai divenuta impossibile dovrebbe essere negata natura risarcitoria, mentre non sussistono dubbi in ordine alla circostanza che se lo *jeder* distrugge l'automobile di Caio, ciò comporterà a carico del danneggiante l'insorgere di un'obbligazione di carattere sicuramente risarcitorio? La seconda, invece, può essere formulata nei termini seguenti: come si concilierebbe l'indole ipoteticamente non risarcitoria del rimedio contemplato dall'art. 1218 c.c. con la indefettibile presenza di un giudizio di responsabilità che, come ho già avuto modo di osservare, individua il *proprium* della tutela risarcitoria, sia pure nella sua declinazione aquiliana, in contrapposizione alla forma di tutela c.d. specifica?

La risposta al primo quesito è contenuta, sia pure soltanto *in nuce*, in un passaggio precedente del mio ragionamento, là dove avevo scritto che nella prospettiva del rimedio risarcitorio il patrimonio del danneggiato si rappresenta sempre alla stregua di un'entità statica, predefinita e, fondamentale, indifferenziata. Ecco, a mio avviso, il punto è esattamente questo: il rimedio aquiliano guarda al patrimonio come ad un'entità indifferenziata, ad una pura e semplice somma aritmetica di valori economici (di cespiti) che hanno sostanzialmente

(22) Molto bene Trib. Roma, 16-1-2006, Giur. it., 2007, 877, secondo cui « il danno emergente non può essere configurato con il semplice raffronto fra quello che sarebbe stato il patrimonio netto del creditore se il debitore avesse adempiuto, e quello che appare nel caso di inadempimento, in quanto in tal modo verrebbe inclusa nel concetto di danno anche la prestazione che, invece, costituisce un *prius* logico rispetto al danno ed è da esso distinta, come la causa è distinta dall'effetto; il danno emergente costituisce invece un *quid pluris* eventuale rispetto alla prestazione rimasta inadempita, ed è rappresentato dal *vulnus* ulteriore inferto al patrimonio del creditore a causa del mancato pagamento ».

smarrito il loro legame con la specifica utilità di cui il diritto rappresenta, come abbiamo visto, la traduzione ideale. Questo fenomeno trova, in seno al dispositivo della responsabilità civile, un triplice riscontro. Il primo, sul quale ci siamo già soffermati, è che, in ambiente aquiliano, il diritto soggettivo (o, più comprensivamente, l'interesse giuridicamente protetto) viene in considerazione solo come misura, o test, di rilevanza (e, dunque, di risarcibilità) della perdita patrimoniale provocata dall'interferenza in tesi illecita, non costituendo, viceversa, l'oggetto immediato della tutela.

Proprio il ruolo svolto dal diritto nell'economia del giudizio di responsabilità sta ad indicare come debba ritenersi coesistente alla logica del risarcimento propriamente intesa la separazione, anzi, la frattura tra il titolo giuridico (che, qui, opera soltanto come momento fondativo della pretesa risarcitoria) e la prestazione dovuta dal danneggiante che, in nessun senso, si può dire attuativa dello specifico interesse a suo tempo consacrato dalla legge attraverso il riconoscimento del diritto, limitandosi essa, viceversa, a ripristinare l'equilibrio patrimoniale alterato dall'illecito. Si spiega, altresì, sempre in questa prospettiva, la ragione per la quale, alla fine, il modello (di computo) del danno più in linea con le finalità proprie dell'istituto della responsabilità civile si sia rivelato quello consegnato dalla *Differenztheorie*: la quale, appunto, del danno extracontrattuale cattura molto bene la dimensione essenzialmente contabile. Infine, non è certamente un caso che, a quasi settant'anni dall'entrata in vigore del codice civile, dottrina e giurisprudenza non soltanto non siano ancora riuscite a dare una compiuta fisionomia alla riparazione in natura dell'art. 2058 c.c., ma, addirittura, abbiano, per lo più, approntato risposte che spingono la misura in esame verso territori molto lontani da quello del risarcimento del danno (23): e ciò si spiega pro-

(23) In giurisprudenza è massima consolidata quella secondo cui « l'art. 2058, co. 2 c.c., che prevede la possibilità di ordinare il risarcimento del danno per equivalente anziché la reintegrazione in forma specifica, in caso di eccessiva onerosità di quest'ultima, non trova applicazione nelle azioni intese a far valere un diritto reale la cui tutela esige la rimozione del fatto lesivo, come quella diretta ad ottenere la riduzione in pristino per vio-

prio a causa della insuperabile refrattarietà del danno aquiliano ad incorporare valori idiosincratici, la considerazione dei quali implica la perduranza del nesso che lega il diritto-titolo alla specifica utilità da quest'ultimo assicurata. Di contro, è parimenti molto indicativo che il legislatore del '42 si sia ben guardato dal riproporre l'alternativa in materia contrattuale dove quel nesso è *in re ipsa* e dove l'equivalente monetario della prestazione può entrare in gioco solo quando quest'ultima sia divenuta impossibile: sicché il ritorno sulla scena di un'ipotetica riparazione in natura, una volta resasi impraticabile la strada dell'adempimento in natura, risulterebbe poco comprensibile (24).

Veniamo ora alla seconda, possibile obiezione. Più sopra avevo osservato come un tratto distintivo della tutela aquiliana dovesse ravvisarsi nella circostanza che qui l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria è sempre mediato dalla formulazione di un giudizio di responsabilità, là dove, viceversa, i vari (dal punto di vista contenutistico) obblighi che conseguono all'utile esercizio di un rimedio reale (si tratti di un'azione inibitoria, restitutoria o ripristinatoria) non passano affatto attraverso l'accertamento di una responsabilità del soggetto tenuto a porre fine alla condotta lesiva, a restituire la *res* illecitamente sottratta, a ripristinare lo stato di cose illegittimamente alterato. E, in effetti, posto che l'obbligazione di cui all'art. 1218

lazione delle norme sulle distanze, atteso il carattere assoluto del diritto leso » (Cass., 1-8-2003 n. 11744, Foro it., Rep., 2003, Danni civili [2020], n. 259). Questa torsione in senso reale del risarcimento in forma specifica del danno extracontrattuale fa il paio con quella giurisprudenza la quale, in materia di risarcimento del danno contrattuale, pone la riparazione in natura di cui all'art. 2058 c.c. in alternativa con l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di non fare (Cass., 17-2-2004 n. 3004, ivi, 2004, Danni civili [2020], n.281). In dottrina, un radicale espunto della misura in oggetto dall'area del risarcimento si deve a M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, Processo e tecniche cit., I, 338 s.

(24) Sul punto v. le osservazioni di A. Nicolussi *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in questa *Rivista*, 2003, 568, nel quadro di un esame critico della nota tesi di Castronovo secondo cui l'azione di esatto adempimento integrerebbe gli estremi del risarcimento in forma specifica (Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 808 s., con repliche ad alcuni critici tra i quali lo stesso Nicolussi).

c.c. è subordinata alla imputabilità al debitore della sopravvenuta impossibilità della prestazione, sembra proprio che anche in questo caso la fattispecie produttiva del vincolo incorpori un giudizio di responsabilità.

Quindi, la tesi da me sostenuta, secondo cui la corresponsione dell'equivalente pecuniario della prestazione originaria divenuta impossibile si pone in perfetta continuità con quest'ultima urterebbe senza scampo contro quell'elemento di rocciosa discontinuità rappresentato, appunto, dalla necessità di individuare un responsabile. Sebbene l'obiezione sia certamente molto seria, non mi pare, tuttavia, che essa sia in grado di revocare in dubbio il senso del mio ragionamento. Vediamo perché. In primo luogo, l'ho già detto, quello formulato sulla scorta dell'art. 1218 c.c. è un giudizio di responsabilità affetto da una grave forma di rachitismo, nella misura in cui esso, per un verso, è sostanzialmente amputato del segmento relativo all'ingiustizia del danno giacché quest'ultima è *in re ipsa*; e, per altro verso, non conosce altro criterio di imputazione se non quello in assoluto più severo, ovvero quello che consente al debitore di liberarsi solo attraverso la prova del caso fortuito o della forza maggiore (c.d. responsabilità oggettiva). Ma v'è di più. Si consideri, infatti, che il diritto del creditore è destinato ad estinguersi, insieme con tutta l'obbligazione, allorché la prestazione diventi impossibile per causa non imputabile al debitore (art. 1256 c.c.). Orbene, è questa la regola che, a voler essere rigorosi, incrina una lettura in termini di pura causalità materiale del dispositivo della tutela soddisfattoria la quale, a voler sposare una prospettiva, per così dire, oggettiva al quadrato, dovrebbe essere del tutto insensibile alle vicende della prestazione naturalisticamente intesa. Viceversa, l'ordinamento individua un limite alla sopravvivenza del diritto nella perdurante possibilità della prestazione, con la conseguenza che venuta meno questa viene meno anche quella: *simul stabunt, simul cadent*.

In altri termini, la sopravvenuta indisponibilità della prestazione pone l'ordinamento di fronte all'alternativa tra l'estinzione del diritto o la sua conservazione sotto la specie di pretesa all'equivalente monetario della prestazione medesima. Ora, dal punto di vista di un'adesione incondizionata alla logica propria della tutela reale, la soluzione dovrebbe essere la

prima; mentre, invece, come si è visto, attraverso il disposto dell'art. 1256 c.c., il legislatore opta per la seconda, addossando al creditore il rischio del fortuito, in pari tempo introducendo il correttivo rappresentato dall'art. 1218 c.c. che, viceversa, autorizza la conversione del diritto alla prestazione originaria nel diritto al valore venale di quest'ultima. È bene avere presente che questa regola ha una portata generale come ampiamente dimostrato dalla sorte del tutto analoga cui va incontro il diritto di proprietà — già declassato a diritto al valore venale della cosa — allorché il convenuto abbia cessato di possedere o detenere quest'ultima per un fatto non proprio (v., *a contrario*, l'art. 948, co. 1 c.c.).

Se si vuole, quindi, potrà continuare a ravvisarsi nell'architettura disegnata dall'art. 1218 c.c. i tratti di un giudizio di responsabilità propedeutico all'applicazione di una misura risarcitoria: dovrà, tuttavia, ammettersi che, sia per la sua struttura (enormemente semplificata rispetto a quella esibita dal suo omologo aquiliano), sia per la sua funzione (che è soltanto quella di temperare gli effetti di una scelta sistemica divaricata dalla *ratio* profonda della tutela reale ed ispirata, piuttosto, ad una valutazione di tipo economicistico), esso è molto lontano dal giudizio di responsabilità *ex art. 2043 c.c.* e in tale distanza si riflette tutto quello che di non schiettamente risarcitorio è presente, per le ragioni che si sono dette, nel c.d. risarcimento del danno contrattuale.

Beninteso, l'inadempimento, oltre a porsi in diretto contrasto con il diritto del creditore e, quindi, ad integrare *ex se* gli estremi del danno ingiusto, è anche fonte di danni-conseguenza, ovvero danni-perdita patrimoniale, in senso stretto. Mi riferisco, in primo luogo, a quella frazione della perdita subita dal creditore equivalente ai costi sopportati onde procurarsi la prestazione poi non ricevuta; ma anche l'intero mancato guadagno causato dall'impossibilità di mettere a profitto l'utilità che la prestazione medesima avrebbe dovuto assicurare. Ora, rispetto a questa tipologia di pregiudizi, il giudizio di responsabilità riacquista, almeno in parte, la ragion d'essere sua propria: anche se, naturalmente, sconta, per così dire, il fatto di essere inserito all'interno di una vicenda che, come si è visto, trascende di gran lunga il piano della tutela puramente risarcitoria.

Un'ultima osservazione, infine. Sempre maggiore consistenza teorica vanno assumendo quelle ipotesi, dette da una recente dottrina, di « responsabilità contrattuale in senso debole » nelle quali la responsabilità « scaturisce dalla violazione di obblighi privi della preordinazione a far conseguire al creditore una determinata utilità, quale ne sia la natura » (25). In tali ipotesi (il paradigma delle quali è individuato, dalla dottrina in questione, nella responsabilità per direzione e coordinamento dei gruppi di società a carico della controllante), come pure in quelle nelle quali si registri la violazione di un obbligo di protezione (sempre che, beninteso, la protezione non rappresenti lo specifico oggetto dell'obbligazione primaria), il risarcimento del danno è totalmente svincolato dalla inesecuzione di una prestazione, e si manifesta, per così dire, allo stato puro, riannodandosi o alla inosservanza di una mera regola di condotta, o alla lesione di un bene giuridico dotato di una rilevanza generale. È evidente, pertanto, che qui l'esistenza di un rapporto obbligatorio (in realtà declassato al livello di mero contatto sociale) (26) rappresenta il semplice involucro e, in pari tempo, l'occasionale presupposto di condotte e pregiudizi che nulla hanno a che vedere con la violazione di un credito: a riprova del fatto che, privata, del suo ingrediente fondamentale, la c.d. responsabilità contrattuale assume i contorni di una pallida controfigura del torto aquiliano.

4. Ora è tempo di passare all'esame dei rimedi specifici, ossia di quegli strumenti che la legge mette a disposizione del creditore contro l'inadempimento del debitore e finalizzati a fargli ottenere proprio ciò che avrebbe ottenuto qualora la prestazione fosse stata eseguita spontaneamente. Si è già osservato che il nostro ordinamento registra, al riguardo, il primato dell'adempimento in natura e che semmai, storicamente, il

(25) S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in questa *Rivista*.

(26) Si potrebbe anzi dire che la debolezza della responsabilità contrattuale è specchio fedele e, in pari tempo, conseguenza della debolezza del vincolo che intercorre tra le due parti, oltre che della progressiva evanescenza di ciò che di quel vincolo rappresenta il contenuto.

problema è stato quello di garantirne l'effettività, prima contro l'insufficienza delle tecniche legislative e poi, quando su questo terreno alcuni importanti risultati erano stati conseguiti (si pensi alla disciplina dell'esecuzione in forma specifica e agli artt. 18 e 28 Stat. lav.), contro formidabili resistenze ideologico-dogmatiche.

Oggi, sul fronte culturale la battaglia può dirsi senz'altro vinta, ed anche sul piano normativo sono stati realizzati notevoli passi in avanti. Siamo entrati, dunque, in una fase nuova nella quale, anche in ragione delle numerose sollecitazioni che provengono dal versante europeo (europeo comunitario, europeo colto ed europeo nazionale: alludo alla riforma dello *Schuldrecht*), il compito della dottrina sembra essere quello di promuovere un migliore, e definitivo, inquadramento di una nozione — quella, appunto, di adempimento in natura — che fino ad ora aveva vissuto, per così dire, di luce riflessa, della luce promanante, cioè, dal rimedio (sucedaneo ma, in realtà vissuto come alternativo) del risarcimento del danno. In altri termini: una volta definitivamente acquisito che non esistono ostacoli di nessun tipo (logico, dogmatico, positivo) alla configurazione di un dispositivo inteso ad assicurare al creditore l'utilità veicolata dalla prestazione originaria; e una volta di molto arricchitosi lo strumentario dei rimedi, secondo linee di tendenza che, come si vedrà da qui a breve, si ripercuotono direttamente sulla ricostruzione della figura, si tratta, adesso, di dare all'adempimento in natura una fisionomia autonoma e compiuta.

Dal punto di vista normativo, mi sembra di poter dire che le due novità più importanti siano rappresentate, rispettivamente, dai rimedi della riparazione e della sostituzione del bene, previsti dalla disciplina della vendita dei beni di consumo di cui all'art. 3 dir. 25-5-1999 n. 44 (oggi art. 130 cod. cons.), e dalla introduzione di uno strumento generale di coazione indiretta, a presidio degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.). La norma richiamata da ultimo viene da lontano (27) e con essa si completa il disegno, corag-

(27) Una compiuta ricostruzione storica è quella offerta da Mazzamuto, *L'attuazione cit.*, 35 s.

gioso ma un po' monco, al quale si era ispirato il legislatore del '42 con la previsione degli artt. 2930-2932. È impossibile sottovalutare la rilevanza, in primo luogo pratica, dell'*astreinte* che finalmente ha trovato stabile e sicura dimora anche nell'ordinamento giuridico italiano, perché se è vero che la nostra legislazione offre esempi che oggi assurgono alla dignità di precedenti, dalle *astreinte* industrialistiche (art. 156 l. aut.; 131 cod. propr. ind.), a quelle lavoristiche (artt. 18 e 28 Stat. lav.), fino alla più recente *Geldstrafe* in salsa consumeristica di cui all'art. 140 cod. cons., è anche vero che la misura contemplata dall'art. 614-bis c.p.c. non soltanto ha una portata generale, ma, circostanza per certi aspetti ancora più rilevante, essa è destinata ad operare, *in primis*, a presidio di un'obbligazione originaria e non solo, come nelle ipotesi richiamate in precedenza, a presidio di obbligazioni, per così dire, di risulta, derivanti, cioè, dalla violazione di un precetto primario altro (28). Ciò non di meno la nuova *astreinte* è, almeno dal punto di vista culturale, rivolta più verso il passato che non verso il futuro e, come ho già detto, essa chiude un lungo ciclo che si era aperto con la consacrazione codicistica dell'esecuzione diretta in forma specifica.

Discorso diverso vale per i due rimedi, della riparazione e della sostituzione, introdotti dall'art. 3 della dir. 1999/44, transitati per l'art. 1519-bis c.c. e poi approdati all'art. 130 cod. cons. Su di essi, come è noto, si è sviluppato un dibattito ricchissimo, che ha posto capo ad una letteratura altrettanto nutrita, anche se non sempre sorvegliatissima e talvolta un po' ripetitiva, perché troppo spesso bloccata attorno all'alternativa garanzia/obbligazione (29). Non voglio sottovalutare la questione, la quale, anzi, riveste un grande rilievo sia dal punto di vista dogmatico, sia dal punto di vista applicativo. Vorrei, però, provare ad impostare il discorso mettendo quell'alternativa, almeno momentaneamente, tra parentesi: ciò che, determinando

(28) S. Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in questa *Rivista*, 2009, 947 s.

(29) Un riepilogo presso che completo di tale letteratura, oltre che una ordinata ricostruzione del dibattito dottrinale sviluppatosi a seguito dell'entrata in vigore della disciplina di cui al testo offre ora Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* cit., 206 s.

un rimescolamento delle carte, dovrebbe anche guadagnarci un sguardo sulla cosa almeno in parte inedito.

Parto da una elementare constatazione di ordine empirico, per cui è fuor di dubbio che il venditore professionista si ritrova gravato di un impegno superiore a quello che incombe sulle spalle del venditore comune: egli, infatti, sarà tenuto anche a riparare o a sostituire il bene alienato là dove quest'ultimo presenti un difetto di conformità al contratto mentre, di regola, i vizi della cosa danno ingresso alle sole azioni edilizie di cui all'art. 1492, co. 1 c.c. (e disposizioni analoghe come quelle di cui all'art. 1578, co. 1 c.c.) le quali, invece, in ambito consumeristico, occupano, nella c.d. gerarchia dei rimedi, una posizione subordinata. In altri termini, sempre prescindendo dalla *vexata quaestio* obbligazione/garanzia, resta il fatto, inoppugnabile, direi, che, diversamente da ciò che accade nella compravendita codicistica, dove il vizio viene in considerazione come elemento perturbatore del sinallagma e, quindi, assoggettato a misure idonee a ripristinare, con un diverso grado di radicalità, l'equilibrio economico tra le parti (risoluzione/riduzione del prezzo), qui il vizio si presenta come un'anomalia della prestazione (30). Nel primo caso, pertanto, il vizio si configura come un'entità puramente ideale e può essere rimosso solo idealmente riallineando i valori patrimoniali attorno ai quali si era costruito lo scambio; nel secondo caso, il vizio si manifesta nella sua materialità e se ne ottiene la rimozione imponendo al venditore un *facere* (riparare) o un *dare* (sostituire).

Questa disciplina ha un precedente di diritto interno molto significativo, rappresentato dall'art. 1668, co. 1 c.c. (cui rinvia anche l'art. 2226, co. 3 c.c.) ai sensi del quale « il committente può chiedere che le difformità o i vizi dell'opera siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore ». Sebbene una certa cautela si imponga nel volere ravvisare a tutti i costi una comune ispirazione delle due regole (quella di matrice europea e quella au-

(30) Sul punto v. le considerazioni di A. di Majo, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in questa *Rivista*, 2007, 10.

toctona), atteso il macroscopico divario di tempo e di luogo tra di esse intercorrenti; e respinta, altresì, la tentazione di valorizzare strumentalmente il disposto dell'art. 128, co. 1 cod. cons. il quale, come è risaputo, equipara alla vendita, tra gli altri, proprio i contratti di appalto e d'opera, resta il fatto che in entrambe le ipotesi il vizio viene fronteggiato attraverso rimedi tra loro eterogenei i quali intervengono ora sullo scambio, ora sulla prestazione. Non sarà, pertanto, del tutto inutile interrogarsi sulle ragioni che stanno alla base di un ampliamento della gamma dei rimedi contro i vizi e le difformità dell'opera o della cosa, al di là dei limiti segnati dalle misure di ripristino del sinallagma: e ciò anche per trarne qualche indicazione anche ai fini del discorso che qui più direttamente ci interessa.

Ora, a me pare che una norma come quella dell'art. 1668 c.c. possa essere letta, almeno astrattamente, in due modi. In base al primo, essa prevederebbe un rimedio specifico contro un inesatto adempimento dell'appaltatore, ossia contro un inadempimento non totale, ma parziale: l'opera, in effetti, è stata realizzata ma risulta affetta da vizi o difformità (31). Ora, se le cose stessero così, il valore del precetto in esame sarebbe alquanto modesto, esaurendosi la sua portata nella pura e semplice specificazione, con riguardo ad una peculiare tipologia di rapporto e di prestazione, di quanto già virtualmente previsto dagli artt. 1218 e 1453 c.c.: non dico una norma ridondante, ma, per così dire, soltanto esplicativa di una potenzialità immanente al sistema delle tutele del credito. La lettura alternativa a quella appena ipotizzata anticipa, per così dire, l'operatività della nostra disposizione ravvisando in essa non una regola sui rimedi quanto, piuttosto, una regola di ordine sostanziale che porta l'impegno dell'appaltatore al di là dei suoi limiti originari, sia sotto il profilo del contenuto della prestazione (è innegabile, mi sembra, che il *facere* concretizzantesi nella riparazione dell'opera non si lasci ridurre al primitivo *facere* concretizzantesi nella realizzazione dell'opera medesima), sia, fon-

(31) E così, in effetti, è stata letta dalla prevalente dottrina: v. per tutti, D. Rubino - G. Iudica, *Dell'appalto*, Comm. codice civile Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano (Bologna-Roma 1992), 357-358.

damentalmente, sotto il profilo del regime di responsabilità cui il debitore viene, qui, assoggettato. A suffragio di tale ultima ipotesi può invocarsi il fatto che qui, analogamente a quanto accade all'art. 1494, co. 1 c.c. (ma si veda anche l'art. 1578, co. 2 c.c.), l'insorgere dell'eventuale obbligo risarcitorio è mediato da un giudizio di responsabilità che incorpora segmenti di riprovevolezza (la mala fede del venditore, la colpa dell'appaltatore) del tutto estranei alla tipologia di illecito descritta dall'art. 1218 c.c. Questo robusto arricchimento del giudizio di responsabilità, che colloca l'obbligazione risarcitoria ben al di qua della ordinaria soglia del fortuito, rappresenta, a mio avviso, il sintomo più chiaro di un movimento, eguale e contrario, che, viceversa, colloca la prestazione consistente nel riparare al di là della soglia del fortuito, sottraendola al *medium* dell'obbligazione cui, come si è visto, si accompagna, per esplicita scelta legislativa, la possibilità di un'estinzione liberatoria.

In altri termini, il criterio più morbido adottato in punto di risarcimento del danno tempera il rigore che incombe sul riparare al quale l'appaltatore non può sottrarsi in alcun modo, giacché egli è tenuto a garantire l'integrità dell'opera (v., espressamente, l'art. 1667 c.c.): ed entrambe le distorsioni, come ho appena detto, trascinano la fattispecie al di fuori del cono d'ombra dell'obbligazione non potendosi dare assoggettamento a *vinculum iuris* senza che il debitore abbia facoltà di provare il fortuito, e, del tutto contestualmente, non esigendosi colpa là dove si tratti di risarcire il danno contrattuale. Tutto questo riveste un significato molto particolare ai fini del nostro discorso perché è fuor di dubbio che l'appaltatore sia un debitore il quale, in base all'art. 1655, co. 1 c.c., assume l'obbligo di compiere l'opera, di talché vi sarebbe qui tutto lo spazio necessario ad immaginare o un'autonoma obbligazione di riparare o un riparare inteso come segmento della *Hauptleistung* (32). Ciò vuol dire, infatti, che nel caso in esame il ri-

(32) Sottolinea, molto opportunamente, l'intreccio tra obbligazione e garanzia che si attua nella prospettiva della disciplina in esame Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche* cit., 554-555.

corso al paradigma della garanzia certamente non è imposto dalla necessità di sfuggire all'abbraccio orrifico del mengoniano mostriciatolo di Pothier (33), ma dalla precisa scelta del legislatore di evadere dai limiti derivanti alla responsabilità dall'efficacia liberatoria riconosciuta al fortuito, allorché la responsabilità medesima si colleghi all'obbligazione attraverso il medio dell'inadempimento imputabile.

Insomma, la finalità giuspolitica della garanzia è quella di accollare al debitore o, più genericamente, al soggetto sul quale incombe il peso, giuridico ed economico, della prestazione (ad es., il venditore « reale ») il rischio del fortuito, e, conseguentemente, di porre a suo carico l'ulteriore onere di eliminare il vizio che compromette l'integrità della *utilitas*, oggetto del contratto o del rapporto: risultato, questo, che può essere raggiunto o attraverso il mezzo della correzione del sinallagma o attraverso il mezzo della correzione della prestazione. In quest'ultimo caso, il garante torna a vestire i panni del debitore tenuto ad adempiere un'obbligazione (ad es., quella di riparare l'opera), secondo le regole proprie di quest'ultima. La ragione per la quale il legislatore si avvale della tecnica della garanzia emerge in modo limpido, a mio avviso, dall'art. 1655 c.c. secondo cui « l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro ». Il dato cruciale, in questa definizione, è proprio il riferimento al « rischio », nel senso che esso spiega, si direbbe intuitivamente, perché l'appaltatore debba rispondere, sempre, dei vizi e della difformità dell'opera: egli, infatti, nella misura in cui promuove e gestisce la struttura organizzativa destinata a realizzare l'opera, è anche colui che può prevenire l'insorgenza di anomalie, sicché ove queste ultime, comunque, si manifestino, è anche colui che deve risponderne nella sua veste di amministratore istituzionale del rischio. Vediamo qui in azione un dispositivo abbastanza simile a quello utilizzato in materia di responsabilità per danno da prodotti e, in un certo senso, sem-

(33) Perfino ovvio il riferimento a L. Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, Riv. dir. comm., 1953, I, 3.

bra quasi che la garanzia stia al risultato utile della prestazione, come la responsabilità oggettiva sta all'allocazione del danno aquiliano: anche se nei due casi, naturalmente, l'ultima Thule del meccanismo che presiede all'imputazione del pregiudizio prodottosi nell'altrui sfera giuridica non potrebbe mai essere identica giacché la garanzia è, comunque, garanzia di una specifica utilità e presuppone, pertanto, un rapporto, obbligatorio o « reale », poco importa, che funga da involucro e, in pari tempo, da vettore di tale utilità.

Questo ragionamento si attaglia anche alla disciplina della vendita dei beni di consumo. Ho già detto, e ribadisco, che non intendo assegnare un rilievo improprio alla parificazione di vendita e appalto quale emerge dall'art. 128, co. 1 c.c.; e che neppure si vuole qui riconoscere una patente di legittimità alla figura del venditore-appaltatore. Molto più semplicemente, è mia opinione che la *ratio* giustificatrice della garanzia nell'appalto (individuazione di un amministratore istituzionale del rischio e conseguente allocazione dei costi del fortuito) valga anche per la nostra materia, con due significative varianti. La prima è rappresentata dalla c.d. gerarchia dei rimedi, per cui la correzione della prestazione (riparazione/sostituzione) precede la correzione del sinallagma (riduzione del prezzo/risoluzione); la seconda è rappresentata dall'attribuzione al venditore di un diritto di regresso (art. 131 cod. cons.). Le due regole sono strettamente collegate l'una all'altra. Il primato dei rimedi specifici si inserisce all'interno di un disegno più ampio, inteso a promuovere, attraverso il medio della tutela del consumatore, un mercato ad alta densità, e qualità, concorrenziale nel quale siano abilitate ad operare imprese in grado di assicurare una copertura piena all'acquirente (dalla fornitura del bene alla sua riparazione o sostituzione, versione neolibera del "dalla culla alla tomba" dei sistemi di *Welfare*). Il diritto di regresso, dal canto suo, è vera e propria misura compensativa, dell'allargamento della responsabilità al fortuito, accordata a quegli operatori (*in primis*, il venditore finale) i quali, non potendo esercitare, a differenza dell'appaltatore, un controllo totale sul ciclo del rischio, possono, però, trasferire sugli anelli precedenti della catena produzione-distribuzione il

costo del vizio di cui essi hanno dovuto farsi carico nei confronti del compratore (34).

5. Il mostriciatolo, cacciato dalla finestra, rischia, però, di rientrare dalla porta. Infatti, sino a quando la garanzia rimane, per così dire, generica nel senso che essa dà ingresso ai soli rimedi correttivi del sinallagma, non vi è alcun rischio di interferenza con il percorso che porta all'attuazione forzata del vincolo obbligatorio. Viceversa, nel momento in cui la garanzia, da generica si fa specifica, mettendo capo a rimedi correttivi della prestazione, il problema di come far convivere armoniosamente strade che muovono da premesse diverse, ma insistono sul medesimo risultato (*l'utilitas* dedotta nel contratto o nel rapporto) si appalesa in modo molto vistoso. Sotto questo profilo, è indubbio che le tesi le quali, sia pure con varietà d'accenti, hanno voluto ravvisare nella vendita dei beni di consumo un contratto produttivo dell'obbligazione di consegnare un bene immune da vizi (in ciò confortate anche dal richiamo legislativo al non meglio precisato obbligo di conformità) presentano l'indiscutibile pregio di descrivere una vicenda del tutto lineare nella quale riparazione e sostituzione si pongono in perfetta continuità con quella obbligazione atteggiandosi, in definitiva, a modalità di adempimento specifico della medesima (35). Aggiungo, anzi, che il ritorno sulla scena del mostriciatolo mi sembra essere, in larga misura, figlio non solo della terminologia della Direttiva, ma anche, e direi fondamentalmente, dell'esigenza di dare uno sfondo coerente

(34) Sul punto v. le acute osservazioni di Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche* cit., 560 nonché C. Castronovo, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in questa *Rivista*, 2004, 957 s.

(35) Nel panorama, piuttosto ampio, delle tesi inclini a ravvisare nell'obbligo di ripristino il *posterius* di una (inadempita) obbligazione di conformità del bene al contratto, ovvero di una (inadempita) obbligazione di consegna di beni conformi v., rispettivamente, G. Amadio, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, *Riv. dir. civ.*, 2004, I 140 s., in part. nt. 42 e R. Alessi, *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in questa *Rivista*, 2004, 743 s.

ai due rimedi in natura facendone, appunto, il naturale corollario della inattuazione dell'obbligo di conformità.

Come ho già chiarito, questa opzione urta irrimediabilmente non tanto contro l'inaccettabilità del mostriciatolo che, sia chiaro, ancorché rivestito di panni comunitari, sempre mostriciatolo rimane, quanto, piuttosto, contro l'inaggrabilità del limite posto dall'art. 1218 c.c. alla responsabilità del debitore: limite che, viceversa, nell'ipotesi in esame, come, del resto, già nel caso dell'appaltatore, viene superato sulla base di una precisa scelta del legislatore intesa a gravare il soggetto sul quale incombe l'onere della prestazione del rischio del fortuito (36). Se le cose stanno così, però, il problema dianzi segnalato, di una corretta concettualizzazione del rapporto tra garanzia specifica e adempimento in natura, torna a proporsi con forza e non può essere in alcun modo eluso. Sgomberiamo

(36) Questo punto esige un chiarimento. In genere, l'incompatibilità tra garanzia ed obbligazione viene motivata richiamando l'impossibilità logica di postulare un comportamento doveroso (la consegna di un bene che possieda caratteristiche diverse da quelle che esso effettivamente possiede e non può non possedere) che il (presunto) debitore non potrebbe mai osservare (*impossibile nulla obligatio*): così, da Mengoni, *Profili* cit., 5 s. a Castronovo, *Il diritto di regresso* cit., 966 s. Questo argomento conserva intatta la sua validità anche se, lo osservo già nel testo, l'obbligo di ripristino rappresenta un contenuto nuovo della garanzia (che, non a caso, prende ora il nome di « specifica »: Nicolussi, *Diritto europeo* cit., 547 s.), e, anche se, come riconosciuto perfino da alcuni fautori della tesi della garanzia, la disciplina della vendita dei beni di consumo rinvia ad un ordine di fenomeni in cui gli spazi per una più marcata autonomizzazione del momento della consegna del bene rispetto a quello del trasferimento della proprietà si ampliano notevolmente. Tuttavia, a me pare che il paradigma della garanzia, al di là dell'argomento logico testé richiamato, possa trarre ulteriore forza dal dato testuale offerto dall'art. 1668 c.c.: qui, infatti, pur essendo in presenza di un'obbligazione (quella assunta dall'appaltatore di compiere un bene o un servizio), la responsabilità per gli eventuali vizi dell'opera insorge senza che all'appaltatore medesimo sia consentito di sottrarsi invocando il fortuito. La differenza, dunque, in definitiva, consiste in ciò che, mentre in base all'*impossibile nulla obligatio*, la garanzia si impone per necessità logica, in base al disposto dell'art. 1668 c.c. essa si impone in ragione di una precisa scelta di politica legislativa la cui *ratio*, come pure dico nel testo, è comune alla fattispecie di cui all'art. 128 s. cod. cons. L'incommensurabilità (logica e politica) di obbligazione e garanzia viene oggi asseverata, *per tabulas*, dal § 276, Abs. 1, BGB.

subito il campo dalla facile obiezione per cui, nella misura in cui la vendita dei beni di consumo rimane pur sempre un contratto ad efficacia reale e, inoltre, non potendo trovare spazio il mostriciatolo, neppure si darebbe la materia del contendere posto che sul terreno, qui, rimarrebbe la sola garanzia specifica. Quest'ultima, infatti, ha potenzialità applicative che trascendono i confini della compravendita dal momento che, come ho già ricordato, la normativa in discorso vale anche per i contratti di somministrazione, di appalto, di opera e per tutti quelli « comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre »: e se sarebbe metodologicamente scorretto mettere in collegamento il disposto di cui all'art. 1668, co. 1 c.c. con il richiamo all'appalto contenuto nell'art. 128, co. 1 cod. cons., onde trarne improprie conclusioni circa una metamorfosi in chiave obbligatoria della compravendita, altrettanto scorretto risulterebbe il tentativo di occultare la circostanza, inoppugnabile, per cui la garanzia specifica è destinata ad invadere ambiti nei quali il soddisfacimento dell'interesse del beneficiario della prestazione è affidato, in via esclusiva o, in ogni caso, preferenziale, al dispositivo dell'adempimento.

Quindi, ripeto, al problema della coesistenza di adempimento in natura e garanzia specifica, problema destinato ad assumere proporzioni sempre maggiori proprio a causa della segnalata *vis* espansiva di quest'ultima, non è dato sfuggire. Esso può riassumersi nei seguenti termini. La garanzia specifica si attiva in presenza di un'imperfezione della prestazione e mira alla sua correzione/eliminazione: di talché, sotto questo profilo, essa si atteggia a modalità surrogatoria di un adempimento spontaneo mancato: tuttavia, per le ragioni che si sono viste più sopra, il dispositivo in esame è del tutto indipendente da un inadempimento, ciò che, di per sé, lo pone al di fuori del perimetro della tutela in natura del credito. In altre parole, si potrebbe dire che il ricorso alla garanzia specifica determini un ideale espianto dell'*utilitas* dovuta al creditore dall'alveo dell'obbligazione, trasformandola retrospettivamente (rispetto al momento in cui il vizio o la difformità si manifestano) in un risultato che il debitore (il quale, in realtà, veste ora i panni del garante) era tenuto ad assicurare in ogni caso. Questo fenomeno di temporanea desoggettivizzazione della prestazione

(riflesso, a mio avviso, del carattere puramente oggettivo che la tradizionale forma di garanzia a presidio del sinallagma riveste), la quale, per la parte relativa all'assenza di vizi, non è mediata un'obbligazione, di fatto, però, rafforza la posizione del creditore anche se questi, a sua volta, figura, qui e ora, nei diversi panni del garantito. Insomma, mi pare abbastanza evidente che il complessivo atteggiarsi della garanzia specifica (al di là della medesimezza del congegno tecnico nel quale lo strumento si risolve) muti, a seconda che essa operi a ridosso di un effetto reale, allorché la prestazione, consistente nel trasferimento della titolarità del diritto, nasce già su basi oggettive; ovvero a ridosso di un effetto obbligatorio, allorché l'identità di risultato perseguito dai due dispositivi (garanzia, appunto, e obbligazione) si scontra con due diversi modi di essere, oggettivo e soggettivo, della prestazione.

In questa ultima ipotesi, come ho or ora osservato, appare del tutto evidente che la garanzia specifica finisce per rafforzare, dall'esterno, il vincolo obbligatorio secondo un *modus operandi* ben noto. Si consideri, ad es., il caso del fideiussore: vero è che l'art. 1936, co.1, c.c. ne parla come di « colui che obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui », di talché sembrerebbe, *prima facie*, che la garanzia costituisca oggetto di una specifica obbligazione, mentre, in realtà, ciò che determina l'attualizzarsi, il concretizzarsi della responsabilità del fideiussore è l'inadempimento del c.d. debitore principale, ovvero la decisione del creditore di aggredire subito il fideiussore quando a favore di questi non sia stato pattuito il *beneficium excussionis* ai sensi dell'art. 1944, co. 2 c.c.), ossia fatti che, come si conviene allorché, appunto, si discorre di garanzia, sono totalmente sottratti alla sfera d'azione del soggetto investito dall'effetto sfavorevole. In altri termini, l'inadempimento del debitore principale (o l'iniziativa del creditore) sta alla fideiussione esattamente come il manifestarsi del vizio o della difformità della cosa (o dell'opera) sta alla vendita, appalto ecc., dei beni di consumo: così come l'obbligazione di cui parla l'art. 1936, co. 1 c.c. non è un *prius*, ma un *posterius* (la norma, in sostanza, riassume in modo breviloquio una vicenda che va dal costituirsi del fideiussore come garante — art. 1937 c.c. — al concretizzarsi della garanzia al seguito di uno dei due eventi

dianzi richiamati), proprio come un *posterius* sono l'obbligazione di riparare o di sostituire.

Impossibile, naturalmente, sottovalutare la macroscopica differenza rappresentata dalla circostanza che, nelle ipotesi di cui ci siamo occupati qui, debitore e garante coincidano. Tale circostanza assume, tuttavia, un significato molto chiaro se collocata nella prospettiva di uno *Zeitgeist* ormai tutto permeato dal canone all'adempimento in natura (si pensi alla *Modernisierung* dello *Schuldrecht* tedesco, ma anche alle regole accolte in punto di *specific performance* da tutti i vari progetti di codificazione europea dei contratti e delle obbligazioni). Il punto è che le *policy* legislative finalizzate a promuovere la tutela reale del credito, una volta definitivamente acquisita, è implementata, l'idea di un'aggredibilità, diretta o indiretta, della sfera debitoria, ben al di là dei confini segnati dal patrimonio, non sanno in quale altra direzione orientare la ricerca dell'effettività: di talché la nuova frontiera di quest'ultima diviene oggi lo scardinamento del limite dell'impossibilità non imputabile, attraverso il mezzo tecnico della garanzia. Si assiste, così, sul versante del rapporto obbligatorio ad un fenomeno analogo (fatte tutte le debite e ovvie differenze) a quello, già registratosi sul fronte dell'illecito aquiliano con la normalizzazione e la diffusione della responsabilità oggettiva: chiaro segno, a mio avviso, della tendenza del diritto del capitalismo contemporaneo a far piazza pulita di tutte le nicchie nelle quali possono annidarsi rendite di posizione, si trattasse pure, ieri, del feticcio della imputabilità per colpa del danno e, oggi, della imputabilità dell'inadempimento *tout court*.

6. Non mi pare che nella forse troppo sbrigativa chiusa del § precedente possa ravvisarsi una « propensione apocalittica » (37). Poiché, però, non mi sentirei di escludere che tra apocalissi e sbrigatorietà vi sia un nesso, approfitto della circostanza per chiarire meglio il mio pensiero.

Mi è di recente capitato di osservare che la *policy* consumeristica tenacemente perseguita dall'UE negli ultimi venti

(37) Così, invece, Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale in senso debole* cit., nt. 26.

anni si inserisce, a pieno titolo, nell'ondata regolatoria che ha caratterizzato la controrivoluzione liberista in salsa europea (38). L'obiettivo ultimo di questa frenetica attività legislativa è rappresentato dalla promozione di un mercato sempre più concorrenziale: ciò che, del resto, era (ed è) perfettamente coerente con la stessa ragion d'essere dell'UE (39). In quello che nel contributo appena citato chiamo il capitalismo.3, a differenza di quello che accadeva nel capitalismo.1, infatti, il mercato non è un presupposto ma un obiettivo: da qui la necessità di un sistema di regole che, a partire dalla singola relazione contrattuale, eliminino rendite di posizione, asimmetrie informative, asimmetrie di potere economico e quant'altro possa pregiudicare il buon funzionamento del dispositivo concorrenziale. In sintesi, poi, le ragioni per le quali quest'ultimo, da dato naturale da assecondare (diritto mimetico) si è venuto trasformando in un obiettivo da raggiungere attraverso la creazione dell'ambiente istituzionale ad esso più consono (diritto omeopatico) appaiono, almeno a me, le seguenti.

(i) Una prima ragione, riveniente dalle zone più arcaiche del modo di produzione capitalistico, ha a che fare con la ricorrente esigenza della moderna economia politica di prevenire le sue endemiche crisi di sovrapproduzione. Nel corso del '900 tale esigenza si è tradotta in politiche di sostegno alla domanda che hanno preso forma, a partire dagli anni '30 del secolo scorso, nel c.d. compromesso socialdemocratico (in realtà, una vera e propria « rivoluzione passiva » in senso gramsciano, frutto del connubio di *Welfare* ed intervento pubblico in economia: il capitalismo.2); e, a partire dagli anni '90, appunto, nelle *policy* consumeristiche di cui stiamo discorrendo;

(38) L. Nivarra, *Diritto e capitalismo* (Napoli 2010), spec. 77 ss.

(39) Ragion d'essere ora pudicamente occultata dietro quel « fortemente competitiva » che, guarda caso, dovrebbe essere il predicato fondamentale dell'« economia sociale di mercato » assurta ora, ai sensi dell'art. 3, co. 3 Tr. UE, a testa di capitolo della costruzione europea. Per chi volesse farsi un'idea più precisa di quale sia la percezione che dei rapporti tra i due termini dell'enunciato legislativo hanno le « teste d'uovo » del paese più potente ed influente dell'Unione, molto istruttiva può risultare la lettura di J. Haucap, J. Kuhling, *Europa braucht eine Monopolkommission*, FAZ, 13-8-2010, 12.

(ii) una seconda ragione va rintracciata, viceversa, in uno sviluppo più recente del modo di produzione dominante, ossia nel peso sempre maggiore assunto, in seno al processo di valorizzazione del capitale, dalla tecnologia che non è più soltanto capitale fisso ma, direttamente, merce. Da questo punto di vista, lo stimolo alla concorrenza indotto dal rafforzamento della posizione giuridica della domanda è, o vorrebbe essere, immediato incentivo all'innovazione, così finendo per appaiarsi, nel disegno titanico del legislatore più pervasivo dell'evo moderno, alle politiche di iperprotezione della proprietà industriale;

(iii) in questo quadro trova agevole spiegazione anche l'enorme spazio occupato da quel segmento della tutela consumeristica specificatamente rivolto alla protezione del consumatore finanziario. Qui emerge, e, anzi, si lascia cogliere con particolare chiarezza, l'altro grande passaggio di fase interno al capitalismo.³ ossia la « trasformazione della rendita in profitto » (40). Con questa formula si vuole intendere che il capitalismo finanziario si è ormai definitivamente e totalmente emancipato dal rapporto con l'economia reale, assurgendo a modalità autonoma di valorizzazione del capitale attraverso l'estrazione di quella particolare, e inedita, forma di plusvalore rappresentata dal risparmio delle famiglie;

(iv) infine, le *policy* consumeristiche, nel loro inestricabile legame con le politiche a sostegno della concorrenza, mirano, per un verso, a consolidare parametri per la permanenza sul mercato molto elevati e, per altro verso, ad incentivare processi di crescente integrazione del ciclo d'impresa: due obiettivi intermedi che convergono nell'obiettivo finale della creazione di campioni europei in grado di reggere la sfida della globalizzazione (41).

Ora, nel caso della disciplina della vendita dei beni di consumo, questa pulsione regolatoria filoconcorrenziale trova la

(40) Sul punto v. le acute osservazioni di R. Bellofiore - J. Halevi, *La grande recessione e la terza crisi della teoria economica*, Critica marxista online, 2010, nn. 3-4.

(41) Quindi, in definitiva, la direzione di marcia è quella di una concorrenza oligopolistica, che è la forma assunta dal mercato capitalistico già a partire dalle sue prime battute.

sua espressione più vistosa proprio nell'adozione del rimedio specifico della riparazione/sostituzione e nella sua prevalenza sulle tradizionali garanzie edilizie. La regola in esame, infatti, è strumentale all'esigenza « di imporre un mercato fortemente integrato in senso verticale, caratterizzato da una distribuzione strettamente legata alla produzione e strutturato in modo da offrire servizi postvendita » (42). Il mezzo tecnico al quale il legislatore comunitario ha affidato il raggiungimento di un simile risultato deve rintracciarsi, come si è visto, nella scelta di aggravare il regime del rischio per i vizi/difformità del bene sino al punto di escludere del tutto la possibilità che il venditore si sottragga all'insorgere dell'obbligazione di ripristino; in uno con l'attribuzione al venditore medesimo del diritto di regresso. Infatti, è abbastanza evidente che il concorso di questi due strumenti rappresenta un potente incentivo alla speculare adozione di moduli organizzativi intesi ad una neutralizzazione sistemica del rischio, da ottenersi o *ex ante*, attraverso un controllo più stringente sul requisito di conformità, o *ex post*, attraverso la realizzazione di economie di scala e la gestione diretta dell'assistenza: soluzioni che entrambe, comunque, mettono capo ad un avvicinamento delle varie fasi in cui si articola il ciclo economico.

La manovra sul regime di responsabilità come strada maestra di accesso ad un obiettivo di *policy* non mi pare, invero, neanche una grande novità avendo come precedente, appunto il passaggio dal canone jheringhiano (*keine Haftung ohne Schuld*) tipico di un'industria in fase di decollo ad una diffusa generalizzazione della regola di responsabilità oggettiva, tipica di uno stadio ormai avanzato di produzione e consumo di massa. Come sempre, poi, un inasprimento del regime di responsabilità determina un guadagno secco in termini di effettività del rimedio. Tuttavia, qui, il problema era (ed è) complicato dalla circostanza che, come già detto, il venditore non può evitare di essere investito dall'obbligo di riparare/sostituire (salvo che tali prestazioni non risultino, ma solo una

(42) Lo osserva molto opportunamente proprio S. Mazzamuto, *Equívoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in questa Rivista, 2004, 1081.

volta manifestatasi la difformità, impossibili o eccessivamente onerose): e ciò è palesemente incompatibile con la struttura, logica prima ancora che dogmatica, dell'obbligazione alla quale sempre inerisce, e non può non inerire, un misuratore dello sforzo del debitore che, per quanto severo, deve necessariamente incorporare la possibilità, per quest'ultimo, di venire liberato dal suo impegno. Donde, appunto, il ricorso allo schema della garanzia che, certamente, comporta un costo — l'ampliamento del suo contenuto oltre i limiti segnati dal semplice presidio del sinallagma — meno grave, però, di quanto non sarebbe il venir meno della pensabilità stessa dell'obbligazione per come abbiamo imparato a conoscerla.

Vorrei collegarmi a quanto appena osservato per proporre una riflessione di carattere più generale. In un certo senso è vero, almeno dal mio punto di vista, quello che dice Mazzamuto, prendendone le distanze, e cioè che il diritto civile sarebbe pronò all'economia di mercato. Ma, a differenza di quanto opina l'illustre Autore, non « in modo totalitario ». Infatti, come scrive Engels, « in uno stato moderno il diritto non deve soltanto corrispondere alla situazione economica generale, esserne l'espressione, ma deve anche esserne un'espressione coerente *in se stessa*, che non presenti contraddizioni interne. E perché questo scopo venga raggiunto, ne scapita sempre più la fedeltà del riflesso dei rapporti economici (...). Il corso dell'« evoluzione giuridica consiste soltanto in gran parte nel tentativo di eliminare le contraddizioni risultanti dalla traduzione diretta delle relazioni economiche in principi giuridici e di mettere assieme un sistema giuridico armonico, sistema che in seguito l'influsso e la pressione dell'ulteriore evoluzione economica spezzano di nuovo, a più riprese, e coinvolgono in nuove contraddizioni » (43). In altri termini, il diritto, come altre importanti tradizioni culturali, gode, rispetto alla struttura economica, di una sua autonomia e, pertanto, traduce, nel suo linguaggio, le trasformazioni che si verificano in seno ai rapporti di produzione: ad es., nel caso che abbiamo esaminato, la prevalenza del modello della garanzia su quello del-

(43) Lettera del 27 ottobre 1890 di Engels a Conrad Schimdt, in K. Marx - F. Engels, *Werke* (Berlin 1961-1968), XXXVII, 490 ss.

l'obbligazione è imposta proprio da un'istanza di coerenza e rigore logico-dogmatici tutta interna al sistema giuridico il quale registra, certo, il mutamento indotto dai « rapporti economici » ma lo fa usando un codice suo proprio (44). Insomma, il diritto ha le sue ragioni che l'economia non conosce (e neppure è interessata a conoscere): e, tornando al lessico di Mazzamuto, è pronò sì ma, appunto, non in modo totalitario.

ABSTRACT

Specific remedies

The A. describes the different kinds of remedies, as specific performance or recovery of damages. Then, he analyzes the contractual liability and the new "solutions" to assure the fulfilment of the obligation. Finally, he argues about the doubts and the future of these new solutions.

(44) Sull'autonomia del diritto e, più in generale, sulla estraneità al pensiero di Marx, e anche di Engels, di ogni forma di meccanica riduzione della sovrastruttura alla struttura v. S. Timpanaro, *Engels, materialismo*, « libero arbitrio », ora *Sul materialismo* (Pisa 1997), 89-91.



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
Diritto - Economia - Storia

La Scuola sin dal 2004 rilascia:

- **titoli congiunti nazionali di dottore di ricerca con marchio europeo** in una delle proprie aree statutarie, che vengono conferiti, ai sensi del D.M. 270/2004, art. 3, comma 10, dalle Università italiane aderenti, le quali emanano i bandi per l'ammissione ai relativi corsi con o senza borsa di studio ed istituiscono in base ai regolamenti d'ateneo posti in soprannumero senza propri oneri finanziari per soli stranieri non residenti tramite selezioni annuali.
- con le Università straniere aderenti e sempre con marchio europeo **titoli congiunti validi nei Paesi interessati** ovvero **titoli nazionali in collaborazione con impegno di reciproco riconoscimento**.

Since 2004 the School releases:

- a **joint National Doctoral Degree of European status** in the statutory fields offered by the School. The degree is conferred by the Italian Universities which are in partnership with the School according to article 3, paragraph 10 of the MD 270/2004. The Italian Universities in partnership have the power to exceed enrolment limits by admitting to its doctorate courses foreigners not resident through annual selections, with no further financial costs for the School or the above said Universities.
- a **joint International Degree of European status** with foreign Universities which have an **equivalent National Degree in their own country** or **National Degrees which are mutually recognised in the countries in partnership**.

Università consorziate

Italia: "Roma Tre", Cattolica del Sacro Cuore di Milano, "La Sapienza" di Roma, Palermo, Messina, "Gabriele D'Annunzio" di Chieti-Pescara, Teramo, Napoli Santa Maria Capua Vetere, Catania, Roma "Tor Vergata", Sassari, Cassino, Napoli "Parthenope", "Ca' Foscari" di Venezia.
Spagna: Zaragoza, Granada. **Francia:** Savoie, Poitiers. **Brasile:** Brasilia (UNB), Santa Cruz do Sul (UNISC), União Metropolitana de Educação e Cultura (UNIME), Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Escola de Saúde Pública do Estado Rio Grande do Sul. **Cina:** Shandong.

PER MAGGIORI INFORMAZIONI



Sede centrale:

Università degli studi Roma Tre, via Ostiense, 139 00154 Roma
tel.: 06-57334060 fax: 06-57334239 - scuola.ascarelli@uniroma3.it

Europa e diritto privato

Fondata da

Joachim Bonell, Carlo Castronovo
Adolfo di Majo, Salvatore Mazzamuto

Rivista trimestrale

Diretta da

Carlo Castronovo e Salvatore Mazzamuto

1/2011



GIUFFRÈ EDITORE