

Guido Smorto

SUL SIGNIFICATO DI “RIMEDI”

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Guido Smorto

SUL SIGNIFICATO DI “RIMEDI”

SOMMARIO: 1. Scopo e confini dell'indagine. - 2. La dogmatica dei rimedi (*ubi remedium ibi ius*). - 3. La dogmatica dei diritti (*ubi ius ibi remedium*). - 4. La contrapposizione tra i due modelli ideali. - 5. Una prima rilettura della dicotomia. I diritti in *common law*. - 6. (segue). I rimedi in *civil law*. - 7. Diritti e rimedi tra modelli teorici e regole operative. - 8. I rimedi hanno ragioni che i diritti non conoscono. - 9. La discrezionalità del giudice: da “*bouche de la loi*” a “*policy maker*”. - 10. L'interpretazione della legge: dal canone logico-sistematico al canone teleologico. - 11. Un esempio. Le tutele contrattuali. - 12. Conclusioni.

1. Scopo di questo articolo è esaminare le tradizionali forme di concettualizzazione dei diritti e dei rimedi per poi identificare, attraverso un esame dei fattori che contribuiscono a formare la *regula juris* — legislazione, giurisprudenza, dottrina —, le funzioni che i due modelli in concreto assolvono, ciascuno secondo il proprio ordine teorico e linguistico.

L'intendimento principale è ripercorrere in chiave critica le astrazioni di regole e principi con cui il metodo logico-sistematico ha sempre descritto l'ordine dei diritti per isolare il problema del caso concreto; e di farlo attraverso la comparazione con una tradizione — quella di *common law* — che non conosce l'ordine dei diritti, almeno non nella forma continentale, e declina le stesse questioni intorno alla nozione di rimedio (1).

Saggio sottoposto a referato.

(1) Un discorso a parte meritano la filosofia del diritto continentale e la *jurisprudence* anglosassone — in primo luogo quella analitica — nelle quali la nozione di diritto (*right*) è centrale, mentre trova poco o nessuno spazio la nozione di rimedio. In quest'ambito il dibattito sui rimedi riguarda semmai la concepibilità di diritti in assenza di tutele: se la mancanza di qualsiasi forma

L'individuazione di nodi problematici che i rispettivi ordini concettuali — dei diritti e dei rimedi — traducono in definizioni, classificazioni e regole operative, può, inoltre, contribuire a mettere in luce i limiti di una dogmatica dei rimedi. Ed a riconoscere, in questo modo, le opposte "ipocrisie" di ciascuna tradizione (2).

Attraverso il riconoscimento delle grandi questioni che la disputa tra diritti e rimedi mette in campo, crediamo possa superarsi il nominalismo di certe sistemazioni della materia e si possa contribuire a comprendere il modo in cui l'ordinamento giuridico ha organizzato le proprie risposte.

Nella prima parte dell'articolo descriveremo schematicamente i due modelli dei diritti e dei rimedi nella loro forma ideale (§§ 2-4), per poi revocare in dubbio la conclusione che gli ordinamenti giuridici di *civil law* e di *common law* ne siano fedele espressione nella realtà effettiva (§§ 5-6).

Nella parte centrale dell'articolo (§§ 7-10) proveremo ad isolare all'interno del dibattito teorico e della prassi giurisprudenziale le grandi questioni che attraversano i concetti e i linguaggi descritti.

In questo modo intendiamo mostrare come dietro l'adozione di ciascuna delle due logiche e dei rispettivi linguaggi si fissino una serie di scelte che ogni ordinamento giuridico compie e che riguardano: lo spazio riconosciuto, in fase del giudizio, a *rationes* diverse da quelle che hanno contribuito alla configurazione dell'interesse protetto (§ 8); il sistema delle fonti e il modo di operare della discrezionalità del giudice nel caso concreto (§ 9); i canoni dell'interpretazione giudiziale (§ 10).

In conclusione utilizzeremo l'analisi condotta in queste pagine in un ambito specifico, quello delle tutele contrattuali (§ 11), e tratteggeremo un bilancio di questa rilettura (§ 12).

di protezione renda un "diritto" inesistente, "di carta" (R. Guastini, *Diritti, Analisi e diritto*, 1994, 163 s.), nulla di più di una "nice idea" (B. Friedman, *When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies*, 65 South. Cal. L. Rev. 735), ovvero semplicemente inefficace, potendosi al più configurare una lacuna dell'ordinamento: in questo senso L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (Bari 2001).

(2) L'efficace espressione è usata da G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico. I. Lineamenti generali* (Milano 1955), 469, a proposito di contratti atipici e gratuiti.

2. Gli ordinamenti giuridici che non conoscono l'ordine concettuale dei diritti soggettivi, tipicamente quelli di *common law*, organizzano le proprie forme di tutela intorno alla nozione di rimedio, secondo il brocardo "*ubi remedium ibi ius*".

In questi sistemi l'attribuzione del rimedio precede l'enunciazione dei diritti in quanto la selezione degli interessi meritevoli avviene direttamente tramite l'individuazione delle tutele: non occorre identificare una posizione soggettiva perché possa darsi risposta ad un interesse leso. L'effettività delle tutele prevale, dunque, sull'enunciazione astratta dei diritti e comporta che la definizione delle posizioni soggettive di vantaggio sia semmai un *posterius* rispetto all'individuazione dei rimedi.

Sul piano storico l'origine di questa tecnica di giuridicizzazione degli interessi risale alle medievali *forms of action* inglesi, un sistema di azioni tipiche la cui influenza — a detta di molti osservatori — è ancora forte, se è vero che anche dopo la loro abolizione alla fine del diciannovesimo secolo il *common law* ha continuato ad esserne profondamente influenzato (3). E si sviluppa grazie alla capacità dell'*equity* di dare risposte a situazioni non tutelabili *at law*.

Sul piano delle fonti la priorità del rimedio concreto sull'enunciazione astratta del diritto costituisce l'esito naturale di una tradizione giuridica sorta principalmente ad opera dei giudici all'interno del processo.

Sul piano culturale la diffidenza nei confronti di una teorica dei diritti è alimentata dall'antiformalismo di molta riflessione giuridica di *common law*, in special modo di quella nordamericana, e dall'insoddisfazione per un approccio al diritto che si limiti all'enunciazione teorica delle regole (c.d. *law in the books*) senza indagare i risvolti effettuali delle declamazioni di principio (c.d. *law in action*) (4).

(3) Secondo Maitland le *forms of actions*, sebbene sepolte, continuano a governare il diritto inglese dall'aldilà: "The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves": F.W. Maitland, *The Forms of Action at Common Law: A Course of Lectures* (Cambridge 1909), 2.

(4) Di una tendenza al realismo e alla fattualità della logica dei rimedi, in contrapposizione ad un vuoto concettualismo, parla U. Mattei, *I rimedi*, Il

3. Adottano una concettualizzazione opposta gli ordinamenti, tipicamente quelli dell'Europa continentale, i quali affidano l'individuazione degli interessi tutelati — la c.d. funzione attributiva — al rapporto tra diritto soggettivo e azione (5).

I diritti sono la proiezione della norma legislativa, la cui attuazione in sede processuale è la logica conseguenza della loro creazione. In questo quadro l'azione costituisce null'altro che la realizzazione in sede processuale del diritto ed essa è concessa ogni volta che un diritto esiste ("Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi": art. 24 Cost.). È il diritto (soggettivo) che determina l'ampiezza e il contenuto della tutela (6).

Seguendo questa concettualizzazione non c'è spazio per null'altro che diritti e azioni. Se proprio vogliamo parlare di rimedi (7), è necessario che questi tendano alla piena realizzazione dell'interesse consacrato in sede sostanziale: la natura e la consistenza del diritto violato determinano il tipo di rimedio da concedere.

I diritti godono, dunque, di una priorità logica sui rimedi, i quali hanno la sola funzione di reintegrare nella forma originaria il diritto violato.

Sul piano delle fonti questo modo di strutturare la sequenza diritto/azione è il frutto di un sistema in cui il potere di con-

diritto soggettivo, a cura di G. Alpa - M. Graziadei - A. Guarneri - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Sacco, (Torino 2001), 136.

(5) Il rapporto tra diritto soggettivo e azione è al centro della polemica che vede contrapposti Windscheid e Muther. Cfr. B. Windscheid - T. Muther, *Polemica intorno all'actio*, ed. it. a cura di G. Pugliese - E. Heinitz (Firenze 1954), alla cui *Introduzione* si rinvia per una ricognizione del tema. La duplicità diritto soggettivo/azione è riscontrabile in tutta la famiglia di *civil law*. Sul punto cfr. A. Di Majo, *La tutela dei diritti fra diritto sostanziale e diritto processuale*, Riv. crit. dir. priv., 1989, 363 s.

(6) Per una ricostruzione della nozione di diritto soggettivo si rinvia a M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, Il diritto soggettivo cit., 3 s.

(7) Quando si occupano di rimedi i giuristi continentali "si trovano dinanzi ad una difficoltà terminologica che, come sempre accade, riflette un problema di fondo: cosa sono i rimedi?": D. Tallon, *Remedies (French Report)*, Contract Law Today: Anglo-French Comparisons, a cura di D. Harris - D. Tallon (Paris 1987), 263. Di un *tertium* rispetto a diritto soggettivo ed azione parla S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, Contr. impr. / Europa, 2005, 535.

formare in astratto le posizioni soggettive di vantaggio è attribuito unicamente al legislatore, non anche ai giudici.

Sul piano delle categorie la distinzione si colloca entro una tradizione che valorizza la divisione tra regole di condotta e regole di decisione, tra diritto sostanziale e diritto processuale, e si accompagna all'idea della piena autonomia delle due sfere (8).

4. In letteratura la diversità tra i due idealtipi è rafforzata da una descrizione quasi sempre di tipo “monista”, per cui a contare è uno solo dei due corni della diade diritti/rimedi (9).

La logica dei rimedi, portata alle sue conseguenze ultime, conduce a sostenere l'irrelevanza dei diritti: affermare che esiste un diritto — si sostiene — è solo un modo per dire che l'ordinamento concede un rimedio, perché è solo a partire dal rimedio che è possibile definire l'interesse tutelato (10).

Nelle sue espressioni più radicali il discorso sui rimedi

(8) La tesi dell'autonomia dell'azione rispetto al diritto sostanziale è sostenuta, com'è noto, da G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile* (Napoli, 1982). In chiave critica si rimanda alle osservazioni di S. Satta - C. Punzi, *Diritto processuale civile*¹¹ (Padova 1992), 140 s. Osserva R. Orestano, *Azione: storia del problema*, Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia (Bologna 1978), 32, che come organizzazione il processo apparteneva al diritto pubblico, ossia « ad un sistema di principi e di norme ora considerato estraneo ed anzi contrapposto ai principi e ai fondamenti del sistema privatistico ».

(9) Di monismo parla, ad esempio, G. Hammond, *Rethinking Remedies: The Changing Conception of the Relationship between Legal and Equitable Remedies*, Remedies: Issues and Perspectives, a cura di J. Berryman (Scarborough Ont. 1991), 90. Distingue tra una lettura “forte” del piano dei rimedi, la quale fa a meno delle categorie del diritto sostanziale, ed una “debole”, la quale mira ad affiancare (anziché sostituire) il piano dei rimedi a quello dei diritti o obblighi sostanziali, A. Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, in questa *Rivista*, 2005, 341 s. L'A. propende per questa seconda lettura, e ritiene che il piano dei rimedi fornisca un piano “mobile” (di misure) di tutela, ove i diritti risultino insoddisfatti e/o gli obblighi inadempiti. Di “diritto mobile” parla anche G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza* (Napoli 2006), 75.

(10) Afferma Lord Browne-Wilkinson in *Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd.* [1986] 1 W.L.R. 1120, 1129: « Seguendo l'approccio pragmatico sviluppato dal diritto inglese, i diritti di un soggetto sono in concreto quelli protetti da un'azione (*cause of action*). Non è conforme alla tradizione inglese, per come la interpreto, analizzare i diritti come qualcosa di separato dai rimedi riconosciuti al singolo ».

sostiene che parlare di diritti non significhi altro che fare predizioni sulle future decisioni giudiziali (11). Il diritto soggettivo si riduce così ad un'espressione linguistica attraverso la quale si indica un alto grado di probabilità di ottenere un giudizio favorevole, ipostasi di un argomento retorico dotato di un certo grado di idoneità a persuadere chi renderà la decisione (12).

In senso opposto, e in modo altrettanto netto, affermare la priorità dei diritti sui rimedi significa sostenere che le corti si limitino a dare attuazione al diritto sostanziale in modo meccanico, attraverso un "sillogismo perfetto" (13), senza aggiungere nulla che non sia strettamente predeterminato dal legislatore al momento della definizione del diritto (14).

La forza delle declamazioni, la cui fortuna è consacrata in aforismi tra i più celebri del pensiero giuridico, ha rafforzato questa descrizione a tinte nette dei due modelli.

Il tradizionale "*Ubi remedium ibi ius*" offre, per la nettezza dell'espressione e per la perfetta simmetria con la formula uguale e contraria "*Ubi ius ibi remedium*", l'impressione di due prospettive inconciliabili.

A rinsaldare la sensazione di un'irriducibile diversità ha contribuito poi una lettura banalizzante di taluni tratti del *common law* moderno: dall'idea secondo cui « l'obbligo di adempiere ad un contratto significa in *common law* la predizione che chi non vi adempie deve pagare i danni, e nient'altro » (15), a certe costruzioni dell'analisi economica del diritto, a partire dalla dottrina dell'*efficient breach*, tanto nota nella sua

(11) Sulle diverse declinazioni del pensiero realista sul punto v. le riflessioni di J. Frank, *Law and Modern Mind*⁶ (New York 1949).

(12) G. Tarello, *Il realismo giuridico americano* (Milano 1962), 155.

(13) C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1774 Milano rist. 2001), 9: "In ogni delitto si deve fare dal giudice un *sillogismo perfetto*: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza." (corsivo nostro).

(14) Per un'illustrazione della tesi secondo cui in materia di diritti sia sempre possibile, anche negli *hard cases*, individuare la risposta giusta, cfr. R. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass. 1986), tr. it. *L'impero del diritto*, (Milano, 1989), 1 s.

(15) O.W. Holmes, *The Path of Law*, 10 Harv. L. R., 457, 458 (1896-97), trad. it. *Opinioni dissenzienti* (Milano 1975), 256.

elementare vulgata quanto fraintesa nella sua portata effettiva (16).

Questo confronto tra modelli puri suscita, su versanti opposti, reazioni uguali e contrarie.

Negli ordinamenti continentali a destare perplessità è, sul piano dogmatico, l'inserimento della nozione di rimedio nell'intelaiatura di sistemi storicamente articolati su altre traiettorie (17). Per ragioni antitetiche tale scetticismo è condiviso anche da chi ritiene che molti dei discorsi sui rimedi si occupino, in ultima istanza, di stabilire se sia nato prima "l'uovo o la gallina" (18), con il rischio di passare da una dogmatica dei diritti a una dogmatica dei rimedi (19).

Di identico segno sono le reazioni in *common law*.

Per alcuni osservatori a lasciare perplessi è la stessa possibilità logica che il rimedio possa mai riflettere fedelmente la consistenza del diritto (20), mentre per altri il rimedio non è altro che il diritto visto dall'estremo opposto (21).

Da qui l'incomunicabilità delle due prospettive.

5. Se si abbandona la descrizione per modelli per passare all'esame del dato empirico ci si accorge che gli ordinamenti

(16) Per una prima ricognizione della teoria si rimanda a R. Craswell, *Contract Remedies, Renegotiations, and the Theory of Efficient Breach*, 61 S. Cal. L. Rev., 629.

(17) Cfr., tra gli altri, A. Gentili, *A proposito de «Il diritto soggettivo»*, Riv. dir. civ., 2004, I, 363.

(18) Sull'insensatezza di una riflessione sulla priorità logica del diritto rispetto al rimedio si rinvia alle riflessioni di U. Mattei, *I rimedi cit.*, 109.

(19) Così P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, Il giusto processo, 2011, 6, il quale osserva: « Affermare che la previsione di un rimedio è misura della rilevanza giuridica di un interesse (*ubi remedium ibi ius*) non è operazione logico-giuridica diversa dall'affermare che una situazione è meritevole di tutela soltanto se qualificata dall'ordinamento come diritto (*ubi ius ibi remedium*) ». Osserva Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi cit.*, 342, che « Diritti e "rimedi" sono entrambi strumenti per dare rilevanza giuridica ai vari ordini di interessi giuridicamente rilevanti e no ».

(20) S.A. Smith, *Right and Remedies: A Complex Relationship*, 37, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2006626.

(21) Che il rimedio sia « the same thing as the right, looked at from the other end » è sostenuto, ad esempio, da P. Birks, *Definitions and Divisions: A Meditation on Institutes 3.13*, *The Classification of Obligations*, a cura di P. Birks (New York 1997), I, 24.

giuridici presentano, pur in misura diversa, tratti propri di ciascuno dei due tipi ideali descritti nella loro purezza concettuale.

La convinzione che il *common law* proceda sempre attraverso la predisposizione di rimedi, anziché l'attribuzione di diritti, era fondata ai tempi di Coke, ma non descrive il *common law* contemporaneo (22).

La centralità dei rimedi nel *common law* tradizionale (23) non deve far dimenticare che l'articolazione dei rimedi è spesso definita in stretta aderenza agli *entitlement* violati e che esiste una ricca elaborazione, tanto in giurisprudenza (24) quanto in dottrina (25), che declina la prospettiva rimediale a partire dai diritti. Tanto da spingere uno dei maggiori giuristi inglesi

(22) « It was a system of remedies in Coke's day and, although a radical change took place in the seventeenth and eighteenth centuries, appeared to be one at the opening of the nineteenth century, and in the law of torts until the last quarter of that century. *In the nineteenth century it was restated in terms of a system of rights and duties.* » (corsivo nostro). Così R. Pound, *A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 36 Harv. L. Rev. 119.

(23) L'approccio pragmatico e rimediale attraversa tutta la tradizione di *common law* sia a livello dottrinario che giurisprudenziale, e il giurista inglese — accademico e non — si è sempre gloriato di essere più interessato ai rimedi che ai diritti. Si veda, ad esempio, P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law* (London 1987).

(24) L'idea che l'esercizio del diritto sia per definizione espressione lecita del diritto stesso emerge già a fine Ottocento, ad esempio in quella giurisprudenza che sancisce l'irrilevanza del motivo nel valutare la liceità di un comportamento. « If it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it. If it was an unlawful act, however good his motive might be, he would have no right to do it »: *Mayor of Bradford v. Pickles* (1895) AC 587, 594. Troviamo un'altra espressione significativa dello stesso principio in *Allen v. Flood* (1898) AC 1, 46, ove si legge che « It is hardly too much to say that some of the most cruel things that come under the notice of a judge are mere exercises of a right given by contract ». In dottrina, in senso adesivo v. F. Pollock, *The Law of Torts*¹² (London 1923), 23; J. Salmond, *The Law of Torts*⁷ (London 1928), 8. Tra i casi più citati che accoglierebbero la logica dei diritti cfr. anche *Lep Air Services Ltd. v. Rolloswin Investments Ltd.* [1973] A.C. 331 (H.L.); *Hardwick Game Farm v. Suffolk Agricultural and Poultry Producers Association Ltd.* [1966] 1 W.L.R. 287; *C. Czarnikow Ltd. v. Koufos, The Heron II* [1966] 2 Q.B. 695.

(25) P. Birks, *Rights, Wrongs, and Remedies*, 20 Oxford J. Legal Stud., 1 (2000); Smith, *Right and Remedies* cit., 33; E.J. Weinrib, *Two Conceptions of Remedies*, *Justifying Private Law Remedies*, a cura di C.E.F. Rickett, (Oxford 2008), 3; B. Dickson, *The Contribution of Lord Diplock to the General Law of*

dell'epoca denunciare la visione assolutistica dei diritti (“*absolutist view of rights*”) dei giudici inglesi e americani (26).

In dottrina l'importanza della riflessione sui diritti è chiara, ad esempio, nella letteratura sulla giustizia correttiva la quale, utilizzando le categorie aristoteliche, postula che il compito dei rimedi sia principalmente quello di riportare alla “*rightful position*” la parte lesa (27) e sottolinea, nel solco del pensiero hartiano sul punto di vista interno, il ruolo che un rimedio di tipo correttivo assolve nell'accettazione del diritto da parte dei consociati (28).

Il fascino della teorica dei diritti in *common law* riguarda anche il maggiore rigore che sul piano dogmatico deriverebbe dall'adozione di questa prospettiva: se in termini funzionali diritti e rimedi sono intesi come due vocaboli che in molti casi designano esattamente la stessa cosa, sul piano dei concetti si osserva che l'adozione del primo implichi maggiore precisione semantica e coerenza. Diritti e rimedi sono due categorie sovrapposte e abbracciare la prima abbandonando la seconda potrebbe portare — si osserva — ad una chiarezza che la

Contract, (1989) 9 Oxford J. Legal Stud., 448. Nella letteratura in lingua italiana si veda, per una prima ricognizione del tema, R. Hyland, *Diritto soggettivo nei paesi di common law*, Dig. IV, disc. priv. - sez. civ., 433 s.

(26) H.C. Gutteridge, *Abuse of Rights*, Cambridge L. J., 1933, 22.

(27) L'espressione è di D. Laycock, *Modern American Remedies. Cases and Materials*³ (New York, 2002), 16. Afferma ad esempio E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge 1995), 142-144; Id., *Two Conceptions* cit., 3 s., che l'idea di giustizia correttiva presuppone che l'evento che determina la risposta dell'ordinamento sia la “ragione”, non semplicemente la “condizione”, della risposta.

(28) L'argomento, basato sulla nozione hartiana di punto di vista interno, è sostenuto, ad esempio, da E.L. Sherwin, *An Essay on Private Remedies*, 6 Can. J.L. & Jurisprudence 89 (1993). La forza persuasiva di argomenti fondati sulla giustizia correttiva è considerata dai più scettici null'altro che il frutto di retaggi psicologici del passato; un sostituto moderno del bisogno di vendetta, di sicurezza e di autodifesa che stanno alla base della conservazione della specie e che gli ordini giuridici moderni si incaricano di rimodulare secondo criteri di civiltà giuridica; quasi un anacronismo, la cui valenza andrebbe rivista alla luce di considerazioni verificabili su un piano di razionalità del sistema. Così R. Posner, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law* 10 J. Legal Stud. 187 (1981); Id., *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass. 1990), 330.

categoria dei rimedi non consente (29). Da qui la proposta di definire i rimedi utilizzando il linguaggio dei diritti attraverso locuzioni come “*remedial rights*” o “*court-ordered rights*” (30).

Anche la definizione del termine “*remedy*” è problematica (31).

Considerato sinonimo, di volta in volta, di azionabilità in giudizio, di diritto nascente da un illecito o comunque da altre forme ingiustizia, di provvedimento giudiziale (in generale o solamente di tipo discrezionale), la pluralità di significati del termine “*remedy*” si riflette nella vaghezza delle definizioni (32).

(29) È il linguaggio dei diritti e non quello dei rimedi, ad esempio, ad esprimere meglio la risposta dell'ordinamento rispetto a *cause of action* che non integrano un illecito. Così Birks, *Rights, Wrongs, and Remedies* cit., 36. Per una concettualizzazione dei rimedi che prova a superare questa obiezione si rimanda a K. Barker, *Rescuing Remedialism in Unjust Enrichment Law: Why Remedies are Right* (1998) CLF 301, 321 s.

(30) Così Smith, *Right and Remedies* cit., 35.

(31) Per una ricognizione dei diversi significati del termine “rimedio” si veda Birks, *Rights, Wrongs, and Remedies* cit., 1.

(32) Anche la nozione di diritto soggettivo subisce la stessa sorte. Merita di essere riprodotta integralmente, a questo proposito, la rassegna di definizioni elencate da R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche cit., 151 s., il quale ci ricorda come il diritto soggettivo sia stato definito: « forza, forza giuridica ideale, una forza artificiale, una facoltà, una facoltà legale, un potere, un potere giuridico, un potere particolare, riconosciuto, creato, dato, accordato, concesso, conferito o messo a disposizione dal diritto obiettivo; oppure un riflesso del diritto obiettivo; oppure una partecipazione ai beni della vita spettante all'individuo secondo l'ordine giuridico; oppure un ambito giuridico determinato entro il quale il soggetto può rinchiudersi e muoversi liberamente; oppure un lato o una faccia del rapporto giuridico; una volontà particolare che si concreta ed attua quale parte della volontà generale; oppure una facoltà di agire entro i limiti fissati dall'ordinamento obiettivo; una facoltà di ottenere le forze dello Stato a sostegno della propria pretesione; uno stato o una condizione riconosciuti dal diritto obiettivo; un misto di potere e interesse; un interesse trasformato dall'ordinamento giuridico in un potere; un potere attribuito alla volontà di una persona per la prevalenza di un suo interesse; una combinazione di interesse, potere e tutela; una sintesi di attività e tutela; una sintesi di interesse e volontà; un effetto e un contenuto necessari di un rapporto giuridico, la cui essenza è data da un potere del soggetto sulla giuridica comunanza; una possibilità definita lecita di agire; una possibilità di potere attribuita al potere; un “esser lecito agire” (*agere licere*) per il soddisfacimento di un interesse; un *agere licere* più una pretesa; un “prodotto” della protezione giuridica; una possibilità di determinati consociati di pretendere che un

Se Lawson lo definisce “*cure for wrongs*” (33), altri autori affermano, con precisione non maggiore, che per rimedio si debba intendere « qualsiasi cosa una corte può fare per chi ha subito un torto o sta per subirlo » (34). E la “*law of remedies*” come « ciò che determina la natura e l’ampiezza dell’aiuto da fornire all’attore una volta che all’attore sia stato riconosciuto l’esistenza di un diritto attraverso appropriate procedure giudiziali » (35).

Quanto alla *sedes materiae*, anche chi ritiene di distinguere i rimedi tanto dal diritto sostanziale — inteso come ciò che definisce l’esistenza di un interesse protetto —, quanto da quello processuale — inteso come il processo che determina il passaggio dalla posizione di un diritto all’ottenimento di un rimedio — è costretto ad ammettere che alcuni aspetti del diritto dei rimedi sono strettamente connessi con il diritto sostanziale, mentre altri si collocano a stretto ridosso del diritto processuale (36). Il diritto dei rimedi è posto « da qualche parte tra diritto sostanziale e diritto processuale, distinto da entrambi ma sovrapposto ad entrambi » (37).

Non si tratta qui di ribadire l’anticoncettualismo, che si

comportamento venga tenuto; la tutela giuridica particolare di un interesse; il rovescio dell’azione; il rovescio dell’obbligo, a sua volta derivato, quest’ultimo, dalla norma obiettiva; un vantaggio o una posizione di vantaggio creati dal diritto obiettivo; una situazione di possibilità del soggetto derivata dalla norma di diritto positivo; e via dicendo, con discussioni tra le più sottili e accanite che la scienza del diritto abbia mai conosciuto, con analisi finissime sul valore di ogni parola impiegata, che viene caricata delle più varie e cangianti significazioni, con distinzioni e sfumature che portano ad una continua impostazione di nuovi concetti ».

(33) Per una critica alla definizione v. Birks, *Rights, Wrongs, and Remedies* cit., 13.

(34) D. Laycock, *Modern American Remedies. Cases and Materials*³ (New York 2002), 1: « Anything a court can do for a litigant who has been wronged or is about to be wronged ».

(35) D.B. Dobbs, *Law of Restitution. Damages-Equity-Restitution*², I, (St. Paul, Minn. 1993), 1: « The law of judicial remedies determines the nature and the scope of the relief to be given to a plaintiff once that plaintiff has established a substantive right by appropriate in-court procedures ».

(36) D.B. Dobbs, *Law of Restitution. Damages-Equity-Restitution* cit., 2.

(37) « Somewhere between substance and procedure, distinct from both but overlapping with both »: D. Laycock, *Modern American Remedies* cit., 1.

vuole essere tratto tipico di tutto il *common law*, ma di sottolineare le difficoltà specifica di una teorica dei rimedi. Il primo tentativo di sistematizzare i rimedi in *common law* risale solamente a pochi decenni fa (38) e lo sforzo, attraverso la creazione di una *law of remedies*, di definire una nuova tassonomia entro la quale inquadrare temi e questioni finora assorbiti all'interno del contratto, della responsabilità civile e dell'*equity*, può dirsi tutt'altro che compiuto.

La *law of remedies* è materia ancora alla ricerca di definizioni e confini chiari (39).

6. Anche in *civil law* l'ortodossia dei diritti lascia spazio nella realtà concreta alle ragioni dei rimedi.

La dogmatica dei diritti presuppone che il modo di produzione delle posizioni soggettive di vantaggio sia opera di puntuali interventi del legislatore attraverso le c.d. norme attributive e che l'esercizio del diritto, ove si muova entro i confini della norma attributiva, realizzi per definizione l'interesse protetto (*qui suo iure utitur neminem laedit*).

Storicamente questo ha comportato una maggiore attenzione per le modalità di attribuzione di potere ai privati e la determinazione del grado di intensità di tale potere.

Il codice del 1942 non detta — com'è noto — una disciplina generale dell'esercizio dei diritti soggettivi, le cui istanze sono state affidate a discipline di settore o ipotesi eccezionali. Né la dottrina ha colmato questo vuoto attraverso la costruzione di una teorica generale dell'esercizio del diritto (40).

(38) Comunemente il primo compiuto tentativo di individuare contenuti e confini chiari della *law of remedies* è identificato nella pubblicazione della prima edizione di F. H. Lawson, *Remedies of English Law* (London 1972).

(39) L'ammissione è di Dobbs, *Law of Remedies* cit., 24. Per una storia della *law of remedies* si rimanda a D. Laycock, *How Remedies Became a Field: A History*, 27 Rev. Litig. 161 (2008). Di recente ha tentato una razionalizzazione dalla materia R. Zakrzweski, *Remedies Reclassified*² (Oxford 2009).

(40) Colpisce la scarsa attenzione dedicata dalla dottrina italiana all'esercizio del diritto. Un'eccezione è rappresentata da R. Sacco, *L'esercizio del diritto*, Il diritto soggettivo cit., 281. In precedenza si vedano S. Pugliatti, *Esercizio del diritto (diritto privato)*, Enc. dir., XV, 1966, 622; V. Frosini, *Esercizio del diritto*, NN.D.I., VI, 1960, 823.

Se questo è storicamente vero, non si può trascurare che anche in *civil law* molte formule legislative, costruzioni dottrinarie e soluzioni giurisprudenziali sono sorte, soprattutto negli ultimi decenni, in risposta ai bisogni di tutela del caso concreto (41).

Nella dottrina continentale non sono mancati attacchi alla nozione di diritto soggettivo: talvolta per i fragili presupposti metafisici ed ideologici su cui si reggerebbe la sua intelaiatura, facendone una “chimera” senza basi scientifiche (42); altre volte, in reazione alla concezione dualistica diritto soggettivo/azione, basata su una nozione arbitraria del diritto soggettivo (43).

Quanto alla giurisprudenza, da tempo anche negli ordinamenti continentali, l’attenzione si rivolge in misura sempre crescente alle concrete modalità di esercizio dei poteri attribuiti ed alle forme di controllo (44).

Questo spostamento non è eclatante perché avviene nel solco dell’elaborazione teorica e del lessico giuridico continentali.

Sebbene i ragionamenti sull’esercizio del diritto si svolgano spesso entro i canoni della logica formale, nel presupposto che tale esercizio rispecchi per definizione la struttura logica del diritto, il linguaggio adottato e le categorie attraverso cui si articolano queste riflessioni non devono far passare in secondo piano il significativo spostamento di prospettiva.

Anche in *civil law* legislatore e dottrina hanno fornito alla giurisprudenza forme verbali adeguate a queste *rationes*: buona fede (vero e proprio “collante” del sistema rimediabile) (45), clausola *rebus sic stantibus*, presupposizione, *culpa in contrahendo*,

(41) Per una prima ricognizione sul tema si rinvia a S. Mazzamuto - A. Plaia, *I rimedi*, Manuale di diritto privato europeo, II, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto (Milano 2007), 739 s.

(42) Il riferimento è innanzitutto a L. Duguit, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, tr. it. (Firenze 1950), 49 s.

(43) S. Satta - C. Punzi, *Diritto processuale civile* cit. 144.

(44) Cfr. S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Riv. dir. comm., 1967, I, 87. Di una rivalutazione giurisprudenziale del ruolo della buona fede parla, ad esempio, F. Macario, *I diritti oltre la legge*, Dem. dir., 1997, 149 s.

(45) A. Di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009), 33. Per una ricognizione della buona fede nel diritto europeo si rinvia a S. Whittaker - R. Zimmermann, *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge 2000).

abuso del diritto (46), *exceptio doli generalis*, sono solo alcuni degli esempi di istituti che hanno svolto questo ruolo in modo più o meno rigoroso ed efficace.

Ricorrendo a queste formule la giurisprudenza continentale si è occupata di tante questioni diverse: di valutare la danosità o l'inutilità di una condotta, ovvero l'intenzione di nuocere (47); di proteggere gli affidamenti incolpevoli in caso di rottura ingiustificata delle trattative (48), di informazioni inesatte e/o incomplete (49) e di esercizio del recesso (50); di accertare la correttezza dell'esercizio di un diritto dopo una lunga inattività (51); di operare un controllo sulle sopravve-

(46) Non è un caso che l'abuso del diritto abbia attirato l'attenzione dei comparatisti, già a partire da Rotondi, *L'abuso del diritto*, Riv. dir. civ., 1923, 104 s. (oltre agli altri contributi sull'abuso citati in queste pagine opera di comparatisti). Da ultimo, per un tentativo di fondare la costruzione della categoria dell'abuso si rinvia a C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto* (Milano 2007).

(47) Si pensi all'uso giurisprudenziale dell'*exceptio doli*. Cfr. Sul punto Cass. 25-2-1994, n. 1933, Foro it., 1994, I, 1757. Né — si sostiene in dottrina — deve ingannare l'esiguità delle decisioni che fanno espresso menzione di questo criterio. Come sottolinea L. Nanni, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, 218, spesso l'*exceptio doli* costituisce la *ratio decidendi* di molte decisioni, pur non essendo espressamente richiamata.

(48) Cass., 10-1-2013 n. 477; Cass., 20 marzo 2012 n. 4382.

(49) Cass., 16-4-2012 n. 5965, Foro it., 2012, I, 2692.

(50) Ad esempio, in tema di sindacato sulle modalità di esercizio del diritto di recesso da parte della banca v. Cass., 14-7-2000 n. 9321, Corr. giur., 2000, 1479, con nota di A. Di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*. Distingue un affidamento inteso come fatto oggettivo generatore di apparenza, da un atto imputabile all'agente e generatore di apparenza in una controparte ragionevole, C. Amato, *Affidamento e responsabilità* (Milano, 2012), 87 s., la quale osserva che la giurisprudenza sanziona le condotte imputabili all'agente ed idonee ad ingenerare in una controparte ragionevole un affidamento non colpevole e oneroso, ad esempio perché l'atto è posto in essere in violazione di un dovere di coerenza (*venire contra factum proprium*). Cfr. Cass., 18-9-2009 n. 20106.

(51) La giurisprudenza italiana, in realtà, è sempre stata piuttosto fredda nei confronti della *Verwirkung* (ossia la perdita di un diritto a seguito di inattività prolungata per un certo periodo non determinabile a priori, ove questo abbia ingenerato affidamento che il diritto non sarà più esercitato nella controparte) ritenendo che il semplice ritardo nell'esercizio del diritto non violi la buona fede. Sul punto cfr. anche Cass. 15-3-2004 n. 5240, Foro it., 2004, I, 1397.

nienze (52); di decidere sulla rilevanza di fatti non entrati nella pattuizione (53); di soppesare l'irrilevanza della violazione di una norma (54).

E la dottrina già da qualche decennio ha cominciato a ripercorrere la materia delle tutele avvalendosi delle categorie rimediali (55).

I diritti continentali conoscono le ragioni dei rimedi, anche se le descrivono nelle forme proprie degli ordinamenti fondati sulle categorie dei diritti soggettivi e delle azioni.

7. Esaurita la descrizione dei due modelli, una precisazione si rende necessaria prima di procedere oltre.

Nel mettere in luce la diversità tra modello ideale e realtà effettiva delle due tradizioni non si intende affatto riproporre la tesi secondo cui diversi sistemi giuridici offrano soluzioni simili agli stessi problemi e che, nonostante le differenze di evoluzione storica, di costruzione sistematico-teorica e di stile, enunciati normativi differenti diano quasi sempre luogo a esiti applicativi simili (56).

Anzi, proprio in tema di tutele si è verificata una sottovalu-

(52) La sensibilità della giurisprudenza alle mutate circostanze è molto maggiore nel diritto delle persone che nel diritto patrimoniale. Da una rassegna della giurisprudenza civile emerge chiaramente come il richiamo alla clausola *rebus sic stantibus* riguardi quasi esclusivamente le decisioni giudiziali rese in materia di diritto di famiglia, le quali sono, per giurisprudenza costante, suscettibili di modifica quanto ai rapporti economici o all'affidamento dei figli, in relazione alla sopravvenienza di fatti nuovi. Da ultimo v. Cass. 10-1-2014 n. 372; Cass. 19-6-2013 n. 15351.

(53) Cass. 14-8-2007 n. 17698; Cass. 23-9-2004 n. 19144.

(54) In tema di criteri di valutazione giudiziale della gravità dell'inauspimento, cfr. Cass., 28-6-2010 n. 15363; Cass., 8-7-2010 n. 16111.

(55) Per una rassegna in lingua italiana su questi temi si rimanda al ricco dibattito ospitato in questi anni su questa *Rivista*. La prima tematizzazione del piano dei rimedi nel diritto italiano si deve ad A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti* (Milano 1987). Da ultimo, con specifico riferimento al diritto europeo, v. S. Mazzamuto - A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* (Torino 2012).

(56) K. Zweigert - H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1988, 44, affermano il principio euristico della c.d. *praesumptio similitudinis*, ossia la presunzione che le soluzioni pratiche sono analoghe. Proposizioni di sintesi e concettualizzanti mostrano regole estreme, senza punti di contatto. Le regole operazionali ricevono spiegazioni e qualificazioni

tazione delle importanti diversità tra *civil law* e *common law*, messe in ombra dal successo di una tradizione di pensiero che ha enfatizzato la convergenza sul piano pratico delle due tradizioni (57).

L'enfasi esclusiva su esiti simili, anche a causa di una terminologia almeno in parte omologa, trascura che tali esiti sono spesso raggiunti per vie contrapposte, attraverso tecniche ispirate a logiche di impronta differente e, come tali, suscettibili di differente apprezzamento (58).

Ciò che ci proponiamo di fare nella parte centrale di questo articolo non è, dunque, ricercare conferme di una supposta similitudine delle soluzioni pratiche, ma individuare i nuclei problematici che la disputa tra diritti e rimedi mette in campo. E vedere in che modo le diverse tradizioni giuridiche hanno organizzato le proprie risposte a questi problemi.

8. La prima questione che la logica dei diritti e quella dei rimedi mettono in discussione riguarda il riconoscimento, ad opera del giudice, di *rationes* diverse da quelle che hanno contribuito all'attribuzione ed alla configurazione dell'interesse protetto.

Un ordinamento giuridico può decidere di rimanere fedele alle scelte effettuate dal legislatore ovvero ammettere correttivi ad opera dei giudici (59).

Riconoscere questa alternativa non significa sostenere che ogni giudizio comporti un bilanciamento di tutte le pretese confliggenti — altrimenti le rivendicazioni fondate sui diritti

molto diverse, spesso occultando la sostanziale uniformità delle soluzioni. Le regole di dettaglio prediligono soluzioni intermedie.

(57) In tema di buona fede afferma, ad esempio, che in *civil law* e *common law* « si arriva allo stesso risultato per vie diverse » (« we arrive at the same answer as you but by a different route »), R. Goode, *The Concept of "Good Faith" in English Law*, conferenza tenuta presso il Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto da Bonell, nel marzo 1992, pubblicata in www.cnr.it/csrdcs.

(58) Cfr. R. Sacco, *Le contrat inexécuté*, Il contratto inadempnuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo, a cura di L. Vacca (Torino 1999), 13.

(59) L'osservazione si trova, con riferimento all'abuso del diritto, in S. Patti, *Abuso del diritto*, Dig. IV disc. priv. - sez. civ., I (Torino 1987), 1.

non sarebbero diverse da quelle fondate su semplici interessi —, ma ammettere in sede applicativa *rationes* diverse da quelle che hanno guidato la determinazione dei diritti (60).

Secondo la dogmatica dei diritti il legislatore compie una valutazione tipica degli interessi in gioco attraverso la formulazione di fattispecie generali, seguendo un processo di astrazione che fa riferimento a situazioni tipizzate e considerate *a priori*.

In quest'opera di definizione degli interessi giuridicamente tutelati si consuma il passaggio da un conflitto tra i diversi interessi alla definitiva prevalenza di uno di essi. L'opposizione si risolverebbe, dunque, al momento dell'individuazione del diritto e l'azione non dovrebbe far altro che realizzare integralmente l'interesse precisato dal legislatore, senza che residui spazio per un ulteriore intervento ad opera dell'interprete. Il giudice sanziona i diritti definiti dal legislatore senza modificare l'assetto di interessi protetto dalla norma.

Va letto in questa luce, ad esempio, l'invito di Vittorio Scialoja, formulato in un'epoca di legalismo dominante, a reagire contro i fautori di un'equità giudiziale "spuria" e nemica del positivismo legislativo e — capovolgendo l'antico brocardo « *jus legislatori, aequitas iudicis magis convenit* » — ad affermare: « *Aequitas legislatori, jus iudicis magis convenit* ». È il legislatore che definisce l'interesse protetto e l'equità spiega la propria forza entro il dominio esclusivo del legislatore; il giudice deve

(60) Sul punto di vedano le riflessioni di giuristi di *common law*: S. Holmes - C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes* (New York 1999), trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (Bologna 2000), 112. Osservano Mazzamuto - Plaia, *I rimedi* cit., 755 che « Il rimedio, invero, postula un conflitto, ma il conflitto non implica di necessità un bilanciamento di interessi, che è tecnica di composizione delle controversie del tutto distinta non suscettibile di applicazione generalizzata ». Di avviso opposto sembrerebbe, invece, P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio»* cit., 4, ove afferma che la fattispecie concreta debba essere « analizzata in tutte le sue peculiarità: verificare quali interessi sono effettivamente coinvolti, bilanciarli nella logica del sistema e, in ultimo, individuare la misura più adeguata per la loro tutela » e che soltanto « dopo aver individuato gli interessi in gioco ed averne verificato la meritevolezza di tutela è possibile ricercare il rimedio adeguato ».

solo applicare il diritto, senza cercare di correggere lo *strictum ius* (61).

Nella realtà qualcosa resta però fuori dalla tipizzazione legislativa (62).

Il passaggio dal “generale” della definizione legislativa al “particolare” del caso concreto, da una visione prospettica *ex ante* ad una rivolta al passato *ex post*, dalla definizione in via tipica del diritto all’eccezionalità della sua violazione, può modificare l’assetto di interessi formulato nella regola di condotta.

A venire in rilievo sono quei fattori contingenti ed irripetibili, accertabili solamente *a posteriori* in relazione al caso concreto.

Usando il linguaggio dei rimedi potremmo dire che i “bisogni di tutela” che insorgono al momento della violazione sovente non sono predicati a livello della proposizioni normative primarie (63).

L’esistenza di fattori irriducibili, per limiti obiettivi o per ragioni di opportunità, ad una stretta tipizzazione legislativa lascia spazio a considerazioni di politica del diritto diverse da quelle che hanno contribuito alla conformazione in astratto della posizione soggettiva, il cui peso in concreto è possibile misurare solamente con l’applicazione della norma caso per caso (64).

Adottando il lessico dei rimedi, le tutele talvolta “replicano”,

(61) V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell’equità*, (Camerino 1880), 25. In modo analogo, e con la stessa citazione rovesciata da Vittorio Scialoja in esergo, B. Brugi, *L’equità e il diritto positivo*, Riv. int. fil. dir., 1923, p. 449.

(62) Sembraerebbe riconoscerlo la tesi, isolata ancorché autorevole, di F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, 155 s., il quale identifica il diritto soggettivo con la “potenza di comandare *inter partes*”, implicando che residui un conflitto di interessi anche dopo la norma attributiva della posizione soggettiva.

(63) Così Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi* cit., 242, nt. 2. Osserva a questo proposito, L. Nivarra, *I rimedi specifici*, in questa *Rivista*, 2011, 162, come « il ragionamento sulla tutela dei diritti vada impostato a partire dal tipo di pregiudizio cui la tutela medesima è chiamata a realizzare, e non sulla sua idoneità ad attuare, per via giudiziale, l’interesse leso ».

(64) C.E. Schneider, *Discretion and Rules: a Lawyer’s View*, The Uses of Discretion, a cura di K. Hawkins (Oxford 1992), 62 s., afferma che tale discrezionalità può derivare dalla scelta di rimettere al giudice la concretizzazione della regola di condotta anche quando una regola di tipo legislativo

altre volte “trasformano”, i diritti (65), e la scelta tra rimedi che replicano e rimedi che trasformano diritti non dipende dalla natura del diritto violato, ma da considerazioni del tutto estranee alla conformazione della posizione soggettiva, da *rationes* nuove e diverse da quelle relative all’attribuzione della posizione soggettiva.

Il *common law* conosce bene questa doppia dimensione.

Dalla separatezza tra riconoscimento dell’interesse e forme della sua tutela si fonda, ad esempio, una delle acquisizioni teoriche di maggior successo degli ultimi decenni: la distinzione tra regole di proprietà e regole di responsabilità (66). La premessa teorica della celebre Cattedrale calabresiana è che la prima scelta che l’ordinamento deve compiere per risolvere il conflitto tra usi incompatibili di risorse scarse è l’attribuzione della posizione soggettiva di vantaggio (“*entitlement*”); mentre la seconda concerne il tipo di tutela che il titolare del diritto si vede riconosciuta nel caso di pretese altrui sulla stessa risorsa. « Lo Stato non deve solamente decidere a chi attribuire l’*entitlement*, deve allo stesso tempo compiere una serie di *scelte di secondo livello* ugualmente difficili. Queste decisioni riguardano il modo in cui l’*entitlement* è protetto e la possibilità di vendere o cedere l’*entitlement* » (67).

sarebbe possibile, ovvero dalla radicale impossibilità da parte di un legislatore di individuare in modo generale e astratto la regola del caso concreto.

(65) Smith, *Right and Remedies* cit., spec. 47 s.

(66) G. Calabresi - D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev., 1089, 1091 (1972). L’articolo parte proprio dalla constatazione che « The first issue which must be faced by any legal system is one we call the problem of “entitlement.” Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more people, or two or more groups of people, it must decide which side to favor. Absent such a decision, access to goods, services, and life itself will be decided on the basis of “might makes right” — whoever is stronger or shrewder will win.’ Hence the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail. The entitlement to make noise versus the entitlement to have silence, the entitlement to pollute versus the entitlement to breathe clean air, the entitlement to have children versus the entitlement to forbid them — these are the first order of legal decisions. Having made its initial choice, society must enforce that choice ».

(67) Calabresi - Melamed, *Property Rules, Liability Rules* cit., 1092. « The state not only has to decide whom to entitle, but it must also simultaneously

Anche la giurisprudenza di *civil law* ha sempre svolto, seppure con sensibilità e attenzione variabili, il compito di rivedere in sede applicativa la consistenza dei diritti soggettivi che il legislatore aveva definito nella loro assolutezza (*dura lex sed lex*) (68). In questo modo ha dato risposta all'esigenza di estendere il proprio sindacato oltre gli stretti limiti della verifica di astratta conformità dell'esercizio del diritto alla norma attributiva, e di verificare la legittimità dei comportamenti alla luce del caso concreto, senza considerarli tale aprioristicamente per l'astratta conformità al diritto conferito.

Il linguaggio utilizzato dal legislatore non può che mantenersi entro margini vaghi e la regola finisce per completarsi alla luce delle circostanze del caso concreto, secondo canoni ermeneutici che non si esauriscono nella meccanica applicazione del dettato normativo postulata dalla tradizionale dicotomia diritto/azione.

Così, ad esempio, la giurisprudenza ha definito doveri specifici delle parti che si attualizzano nello svolgimento del rapporto e in funzione del suo concreto svolgersi attraverso la buona fede (69); ovvero ha dato forma e limite alla regola dell'integrale

make a series of equally difficult *second order decisions*. These decisions go to the manner in which entitlements are protected and to whether an individual is allowed to sell or trade the entitlement. » (corsivo nostro).

(68) La regola casistica è servita a temperare l'iperbolica assolutezza propria dell'enunciazione dei diritti, in primo luogo del diritto di proprietà. Lo osserva A. Gambaro, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, Enc. Giur., I (Roma 1988), 3.

(69) Così A. Di Majo, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, Corr. giur., 1991, 794. Lo stesso A. afferma che in una prospettiva rimediabile si supera la contrapposizione tra un modello ordo-liberale e uno conflittuale di buona fede. Cfr. Id., *Una New Age per le tutele contrattuali?*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo, a cura di S. Mazzamuto (Napoli 2012), 4. Per una disamina del ruolo della buona fede nel diritto europeo si rinvia a T. Wilhelmsson, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, European Law Journal, 2004, 718, ove l'A. distingue tra *market-rational regulation* e *market-rectifying regulation*, ossia tra obiettivi di razionalizzazione e di correzione del mercato. Sulle clausole generali si rinvia a L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 5 s., il quale sottolinea come le clausole generali non siano « né principi deduttivi né principi di argomentazione dialettica, bensì impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione e siano una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso

riparazione del danno e stabilito l'ammissibilità di una valutazione soggettiva del danno da parte della vittima dell'inadempimento utilizzando i criteri di determinazione del danno: prevedibilità, evitabilità, certezza (artt. 1225, 1227 c.c.) (70).

Ed anche al di fuori delle disposizioni legislative, nell'amministrazione dei rimedi la giurisprudenza ha sempre tenuto in conto variabili come ragionevolezza (71), proporzionalità (72), adeguatezza (73), in una logica difficilmente spiegabili in chia-

concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta » (corsivo nostro); sul punto v. anche C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 21 s. Secondo D. Friedmann, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract*, Good Faith and Fault in Contract Law, a cura di J. Beatson - D. Friedmann (Oxford 1995), 400, in *common law* « le regole rimediali sono utilizzate per compensare l'assenza del principio di buona fede ».

(70) Per un tentativo di elaborare *Fallgruppen* attraverso cui individuare regole operazionali sul risarcimento del danno mi sia consentito rinviare a G. Smorto, *I criteri di determinazione del danno nelle model rules e nel diritto comune europeo*, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo cit., 373.

(71) In tema di adozione della ragionevolezza come parametro di verifica della legittimità del recesso dal contratto v. Cass., 18-9-2009 n. 20106, cit., 85. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine* (Napoli 1996), individua un obbligo legale a rinegoziare l'accordo in caso secondo buona fede. In giurisprudenza cfr. Trib. Bari, ord. 31-7-2012, Foro it., 2013, I, 354. Sulla ragionevolezza del comportamento degli amministratori cfr. Trib. Milano, 2-3-1995, in Giur. It., 1995, I, 2, 706; Trib. Milano, 26-6-1989, in Giur. comm., 1990, II, 122.

(72) In materia di minaccia di far valere un diritto (art. 1438 c.c.), la giurisprudenza generalmente verifica se la minaccia sia volta a conseguire risultati "ingiusti" in base ad una verifica della proporzionalità tra utilità ricevuta e risultato conseguibile. Cfr. Cass. 23-12-1988 n. 7044; Cass. 30-7-1988 n. 4798; Cass. 27-3-1979 n. 1779.

(73) « Nei contratti con prestazioni corrispettive, qualora una delle parti adduca, a giustificazione del proprio rifiuto di adempiere, l'inadempimento o la mancata offerta di adempimento dell'altra, il giudice deve procedere alla valutazione comparativa dei comportamenti, tenendo conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche di quello logico, essendo necessario stabilire se vi sia relazione causale ed adeguatezza, nel senso della proporzionalità rispetto alla funzione economico sociale del contratto, tra l'inadempimento dell'uno e il precedente inadempimento dell'altro. Peraltro, il rifiuto di adempiere, come reazione al primo inadempimento, oltre a non contrastare con i principi generali della correttezza e della lealtà, deve risultare ragionevole e logico in senso oggettivo, trovando concreta giustificazione

ve di sussunzione e che testimonia l'accoglimento almeno parziale di quella connaturata flessibilità propria del piano dei rimedi (74).

I criteri di attribuzione della posizione soggettiva e quelli di definizione dei modi di tutela sono due questioni tra loro distinte e separate e i criteri di governo delle due scelte possono divergere, tanto in *common law* quanto in *civil law* (75). Quando questo accade il rimedio “trasforma” il diritto e lo fa per delle buone ragioni che solo il giudice — non anche il legislatore — poteva conoscere.

9. Strettamente legata al riconoscimento in sede giudiziale di *rationes* diverse da quelle che governano la funzione attributiva dei diritti è la questione della discrezionalità del giudice.

Nel dibattito corrente sposare la logica dei diritti o quella dei rimedi significa spesso porre l'accento alternativamente sul potere conformativo *ex ante* del legislatore o su quello di verifica *ex post* da parte dei giudici; e la disputa tra diritti e rimedi può essere declinata attraverso la tensione tra le opposte esigenze di puntuale definizione legislativa e di riconoscimento della discrezionalità del giudice, tra certezza del diritto — spesso identificata con la legge regolamentare — e giustizia nel caso concreto (76).

Il piano dei rimedi va, dunque, letto come « il frutto dell'opera (dissociata) delle fonti che si intrecciano in un solo ordinamento » (77).

nella gravità della prestazione ineseguita, alla quale si correla la prestazione rifiutata ». Così Cass. 12-10-2012 n. 17478; Cass. 2-4-2004, n. 6564.

(74) Così, Di Majo, *Il linguaggio dei diritti* cit., 347.

(75) L'articolo si propone di affrontare « two primary questions: (i) In what circumstances should we grant a particular entitlement? and (2) In what circumstances should we decide to protect that entitlement by using a property, liability, or inalienability rule? ». Cfr. Calabresi - Melamed, *Property Rules, Liability Rules* cit., 1093.

(76) Cfr. Patti, *Abuso del diritto* cit., 1. In materia di contratti l'esigenza di certezza viene ulteriormente argomentata in base alla sicurezza dei traffici e dei rapporti intersoggettivi.

(77) Così, R. Sacco, *L'abuso del diritto*, *Il diritto soggettivo* cit., 320, con riferimento all'abuso del diritto.

Utilizzando l'ordine concettuale ed il linguaggio delle grandi codificazioni e della teorica del diritto soggettivo, il legislatore definisce diritti; il giudice "*bouche de la loi*" ha il compito di attuarli meccanicamente (78). La logica dei diritti, del resto, ha sempre portato con sé l'idea dell'unica risposta corretta, anche in versioni meno ingenui di quelle meccanicistiche di stampo settecentesco (79).

Nella scelta tra interessi contrapposti ogni ordinamento può decidere di intervenire esclusivamente sul momento di attribuzione del potere, condizionandolo già in sede di previsione normativa (ad esempio, attraverso la tipizzazione dei comportamenti); ovvero concentrarsi sulla disciplina dell'esercizio, attraverso la predisposizione di strumenti idonei a valutare tutti i comportamenti (ad esempio, attraverso le clausole generali).

Questa seconda alternativa sposta il fuoco del problema sulla distribuzione delle competenze normative tra legislazione e giurisprudenza, e sull'apporto di ciascuna di queste fonti all'elaborazione della *regula juris*. Ed impone un ripensamento non solamente sul tipo di legislazione — a contenuto regolamentare o per principi — ma anche e soprattutto sull'apporto del giudice all'elaborazione e all'applicazione del diritto (80).

(78) La forza di questa costruzione emerge, ad esempio, nella mancata previsione nel *code civil* del divieto di atti emulativi, un istituto largamente conosciuto all'epoca della codificazione francese. L'assolutismo proprietario di cui il codice è espressione si salda con l'ideale di precetti legislativi chiari e semplici di matrice legislativa che rendano l'attività giudiziaria puramente esegetica.

(79) Si pensi, ad esempio, a R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (New York 1977), 81. Per la traduzione in italiano si rimanda a R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (Bologna 2010). Osserva, a tal proposito, M. Barberis, *Filosofia del diritto* (Bologna 1993), 191 s., che al cuore del pensiero di Dworkin risiede l'idea che, almeno per le materie che riguardano i diritti individuali (*rights*) il giudice non debba mai creare diritto, come invece avviene quando le corti usano argomenti relativi al benessere o all'utilità sociale (*policies*); che in questi casi la discrezionalità giudiziale sia esclusa, essendoci una sola correzione corretta (*right answer*); e che i conflitti interpretativi siano imputabili alla mente umana, ben potendosi immaginare un giudice dotato di poteri sovrumani (Ercole) capace di trovare la soluzione corretta anche nei casi difficili (*hard cases*). Su quest'ultimo punto v. R. Dworkin, *Law's Empire* cit. 255.

(80) S. Rodotà, *Ideologie e tecniche* cit., 90 s.

Il problema è più sentito negli ordinamenti di *civil law*, dove le competenze normative di giudici e legislatori sono distinte; molto meno in *common law*, dove la giurisprudenza ha il compito tanto di attribuire e conformare le posizioni soggettive, quanto di valutare le circostanze e i comportamenti individuali successivi all'attribuzione.

La differenza nel sistema delle fonti ha importanti ricadute sul piano dello stile del pensiero giuridico e della struttura dell'argomentazione nelle due tradizioni.

Il *common law* adotta un modello unitario di argomentazione, nel quale le questioni relative ai due piani entrano in gioco in modo continuo alla luce di tutte le considerazioni ritenute rilevanti ai fini della decisione del caso (81). La domanda unica diviene: « cosa farebbe una persona *ragionevole* nella data situazione concreta? » (82). Nel rispondere i giudici esercitano la propria discrezionalità alla luce di tutte le circostanze del caso concreto (83).

Sul piano linguistico questo comporta l'adozione di formule che riflettono l'unicità del momento. Si pensi alla *reasonableness* nelle sue diverse declinazioni ovvero all'uso dell'aggettivo "*substantial*" nella giurisprudenza di *common law* (84).

Diversamente, in *civil law* la struttura argomentativa riflette generalmente i due distinti momenti: quello attributivo in astratto *ex ante*, rimesso al legislatore e spesso connotato dall'assolutezza dell'attribuzione; e quello di valutazione delle circostanze del caso concreto *ex post*, di competenza della giurisprudenza e volto alla qualificazione del dato normativo, attraverso il quale sottoporre a scrutinio l'esercizio del diritto conferito nella sua assolutezza.

(81) Sul punto di vedano le osservazioni di G.P. Fletcher, *The Right and the Reasonable*, 98 Harv. L. Rev. 949 (1985), ove si distingue una struttura argomentativa di tipo "*flat*", propria del *common law*, da una "*structured*", propria del *civil law*. L'A. esprime la propria predilezione per il modello dei diritti, il quale avrebbe il vantaggio di una maggiore precisione ed analiticità. Sebbene le riflessioni di Fletcher riguardino principalmente il diritto penale (in particolare, le cause di giustificazione), esse sono passibili di più ampia applicazione.

(82) Fletcher, *The Right and the Reasonable* cit., 962.

(83) *White v. White* (2001) 1 AC 596, 606 (HL): « The judge has regard to all the facts of the case and to the overall requirements of fairness ».

(84) Fletcher, *The Right and the Reasonable* cit., 949 s.

Il linguaggio dei diritti (“rights”) è, dunque, l’“*equivalente sistemico*” della ragionevolezza di *common law* (85).

Anche qui qualche puntualizzazione si rende necessaria.

Sebbene in molti casi il linguaggio dei diritti comporti l’attribuzione di posizioni soggettive di vantaggio in modo assoluto ed incondizionato, il legislatore ha mostrato di essere consapevole dell’impossibilità di formulare una disposizione non lacunosa ed ha affidato alla giurisprudenza la costituzione di regole ulteriori che facciano da « valvole dell’ordinamento » (86). In questo modo il legislatore ha rimesso spesso alla competenza del giudice parte dell’elaborazione della *regula juris*, con riferimento a ogni elemento rilevante non definibile in via tipica a priori (87).

Naturalmente rimane da capire come questo avvenga.

Una delle perplessità più diffuse in *civil law* circa l’adozione di un approccio rimediale riguarda — in modo espresso o spesso implicito — la discrezionalità che un’articolazione dei rimedi comporterebbe per il giudice.

I dubbi si appuntano innanzitutto sulla possibilità stessa che al decisore sia rimesso il compito di integrare la norma (88), come testimonia la letteratura sull’uso delle clausole generali, in cui il riconoscimento di una discrezionalità del giudice è stato spesso letto come corrività nei confronti di un decisionismo irrazionalistico (89).

Il rischio — si osserva da più parti — è quello di un giudice

(85) Per *equivalente sistemico* — precisa l’A. — si intende un concetto che nel diritto continentale assume la stessa funzione di base che in *common law* svolge la ragionevolezza e faccia da perno ad un sistema di tipo “strutturato”. Cfr. Fletcher, *The Right and the Reasonable* cit., 964. Per un confronto tra *reasonableness* e buona fede in chiave comparatistica si rinvia a G. Criscuoli, *Buona fede e ragionevolezza*, Riv. dir. civ., 1984, I, 709.

(86) La formula, mutuata dalla dottrina tedesca (*Ventilbegriffe*, *Sicherheitsventile*), è stata ampiamente ripresa dalla dottrina italiana in tema di clausole generali.

(87) Così Hammond, *Rethinking Remedies* cit., 87 s.

(88) Osserva A. Gentili, *A proposito de «Il diritto soggettivo»* cit., 353: « Attraverso l’idea di abuso la giurisprudenza ha potuto (...) correggere la finzione di prerogative soggettive *non adeguatamente contemperate dalle norme legali* con gli altri interessi rilevanti » (corsivo nostro).

(89) S. Rodotà, *Ideologie e tecniche* cit., 96.

legibus solutus (90), la cui discrezionalità divenga « vago veicolo per manifestare insoddisfazioni personali dell'interprete verso le scelte operate dal legislatore » (91), e di rimettere « all'apprezzamento non sempre prudente dell'interprete la determinazione del punto di contemperamento delle parti in conflitto » (92).

Per i sostenitori della “discrezionalità rimediabile” l'unica domanda che il giudice deve porsi è: « Cos'è meglio fare in questo particolare caso? » (93). Affermazioni del genere preoccupano comprensibilmente il giurista continentale.

Se a volte è la possibilità stessa che il giudice possa integrare la fattispecie attraverso il ricorso ad argomenti basati sulla logica materiale, operando una valutazione degli interessi in gioco nel caso concreto, ad essere vista con diffidenza per i margini di indeterminatezza che questa prospettiva apre all'attività interpretativa del giudice, altre volte, e con maggiore fondamento, le perplessità si appuntano sulla cultura giuridica dei nostri interpreti (94) e sulla scarsa familiarità della nostra giurisprudenza a utilizzare gli strumenti non riconducibili allo schema della normazione analitica (95).

I dubbi sono fondati. Tuttavia se si smette di credere nella compiutezza della legge e nell'assolutezza iperbolica con cui le regole legali attribuiscono diritti, l'esito inevitabile è la rivalutazione delle fonti informali, le quali elaborano regole preter-

(90) Si vedano le osservazioni di F.D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, Riv. dir. civ., 2001, 555, il quale mette in guardia da un potere equitativo tendenzialmente illimitato che deriverebbe dalla indistinzione di buona fede ed equità.

(91) Così Gambaro, *Abuso del diritto* cit., 2. Teme che la teoria dell'abuso del diritto offra alla giurisprudenza il potere di adottare soluzioni non predeterminate dalla disposizione legislativa, magari in contrasto con l'autonomia privata e le logiche del mercato, in base a direttive politiche non predeterminabili, P.G. Monateri, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà. Un saggio di Comparative Law and Economics*, Diritto privato, 1997, 108 s.

(92) Gentili, *A proposito de «Il diritto soggettivo»* cit., 353.

(93) P. Birks, *Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism*, 29 *Western Australian Law Rev.* 2 (2000), 10.

(94) Gambaro, *Abuso del diritto* cit., 4; S. Rodotà, *Ideologie e tecniche* cit., 94.

(95) Il rilievo è di S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. int. (Milano 2004), 184.

legali, spesso con il consenso del legislatore, volte a ridimensionare e qualificare nel caso concreto i diritti attribuiti in astratto (96).

10. La terza questione che abbiamo isolato nel dibattito su diritti e rimedi riguarda gli schemi dell'argomentazione giuridica.

Sul piano interpretativo l'adozione del piano dei diritti o di quello dei rimedi comporta rispettivamente la prevalenza del canone logico-sistematico o di quello teleologico.

Spieghiamo brevemente perché.

In base alla dogmatica del diritto soggettivo le scelte di *policy* spettano al legislatore. Il giudice deve solamente individuare la posizione soggettiva nella sua esatta consistenza, così da stabilire quale sia la misura genuinamente reintegrativa del diritto violato.

Tale ottica rifiuta valutazioni di tipo strumentale e di *policy* legate al caso concreto e all'attualità della violazione, o comunque le relega su un piano subalterno rispetto all'esigenza primaria di ristabilire il diritto violato nella sua consistenza originaria (97).

Al contrario, quando il discorso giuridico sposta il fuoco dalla considerazione dei diritti a quello degli interessi in gioco, come tipicamente accade nell'ordine dei rimedi, si fa strada una concezione strumentale del diritto, per cui la consistenza del rimedio dipende da tutte le conseguenze che ne derivano (98).

Se si adotta questa prospettiva, la questione centrale per

(96) Cfr. Sacco, *L'abuso del diritto* cit., 314 s.

(97) Sebbene spesso caratterizzata da una deriva sostanzialista, la dottrina ha messo in luce anche in *civil law* la centralità dello scopo nella definizione del diritto soggettivo. Afferma, ad esempio, G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Rass. dir. pubbl., 1949, 283, 290, nt. 26, che « ... lo scopo non dà l'essenza di una entità, ma pervenire da questa affermazione al risultato che il criterio dello scopo non possa in alcun modo essere utilizzato nella definizione del diritto soggettivo significa negare che vi siano altri criteri di individuazione della realtà fuorché la forma ».

(98) In questa prospettiva sembra porsi, ad esempio, P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio»* cit., 3, ove osserva che « L'intero sistema rimediabile va dunque ripensato in prospettiva funzionale, alla luce dei principi di proporzionalità, effettività, dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza ».

l'interprete non è quale sia il rimedio che reintegra il diritto violato, ma quale sia il rimedio che produce esiti migliori: non ci si preoccupa solamente di reintegrare la vittima ma di verificare le ripercussioni di un dato rimedio. Il linguaggio giuridico potrà anche, in omaggio ad una lunga tradizione, parlare di reintegrazione, compensazione o altri termini simili, ma l'utilizzazione di questi termini avrà un significato differente da quello che gli attribuisce l'analisi tradizionale (99).

Talvolta l'attribuzione al giudice del compito di bilanciare interessi contrapposti in base a considerazioni di tipo strumentale è espressamente riconosciuta anche in *civil law* dalla disposizione legislativa.

In tema di servitù, l'art. 1065 c.c. afferma che, nel dubbio circa la sua consistenza, la servitù debba ritenersi costituita « in guisa da soddisfare il bisogno del fondo dominante col minor aggravio del fondo servente » (100); in materia di immissioni l'art. 844 c.c. richiama la « normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi » e il dovere dell'autorità giudiziaria di « contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà »; l'art. 912 c.c. rimette all'autorità giudiziaria la valutazione dell'interesse dei singoli proprietari « nei loro rapporti e rispetto ai vantaggi che possono derivare all'agricoltura o all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o si vuole destinare »; l'art. 2058, comma 2, c.c., dispone che: « Il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore »; e anche la disciplina sugli

(99) R. Craswell, *Instrumental Theories of Compensation: A Survey*, 40 *San Diego L. Rev.*, 1135 (2003). La premessa implicita di qualsiasi impostazione fondata sui diritti — osserva l'A. — è una visione proprietaria dei rimedi, ossia una concezione dei rimedi come funzionali a riparare un "property right" violato. Seguendo questa impostazione, ogni illecito comporta la lesione di una certa "property", di un certo "entitlement", e la risposta appropriata a questa lesione consisterebbe nel ripristino della "property" violata.

(100) Osserva R. Sacco, *L'esercizio del diritto* cit., 285, che « proprio nell'area delle servitù, noi troviamo che spesso la definizione del contenuto passa attraverso la definizione dell'esercizio ».

atti emulativi (art. 833 c.c.) codificherebbe, secondo taluno, il criterio di ottimalità paretiana (101).

Anche al di fuori delle disposizioni legislative, molte decisioni che si fondano su un controllo di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, delle condotte trovano spiegazione in chiave strumentale (102).

È vero però che l'argomento orientato alle conseguenze ha avuto storicamente poco spazio in *civil law*, dove l'attività ermeneutica del giudice è sempre stata concepita come il prodotto dell'interpretazione di norme di decisione formulate in modo condizionale e applicate meccanicamente al caso concreto da parte del giudice.

Al contrario, il *common law* adotta, già sul piano delle categorie, una logica di tipo funzionalistico: i "concetti funzione" (*Funktions-begriff*), aggregati funzionali di un sistema normativo rivolti agli scopi perseguiti, prendono il posto dei "concetti-sostanza" (*Substanzbegriff*), tipici del *civil law* ed espressione di una logica di tipo identitario e di essenze giuridiche universali (103).

Del resto, il dibattito sugli scopi del diritto si sviluppa nel *common law*, soprattutto statunitense, a partire dalla fine dell'Ottocento con Holmes, culmina con il dibattito acceso con l'articolo di Fuller e Perdue proprio in tema di rimedi (104), e trova compimento negli ultimi decenni con l'analisi economica del diritto (105).

(101) Osserva, ad esempio, Monateri, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà* cit., 112 s., che in tema di *aemulatio* la mancanza di un vantaggio oggettivo rende ingiustificato il sacrificio imposto all'attore in base ad una preoccupazione di efficienza economica e non di ordine sociale. Più in generale, osserva l'A. che nella regolazione dei conflitti proprietari gli ordinamenti di *civil law*, sotto lo schermo del discorso moralistico o socializzante, si mostrano spesso sensibili alle ragioni di efficienza economica.

(102) Cfr. la giurisprudenza citata in nota al par. 8.

(103) E. Cassirer, *Sostanza e funzione*, tr. it. (Firenze 1973). Per un'applicazione delle tesi di Cassirer al diritto comparato v. R. Michael, *The Functional Method of Comparative Law*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann - R. Zimmermann (Oxford 2006), 340 s.

(104) L.L. Fuller - W.R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 *Yale L. J.* 52 (1936-1937).

(105) Per i legami tra O.W. Holmes, il realismo e l'analisi economica del diritto v. R.A. Posner, *The Present Situation in Legal Scholarship*, 90 *Yale L. J.*,

Il linguaggio della tradizione di *common law* sostiene che i rimedi debbano essere amministrati secondo una logica strettamente casistica che pone al centro la coscienza, la ragionevolezza e l'equità (106). La riflessione più recente abbandona questo linguaggio per mettere al centro considerazioni di tipo strumentale, in primo luogo di efficienza, che è possibile definire solo *ex post* alla luce di tutte le circostanze del caso concreto (107).

Il massiccio ricorso all'argomento consequenzialista ha un riflesso immediato sullo spazio concesso all'apprezzamento discrezionale del giudice. Il crescente ricorso ad argomenti fondati sulle conseguenze sociali delle scelte interpretative determina un profondo mutamento nei rapporti tra legislazione e giurisprudenza, e tra dottrina e giurisprudenza (108).

La critica all'aumentata discrezionalità del giudice, per effetto dell'introduzione nel discorso giuridico di tecniche argomentative basate su considerazioni di scopo, riguarda, a bene vedere, il rischio che per questa via si dia ingresso incon-

1113, 1120 (1981), in cui lo stesso A. individua nella *Law and Economics* l'equivalente odierno del realismo giuridico; nonché Id., *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge - Mass. 1990), spec. 440, in cui *The Common Law* viene accostato a *La genealogia della morale* di Nietzsche.

(106) Ancora oggi nel linguaggio di alcuni autori sembra riecheggiare il modello dei rimedi equitativi del *common law* medievale, così ad esempio in tema di *constructive trust*. Cfr. P. Finn, *Equitable Doctrine and Discretion in Remedies*, Restitution, Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones, a cura di W.R. Cornish et al. (Oxford 1998), 251; Lord Cooke of Thorndon, *The Place of Equity and Equitable Doctrines in the Contemporary World*, Equity, Fiduciaries and Trust, a cura di D.W.M. Waters (Toronto 1993), 29; J.D. Davies, *Duties of Confidence and Loyalty* (1990) LMCLQ 4.

(107) Il confronto tra rimedi alternativi è un nodo centrale per la riflessione di analisi economica del diritto e, più in generale, per tutte quelle impostazioni che accolgono una visione basata sull'efficienza o su considerazioni di tipo strumentale. Nella letteratura italiana si veda per prima la riflessione di P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità* (Milano 1960).

(108) L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano 1996), 97, il quale individua tra le concause che hanno determinato questo spostamento: il degrado del linguaggio tecnico-giuridico; la scarsa capacità del legislatore di comprendere le informazioni che arrivano da una società in continua trasformazione; l'aumento delle variabili interpretative e le lacune dei testi legali. Tutto questo viene compensato dal legislatore — aggiunge l'A. — con l'uso crescente della tecnica delle clausole generali.

trollato a *rationes* giudiziarie, attribuendo al giudice un compito di ingegneria sociale.

In realtà — è stato autorevolmente osservato — il pericolo di abusi connessi all'impiego dell'argomento teleologico non è superiore a quello legato all'uso della logica formale. Si tratta di elaborare criteri di controllo delle decisioni che limitino derive di incontrollata giustizia del caso concreto: su tutti, il rispetto del tenore della norma astratta, il vincolo delle norme imperative, un rigoroso criterio di selezione delle conseguenze rilevanti e l'individuazione dei valori in base ai quali valutare le conseguenze. In questo modo l'attività interpretativa rende l'argomento universalizzabile al di là del caso concreto, facendogli assumere la forma della regola ed individuando in modo chiaro i criteri di decisione effettivi (109).

Del resto, una ricostruzione alternativa, che provi a fondare la decisione sulla sola consistenza dei diritti, indipendentemente da considerazioni di tipo strumentale, sarebbe del tutto illusoria e fuorviante. L'interprete non andrebbe affatto esente da considerazioni di *policy* ma si limiterebbe a spostare la scelta dal piano dei rimedi al piano dell'esatta individuazione dei diritti da garantire. Le questioni di *policy*, uscite dalla finestra, rientrerebbero in gioco dalla porta nella definizione in via interpretativa del diritto violato (110).

11. Prima di trarre le conclusioni proviamo a verificare come l'adozione di ciascuna delle due prospettive descritte possa orientare l'interprete nell'individuazione delle tutele concesse nel caso concreto, esaminando un settore specifico: il diritto dei contratti (111).

Abbiamo osservato in precedenza che, seguendo la logica dei diritti, le tutele offerte dall'ordinamento devono conformarsi al diritto violato.

In materia di contratti il diritto violato non può che riflettere la promessa scambiata dalle parti e non mantenuta.

(109) Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* cit., 91 s.

(110) R. Craswell, *How We Got This Way: Further Thoughts on Fuller and Perdue, Issue in Legal Scholarship*, Symposium: Fuller and Perdue (2001): Article 2., 1 s., disponibile su <http://www.bepress.com/ils/iss1/art2>.

(111) Su questi temi cfr. Di Majo, *Le tutele contrattuali* cit., 1 s.

Applicata al diritto dei contratti, la logica dei diritti enfattizza, pertanto, l'esigenza primaria di replicare nel modo più fedele possibile la volontà tradita per effetto dell'inadempimento: i rimedi contrattuali hanno il solo compito di reintegrare il diritto sorto per effetto del volere dei contraenti.

Al contrario, in *common law* le tutele sono considerate parte di "un congegno utilitaristico per far eseguire ai privati degli obblighi essenzialmente pubblici" (112).

La diversità di prospettiva tra *common law* e *civil law* in tema di contratti affonda, dunque, le proprie radici nella concezione stessa della forza obbligatoria della promessa (113).

In coerenza con la logica dei diritti, negli ordinamenti continentali il principio dell'efficacia obbligatoria del contratto è stato oggetto di un vero e proprio processo di sacralizzazione, per cui ogni inadempimento è considerato un male e ogni adempimento un bene, a prescindere da una valutazione delle circostanze del caso concreto (114). Espressioni come « il contratto ha forza di legge tra le parti » (art. 1372 c.c.), o altre equivalenti, sono state comunemente intese nel senso che il contratto debba essere eseguito sempre e comunque.

Questo ha comportato almeno due conseguenze in punto di tutele, perlomeno sul piano delle declamazioni: la primazia del risarcimento in natura su quello per equivalente e la centralità del principio compensativo.

(112) Cfr. M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano. 1870-1960* (Bologna 2004), 199. Questa visione si consolida nel dibattito nordamericano del diciannovesimo secolo sull'uso della *law of contract* per obiettivi utilitaristici e sorge in reazione ai tradizionali discorsi sui diritti naturali del pensiero razionalista e giusnaturalista. Sono le tante anime dell'antiformalismo americano che, a partire dal diciannovesimo secolo, si battono perché il diritto — innanzitutto quello dei *contract* e della *law of torts* — si faccia interprete della crescita economica.

(113) Per una ricostruzione in chiave storico-comparatistica cfr. G. Gorla, *Il contratto* cit., 77 s. In *common law* cfr. le contrapposte tesi di C. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge, Mass. 1981); e P. Atiyah, *Promises, Morals and Law* (Oxford 1981). Per una rassegna delle diverse posizioni cfr. P. Benson, *The Theory of Contract Law. New Essays* (Cambridge 2007); D. Kimel, *From Promise to Contract. Towards a Liberal Theory of Contract* (Oxford Or. 2005).

(114) Y.M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* (Paris 2004), 33.

L'esecuzione in natura è indicata in *civil law* come sanzione ideale (115), corollario necessario della forza obbligatoria del contratto (116), il cui ambito di applicazione tendenzialmente infinito si arresta solo di fronte all'incoercibilità del comportamento del debitore (117). Mentre la riparazione per equivalente è considerata illogica ancor prima che inefficace (118).

Pur con importanti differenze, le codificazioni continentali ottocentesche consacrano con enunciazioni solenni il principio della coazione all'adempimento. Questo è vero non solamente per il diritto tedesco, fondato sul soddisfacimento in natura dell'interesse creditorio (119), ma anche per i sistemi derivati dal modello francese (120), tra cui quello italiano (121), almeno con riferimento al contratto con prestazione corrispettive (122).

(115) J. Carbonnier, *Droit civil. IV. Les Obligations*²² (Paris 2000), n. 375.

(116) In realtà, è stato osservato, la forza obbligatoria del contratto non dice nulla sul tipo di sanzione apprestata dall'ordinamento nel caso di inadempimento, ma solamente che l'inadempimento sarà sanzionato. Cfr. Laithier, *Étude comparative* cit., 58 s.

(117) Su questi temi si rinvia a S. Mazzamuto, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'inadempimento in natura*, Il contratto e le tutele, a cura di S. Mazzamuto, (Torino 2002), 530; Id., *L'attuazione degli obblighi di fare* (Napoli 1978). Sul tema dell'adempimento in natura si rinvia a F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* (Napoli 2011).

(118) C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*², XXIV, (Paris 1870), 486.

(119) §§ 241; 249; 251; 275, B.G.B.

(120) Con particolare riguardo al diritto francese, occorre osservare che il principio di coazione all'adempimento trova espressione, oltre che in disposizioni specifiche, anche in forme di coercizione indiretta di origine giurisprudenziale, poi recepite dal legislatore, come le *astreintes*.

(121) Nel diritto italiano il diritto a pretendere l'adempimento coattivo "non è espressamente declamato dal codice, perché ritenuto implicitamente compreso nella stessa natura del diritto c.d. primario (insoddisfatto)": così Di Majo, *Le tutele contrattuali* cit., 5. Osserva come proprio l'art. 1218 c.c. — ossia la norma che proclama a livello generale il risarcimento del danno come effetto dell'inadempimento — precluderebbe « la pretesa di risarcimento in luogo dell'adempimento finché perduri la possibilità della prestazione » L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, Enc. dir., XXXIX (Milano 1988), 1096. Più di recente, la priorità dell'adempimento in natura è sostenuta, sempre facendo leva sull'art. 1218 c.c., da Nivarra, *I rimedi specifici* cit., 170.

(122) Cfr. art. 1453 codice italiano; art. 1184 *code civil*.

L'applicazione della logica dei diritti alla materia dei rimedi comporta, dunque, che il rimedio consisterà nel ripristino della posizione soggettiva vantata dal danneggiato, e violata dal danneggiante, attraverso la riparazione, ad opera del danneggiante, del danno subito dal danneggiato (123).

Al contrario, mentre nel diritto continentale l'interesse del creditore e l'interesse generale sembrano convergere nell'esecuzione coattiva della prestazione (124), in *common law* la scelta dello strumento di tutela avviene in modo discrezionale in base a considerazioni di *policy* che potenzialmente non hanno nulla a che fare con le ragioni dell'insorgere di responsabilità (125). La questione relativa al rimedio « riguarda cosa fare con l'inadempimento, e non come interpretare la promessa » (126).

Il riconoscimento dell'efficacia obbligatoria del contratto assume così in *common law* un significato completamente diverso: esso comporta esclusivamente che il debitore inadempiente si espone ad una qualche reazione dell'ordinamento, ma nulla dice su quale sia questa reazione. Spetta al giudice deciderla nell'esercizio della propria discrezionalità e in base ad argomenti di tipo strumentale strettamente legati al caso concreto.

La domanda non è più — come in *civil law* — quale sia la misura di danno che genuinamente compensa il diritto violato, ma quale sia la misura di danno che produce le migliori conseguenze (ad esempio, sul piano dell'allocazione delle risorse).

Mentre in *civil law* l'adempimento in natura è escluso nel solo caso di impossibilità della prestazione (127), il giudice di *common law* può negare l'esecuzione in forma specifica non solamente ove essa sia impossibile o comunque oramai inutile per la vittima dell'inadempimento, ma anche quando vi sia una sproporzione tra interesse soddisfatto e interesse sacrificato,

(123) L'applicazione di principi di giustizia correttiva esclude in radice qualsiasi spazio a considerazioni di tipo strumentale e impone la definizione di rimedi che riflettano diritti e doveri definiti prima della violazione.

(124) Laithier, *Étude comparative* cit., 33.

(125) Così M. Tilbury, *Remedies and the Classification of Obligations*, *The Law of Obligations and Boundaries*, a cura di A. Robertson, 2004, 11 s.

(126) D. Laycock, *The Death of Irreparable Injury* (New York 1991), 259.

(127) Nel diritto italiano questo risultato è il frutto della lettura congiunta delle disposizioni che definiscono la fattispecie risarcitoria (art. 1218 c.c.) e quella estintiva (art. 1256 c.c.) dell'obbligazione.

quando sia particolarmente costosa o difficile da monitorare ovvero ponga il debitore in condizioni incompatibili con le proprie libertà o ancora quando rischi di compromettere i rapporti tra le parti, quando sia superflua o in contrasto con altri interessi rilevanti, e così via (128).

Il linguaggio della tradizione di *common law* afferma che la scelta tra risarcimento per equivalente ed esecuzione in forma specifica dipende da dottrine di origine equitativa (“*undue hardship*”, “*unclean hands*”) (129). Tuttavia sarebbe un errore ritenere che la maggiore discrezionalità concessa ai giudici di *common law* sia frutto solamente di un retaggio storico. *L’equity* fornisce formule a ragioni che la trascendono.

Il secondo aspetto che l’adozione della logica rimediale comporta in ambito contrattuale è l’abbandono di una logica necessariamente compensativa, basata sulla consistenza dell’*entitlement* violato, al fine di determinare la misura di reazione dell’ordinamento.

Anche qui il linguaggio dei diritti tende a nascondere la dimensione precettiva dell’individuazione del danno risarcibile attraverso l’adozione di un linguaggio di scoperta (“misurare”, “accertare”, “determinare”, “compensare” il danno). Al di là del linguaggio utilizzato, però, il problema del danno risarcibile non è più quello di “misurare” quantità date, ma di individuare il nesso funzionale che lega le ipotesi di danno all’obbligazione risarcitoria (130).

Adottando questa chiave di lettura, non sussiste alcuna incongruenza nel distinguere ciò cui il promissario ha diritto in caso di adempimento da ciò cui egli ha diritto in caso di inadempimento (131).

(128) Per un primo inquadramento del problema in chiave di efficienza si rimanda a A.T. Kronman, *Specific Performance*, 45 U. Chi. L.R., 351, (1978); A. Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 Yale L.J., 271, (1979); T.S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 Mich. L.R., 341, (1984).

(129) Per un’analisi del ruolo della *specific performance* in *common law* si veda D. Laycock, *The Death of Irreparable Injury* cit.

(130) Sul punto mi sia consentito rinviare a G. Smorto, *Il danno da inadempimento* (Padova, 2005), 165 s.

(131) R. Craswell, *Instrumental Theories of Compensation: A Survey* cit., 1137. La giurisprudenza italiana ha sempre negato la delibazione di sentenze

Se si accettano queste premesse, si aprono le porte a misure alternative di danno in funzione delle diverse giustificazioni addotte, delle diverse *rationes* normative che presiedono al funzionamento del sistema risarcitorio (132).

Alla luce di questa diversità di prospettiva si spiega l'ammissione in *common law* di misure di danno alternative all'interesse positivo (133), fondate sull'affidamento (134) o sulla re-

straniere di condanna ai danni punitivi per contrarietà all'ordine pubblico interno. Sul punto v. Cass., 19-1-2007 n. 1183. Per un commento alla sentenza si rinvia a G. Spoto, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in questa *Rivista*, 2007, 1129. Per la letteratura in lingua italiana si rinvia a G. Ponzanelli, *Danni punitivi: no, grazie*, *Foro it.*, 2007, I, 146; Id., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435; V. Zeno-Zencovich, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, *Giur. it.*, 1985, IV, 12.

(132) *Contra* E.J. Weinrib, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, 78 *Chi.-Kent L. Rev.*, 55, 60-61, il quale rileva che questa nozione unificante postulata da esigenze di giustizia correttiva si rivela incompatibile con una visione strumentale delle *policies* rimediale, poiché è estranea alle istanze di giustizia correttiva qualsiasi valutazione il cui punto di osservazione sia limitato ad una sola delle due parti. La ricerca di strumenti adeguati al raggiungimento di obiettivi considerati desiderabili si pone in contrasto — secondo l'A. — con i principi della giustizia correttiva perché una simile impostazione mancherebbe di cogliere l'unitarietà delle posizioni di danneggiante e danneggiato. E questo indipendentemente da quali siano gli obiettivi di *policy* perseguiti (ivi compresi, la protezione della vittima, la *deterrence* o il rispetto della parola data). Sul piano dei rimedi, quindi, nessuna valutazione di *policy* apparirebbe compatibile con i principi di giustizia correttiva.

(133) Il riferimento è innanzitutto alla triade *expectation/reliance/restitution*, introdotta da L.L. Fuller - W.R. Perdue, *The Reliance Interest* cit., 52.

(134) Cfr. *Restatement (Second) of Contracts* § 90 (1981). In dottrina sul tema si rinvia a E. Yorio - S. Thel, *The Promissory Basis of Section 90*, 101 *Yale L.J.* 111 (1991). In giurisprudenza il *reliance interest* riceve un riconoscimento importante per la prima volta ad opera di Learned Hand in *L. Albert & Son v Armstrong Rubber Co.*, 178 F.2d 182 (2d Cir. 1949). La misura dell'interesse positivo, in assenza di un affidamento effettivo frustrato a causa dell'inadempimento, ha talvolta suscitato forti perplessità non solo sul piano teorico, ma anche su quello dei risultati applicativi. Cfr. *Texaco v. Penzoil*, 729 S.W.2d 768 (Tex. App. 1987), in cui l'applicazione del criterio dell'interesse positivo, combinato con i criteri di quantificazione del danno utilizzati dalla corte, portarono ad un risarcimento miliardario. Per una prima rassegna delle opinioni sulla decisione si vedano M.P. Gergen, *The Texaco-Penzoil Affair and*

stituzione dei profitti *disgorgement* (135); e sempre in questo chiave si giustificano i danni punitivi (136) o la possibile divaricazione tra l'ammontare della misura risarcitoria imposta al responsabile dell'inadempimento e danno risarcito alla vittima (c.d. "*decoupling damages*") (137).

Il *common law* riconosce che le logiche che presiedono l'amministrazione della giustizia *ex post* possono divergere da quelle che sono confluite nella formulazione della posizione di vantaggio e attribuisce al giudice, nell'esercizio della propria discrezionalità, il compito di colmare questa distanza (138).

the Economic Analysis of Remedies for Mistakes in Contract Formation, 9 *Rev. Litig.* 441 (1990); D. Laycock, *The Remedies Issue: Compensatory Damages, Specific Performance, Punitive Damages, Supersedes Bonds, and Abstention*, 9 *Rev. Litig.* 473 (1990).

(135) Cfr. *Attorney General v. Blake* ((2000) 4 All E.R. 385), in cui la *House of Lords* ha riconosciuto, a titolo risarcitorio, ai servizi segreti britannici i profitti conseguiti da un suo ex dipendente il quale, in violazione dei propri doveri, aveva pubblicato un libro rivelazione. Cfr. anche *Adras Building Material v. Harlow & Jones* (C.A. 20/82, 42(1) P.D. 221 (1988), in cui la Suprema Corte di Israele ha riconosciuto alla vittima dell'inadempimento, in assenza di prove sul danno effettivamente subito in conseguenza dell'inadempimento, il diritto a conseguire, a titolo di risarcimento, i profitti ottenuti dal convenuto, il quale si era reso inadempiente ad un contratto di vendita di una partita di acciaio per poter rivendere l'acciaio ad un prezzo superiore ad un altro acquirente. Per la traduzione in inglese di questa sentenza, v. 3 *Restitution L. Rev.*, 1995, 23. In entrambe le sentenze sono ragioni di tipo strumentale a fondare le decisioni dei giudici: il buon funzionamento dei servizi segreti nell'*opinion* dei Lords; la promozione del rispetto della parola data nelle considerazioni del giudice Barak.

(136) W.S. Dodge, *The Case for Punitive Damages in Contract*, 48 *Duke L.J.* 629 (1999); J.A. Sebert jr, *Punitive and Nonpecuniary Damages in Actions Based upon Contract: Toward Achieving the Objective of Full Compensation*, 33 *UCLA L. Rev.*, 1565, (1986).

(137) I. Ayres - P.M. Goldbart, *Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules*, 100 *Mich L.R.*, 1 (2001); M. Kahan - B. Tuckman, *Special Levies on Punitive Damages: Decoupling, Agency Problems, and Litigation Expenditures*, 15 *Int'l Rev. L. & Econ.*, 175 (1995); A.M. Polinsky - Y.K. Che, *Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation*, 22 *RAND J. Econ.*, 562 (1991); M. Spence, *Consumer Misperceptions, Product Failure and Producer Liability*, 44 *Rev. Econ. Stud.*, 561 (1977).

(138) Se in *common law* la centralità della riparazione per equivalente viene argomentata attraverso le parole di Oliver Wendell Holmes, nel pensiero giuridico continentale la superiorità della riparazione in natura viene

Così in molti casi il rimedio è definito dai giudici all'interno di una rosa di soluzioni diverse e alternative (139), la cui scelta avviene in modo discrezionale in base a considerazioni di *policy* che nulla hanno a che fare con l'insorgere di responsabilità (140). Altre volte, invece, spetta alle parti individuare entro una rosa di rimedi — tutti astrattamente disponibili — quello adatto al caso di specie (141).

La distanza tra le due tradizioni giuridiche è notevole (142). Il fatto che la diversa caratura delle tecniche di tutela contrattuale non determini esiti applicativi radicalmente differenti non toglie che quelle tecniche si ispirino a logiche di impronta differente e siano, quindi, suscettibili di differente apprezzamento (143).

Le differenze in punto di disciplina rimangono, dunque, importanti, anche se non riconducibili alle rigide partizioni imposte da una lettura dogmatica della distinzione in esame.

costantemente attribuita a Rudolph Jhering ed al suo richiamo alla necessità che il diritto si realizzi nella pratica. Cfr. R. von Jhering, *La lotta per il diritto*, tr. it. (Milano 1989), 125.

(139) Parla, a questo proposito, di "basket of remedies", P. Birks, *Three Kinds of Objection* cit., 2.

(140) Così M. Tilbury, *Remedies and the Classification of Obligations* cit., 11 s.

(141) In tema di inadempimento, sulla possibilità di consentire alle parti di un contratto di scegliere tra *specific performance* e risarcimento del danno prima e dopo il verificarsi dell'inadempimento si vedano, ad esempio, le riflessioni di S. Shavell, *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*, 84 *Tex. L. Rev.* 831, spec. 856 (2006), il quale afferma che nei contratti di produzione consentire all'acquirente di attribuire alla vittima dell'inadempimento la facoltà di effettuare *ex post* la scelta tra esecuzione in forma specifica e risarcimento del danno potrebbe determinare inconvenienti connessi a rischi di *hold-up*. Per un caso concreto, relativo alla scelta tra danni subiti e profitti ottenuti in caso di violazione dell'obbligazione fiduciaria, si veda il caso *Tang Man Sit v Capacious Investments Ltd* (1996) AC 514 (PC), e in particolare le osservazioni di Lord Nicholls, 521.

(142) Vede nell'affermazione di un percorso di avvicinamento delle due tradizioni un vero e proprio "luogo comune del diritto comparato" Laithier, *Étude comparative* cit., 368.

(143) R. Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, *Quadr.*, 1988, 84.

12. In queste pagine abbiamo esaminato la tradizionale dicotomia diritti/rimedi per sottoporne a critica l'efficacia sul piano descrittivo.

Abbiamo dimostrato che gli ordinamenti, tanto di *civil law* quanto di *common law*, conoscono l'esigenza di una ridefinizione degli interessi in gioco alla luce del singolo caso, sono consapevoli del fatto che il bilanciamento degli interessi non può dirsi del tutto esaurito con l'attribuzione del potere in astratto e hanno elaborato strumenti volti a far fronte a queste esigenze.

Nella tradizione di *civil law* ciò ha determinato una progressiva ridefinizione delle competenze normative tra legislatore e giudice a vantaggio del secondo, cui spetta il compito di governare *rationes* nuove e diverse da quelle che hanno contribuito a definire la consistenza della posizione soggettiva conferita in astratto *ex ante*.

Abbiamo inoltre rilevato che l'interpretazione della norma legale si svolge in sede applicativa secondo canoni che la programmazione normativa può limitare solo in parte e che il peso da attribuire a ciascuno degli elementi rilevanti ai fini della singola decisione è definibile solamente entro una logica non generalizzabile del caso per caso (144).

Tentare di essere più precisi — abbiamo cercato di dimostrare — sarebbe non solamente difficile ma anche poco saggio (145).

La giurisprudenza, anche quella degli ordinamenti dell'Europa continentale, ha elaborato criteri di governo della discrezionalità connaturata all'amministrazione delle tutele, anche se spesso nel farlo ha attirato più critiche che consensi (146).

La questione è, dunque, dare parole e concetti adeguati a questa realtà.

(144) D. Jensen, *The Rights and Wrongs of Discretionary Remedialism*, Singapore J. Legal Studies, 2003, 178 s.

(145) Lord Nicholls in *Attorney General v. Blake* (2001) 1 AC 268 (HL), at 286.

(146) Di recente, si vedano le osservazioni critiche che hanno accompagnato la già citata Cass., 18-9-2009 n. 20106, in tema di recesso e concessione di vendita. Sul punto si rinvia ai contributi raccolti in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini (Torino 2010).

Sul piano logico nulla ci vieta di continuare a percorrere la vecchia strada: di sostenere, ad esempio, che alcune circostanze accertabili in concreto dal giudice modifichino la qualificazione di un atto rendendolo estraneo al contenuto della posizione soggettiva, e di ricondurre la questione dell'esercizio del diritto entro il processo di sussunzione del fatto nella norma di origine legislativa (147); ovvero di rintracciare un negozio tacito di rinuncia nell'inerzia prolungata, piuttosto che un comportamento cui l'ordinamento riconnette in modo diretto determinate conseguenze giuridiche (148).

Rimane dubbio quanto tutto questo sia utile (149).

L'adeguamento di linguaggio e categorie si impone all'interprete, tanto più che il diritto comunitario è quanto mai lontano dalla dogmatica dei diritti.

Non si tratta dunque di subire la fascinazione del mondo anglofono (150): è lo stesso diritto privato europeo, anch'esso non codificato e da sempre più attento alle risposte concrete

(147) Il riferimento è, innanzitutto, alla teorica dell'abuso del diritto, con la quale si è cercato un controllo per via giudiziale delle forme di utilizzazione della nozione di diritto soggettivo, considerandolo un limite interno al contenuto del diritto. È stato M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1939, 269, a coniare il fortunato brocardo "*le droit cesse où l'abus commence*" per sottolineare l'incongruenza della figura dell'abuso del diritto all'interno di un sistema che reputa l'esercizio del diritto espressione lecita per definizione ove questa si svolga entro i limiti stabiliti dal legislatore al diritto attribuito. Pertanto, delle due una: se c'è il diritto non può esserci abuso; se c'è abuso per definizione non c'è diritto. L'abuso del diritto, seguendo questo ragionamento, è in ultima analisi esercizio di un non diritto. Per il tentativo di superare questa obiezione cfr. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus de droits*², (Paris 1939), n. 245.

(148) Sul punto si rimanda alle osservazioni di A. Gambaro, *Il diritto di proprietà* (Milano 1995), 851. Sulla tesi secondo cui ogni atto di esercizio di un diritto soggettivo si traduca in negozio giuridico cfr. Carnelutti, *Teoria generale del diritto* cit., 220 s.

(149) L'interrogativo è posto da Sacco, *L'abuso del diritto* cit., 364, il quale ritiene che l'utilità si misura in base alla possibilità che la regola in questione possa essere formulata con un tasso ragionevole di precisione e che i compiti che una simile norma svolge non siano già assolti da altre disposizioni (ad esempio, da clausole generali).

(150) Afferma, ad esempio, Gentili, *A proposito de «Il diritto soggettivo»* cit., 363, che un ipotetico giurista italiano malizioso potrebbe scorgere in questa rivisitazione del diritto privato in chiave rimediale « un'infatuazione

piuttosto che alla coerenza di sistema, ad avere intrapreso questa strada (151).

Né la linea di separazione tra esperienze giuridiche passa sempre attraverso la consueta divisione tra *common law* e *civil law*: basti pensare al massiccio ricorso della giurisprudenza tedesca alla buona fede (152), o ai limiti cui è sottoposto, sempre nel diritto tedesco, l'adempimento in natura, soprattutto dopo la riforma delle obbligazioni (153).

Occorre allora definire regole di governo della discrezionalità del caso concreto in modo che ogni determinazione del giudice sia fondata su forme generalizzabili, in base ad un modello di decisione per i casi futuri (simile alla tecnica del precedente di *common law*) (154). Solo in questo modo è possibile sottoporre a vaglio critico dottrine articolate e in costante evoluzione che incorporano al proprio interno le esigenze emerse nei singoli casi entro un quadro di sistema (155).

Il problema non risiede tanto nella scelta delle espressioni da utilizzare quanto nella correttezza dell'argomentazione.

Potrebbe impensierirsi una dogmatica obsoleta, fondata su un positivismo legalista che riduce l'attività del giudice ad un modello di decisione basato su fattispecie normative astratte e

per la cultura giuridica del Paese egemone pari a quella che cento anni prima contagiava gli innamorati dei Pandettisti ».

(151) Cfr. Mazzamuto - Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., 1 s. Questa tendenza è ancora più accentuata nelle norme modello, le quali, anche al fine di consentire un'uniformazione di ordinamenti appartenenti a tradizioni diverse, fanno ampio ricorso a clausole generali e norme elastiche.

(152) Nel periodo successivo alla seconda Guerra mondiale quasi il dieci per cento delle sentenze emesse dalle corti tedesche faceva applicazione del § 242 BGB. Sul punto si rinvia a S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali* (Milano 2013), 60 s., anche per riferimenti bibliografici.

(153) Cfr. § 275, co. 2, il quale utilizza un criterio di proporzionalità tra sforzo debitorio e interesse creditorio nell'adempimento, e § 275, co. 3, B.G.B., sull'inesigibilità dell'adempimento in caso di impedimento di carattere personale.

(154) Cfr. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali* cit., 19.

(155) Per una riflessione di *common law* su questi temi si rimanda alle considerazioni di Lord Steyn in *Attorney General v. Blake* (2001) 1 AC 268 (HL), 291.

si illude di poterne limitare ogni rischio di arbitrio attraverso la legge (156).

Tuttavia riconoscere le ragioni dei rimedi e il potere del giudice di tenerle in conto non significa ammettere un incontrollabile correttivo extralegale al contenuto del diritto, ma consentire all'ordinamento di fare ciò che ha sempre fatto: una valutazione delle attività umane al fine di ricollegarvi effetti giuridici (157), senza sacrificare reali bisogni di tutela in nome di illusorie ragioni di coerenza dogmatica.

ABSTRACT

On the meaning of remedies

The purpose of this essay is to reframe the conceptual division between rights and remedies by identifying those issues that are generally raised in the legal discourse when dealing with the two perspectives. The focus will be particularly on: policies that govern rights and remedies, judicial discretion, and judicial interpretation. While the traditional account based on a sharp opposition of rights and remedies proved to be untrustworthy, the proposed conceptualization helps to outline the distinction in a more realistic way.

(156) Denuncia la scarsa attenzione rivolta alle clausole generali negli scritti in tema di interpretazione della legge Patti, *Ragionevolezza e clausole generali* cit., 36.

(157) Cfr. A Falzea, *Efficacia giuridica*, Enc. dir., XIV, (Milano, 1965), 477 s.