

LE LINGUE DEL DIRITTO

Collana a cura di Barbara Pozzo

***CATEGORIE E TERMINOLOGIE
DEL DIRITTO NELLA PROSPETTIVA
DELLA COMPARAZIONE***

Società Italiana per la Ricerca
nel Diritto Comparato

Atti del III Congresso Nazionale
Como, 14-15 marzo 2014

a cura di
Michele Graziadei
Barbara Pozzo

CATEGORIE E TERMINOLOGIE DEL DIRITTO NELLA PROSPETTIVA DELLA COMPARAZIONE

ISBN 978-88-14-20894-2



9 788814 208942



GIUFFRÈ EDITORE

PREFAZIONE

Il presente volume, che Barbara Pozzo ha voluto accogliere nella Collana “Le lingue del diritto”, racchiude gli Atti del terzo Congresso nazionale della Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato, tenutosi a Como, presso il Dipartimento di Diritto, Economia e Culture dell’Università dell’Insubria, il 14 e il 15 marzo 2014.

La SIRD, società scientifica costituita nel 2010 allo scopo di promuovere la scienza giuridica comparatistica, è il Comitato nazionale italiano dell’*International Academy of Comparative Law e della International Association of Legal Science*, l’ente che rappresenta presso l’Unesco le scienze giuridiche. Lo statuto della SIRD, i suoi organi, e la sua missione sono descritti sul suo sito web (www.sircomp.it).

Fin dagli esordi la SIRD ha scelto di pubblicare in volumi gli atti dei propri Congressi per offrire al pubblico i frutti della propria attività scientifica.

Sono quindi disponibili, oltre al volume attuale, gli Atti del primo Congresso nazionale, organizzato nell’Università Statale di Milano, da Rodolfo Sacco e da Antonio Gambaro: *Le nuove frontiere della comparazione, Atti del I Convegno Nazionale della SIRD Milano, 5-6-7 maggio 2011*, a cura di Luisa ANTONIOLLI, Gian Antonio BENACCHIO, Roberto TONIATTI, Collana “Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche”, Università degli Studi di Trento, 2012, XIII, 360 pagine, nonché gli Atti del secondo Congresso SIRD, tenutosi a Siena: *Il modello giuridico — scientifico e legislativo — italiano fuori dell’Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD. Siena, 20-21-22 settembre 2012*, a cura di Sabrina LANNI e Pietro SIRENA, Collana “Cultura giuridica e rapporti civili”, vol. 9, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. X-470.

Sotto la presidenza di Antonio Gambaro, la SIRD ha inoltre

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2015

La traduzione, l’adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

curato la pubblicazione dei rapporti italiani presentati al Congresso quadriennale dell'*International Academy of Comparative Law*, che si è tenuto a Vienna nel 2014: *Società italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato. Rapports Nationaux Italiens/Italian National Reports Au XIX Congrès International de droit comparé - 2014/To the XIX International Congress of Comparative Law*, a cura di Antonio GAMBARO, Collana "Università degli Studi di Milano - Facoltà di Giurisprudenza - Studi di diritto privato", Milano, Giuffrè, 2014, XII - 892.

La pubblicazione del presente volume è l'occasione per ringraziare calorosamente, a nome di tutto il Direttivo della SIRD, Barbara Pozzo e il gruppo dei suoi collaboratori: Valentina Jacometti, Letizia Casertano, Stefano Fanetti, Michele Cespa e Andréa Cesareo, per l'accoglienza offerta ai soci della SIRD e ai numerosi partecipanti al Congresso di Como.

MICHELE GRAZIADEI
*Presidente della Società Italiana
 per la ricerca nel Diritto Comparato*

INDICE

	pag.
MICHELE GRAZIADEI	
<i>Prefazione</i>	V
BARBARA POZZO	
<i>Introduzione</i>	1

Parte I

IL QUADRO EUROPEO E IL DIRITTO DEGLI STATI MEMBRI

PAOLO GROSSI	
<i>Un dialogo con i comparatisti su lingua e diritto</i>	11
FEDERIGO BAMBI	
<i>I nomi del 'diritto': dal latino al volgare</i>	23
SILVIA FERRERI	
<i>Legiferare (e amministrare) in molte lingue</i>	37
ANTONIO GAMBARO	
<i>Il lessico della proprietà</i>	61
RODOLFO SACCO	
<i>Il contratto, vicende di una parola</i>	75
SIMON WHITTAKER	
<i>The making and breaking of legal connections on translation of complex legislative instruments: examples from the proposed Common European Sales Law</i>	85
MARIO SERIO	
<i>La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione</i> . . .	115

Parte II

IL QUADRO MONDIALE TERMINOLOGIE E CATEGORIE GIURIDICHE TRA REGOLAZIONE GLOBALE E DIRITTI LOCALI

PAOLO MONTALENTI	
<i>Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law</i>	159

GUIDO SMORTO <i>Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi</i>	185
CLAUDIO SACCHETTO <i>Le categorie e la terminologia del diritto tributario nella prospettiva della comparazione (Parte Prima)</i>	217
MARCO BARASSI <i>Le categorie e la terminologia del diritto tributario nella prospettiva della comparazione (Parte Seconda)</i>	237
MARINA TIMOTEO <i>Fare cose con gli emblemi. Termini e categorie del nuovo diritto civile cinese</i>	249
ROBERTA ALUFFI <i>Categorie, termini ed emozioni. La connotazione nella traduzione giuridica dall'arabo</i>	273

Parte III
COSTITUZIONE, DEMOCRAZIA E
LEGALITÀ NELLA DIMENSIONE GLOBALE

SABINO CASSESE <i>Costituzione, democrazia e legalità nella dimensione globale</i>	287
LUCIO PEGORARO <i>Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo</i>	291
ALESSANDRO FERRARI <i>Le parole europee della libertà religiosa: laicità e secularism nell'età della globalizzazione</i>	347
ROBERTO SCARCIGLIA <i>Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?</i>	367
GRAZIA MANNOZZI <i>Traduzione e interpretazione giuridica nei contesti normativi plurilinguistici: riflessioni sulla traduzione del lessema « giustizia riparativa »</i>	387
FRANCESCA RUGGIERI <i>Spigolature nello spazio di giustizia, libertà e sicurezza: note minime sull'obbligatorietà dell'azione penale nella proposta sul pubblico ministero europeo</i>	403

BARBARA POZZO (*)
INTRODUZIONE

Gli studenti che intraprendono lo studio dei sistemi giuridici stranieri, per comprendere quali differenze e somiglianze presentino rispetto al proprio diritto, incontrano necessariamente il tema della traduzione e del significato di terminologie che non sono familiari (1).

Non si tratta di un incontro effimero, poiché i problemi sollevati dalla traduzione di termini poco familiari lo accompagneranno per tutto il suo percorso (2).

(*) Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato, Università degli Studi dell'Insubria.

(1) L'importanza della traduzione giuridica per il diritto comparato — anche nel contesto internazionale — emerge sin dal convegno dell'International Academy of Comparative Law che si svolse a Sidney nel 1986 e che dedicò una sessione al problema della traduzione giuridica. Gli atti di tale sessione sono stati raccolti in *Cahiers de Droit* 28-4, (1987). Successivamente al Convegno della IACL tenutosi a Bristol nel 1998, una sessione venne dedicata ai rapporti tra Lingua e Diritto. Gli atti sono stati raccolti nel volume a cura di Erik JAYME, *Langue et droit*, XV^e Congrès International de Droit Comparé, Bristol, 1998 Brussel, Bruylant.

(2) In Italia, sono stati di fondamentale rilevanza gli studi di Rodolfo Sacco a questo proposito. Sin dalla Prima edizione della sua *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1979, Rodolfo Sacco ha introdotto un Capitolo dedicato ai problemi della traduzione giuridica. Si veda poi *Les problèmes de traduction juridique*, Rapports nationaux italiens au XII Congrès International de droit comparé (Sydney), Milano, 1986, p. 1 ss. Cfr. inoltre R. SACCO, *Traduzione giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento*, Torino, 2000, p. 722 ss.; *Id.*, *La traduzione giuridica*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli e P. Di Lucia, Milano, 1994, p. 475; *Id.*, *Langue et Droit*, in *Langue et Droit*, XV Congrès International de droit comparé, a cura di E. Jayme, Brussels, 2000, p. 223; *Language and Law*, in *Ordinary Language and Legal Language*, a cura di Barbara Pozzo, Milano, Giuffrè, 2005, p. 1.

Conclusivamente credo che si possa affermare che le clausole generali hanno, nell'ultimo quarto di secolo, segnato una svolta normativa, giurisprudenziale e dottrinale proprio nel campo del diritto commerciale.

È un'ulteriore conferma — io credo — del primato del diritto commerciale sul piano dell'adeguatezza regolatoria nel diritto vivente rispetto alla funzione ancillare ancorché "ordinante" delle categorie classiche del diritto civile (41).

(41) Il tema richiederebbe, come è ovvio, un serio approfondimento per sviluppare l'idea che l'evoluzione del diritto privato è oggi affidata prevalentemente all'area del diritto commerciale, ferma restando la funzione ordinatrice delle categorie generali. Si veda in argomento, nel quadro di una riflessione storica e sistematica di alto profilo, M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1 ss.

Qualche spunto in P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, p. 379.

GUIDO SMORTO (*)

IL LINGUAGGIO DEI DIRITTI E IL LINGUAGGIO DEI RIMEDI

1. Una riflessione a cavallo tra diritto civile e diritto processuale

Fin dall'emanazione del codice civile, cultori di discipline sostanziali e processualisti hanno iniziato ad interrogarsi sulla struttura e sulle scelte, non sempre chiare, che il legislatore aveva consegnato all'interprete con la redazione del Libro sesto in tema di tutele.

La riflessione è proseguita nei decenni successivi, anche a seguito delle tante novità — dallo Statuto dei lavoratori alla riforma del processo del lavoro — che nel frattempo erano intervenute a intricare un quadro già di per sé complesso.

La crescente urgenza di una profonda rimeditazione emerge in modo chiaro, ad esempio, rileggendo gli Atti di un Convegno dal titolo "Processo e tecniche di attuazione dei diritti", svoltosi a Palermo nell'ottobre del 1987, nel quale si cerca di riannodare i fili di una riflessione sul tema dei diritti e delle tutele (1).

Durante quel convegno molte delle questioni legate al tema vengono chiaramente fuori: i processualciviliisti denunciano la diffusa tendenza ad affrontare i problemi sul piano della stretta tecnica processuale (2); i civilisti accusano l'insoddisfazione di dover rincorrere la moltiplicazione dei "bisogni di tutela" della

(*) Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato, Università degli Studi di Palermo.

(1) Gli Atti del Convegno sono pubblicati in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, a cura di S. Mazzamuto.

(2) M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, *ivi*, 63 s.

società moderna esclusivamente in base ad un sistema basato sulla previa individuazione di una norma attributiva di diritti ⁽³⁾.

Entrambi sottolineano con forza l'esigenza dell'effettività delle tutele.

Ai penalisti si chiede di dare il proprio contributo e di offrire una riflessione sulla tutela penale della condanna civile. Questi rispondono sottolineando il carattere di *extrema ratio* del diritto penale e soprattutto l'indifferenza della sanzione al contenuto offensivo del reato e all'interesse offeso, e pertanto l'impossibilità di "conformare" la sanzione all'illecito (semmai all'autore dell'illecito), elaborando tutele specifiche adeguate ai bisogni di tutela ⁽⁴⁾.

Affiora in taluni degli interventi il linguaggio dei rimedi.

Anzi, molti leggono gli esiti di quel convegno come un confronto tra due impostazioni teoriche e soprattutto tra due linguaggi: dei diritti e dei rimedi (rispettivamente personificate da Andrea Proto Pisani e da Adolfo Di Majo). È Michele Giorgianni, nelle sue *Conclusioni*, a ridimensionare la distanza tra le due prospettive rigettando una lettura semplificante delle posizioni emerse ⁽⁵⁾.

Lo strumento per eccellenza individuato da pressoché tutti i commentatori è la comparazione giuridica ⁽⁶⁾.

Al centro dell'attenzione ci sono i sistemi continentali: su tutti, la Germania con la categorizzazione delle obbligazioni e degli strumenti esecutivi, e la Francia con le *astreintes*; ma a destare le maggiori attenzioni è il *common law* e la teorica dei *remedies*.

A questa ventata di innovazione sembrerebbe sottrarsi solamente l'Italia: dall'esame delle singole tecniche esecutive consegnate all'interprete dai codici emerge un giudizio netto e senza

⁽³⁾ A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, *ivi*, 11 s.

⁽⁴⁾ G. FIANDACA, *Intervento*, *ivi*, 1273 s.

⁽⁵⁾ M. GIORGIANNI, *Conclusioni*, *ivi*, 1349.

⁽⁶⁾ Negli Atti del Convegno si trovano le Relazioni di A. Frignani, M. Serio, R. Pardolesi, V. Varano.

appello sulla loro insufficienza rispetto alle nuove situazioni giuridiche ed ai bisogni di tutela che ne derivano ⁽⁷⁾.

Il *common law* è studiato con curiosità ed interesse perché sembra possedere una flessibilità che gli ordinamenti continentali, imperniati sulla necessità di individuare una posizione soggettiva, non possono avere.

Del *common law* si studia l'*injunction*, per la sua variabilità di contenuti, e più in generale gli *equitable remedies*: rimedi per situazioni bisognose di protezione ma non tutelabili *at law*. Ma è l'intera impalcatura teorico-pratica della *law of remedies* a ricevere attenzioni crescenti da parte dei giuristi continentali.

L'obiettivo comune è comprendere come realizzare un guadagno in termini di tutele dall'abbandono del piano dei diritti a favore di un piano dei rimedi o, quanto meno, dall'affiancamento dei due ⁽⁸⁾.

2. Il modello dei diritti

Storicamente il *civil law*, in special modo quello di derivazione germanica, pone al centro della propria intelaiatura la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive attraverso la teorica del diritto soggettivo.

Gli ordinamenti dell'Europa continentale affidano l'individuazione degli interessi tutelati — la c.d. funzione attributiva — al rapporto tra diritto soggettivo e azione ⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, cit., 63 s.

⁽⁸⁾ 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 *Europa e diritto privato*, 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.

⁽⁹⁾ Il rapporto tra diritto soggettivo e azione è al centro della polemica che vede contrapposti Windscheid e Muther. Cfr. B. WINDSCHEID, T. MUTHER,

I diritti sono la proiezione della norma legislativa, la cui attuazione in sede processuale è la logica conseguenza della loro creazione⁽¹⁰⁾.

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⁽¹¹⁾.

Del resto, 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'in-

Polemica intorno all'actio, edizione italiana 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*.

⁽¹⁰⁾ L'art. 24 della Costituzione recita: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

⁽¹¹⁾ Un'eccezione è rappresentata da R. SACCO, *L'esercizio del diritto*, in *La parte generale del diritto civile. 2. Il diritto soggettivo*, La parte generale del diritto civile. 2. Il diritto soggettivo, Torino, 2001; 281. In precedenza si vedano S. PUGLIATTI, *Esercizio del diritto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, 622; V. FROSINI, *Esercizio del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VI, 1960, 823.

dividuazione 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. È il legislatore che definisce l'interesse protetto; il giudice deve solo applicare il diritto, senza cercare di correggere lo *strictum ius*: "*Aequitas legislatori, jus iudici magis convenit*"⁽¹²⁾.

Sul piano delle fonti questo modo di strutturare la sequenza diritto/azione è il frutto di un sistema in cui il potere di conformare in astratto le posizioni soggettive di vantaggio è attribuito unicamente al legislatore; non anche ai giudici, i quali sanzionano i diritti definiti dal legislatore senza modificare l'assetto di interessi protetto dalla norma.

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.

3. Il modello dei rimedi

L'approccio pragmatico e rimediabile attraversa tutta la tradizione di *common law* sia a livello dottrinario che giurisprudenziale, e il *common lawyer* si è sempre gloriato di essere più interessato ai rimedi che ai diritti⁽¹³⁾.

Gli ordinamenti di *common law* tradizionalmente non conoscono l'ordine concettuale dei diritti soggettivi e organizzano le proprie forme di tutela intorno alla nozione di rimedio.

⁽¹²⁾ Il brocardo, che capovolge l'antico "*jus legislatori, aequitas iudici magis convenit*", è formulato da V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, 25, in un Discorso inaugurale all'Università di Camerino nel 1879, nel quale l'illustre giurista invita a reagire contro i fautori di un'equità giudiziale "spuria". Un brocardo, quello di Scialoja, che si radica talmente nella mentalità del giurista italiano, tanto da essere riproposto in esergo ad un proprio articolo da un altro illustre studioso del tempo, B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, 449, quasi che fosse quello, e non il suo opposto, il brocardo latino. Ce lo ricorda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, 145.

⁽¹³⁾ P.S. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, London 1987.

In questi sistemi la selezione degli interessi meritevoli avviene direttamente tramite l'individuazione delle tutele e non occorre identificare una posizione soggettiva perché possa darsi risposta ad un interesse lesa.

L'effettività delle tutele prevale sull'enunciazione astratta dei diritti.

Secondo un modello di analisi orientato ai rimedi, infatti, per offrire un quadro accurato e completo della consistenza della protezione degli interessi occorre verificare l'effettività delle tutele (14).

L'origine di questa tecnica di giuridicizzazione degli interessi risale alle medievali *forms of action* inglesi, un sistema di azioni tipiche la cui influenza è decisiva per comprendere i tratti essenziali del *common law* anche dopo la loro abolizione alla fine del diciannovesimo secolo (15), e 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*)

(14) Nelle sue espressioni più radicali il discorso sui rimedi sostiene che parlare di diritti non significhi altro che fare predizioni sulle future decisioni giudiziali. In questa prospettiva diritto soggettivo diviene "espressione linguistica" attraverso la quale si indica semplicemente 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. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano 1962, 155.

(15) 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.

senza indagare i risvolti effettuali delle declamazioni di principio (*c.d. law in action*) (16).

4. Due prospettive inconciliabili?

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?" (17).

Del resto, nella tradizione di *civil law* è il diritto (soggettivo) che determina l'ampiezza e il contenuto della tutela, mentre l'azione costituisce null'altro che la realizzazione in sede processuale del diritto.

Seguendo questa concettualizzazione non c'è spazio per null'altro che diritti e azioni (18).

Se proprio vogliamo parlare di rimedi, 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.

L'opposto è vero in *common law*.

La logica dei rimedi, portata alle sue conseguenze ultime,

(16) Di una tendenza al realismo e alla fattualità della logica dei rimedi, in contrapposizione ad un vuoto concettualismo, parla U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. 2. Il diritto soggettivo*, cit., 136.

(17) D. TALLON, *Remedies (French Report)*, in D. HARRIS, D. TALLON (CLF.), *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, Paris, 1987, 263.

(18) Osserva M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. 2. Il diritto soggettivo*, cit., 9 s., che la centralità del diritto soggettivo rispetto all'*actio* non sarebbe, tuttavia, un tratto proprio del diritto romano. I primi tentativi di subordinare l'*actio* al diritto soggettivo si devono a Donello. Nel continente europeo il sistema dei diritti soggettivi, e l'emancipazione del discorso sul diritto soggettivo dal discorso relativo alle azioni, sono frutto dell'elaborazione di quei filosofi del diritto naturale riconducibili alle correnti razionalistiche del diritto naturale. Così R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, 132.

conduce a sostenere l'irrilevanza 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 ⁽¹⁹⁾.

Se proprio vogliamo parlare di diritti, la definizione delle posizioni soggettive di vantaggio è comunque un *posterius* rispetto all'individuazione dei rimedi.

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" ⁽²⁰⁾, a certe costruzioni dell'analisi economica del diritto, a partire dalla dottrina dell'*efficient breach*, tanto nota nella sua elementare vulgata quanto fraintesa nella sua portata effettiva ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ 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".

⁽²⁰⁾ O.W. HOLMES, *The Path of Law*, 10 *Harv. L. Rev.*, 457, 458 (1896-97), trad. it. *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, 256.

⁽²¹⁾ 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.

5. Diritti e rimedi nella filosofia del diritto continentale e nella giurisprudenza angloamericana. Un discorso (quasi) unitario

Un discorso a parte meritano la filosofia del diritto continentale e la *jurisprudence* anglosassone (in particolare quella analitica).

Al contrario di quanto accade per i giuristi positivi delle due tradizioni giuridiche, nell'ambito della *legal theory* il discorso sui diritti avviene seguendo traiettorie in larga parte comuni alle due tradizioni.

Su entrambe le sponde dell'Oceano si sviluppa una ricca riflessione teorica sulle attribuzioni di posizioni di vantaggio all'interno del discorso giuridico (sia logico-formale che normativo), al centro della quale sta la nozione di diritto soggettivo o *right* ⁽²²⁾.

Tanto nella riflessione continentale quanto in quella angloamericana si registra la contrapposizione tra due famiglie di teorie sul diritto soggettivo.

A contendersi il campo sono la teorica del diritto soggettivo come volontà giuridicamente riconosciuta entro la sfera di sovranità della persona — c.d. *choice theory* o *will theory* — esemplificata dalle posizioni di Savigny in *civil law* e Hart in *common law*, e quella di diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto — c.d. *benefit* o *interest theory* — identificata con le tesi di Jhering in *civil law* e di Bentham in *common law* ⁽²³⁾.

Anche gli argomenti a sostegno (o contro) le due posizioni sono molto simili.

⁽²²⁾ Del resto, l'influenza degli autori tedeschi sulla *jurisprudence* americana, in special modo su quella analitica, è fortissima. Sul punto cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 48, e la bibliografia ivi richiamata.

⁽²³⁾ Per una ricognizione delle posizioni emerse nella *jurisprudence* anglosassone sulla disputa su *choice theory* e *interest theory* si rinvia a M. KRAMER, *On the Nature of Legal Rights*, 59 *Cambridge Law Journal* 473 (2000); J.E. PENNER, *The Analysis of Rights*, in *Ratio Juris*, 1997, 300.

Con riguardo alla *choice theory*, ad esempio, si osserva in chiave critica che anche soggetti che non sono in grado di esprimere una volontà piena possono essere titolari di diritti (si pensi ai minori o agli incapaci); e che in tutti gli ordinamenti alcuni diritti sono indisponibili da parte del titolare: ciò che conduce al paradosso secondo il quale — a prendere sul serio fino in fondo la teoria della volontà — si dovrebbe riconoscere che proprio i diritti protetti più intensamente, ossia i diritti dei più deboli, sono meno diritti di altri ⁽²⁴⁾.

Anche in risposta a queste importanti critiche, a partire dagli anni settanta del Novecento si registra in *common law* il graduale abbandono della *choice theory* per abbracciare la *interest theory*, secondo una oscillazione analoga a quella registratasi nell'Europa continentale ⁽²⁵⁾.

Così nell'ultima parte del Novecento a prevalere è la *interest theory*, per cui il diritto consiste nell'assicurare una protezione e garanzia all'interesse di un soggetto.

Nella letteratura teorico-giuridica, tanto continentale quanto anglosassone, la nozione di diritto (*right*) è centrale ⁽²⁶⁾, mentre trova poco o nessuno spazio la nozione di rimedio ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test Case for Theories of Rights*, in *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, 1976, 62; Id., *Rights in Legislation*, in P.M.S. HACKER, J. RAZ (cur.), *Law, Morality and Society*, Oxford 1977.

⁽²⁵⁾ Cfr. J. WALDRON, *Can Communal Goods be Human Rights?*, in Id., *Liberal Rights*, Oxford, 1993, 339.

⁽²⁶⁾ Per una ricostruzione del dibattito teorico sui diritti in *common law* si rinvia a B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto*, 2001, 1 s.

⁽²⁷⁾ Una posizione di particolare rilievo riveste nella tradizione di *common law* l'analisi di Wesley Newcomb Hohfeld. Partendo da una riflessione sul linguaggio giuridico corrente, l'A. denuncia l'approssimazione nell'uso corrente del termine *diritto*, mette in luce il carattere camaleontico del termine *right* e afferma l'esigenza di una maggiore definizione dei termini con cui nel discorso giuridico si definiscono proprietà normative ai singoli. Espressione tra le più fortunate della tradizione analitica angloamericana, l'elaborazione hohfeldiana consiste nella predisposizione di una griglia dei concetti giuridici fondamentali al fine di definirne il significato entro il vocabolario dei diritti. Hohfeld distingue

Al centro dell'analisi si colloca, semmai, la distinzione tra *legal rights* e *moral rights*, e la relativa scelta di assumere a riferimento la prima o la seconda delle due nozioni ⁽²⁸⁾.

Ed è qui che si annida il tema delle tutele.

Il dibattito sui rimedi nella *legal theory* si ritrova nella riflessione sulla concepibilità di diritti in assenza di tutele o garanzie "secondarie" ⁽²⁹⁾.

Secondo alcuni autori la mancanza di qualsiasi forma di protezione rende un "diritto" inesistente, un diritto "*di carta*" ⁽³⁰⁾, cioè nulla di più di una "*nice idea*" ⁽³¹⁾. Secondo altri il diritto sarebbe solamente inefficace e l'assenza di tutele costituirebbe una lacuna dell'ordinamento da colmare ⁽³²⁾.

— com'è noto — otto concetti giuridici di base con cui si definiscono le cosiddette posizioni giuridiche soggettive e le reciproche relazioni di negazione o correlazione tra esse: pretesa, libertà, potere, immunità, dovere, non-diritto, soggezione, incompetenza. E conclude che ciò che nel discorso giuridico corrente si identifica comunemente come diritto soggettivo è una di queste posizioni o, più frequentemente, una combinazione di esse. Cfr. W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale L.J.* 16 (1913); Id., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 *Yale L.J.* 710 (1917). Per la traduzione dei due articoli in italiano v. W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969, a cura di M.G. Losano.

⁽²⁸⁾ Il problema è, dunque, se l'approccio migliore (o l'unico praticabile) ai fini di una delucidazione dei diritti consista nell'assumere un'analisi dei *legal rights* come modello, o paradigma, ai fini di un'analisi della nozione di *rights* in generale (e, in particolare, dei *moral rights*); o se, viceversa, sia opportuno utilizzare la nozione di *moral rights* come modello ai fini di un'analisi della nozione di *rights* in generale (e, in particolare, dei *legal rights*). Così B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea da Hart a Raz*, cit., 5, nt. 7. Per la formulazione di questa alternativa si rinvia a J. RAZ, *Legal Rights*, in Id., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1984, 254.

⁽²⁹⁾ Garanzie secondarie sono gli strumenti — giurisdizionali e non — di tutela. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Bari, 2007, 668 s.

⁽³⁰⁾ R. GUASTINI, *Diritti*, in *Analisi e diritto*, 1994, 163 s.

⁽³¹⁾ B. FRIEDMAN, *When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies*, 65 *South. Cal. L. Rev.* 735

⁽³²⁾ In questo senso L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001.

6. Verso una revisione critica della dicotomia. I "remedies" in common law: una categoria controversa

Già a partire dal convegno di Palermo menzionato in apertura, molti dei contributi dei giuristi continentali che si sono cimentati sul tema dei *remedies* in *common law* aprono con la definizione offerta da Lawson: il rimedio è "cure for wrongs" (33).

Si riconosce che per la sensibilità del giurista continentale si tratta di una definizione che non soddisfa quei requisiti di precisione cui questi è abituato. E per questo si considera la fortunata definizione come espressione dell'antiformalismo tipico del *common law*.

In realtà, un aspetto spesso trascurato dalla letteratura continentale è che anche la vaghezza della nozione di *remedy*, che il giurista continentale liquida talvolta, in modo forse sbrigativo, come tratto proprio del *common law*, suscita molti dubbi anche oltremarica.

La definizione di Lawson è criticata per la correlazione tra illecito e rimedio posta al centro di un'intelaiatura di chiara impronta blackstoniana (34).

È Blackstone, infatti, in apertura dei suoi *Commentaries*, a individuare nei diritti e negli illeciti i due oggetti del diritto (35). Tale partizione, la cui origine viene fatta risalire al carattere delittuale delle più antiche *forms of action* (*trespass* e *trespass on the case*) (36), è stata poi ripresa da Austin (37) ed ha condizionato profondamente la costruzione teorica del *common law* in tema di rimedi.

(33) Così F. H. LAWSON, *Remedies of English Law*, London, 1972.

(34) Per una critica alla definizione v. P. BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, cit., 13.

(35) W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, descrive i diritti (*rights*) nei primi due volumi per poi passare a trattare della violazione di questi diritti (*wrongs*) e dei relativi rimedi (*remedies*).

(36) P. BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, 20 Oxford J. Legal Stud., 1 (2000), 26 s.

(37) J. AUSTIN, *Lectures in Jurisprudence*, 3^a ed., London, 1869, 787 s.

Le perplessità espresse da più parti nascono dalla constatazione che non tutte le "cause of actions" nascono da *wrongs*, ma da una serie di fatti cui l'ordinamento giuridico ritiene di dover dare risposta.

In molti casi le corti hanno il compito di realizzare un diritto, non di rimediare un torto ("remedy a wrong"). L'arricchimento senza causa o la *negotiorum gestio*, ad esempio, fanno sorgere diritti che le corti hanno il compito di attuare, senza che per tale intervento sia possibile individuare un illecito (38).

Se così è, la costruzione dei rimedi come "cure for wrongs" soffre.

Alla tradizione blackstoniana si contrappone, dunque, la visione gaiana che ha influenzato le moderne codificazioni continentali ("*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quondam iure ex varii causarum figuris*") (39).

Se il rimedio come "cure for wrongs" lascia perplessi gli interpreti, anche le altre definizioni non soddisfano.

Considerato sinonimo, di volta in volta, di azionabilità in giudizio, di diritto nascente da un illecito (o comunque da altre forme di ingiustizia), di provvedimento giudiziale (in generale o solamente di tipo discrezionale) (40), ovvero come "qualsiasi cosa una corte può fare per chi ha subito un torto o sta per subirlo" ("*Anything a court can do for a litigant who has been wronged or is about to be wronged*") (41), la pluralità di significati del termine "remedy" si riflette nella vaghezza delle definizioni (42).

(38) 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*, 57 *Cambridge Law Journal* 301 (1998), spec. 321 s.

(39) Sul punto si rinvia alle osservazioni critiche di P. BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, cit., 20 s. e 27 s.

(40) P. BIRKS, *Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism*, 29 *Western Australian Law Rev.* 2 (2000), spec. 4 s.

(41) D. LAYCOCK, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, 3^a ed., New York, 2002, 1.

(42) Per una ricognizione dei diversi significati del termine "remedy" si veda, inoltre, P. BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, cit., 10 s.

Anche l'individuazione dell'ambito disciplinare è problematica.

La definizione della "law of remedies" riportata da uno dei più prestigiosi ed influenti trattati sulla materia non brilla certo per precisione: il diritto dei rimedi è definito come l'ambito disciplinare che si occupa di determinare la natura e l'ampiezza dell'aiuto da fornire all'attore una volta che gli sia stato riconosciuto un diritto attraverso appropriate procedure giudiziali ("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") (43).

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 (44).

Il diritto dei rimedi è posto "da qualche parte" tra diritto sostanziale e diritto processuale, distinto da entrambi ma sovrapposto ad entrambi ("Somewhere between substance and procedure, distinct from both but overlapping with both") (45).

Non si tratta qui di ribadire l'anticoncettualismo che si vuole essere tratto tipico di tutto il *common law*. Per comprendere la reale portata della *law of remedies* in *common law* occorre esaminare con attenzione le difficoltà specifiche di una compiuta teorica dei rimedi nella tradizione giuridica angloamericana.

Il primo tentativo di sistematizzare i rimedi in *common law*

(43) D.B. DOBBS, *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, I, 2^a ed., St. Paul, Minn., 1993, 1.

(44) D.B. DOBBS, *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, cit., 2.

(45) D. LAYCOCK, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, cit., 1.

risale solamente a pochi decenni fa (46) 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 terminato.

La *law of remedies* è materia ancora alla ricerca di definizioni e confini chiari (47).

7. (segue). L'influenza della teorica dei diritti in common law

Prima di procedere oltre è opportuno soffermarci brevemente su un'altra considerazione che accomuna molte delle analisi dei giuristi continentali sulla *law of remedies*: l'idea che l'influenza della teorica dei diritti di stampo continentale nel mondo di *common law* sia confinata solamente alla teoria del diritto.

Sul piano storico, quest'idea non tiene conto dei cambiamenti profondi che si sono verificati a partire dal diciottesimo e specialmente nel diciannovesimo secolo.

Con l'abolizione delle *forms of action*, infatti, molte delle costruzioni teoriche legate al sistema di azioni tipiche sono state ridefinite in termini di diritti e doveri, in modo non dissimile dalla tradizione continentale (48).

(46) Comunemente il primo compiuto tentativo di individuare contenuti e confini chiari della *law of remedies* è identificato nella pubblicazione della prima edizione, risalente al 1972, del libro di F. H. LAWSON, *Remedies of English Law*, citato in precedenza.

(47) L'ammissione è di D.B. DOBBS, *Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, 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. ZAKRZEWski, *Remedies Reclassified*, 2^a ed., Oxford, 2009.

(48) "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

Oggi anche in *common law* l'articolazione dei rimedi è spesso definita in stretta aderenza agli *entitlements* violati ed esiste una ricca elaborazione, anche giurisprudenziale, sul punto ⁽⁴⁹⁾.

Questa tendenza è talmente diffusa da aver spinto uno dei maggiori giuristi inglesi dell'epoca a denunciare la visione assolutistica dei diritti ("*absolutist view of rights*") dei giudici inglesi e americani ⁽⁵⁰⁾.

Anche in dottrina, sono molti gli autori che declinano la prospettiva rimediale a partire dai diritti ⁽⁵¹⁾.

L'importanza della riflessione sui diritti è chiara, ad esempio,

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, *Recensione a W.W. Buckland, A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 36 *Harv. L. Rev.* 119, 121 (1922-23).

⁽⁴⁹⁾ Questa tendenza emerge, ad esempio, nella giurisprudenza che, già da fine Ottocento, ritiene che l'esercizio del diritto sia per definizione espressione lecita del diritto stesso, affermando così l'irrelevanza del motivo nel valutare la liceità di un comportamento. *Mayor of Bradford v. Pickles* (1895) AC 587, 594: "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". Nello stesso senso cfr. *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". 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. In dottrina, in senso adesivo v. F. POLLOCK, *The Law of Torts*, 12^a ed., London, 1923, 23; J. SALMOND, *The Law of Torts*, 7^a ed., London, 1928, 8.

⁽⁵⁰⁾ H.C. GUTTERIDGE, *Abuse of Rights*, 5 *Cambridge L. J.* 22 (1933-35). Molto spesso nel linguaggio giuridico inglese il termine "*interest*" copre significati almeno in parte riconducibili all'espressione "diritto soggettivo". Lo rileva M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 26.

⁽⁵¹⁾ P. BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, cit., 1; S.A. SMITH, *Rights and Remedies: A Complex Relationship*, 37, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2006626, 33; E.J. WEINRIB, *Two Conceptions of Remedies*, in C.E.F. Rickett (cur.), *Justifying Private Law Remedies*, Oxford, 2008, 3; B. DICKSON, *The Contribution of Lord Diplock to the General Law of Contract*, 9 *Oxford J. Legal Stud.*, 448 (1989). Nella letteratura in lingua italiana si veda, per una prima

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 ⁽⁵²⁾ 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 ⁽⁵³⁾.

Il fascino della teorica dei diritti in *common law* riguarda anche il maggiore rigore che sul piano dogmatico deriverebbe dall'adozione di questa prospettiva.

Come sottolineato in precedenza, la definizione stessa del termine "*remedy*" è estremamente controversa e lo scetticismo

ricognizione del tema, R. HYLAND, *Diritto soggettivo nei paesi di common law, Dig. IV, disc. priv. — sez. civ.*, 1990, 433 s.

⁽⁵²⁾ L'espressione è di D. LAYCOCK, *Modern American Remedies. Cases and Materials*, cit., 16. Afferma ad esempio E.J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, 1995, 142-144, 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. Nella prospettiva della giustizia correttiva permane anche dopo la violazione del diritto, seppure in forma rimediale, una necessaria correlazione tra diritti e doveri individuata prima della violazione.

⁽⁵³⁾ 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). In senso opposto, 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. Non esisterebbe, secondo questa prospettiva, un principio morale che impone che il diritto abbia come scopo quello di applicare principi di giustizia correttiva e che la commissione di un illecito non faccia sorgere un imperativo morale ad essere compensati: né l'aver subito un torto, né l'aver sofferto un danno per effetto dell'illecito sono ragioni di per sé sufficienti a fondare sul piano morale una pretesa ad essere tenuti indenni dalle conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate. 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.

manifestato in *common law* sulla possibilità di parlare il linguaggio dei diritti nel forgiare i rimedi non ha dato vita a concetti dotati di precisione maggiore di quelli di cui fa uso il diritto continentale⁽⁵⁴⁾.

Diritti e rimedi sono due categorie sovrapposte e abbracciare la prima abbandonando la seconda potrebbe portare — si osserva — ad una chiarezza che la categoria dei rimedi non consente (è il linguaggio dei diritti e non quello dei rimedi — come detto — ad esprimere meglio la risposta dell'ordinamento rispetto a *cause of action* che non integrano un illecito)⁽⁵⁵⁾ Da qui la proposta di definire i rimedi utilizzando il linguaggio dei diritti attraverso locuzioni che ne richiamano il vocabolario, come "*remedial rights*" o "*court-ordered rights*"⁽⁵⁶⁾.

8. Diritti e rimedi tra concetti e funzioni

Alla distanza tra i rispettivi ordini concettuali corrisponde sul piano funzionale una (parziale) identità di prospettiva.

Tutti 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 di proprietà normative in astratto ed elaborano strumenti volti a far fronte a queste esigenze.

L'esistenza di fattori irriducibili, per limiti obiettivi o per ragioni di opportunità, ad una stretta tipizzazione 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⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ Così M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 26.

⁽⁵⁵⁾ Così BRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, cit., 36.

⁽⁵⁶⁾ Così S.A. SMITH, *Rights and Remedies: A Complex Relationship*, cit., 35.

⁽⁵⁷⁾ C.E. SCHNEIDER, *Discretion and Rules: a Lawyer's View*, in K. HAWKINS, *The Uses of Discretion*, Oxford, 1992, 62 s., afferma che tale discre-

Il passaggio dal "generale" dell'attribuzione in astratto 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 delle proposizioni normative primarie⁽⁵⁸⁾.

Del resto, l'interpretazione della norma si svolge in sede applicativa secondo canoni che la programmazione normativa può limitare solo in parte e 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⁽⁵⁹⁾ Tentare di essere più precisi sarebbe non solamente difficile ma anche poco saggio⁽⁶⁰⁾.

Quanto detto fin qui non intende affatto riproporre la tesi secondo cui diversi sistemi giuridici offrano soluzioni simili agli stessi problemi e, nonostante le differenze di evoluzione storica, di costruzione sistematico-teorica e di stile, enunciati normativi differenti diano quasi sempre luogo a esiti applicativi simili⁽⁶¹⁾.

zionalità può derivare dalla scelta di rimettere al giudice la concretizzazione della regola di condotta anche quando una regola di tipo legislativo sarebbe possibile, ovvero dalla radicale impossibilità da parte di un legislatore di individuare in modo generale e astratto la regola del caso concreto.

⁽⁵⁸⁾ Così DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 341. Osserva a questo proposito, L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa e diritto privato*, 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".

⁽⁵⁹⁾ D. JENSEN, *The Rights and Wrongs of Discretionary Remedialism*, *Singapore J. Legal Studies*, 2003, 178 s.

⁽⁶⁰⁾ Lord Nicholls in *Attorney General v. Blake* (2001) 1 AC 268 (HL), at 286.

⁽⁶¹⁾ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1992, 44, affermano il principio euristico della cd. *praesumptio simili-*

Anzi, proprio in tema di tutele si è verificata una sottovalutazione 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 (62).

Piuttosto ciò che si intende mettere in luce sono i nuclei problematici che la disputa tra diritti e rimedi mette in campo e il modo in cui le diverse tradizioni giuridiche hanno organizzato le proprie risposte a questi problemi.

Le distanze tra *civil law* e *common law* rimangono tante e significative.

Il *common law* riconosce in modo più netto l'esigenza di un'analisi che tenga conto tanto della posizione soggettiva riconosciuta in astratto quanto del rimedio concesso in concreto, e soprattutto la relativa indipendenza delle due questioni.

Sulla 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 (63).

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

(62) 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*. In tema di rimedi per inadempimento si rinvia alle riflessioni critiche di R. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in QUADR., 1988, 84.

(63) 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

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*" (64).

A sostegno della tesi dell'impossibilità di ridurre ad unità la relazione tra diritti e rimedi si adduce, inoltre, la facoltà di scelta riconosciuta talvolta ai privati entro una rosa di rimedi (65) ovvero l'eventualità che il rimedio sia definito discrezionalmente dai giudici all'interno di un ventaglio di soluzioni diverse e alternative (66), in base a considerazioni di *policy* che nulla hanno a che fare con l'insorgere di responsabilità (67).

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".

(64) G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules* cit., 1092. "The state not only has to decide whom to entitle, but it must also simultaneously 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).

(65) 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, *ivi*, 521.

(66) Parla, a questo proposito, di "basket of remedies", P. BIRKS, *Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism*, cit., 2, il quale afferma, a tal proposito, che: "Discretionary remedialism is a doctrine about the organisation

L'ammissibilità di considerazioni di *policy* diverse e autonome rispetto a quelle che hanno contribuito a forgiare i diritti si fonda, talvolta, su una distinzione tra i destinatari delle norme giuridiche: la generalità dei consociati per quanto riguarda i diritti sostanziali; i giudici per i rimedi.

Si tratta di una bipartizione che, secondo alcuni autori, darebbe luogo ad una sorta di "separazione acustica" (68): le regole di condotta riguardano le circostanze normali della vita quotidiana e adottano una visione *ex ante*, fornendo così un criterio di orientamento delle condotte dei cittadini; le altre regole — quelle di decisione, cui appartengono i rimedi — sono rivolte esclusivamente a coloro che hanno il compito di applicare il diritto, non anche ai consociati. Solamente le prime giungono alle orecchie dei titolari dei diritti e ne modellano le aspettative; mentre le seconde, anche a causa della loro complessità, riguarderebbero esclusivamente giudici e, più in generale, i soggetti chiamati ad applicare il diritto (69).

Il *common law* riconosce, dunque, 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.

Il linguaggio dei rimedi lo riconosce e afferma che le tutele talvolta "replicano", altre volte "trasformano"; altre ancora "creano" i diritti (70).

and application of private law (...) it entails a transformation of the judicial role in civil litigation".

(67) Così M. TILBURY, *Remedies and the Classification of Obligations*, in A. ROBERTSON, *The Law of Obligations and Boundaries*, London, 2004, 11 s.

(68) L'espressione è stata coniata con riferimento al diritto penale da M. Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law* 97 *Harv. L. Rev.* 625 (1984).

(69) Per una replica in chiave critica alle tesi di Dan-Cohen si rinvia a R. SINGER, *On Classism and Dissonance in the Criminal Law: a Reply to Professor Meir Dan-Cohen* 77 *J. Crim. L. & Criminology* 69 (1986).

(70) La quadripartizione è proposta da S.A. SMITH, *Rights and Remedies: A Complex Relationship*, cit., spec. 47 s.

Il rimedio può "replicare" esattamente il diritto fatto valere in giudizio (c.d. "*replicative orders*") (71); "approssimarsi", pur non essendo identico, al diritto fatto valere in giudizio, trasformando così l'originario diritto in qualcosa di simile ma diverso (c.d. "*transformative orders*") (72); altre volte il rimedio può "creare" una posizione di vantaggio che non esisteva (c.d. "*creative orders*") (73); in altri casi ancora, l'ordinamento può negare qualsiasi forma di tutela pur in presenza di un diritto preesistente (74).

In tutti i casi la consistenza della posizione soggettiva violata è considerata una base di partenza per articolare un ragionamento sulle tutele che si svolge secondo logiche (almeno in parte) autonome.

9. Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi

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

(71) "Replicative orders are orders that confirm or replicate already existing duties that defendants owe to plaintiffs. They do this by commanding defendants to do the very thing they should have done already": S.A. SMITH, *Rights and Remedies: A Complex Relationship*, cit., 47. Ciò avviene, secondo Smith, quando i giudici impongono al convenuto di effettuare la stessa prestazione oggetto del diritto. È questo il caso, ad esempio, dell'esecuzione in forma specifica, dell'ordine di pagare la somma oggetto di obbligazione ovvero di ripetere quanto indebitamente dato; di cessare le immissioni o di astenersi da atti molesti.

(72) Il caso di scuola è la condanna alla corresponsione di una somma di danaro in sostituzione della prestazione dedotta in contratto, ed avente ad oggetto cosa diversa dal danaro. In questi casi, osserva S.A. SMITH, *Rights and Remedies: A Complex Relationship*, cit., 50, "the court will order the defendant to pay the cost of cure".

(73) Ad esempio, i danni punitivi, i danni futuri in luogo di un'inibitoria ovvero i danni morali. Cfr. S.A. SMITH, *Rights and Remedies: A Complex Relationship*, cit., 57 s.

(74) Nei casi in cui sia intervenuta la prescrizione ovvero quando la prestazione sostitutiva sia reperibile sul mercato allo stesso costo dedotto in contratto. Cfr. S.A. SMITH, *Rights and Remedies: A Complex Relationship*, cit., 55 s.

Il *common law* adotta tradizionalmente un modello unitario di argomentazione, nel quale le questioni relative ai due piani — dei diritti e dei rimedi — entrano in gioco in modo continuo alla luce di tutte le considerazioni ritenute rilevanti ai fini della decisione del caso (75).

La domanda unica diviene: “cosa farebbe una persona *ragionevole* nella data situazione concreta?” (76).

Nel rispondere i giudici esercitano la propria discrezionalità alla luce di tutte le circostanze del caso concreto (77).

Sul piano linguistico questo comporta l'adozione di formule che riflettono l'unicità del momento.

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.

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 (78).

Il *common law* dispone, dunque, di registri molteplici per

(75) 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”, tipica 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.

(76) FLETCHER, *The Right and the Reasonable*, cit., 962.

(77) *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”.

(78) 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.

trattare situazioni che altrove rifluiscono nel discorso generale sui diritti soggettivi (79).

La *reasonableness*, ad esempio, nelle sue diverse declinazioni, ovvero l'uso dell'aggettivo “*substantial*” ne sono la testimonianza più chiara (80).

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

Sul piano linguistico la struttura argomentativa riflette in *civil law* i due distinti momenti: quello attributivo in astratto *ex ante*, rimesso al legislatore e spesso connotato dall'assolutezza dell'attribuzione; 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 absolutezza.

Il linguaggio dei diritti (“*rights*”) è, dunque, l’“*equivalente sistemico*” della ragionevolezza di *common law* (81).

Attraverso il linguaggio dei diritti la giurisprudenza di *civil law* ha elaborato criteri di governo della discrezionalità connotata all'amministrazione delle tutele ed ha 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 absolutezza (82).

(79) M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., 27.

(80) FLETCHER, *The Right and the Reasonable*, cit., 949 s.

(81) 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*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 709.

(82) La regola casistica è servita a temperare l'iperbolica absolutezza 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.*, vol. I, Roma, 1988, 3.

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 tali aprioristicamente per l'astratta conformità al diritto conferito.

Legislatore e dottrina hanno fornito alla giurisprudenza forme verbali adeguate a queste *rationes*: buona fede (vero e proprio "collante" del sistema rimediabile) ⁽⁸³⁾, clausola *rebus sic stantibus*, presupposizione, *culpa in contrahendo*, abuso del diritto ⁽⁸⁴⁾, *exceptio doli generalis*, sono solo alcuni degli esempi di istituti che hanno svolto questo ruolo in modo più o meno rigoroso ed efficace ⁽⁸⁵⁾.

Ricorrendo a queste formule la giurisprudenza continentale si è occupata di tante questioni diverse: di valutare la dannosità o l'inutilità di una condotta, ovvero l'intenzione di nuocere ⁽⁸⁶⁾; di proteggere gli affidamenti incolpevoli in caso di rottura ingiustificata dalle trattative ⁽⁸⁷⁾, di informazioni inesatte e/o incomplete ⁽⁸⁸⁾ e di esercizio del recesso ⁽⁸⁹⁾; di accertare la correttezza

⁽⁸³⁾ 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.

⁽⁸⁴⁾ Non è un caso che l'abuso del diritto abbia attirato l'attenzione dei comparatisti, già a partire da M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 104 s.

⁽⁸⁵⁾ La prima tematizzazione del piano dei rimedi nel diritto italiano si deve ad A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987.

⁽⁸⁶⁾ Si pensi all'uso giurisprudenziale dell'*exceptio doli*. Cfr. Sul punto Cass. 25 febbraio 1994, n. 1933, in *Foro it.*, 1994, I, 1757. Né — si sostiene in dottrina — deve ingannare l'esiguità delle decisioni che fanno esplicita menzione di questo criterio. Come sottolinea L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. impr.*, 1986, 218, spesso l'*exceptio doli* costituisce la *ratio decidendi* di molte decisioni, pur non essendo espressamente richiamata.

⁽⁸⁷⁾ Cass., 10 gennaio 2013, n. 477; Cass., 20-3-2012 n. 4382.

⁽⁸⁸⁾ Cass., 16 aprile 2012, n. 5965, *Foro it.*, 2012, I, 2692.

dell'esercizio di un diritto dopo una lunga inattività ⁽⁹⁰⁾; di operare un controllo sulle sopravvenienze ⁽⁹¹⁾; di decidere sulla rilevanza di fatti non entrati nella pattuizione ⁽⁹²⁾; di soppesare l'irrilevanza della violazione di una norma ⁽⁹³⁾.

10. Conclusioni

La questione è, dunque, dare parole e concetti adeguati alla realtà descritta in queste pagine.

Il problema non risiede tanto nella scelta delle espressioni e

⁽⁸⁹⁾ Ad esempio, in tema di sindacato sulle modalità di esercizio del diritto di recesso da parte della banca v. Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *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 settembre 2009, n. 20106.

⁽⁹⁰⁾ 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 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, 1397.

⁽⁹¹⁾ 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 gennaio 2014, n. 372; Cass. 19 giugno 2013, n. 15351.

⁽⁹²⁾ Cass. 14 agosto 2007, n. 17698; Cass. 23 settembre 2004, n. 19144.

⁽⁹³⁾ In tema di criteri di valutazione giudiziale della gravità dell'inadempimento, cfr. Cass., 28 giugno 2010, n. 15363; Cass., 8 luglio 2010, n. 16111.

del vocabolario da utilizzare — quello dei diritti o quello dei rimedi — quanto nella correttezza dell'argomentazione.

Per i sostenitori della "discrezionalità rimediabile" l'unica domanda che il giudice deve porsi è: "Cos'è meglio fare in questo particolare caso?"⁽⁹⁴⁾.

Affermazioni del genere preoccupano comprensibilmente il giurista continentale.

Naturalmente la questione della discrezionalità giudiziale nell'amministrazione dei rimedi è più sentita 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.

Il rischio — si osserva da più parti — è quello di un giudice *legibus solutus*⁽⁹⁵⁾, la cui discrezionalità divenga "vago veicolo per manifestare insoddisfazioni personali dell'interprete verso le scelte operate dal legislatore"⁽⁹⁶⁾, e di rimettere "all'apprezzamento non sempre prudente dell'interprete la determinazione del punto di temperamento delle parti in conflitto"⁽⁹⁷⁾.

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

⁽⁹⁴⁾ P. BIRKS, *Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism*, cit., 10.

⁽⁹⁵⁾ Si vedano le osservazioni di F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *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.

⁽⁹⁶⁾ Così GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., 2. Teme che la teoria dell'abuso del diritto offra alla giurisprudenza il potere di adottare soluzioni non predefinite 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*, in *Diritto privato*, 1997, 108 s.

⁽⁹⁷⁾ A. GENTILI, *A proposito de « Il diritto soggettivo »*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 353, spec. 363.

caso concreto, ad essere vista con diffidenza per i margini di indeterminazione 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⁽⁹⁸⁾ e sulla scarsa familiarità della nostra giurisprudenza a utilizzare gli strumenti non riconducibili allo schema della normazione analitica⁽⁹⁹⁾.

Per questa ragione, in *civil law* i ragionamenti sull'esercizio del diritto sono spesso costretti entro i canoni della logica formale, nel presupposto che tale esercizio rispecchi per definizione la struttura logica del diritto⁽¹⁰⁰⁾.

Il risultato è dover ricorrere a complicate costruzioni dottrinarie per ricondurre la questione dell'esercizio del diritto entro il processo di sussunzione del fatto nella norma di origine legislativa.

Si tratta di una strada che non è utile percorrere oltre.

Anche in *civil law* è finita da tempo l'illusione di poter limitare i rischi di arbitrio attraverso la legge, e si riconosce oramai che l'attività interpretativa del giudice non risponde ad un modello di decisione basato su fattispecie normative astratte.

Se si smette di credere nella completezza della legge e

⁽⁹⁸⁾ GAMBARO, *Abuso del diritto* cit., 4; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 87, spec. 94.

⁽⁹⁹⁾ Il rilievo è di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. int., Milano, 2004, 184.

⁽¹⁰⁰⁾ Si pensi alla teoria 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^a ed., Paris, 1939, n. 245.

nell'assolutezza iperbolica con cui le regole legali attribuiscono diritti, cade anche l'illusione che le tutele siano il naturale predicato della titolarità del diritto e si comprendono le ragioni della 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*.

L'esito inevitabile della traiettoria descritta in queste pagine è la rivalutazione delle fonti informali, le quali elaborano regole preterlegali, spesso con il consenso del legislatore, volte a ridimensionare e qualificare nel caso concreto i diritti attribuiti in astratto. Il piano dei rimedi va, dunque, letto come "il frutto dell'opera (dissociata) delle fonti che si intrecciano in un solo ordinamento" (101).

Non possiamo essere troppo affezionati a certe costruzioni dottrinarie, attribuendo loro qualità che non posseggono.

Del resto, la migliore dottrina ha messo in luce come il diritto soggettivo sia "uno degli argomenti più travagliati della scienza giuridica europeo-continentale" (102), e il pericolo di abusi con-

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

(102) 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*, 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 rinchiodarsi 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

nessi all'impiego della logica formale non sia inferiore a quello legato all'uso di altri argomenti (103).

Riconoscere le ragioni dei rimedi e il potere del giudice di tenerle in conto consente all'ordinamento di fare ciò che ha sempre fatto: una valutazione delle attività umane al fine di ricollegarvi gli effetti giuridici previsti, senza sacrificare reali bisogni di tutela in nome di illusorie ragioni di coerenza dogmatica e senza rendere inutile omaggio a teorie ormai passate, che assumono a esclusivo fondamento "la base tenue della legge positiva" (104).

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 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".

(103) L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 91.

(104) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860-1950*, Milano, 2000, 286 (corsivo nostro).