



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

IL DIRITTO FRA PROSPETTIVA RIMEDIALE E INTERPRETAZIONE FUNZIONALE

Atti delle Lectiones Magistrales
di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona
in occasione della inaugurazione dell'anno accademico
del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei.
Facoltà di Giurisprudenza.
Trento, 6 aprile 2022

a cura di
UMBERTO IZZO

2023



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

70

2023

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2023
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-025-0
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea
per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli
con ISBN 979-12-5976-731-8

Agosto 2023

IL DIRITTO FRA PROSPETTIVA RIMEDIALE
E INTERPRETAZIONE FUNZIONALE

Atti delle Lectiones Magistrales
di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona
in occasione della inaugurazione dell'anno accademico
del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei.
Facoltà di Giurisprudenza.
Trento, 6 aprile 2022

a cura di
UMBERTO IZZO

Università degli Studi di Trento 2023

INDICE

	Pag.
Umberto Izzo <i>Un dialogo sul diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale</i>	1
Salvatore Mazzamuto <i>La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi</i>	23
Mario Barcellona <i>Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto</i>	55
Laura Baccaglini <i>La rinegoziazione dei contratti di durata e il ruolo del giudice: considerazioni a margine dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021...</i>	73
Giuseppe Bellantuono <i>Due buone ragioni per la prospettiva rimediale</i>	93
Giorgio Bolego <i>Interpretazione funzionale e nuovi rimedi nel diritto del lavoro</i>	135
Antonio Cassatella <i>Le «nuove» sentenze del giudice amministrativo: l'esito naturale di un'interpretazione funzionale?</i>	147
Maurizio Manzin <i>La rivincita del tafano. Ovvero: il sapere giuridico tra verità e narrazioni</i>	171

UN DIALOGO SUL DIRITTO FRA PROSPETTIVA RIMEDIALE E INTERPRETAZIONE FUNZIONALE

Umberto Izzo

SOMMARIO: *1. Il contesto. 2. I contenuti.*

1. Il contesto

Questo volume raccoglie gli esiti di una intensa mattinata di confronto scientifico tenutasi a Trento il 6 aprile 2022, in occasione della inaugurazione del XIX anno del corso di dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università di Trento.

Gli autori delle lezioni magistrali che hanno propiziato questo confronto sono due riconosciuti Maestri della civilistica italiana, Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona. Le loro lezioni magistrali – dedicate, rispettivamente, alla «Prospettiva rimediale» e alla «Interpretazione funzionale del diritto» – hanno dato seguito a una tradizione accademica che in quasi un ventennio ha visto affidare il compito di inaugurare o chiudere l'anno accademico del dottorato giuridico trentino a molti celebrati Maestri del diritto italiani e stranieri, il cui prestigio consiglia – per un consuntivo parziale che si compie a ridosso della prossima celebrazione del XX anno accademico del corso dottorale trentino – di ricordarli qui di seguito: Aldo Schiavone (2020, inaugurazione organizzata e purtroppo impedita dall'irrompere della pandemia, così come accaduto nel 2021 per l'inaugurazione del XVIII); Guido Calabresi¹ e Vladimiro Zagrebelsky (2019, rispettivamente, chiusura e inaugurazio-

¹ Si veda G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019*, Napoli, 2022.

ne del XVI); Piergaetano Marchetti (2018, XV); Carlo Castronovo (2017, XIV); Flavia Lattanzi e Joseph Azizi (2016, doppia inaugurazione del XIII); Silvana Sciarra e Pietro Trimarchi, Bruno Montanari (2015, rispettivamente, doppia inaugurazione e conclusione del XII); Oliviero Diliberto (2014, XI); Francesco Carlo Palazzo e Jean Paul Costa (2013, doppia inaugurazione del X); Vincenzo Ferrari e Spiros Simitis (2012, doppia inaugurazione IX); Italo Birocchi e Nicolò Lipari (2011, doppia inaugurazione dell'VIII); Massimo Nobili e Valerio Onida (2010, doppia inaugurazione del VII); Letizia Vacca e Nicola Picardi (2009, doppia inaugurazione del VI); Francesco Galgano e Sergio Bartole (2008, doppia inaugurazione del V); Natalino Irti e Giovanni Fian-daca (2007, doppia inaugurazione del IV); Mario Caravale e Nicolò Trocker (2006, doppia inaugurazione del III); Gerhard Dilcher e Luigi Ferrajoli (2005, doppia inaugurazione del II); Paolo Grossi e Rodolfo Sacco (2004, doppia inaugurazione del I anno accademico).

Come in tutte le passate occasioni, le lezioni magistrali proposte per inaugurare il dottorato hanno visto alcuni docenti del collegio dottorale trentino confrontarsi in un dialogo interdisciplinare con gli autori delle lezioni. Il tema dei rimedi e quello dell'interpretazione funzionale nel diritto civile, oggetto delle lezioni magistrali rispettivamente proposte dai due illustri relatori, hanno così propiziato interventi che hanno completato la trattazione dei temi oggetto dell'incontro, arricchendoli con vedute proposte da diverse angolature disciplinari: il diritto processuale civile (Laura Baccaglini); il diritto comparato (Giuseppe Bellantuono); il diritto del lavoro (Giorgio Bolego); il diritto amministrativo (Antonio Cassatella); la filosofia del diritto (Maurizio Manzin). Il dialogo fra discipline giuridiche (e non solo) è del resto una delle caratteristiche fondative, assieme all'apertura al diritto comparato ed europeo, che contraddistingue il dottorato giuridico unitario trentino fin dal suo primo anno di attività nel 2004.

Il risultato di questa stimolante riflessione interdisciplinare viene qui raccolto e valorizzato, con l'auspicio che il dottorato trentino possa continuare a dar lustro alla sua tradizione accademica, in un quadro che vede i dottorati di ricerca italiani attraversare un momento di delicata transizione, sia sul piano delle regole che ne governano la sempre più com-

pressa e burocratica attività, che sul piano degli obiettivi formativi etero accademici verso i quali sono sempre più insistentemente indirizzati.

2. *I contenuti*

Le prospettive proposte in occasione dell'incontro trentino dal prof. Salvatore Mazzamuto e dal prof. Mario Barcellona muovono dalla contemplazione di un problema comune, ma sviluppano una risposta a questo comune problema seguendo traiettorie che non solo propongono al giurista di seguire un metodo interpretativo assai diverso, ma che sono disegnate a partire dalla preoccupazione di conferire al giudice e al potere giurisdizionale un ruolo differente nell'applicazione delle metodologie ermeneutiche rispettivamente proposte.

Mazzamuto ha dedicato una parte significativa della sua intensa carriera di studioso a promuovere una visione del diritto privato tesa a de-strutturare la rigida dicotomia fra tutela sostanziale e tutela giurisdizionale dei diritti, che il progressivo stratificarsi di una mutuale rivendicazione di specialismo fra cultori delle discipline ha finito per instaurare. L'obiettivo è riallineare le prospettive coltivate da processualisti e civilisti (e non solo, come attesta il dialogo interdisciplinare di cui questo volume offre testimonianza) in una necessaria e opportuna veduta unitaria, sintetizzata dalla constatazione che, se è vero che il diritto conferito dalla legge è il medesimo diritto destinato a conoscere il momento della sua applicazione attraverso il processo, il modo di atteggiarsi del diritto attraverso la tutela giurisdizionale non è altro che «la risultante dell'adattarsi dell'ordinamento alla crisi delle condizioni fisiologiche di fruibilità del diritto da parte del titolare»².

La capacità di saper riconoscere l'insorgere di questa «crisi», in uno con la capacità della tutela giurisdizionale di dare a quest'ultima una risposta, adattandosi e rispondendo alla sua insorgenza affinché il diritto possa comunque essere fruito, possono essere considerati i caratteri fondativi del manifesto condiviso dall'interprete che accoglie e impara

² Così, S. MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi*, in questo volume.

a riconoscere l'utilità della «prospettiva rimediale» che Mazzamuto ha coltivato sin dal suo primo lavoro monografico³ e di cui l'autore, nel contributo ospitato in questo volume, descrive compiutamente le più accorsate e compiute potenzialità applicative, avendo cura di collocare gli sviluppi della teoria nel quadro delle diverse letture che dell'idea rimediale hanno offerto molti primari interpreti della civilistica italiana.

La stagione nella quale questa visione del diritto civile ha preso a essere sviluppata, venendo condivisa da una parte significativa della civilistica italiana, non ha mancato di mettere a nudo come la prospettiva rimediale abbia mostrato e continui a mostrare la virtù di sintonizzarsi felicemente con gli input che il diritto europeo ha somministrato in dosi sempre più rilevanti al diritto civile italiano. L'essersi mostrata congeniale a leggere gli schemi e le formule attraverso i quali il legislatore eurounitario – tecnicamente consapevole di produrre diritto destinato a collocarsi in ordinamenti nazionali non omogenei sul piano della sistemologia giuridica – ha plasmato negli ultimi 40 anni il ritmo dell'adeguamento del diritto civile italiano alla produzione normativa europea non è, evidentemente, frutto di un caso⁴. Entra qui in gioco il sostrato fatalmente comparatistico che indubbiamente illumina *ab imis* il punto di osservazione di chi coltiva la prospettiva rimediale, la quale sistematicamente trova nel common law un luogo nel quale il carattere di novità della «consapevolezza rimedialista» coltivata dall'interprete italiano cessa di esser tale, per darsi quale carattere costitutivo del modo di costruire il diritto, che è proprio della tradizione anglosassone⁵.

³ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.

⁴ Così come non è un caso che da questa caratteristica virtuosa dell'ermeneutica rimedialista sia partita l'analisi che Laura Baccaglini (EAD., *La rinegoziazione dei contratti di durata e il ruolo del giudice: considerazioni a margine dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021*) propone in questo volume.

⁵ S'inserisce in questa constatazione l'osservazione formulata da Giuseppe Bellanuno secondo il quale nell'esperienza statunitense «i giuristi che utilizzano il rimedio come categoria ordinante sono più disponibili ad individuare principi comuni nelle diverse aree del diritto privato, nonché a riconoscere l'utilità del confronto fra rimedi privatistici e pubblicistici» (così, ID., *Due buone ragioni per la prospettiva rimediale*, in questo Volume), osservazione che, a fortiori, potrebbe essere ritenuta valida per quanti sposino la prospettiva rimediale operando nei quadranti di civil law.

Il tratto che caratterizza la teoria rimediale resta, comunque, quello di identificare un modo attraverso cui, nel garantire continuità fra la sua contemplazione sostanziale e processuale, il diritto riconosciuto dall'ordinamento trova una via per reagire all'insorgenza di un *non sequitur* fra ciò che il diritto sostanziale predica e ciò che lo stesso diritto, attraverso l'apprestamento della sua proiezione rimediale in sede di tutela giurisdizionale, permette di realizzare, funzionalizzandosi all'effettività del sistema normativo. Proprio nel contributo pubblicato in questo volume, il giurista palermitano avverte la preoccupazione di definire per punti formulati con molta precisione concettuale il processo di dispiegamento della prospettiva rimediale, chiudendo questa descrizione con una clausola di salvaguardia, nella quale si coglie la volontà di anticipare la critica che l'adozione di questa veduta metodologica possa concedere al giudice un potere eccessivo nel governare l'applicazione rimediale del diritto, laddove M. si preoccupa di avvisare che il rimedio somministrato deve «aprire il mondo delle tutele agli interessi emergenti dalla realtà effettuale, ma senza cadere nella libera soluzione giudiziale di bisogni ancora non formalizzati»⁶.

Anche nell'inquadrare l'interpretazione sistematico/funzionale propugnata da Mario Barcellona la parola «crisi» può essere prescelta per simboleggiare il punto di partenza del pensiero proposto dall'Autore, che si rappresenta quale reazione alla insorgenza di una duplice crisi.

Si tratta, in primo luogo, della necessità di elaborare una risposta convincente alla ormai risalente crisi manifestata dalle due macrocategorie dominanti dell'ermeneutica ottocentesca e novecentesca – la *Begriffsjurisprudenz* e la *Interessenjurisprudenz* – che l'A. descrive con molta efficacia nel dar conto della loro capacità di offrire valide proposte ermeneutiche dall'apparire dei codici borghesi fino alla metà del Novecento e nel rilevarne, però, la sopravvenuta incapacità di guidare l'adattamento del diritto al mutamento sociale, dacché in tempi più recenti «il salto epocale della tecnica ha cominciato a stravolgere il modo di produrre, gli oggetti e la scena dei mercati e gli assetti delle stesse re-

⁶ S. MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi*, cit.

lazioni tra gli uomini»⁷. Di entrambe le teorie l'A. coglie un limite che è connaturato al loro modo di funzionare, dacché la giurisprudenza dei concetti deve immettere – appunto – un concetto (per B. una «sostanza spirituale» o una «essenza giuridica») fra la fattispecie legale e il nuovo problema che l'accresciuta complessità sociale impone di risolvere, mentre – non diversamente – la giurisprudenza degli interessi funziona interponendo fra fattispecie e nuovo problema un interesse (definito da B. una sostanza materiale), che corrisponde all'interesse da privilegiare nel dare soluzione a ciascun conflitto. La necessità di questa interposizione è anche la ragione per la quale queste due teorie si dimostrano incapaci di governare la complessità dei problemi di cui la Modernità contemporanea investe l'interprete.

La risposta a questa crisi che le due principali metodologie interpretative hanno incontrato nel corso della seconda metà del Novecento viene formulata con un'ermeneutica che affronta la nuova complessità sociale inducendo l'interprete ad accettare l'idea che i conflitti, che nella condizione tipica della Modernità continuamente si producono, sono il prodotto inevitabile «della pressione cui il diritto soggiace ad opera del suo ambiente sociale e dei processi di adattamento che esso, in forza della sua stessa costituzione evolutiva, è in grado di attivare per fronteggiarla»⁸. In queste condizioni, nelle quali l'adeguamento interpretativo è costante e non può attendere che nuove norme indichino la strada da seguire, non vi è più niente di esterno (l'interesse prevalente) e/o di antecedente al diritto (il concetto) che possa guidare in modo affidante il lavoro dell'interprete, il quale deve accettare di reperire all'interno del diritto, attraverso la sua comprensione sistematica e funzionale, la strada da seguire, in un processo autopoietico nel quale chi opera l'interpretazione di fronte a ciò che gli appare un nuovo problema è costretto a convivere con la constatazione che l'alternanza fra ordine e disordine identifica una condizione normale, fisiologica e quotidiana, dell'evoluzione del diritto.

⁷ Così, M. BARCELLONA, *Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto*, in questo Volume.

⁸ Così, M. BARCELLONA, *Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto*, cit.

La seconda crisi cui il pensiero del giurista catanese guarda viene invece individuata e tecnicamente decifrata quale elemento essenziale per comprendere il modo di dispiegarsi del procedimento ermeneutico proposto dell'interpretazione sistematico/funzionale. Per Barcellona è inevitabile che ogni fattispecie legale rappresenti un tentativo di ordinare con una precisa descrizione «aritmetica» il rapporto fra fatti ed effetti e che il modo di formulare la fattispecie cristallizzi il giudizio di chi questa proporzione ha istituito a partire da un punto di vista storicamente determinato. Questa descrizione – e sta qui la seconda crisi a cui si allude – viene fatalmente, periodicamente ed evolutivamente messa in crisi dall'insorgere di ciò che B. chiama il «caso organizzazionale», il quale segnala il bisogno di un surplus regolativo che la fattispecie nella sua descrizione aritmetica non riesce a contenere. La sua soluzione tipicamente prospetta all'interprete la necessità guardare la *ratio* della fattispecie, per trovare una risposta che non riesce a darsi semplicemente sussumendo il caso nella descrizione di tutti gli elementi della fattispecie. La capacità di individuare questa *ratio* (o funzione) permette il dispiegamento di un'interpretazione analogica, che nel suo formularsi finisce per riconoscere l'esistenza di una identità funzionale fra il modo in cui la fattispecie risponde ai casi ordinariamente capaci di esibire tutti gli elementi in essa descritti e il modo individuato per rispondere al caso organizzazionale.

È a questo punto della descrizione del metodo proposto da B. che se ne coglie la vocazione a intrecciare funzione e sistema in un dispositivo ermeneutico unitario. Perché l'A. esorta l'interprete a non limitare il processo di individuazione della *ratio* suscettibile di attivare il processo ermeneutico appena descritto, arrestandosi alla considerazione del caso considerato dalla norma espressiva della fattispecie, ma di allargare questo sguardo fino a trasformarlo in (ciò che, con l'impiego di una metafora assai calzante, viene definita) una vera e propria «veduta», attraverso la quale è possibile tener conto delle molteplici *rationes* che il sistema giuridico considera e presuppone nel permettere di individuare la funzione che l'interpretazione di tipo analogico seleziona e individua per risolvere il caso organizzazionale. È solo attraverso questa *veduta* che questo caso suscettibile di apportare un mutamento interpretativo può venire risolto in una logica di sistema, immettendo il surplus rego-

lativo da essa recato in un percorso circolare suscettibile di allinearsi all'evoluzione del sistema, surplus che, a sua volta, è l'elemento primario di questa incessante evoluzione destinata a compiersi in modo autopoietico. L'esito di questo processo permette di superare la formulazione letterale delle norme in modo controllato, preservando l'identità funzionale che il sistema può continuare a esprimere ogni volta che questo processo si rinnova. Senza avvertire il bisogno di far obbedire il ragionamento che consegue all'identificazione di questa veduta funzionale a un ordine astratto e immutabile di concetti e schivando le situazioni di stallo delle quali il ragionare per interessi, nella complessità della Modernità (che gli interessi ha moltiplicato e parcellizzato), può essere facile preda.

Uscendo dalla teorizzazione pura proposta dall'A. in questo volume, l'ermeneutica della funzione sistemica, con la necessità di ricostruire la «veduta» attraverso la quale il sistema giuridico considera le molteplici *rationes* che si rapportano a ciascun istituto del diritto privato ha trovato costante applicazione nella produzione scientifica di Barcellona⁹.

⁹ In ambito contrattuale si segnala l'applicazione di questo modo di procedere che B. ha recentemente impiegato nel rileggere attentamente il problema della causa contrattuale (M. BARCELONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Vicenza, 2015, *passim*), in molte teorizzazioni considerato un «elemento» o un «requisito» del contratto e che invece l'A. propone di considerare un costrutto rispondente a una funzione acquisitiva afferente a un campo dell'ordinamento retto dal principio dell'autonomia privata e concernente la circolazione della ricchezza. Sostituendo al quesito sostantivo della tradizione essenzialistica e concettuale «cos'è la causa» la domanda funzionale «a che cosa serve la causa» nel campo della disciplina positiva della circolazione della ricchezza ove essa ricorre e nel quale di essa l'ordinamento mostra di servirsi, B. mette capo in sequenza: alla determinazione del tipo di problema che la causa è chiamata a risolvere nella disciplina del contratto; alla individuazione della direttiva secondo la quale tale tipo di problema è considerato; e alla enunciazione del principio regolativo che presiede alla sua soluzione. La «causa» viene quindi ricondotta a mero veicolo semantico del problema di regolare l'estensione del potere dei privati di governare la circolazione della ricchezza, potere che, in principio, è retto dall'incontro delle volontà individuali, arbitro di questa circolazione nella misura in cui l'esercizio di tale potere che da tale incontro consegue esibisca una giustificazione che non stinga nell'azzardo o nel dono. Se, dunque, è – in principio – la mera ragione mercantile a governare il modo di circolare della ricchezza, i problemi della causa del contratto trovano modo di essere risolti muovendo dalla definizione funzionale di *causa mercantile*, la quale è

L'esempio applicativo più recente è dispiegato dall'A. nel Suo recente volume sulla responsabilità civile, ospitato, tra l'altro, nel trattato del diritto privato curato da Mazzamuto. Emblematico è il modo nel quale in quest'opera B. propone un senso inedito da attribuire agli elementi normativi base della responsabilità aquiliana (l'ingiustizia del danno, il dolo e la colpa e non solo) in modo da rilevarne la funzione sistemica da essi assolta nel conformare il giudizio di responsabilità, muovendo sempre dal chiedersi a che cosa servono questi elementi nel dispiegamento di tale giudizio, in una veduta complessiva che, invece, di ravvedere in ciascuno di questi elementi un istituto con cui fare i conti singolarmente per giungere al completamento della fattispecie che dà ingresso o nega il risarcimento, ne spiega le singole *rationes* posizionandole in un sistema nel quale ciascuno di questi elementi assolve una funzione specifica, armonicamente connessa a quella dall'altro, congegnando appunto un modello nel quale ogni funzione diventa il tassello di un sistema interpretativo e ogni interpretazione appare parte di un sistema funzionale. Per operare questa ri-attribuzione di senso sistemico a elementi normativi che conoscono una tradizione esplicativa tanto consolidata quanto parcellizzata nell'esame di ciascuno di questi singoli elementi, quasi fossero monadi aventi ciascuno una storia a sé, B. segue un'agenda precisa e stringente, che muove dal chiedersi che tipo di conflitti l'ambiente sociale propone al sistema giuridico e secondo quale senso il sistema giuridico li assegna all'ambito della responsabilità, per poi determinare il rimedio che a tali conflitti offre soluzione. Riproponendo gli esiti di sistema cui era pervenuta un'analisi del diritto privato patrimoniale compiuta gettando le basi del proprio metodo ermeneutico¹⁰, l'A. ricorda preliminarmente come ai conflitti appropriativi e alla

chiamata a risolvere il problema dell'estensione del potere dei privati di governare la circolazione della ricchezza, subordinandola alla forma dello scambio e, dunque, alla logica del mercato. Il mercato, allora, identifica la direttiva secondo la quale il problema è visto dall'ordinamento. E lo scambio è il principio col quale quest'ultimo risponde alla richiesta che un atto di disposizione del patrimonio sia messo in condizione di fruire del dispositivo dell'art. 1372 c.c., per il quale «il contratto ha forza di legge tra le parti».

¹⁰ Vengono così messe in chiaro e sistematizzate conclusioni già acquisite in esito ai ragionamenti condotti in M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 379-96.

loro soluzione pertenga il campo della proprietà e della funzione sistemica appropriativa di cui essa si occupa; ai conflitti acquisitivi, originati dall'esigenza di traslare le risorse oggetto di appropriazione, diano risposta il contratto per i trasferimenti *inter vivos* e le successioni per i trasferimenti *mortis causa*; mentre ai conflitti interferenziali, determinati dalle interferenze che il multiplo agire dei consociati rende inevitabili, dia soluzione, appunto, la responsabilità civile, che nel far questo attiva la sua funzione sistemica conservativa¹¹.

È interessante verificare, a questo punto, come l'A. metta a frutto la veduta sistemica riconnessa alla responsabilità aquiliana per articolare un modo nuovo di attribuire senso all'elemento normativo attorno al quale dal 1942 a oggi si sono susseguiti i tentativi di concepire un metodo per selezionare la lesione di quali beni e interessi consenta l'accesso alla tutela aquiliana, ovvero la qualifica di «ingiustizia» del danno di cui è predicata la risarcibilità¹².

Il modello generale dell'ingiustizia propugnato da B. muove dal considerare l'insufficienza della categoria del diritto soggettivo assoluto per designare il modo nel quale la ricchezza è attribuita nella società contemporanea, ove nel mercato è permesso di appropriarsi di tutta la ricchezza che l'*agere licere* consente di conseguire in assenza di divieti espliciti, tenendo conto dell'unico limite intrinseco dato dalla circostan-

¹¹ M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, vol. VI, t. I, in *Trattato del diritto privato Mazzamuto*, 2021, 4-8.

¹² La dogmatica concettuale del diritto soggettivo assoluto, sotto questo profilo, è la concezione più nota (e peraltro preesistente alla novità della codificazione) che per anni ha tentato di puntellare questo tentativo. Ma a essa, come noto, nel tempo se ne sono sovrapposte altre, quali l'idea – che ancora oggi va per la maggiore – di attribuire all'art. 2043 c.c. il senso di una clausola generale aperta a una valutazione degli interessi che tenda a privilegiare la solidarietà sociale e che lasci le redini del temperamento di tali interessi all'apprezzamento pressoché sovrano del giudice, nonché la più recente proposta di tornare a una lettura assai restrittiva dell'art. 2043 c.c., per ricavare uno spazio di tutela suscettibile di essere presidiato dall'operatività di una obbligazione di protezione senza prestazione, che ravveda la sua fonte nell'affidamento e riconfiguri, sfruttando le aperture semantiche concesse dalla formulazione dell'art. 1173 c.c., molta parte del campo del pregiudizio aquiliano quale danno assunto a effetto della violazione di un obbligo a esso preesistente (la c.d. teoria del contatto sociale). Per una critica di sistema a tale teoria, M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, cit., 22-32.

za di coesistere con una moltitudine di similari permessi conferiti ad altri. La funzione conservativa svolta dalla responsabilità civile giunge pertanto a coprire tutte le utilità virtualmente ritraibili dall'esercizio di questo permesso, nella misura in cui quest'ultimo non interferisca con il potere di appropriarsi di utilità che l'ordinamento attribuisca ad altri. Il problema aquiliano è, dunque, in principio, quello di mediare il conflitto interferenziale e di rendere possibile la coesistenza fra chi dall'ordinamento riceve il permesso di appropriarsi e chi dall'ordinamento vede riconosciuto il permesso di agire, fra una sfera interferita e un'attività interferente¹³.

Se questo è il tipo di problema generale cui la responsabilità aquiliana s'ingegna di dare risposta, B. suggerisce l'idea, cui è sottesa una sistematica dichiaratamente funzionale, che l'interferenza possa darsi essenzialmente in due modi, dipendenti da situazioni costitutivamente diverse, che attivano due ordini di problemi differenti per il giudizio aquiliano. Può essere che, di norma, l'attività interferente non determini conflitti, salvo che in peculiari circostanze di tempo e di luogo, come quando, invece di passeggiare in bicicletta in un luogo deserto, si decida di farlo in un luogo densamente affollato. Oppure può accadere che il permesso di svolgere un'attività determini in modo fisiologico l'insorgere di conflitti suscettibili di attivare l'attivazione della funzione conservativa, perché una pizzeria apre in prossimità di un'altra pizzeria, sottraendole una fetta della clientela, se il nuovo esercizio praticherà prezzi più bassi con la medesima qualità di ristorazione.

Nel primo caso si generano conflitti occasionali, dove l'insorgere del conflitto dipende da particolari circostanze che devono essere oggetto di previsione e precauzione da parte di chi esercita il permesso, stabilendo essenzialmente un problema di gestione del rischio nell'esercizio del permesso.

Nel secondo si determinano conflitti modali, dove il conflitto fattualmente latente è persino incentivato dall'ordinamento, salvo diventare suscettibile di attivare la tutela conservativa quando il titolare del permesso che genera il conflitto mostri di esercitare le sue prerogative in modo abusivo, privando della originaria utilità sociale il permesso ri-

¹³ M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, cit., 32-36.

conosciutogli, per delineare all'interprete un problema essenzialmente attinente al modo col quale il permesso viene esercitato. A queste distinte fenomenologie di conflitto tendono a corrispondere tipologie di danneggiamento corrispondenti a fisionomie diverse, dove nel conflitto modale il danneggiamento nella sfera interferita assume di norma una foggia immateriale, mentre nell'altra ipotesi l'interferenza occasionale tende a produrre pregiudizi materiali, suggerendo l'idea che il giudizio sull'ingiustizia debba diversificarsi in funzione del diverso tipo di problemi che questi conflitti, in base alle loro distinte genesi e con le loro diverse tipologie di danneggiamento, sottopongono al giudizio aquiliano¹⁴.

Nel campo dei conflitti occasionali e dei conseguenti pregiudizi materiali l'idea che il rischio assurga a elemento guida della valutazione induce a svolgere questo esercizio valutativo impiegando un duplice plesso di criteri: quello della prevedibilità e della colpa – quando il giudizio sulla tollerabilità del rischio generato nell'interferenza occasionale abbia ragione di essere condotto in concreto (facendo quindi della colpa un misuratore deontico di questa tollerabilità, suscettibile di tener conto elasticamente dei dettagli emergenti da questa valutazione concreta) – e quello della c.d. responsabilità oggettiva – quando il giudizio sulla tollerabilità del rischio obbedisce a una valutazione compiuta in astratto dal legislatore, che considera la dimensione statistica del rischio in relazione a uno specifico fattore causale che mostra di avere la tendenza a produrla, assegnando il conflitto a una norma congegnata per addossare gli esiti di questa valutazione astratta a una della parti del giudizio aquiliano, gravata dall'ascrizione di questo tipo di responsabilità¹⁵.

Nel campo dei conflitti modali produttivi di pregiudizi immateriali l'idea che l'abuso del permesso abbia un ruolo dirimente per valutare l'ingiustizia del danno consente a B. di rivalutare in modo inedito la

¹⁴ M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, cit., 36-38.

¹⁵ M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, cit., 155 ss. Questo schema interpretativo ha il pregio di accomodare l'alternativa fra colpa e responsabilità oggettiva all'interno di uno schema unitario nel quale ciascuno degli elementi considerati risponde armonicamente a una precisa visione funzionale, che si mostra congeniale a una lettura che elegge il rischio a elemento unificante le fattispecie di danneggiamento materiale determinate dai conflitti occasionali.

funzione assegnabile al dolo (nonché al contiguo criterio funzionale della malafede) e alla colpa grave nel giudizio aquiliano, elementi valutativi che nei conflitti modali mostrano di poter essere utilmente impiegati quali criteri per misurare in concreto in che modo uno specifico permesso, il cui esercizio è normalmente destinato a creare conflitti non rilevanti per il giudizio aquiliano, sia stato, invece, impiegato deliberatamente o con grave trascuranza delle regole, per sovvertire la funzione alla luce della quale l'ordinamento lo ha conferito; e questo abilita a condurre una rigorosa valutazione del modo nel quale il permesso è stato impiegato, in esito alla quale sancire la sussistenza, o non, di una interferenza divenuta abusiva e la conseguente risarcibilità del pregiudizio immateriale subito dall'interferito¹⁶.

Anche arrestando qui questa sommaria rievocazione della lettura ermeneutica degli elementi base del giudizio aquiliano che B. propone nel Suo trattato, diventa possibile avvedersi del rigore e dell'originalità con i quali il metodo dell'interpretazione funzionale del diritto consente di ridefinire la mappa concettuale mediante la quale la responsabilità aquiliana è stata tradizionalmente spiegata, in un esercizio ermeneutico che si mostra costantemente preoccupato di assegnare a ciascun elemento del ragionamento dell'interprete una risposta che soddisfi in modo appagante l'interrogativo «a che cosa serve?», con esiti che appaiono rivelatori di sicura utilità, sia per la comprensione didattica dell'istituto aquiliano considerato nel suo complesso, sia nella messa in opera applicativa delle norme che a questo istituto sono ascritte. Il che, se non altro, conferma l'idea che alla dottrina debba spettare non tanto un'opera di accompagnamento ortopedico delle evoluzioni messe a segno dalla giurisprudenza nella visuale limitante del singolo caso che a quest'ul-

¹⁶ M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, cit., 55 ss. Da questo schema generale ricevono un guadagno di comprensione, sia teorica che applicativa, le principali fattispecie di danneggiamento attraverso le quali negli ultimi decenni è stato chiesto al giudizio aquiliano di farsi carico delle nuove complessità proprie della modernità contemporanea, quali per esempio la lesione del credito, la tutela risarcitoria dell'onore e della reputazione, la concorrenza sleale, il danno da attività contrarie ai principi antitrust, la responsabilità per false informazioni, la responsabilità della P.A., la responsabilità per il malgoverno di funzioni di vigilanza e controllo, per limitarsi a menzionare solo quelle principali.

tima sarà sempre propria, ma il compito di proporre visioni sistematiche (o meglio, con B., «vedute») nel cui ambito la giurisprudenza e in generale gli interpreti possano reperire gli strumenti di lavoro necessari ad affrontare i futuri «casi organizzazionali» che non cesseranno di prospettarsi in quanto espressione delle inedite e insorgenti esigenze che la società seguirà a proiettare sulla scena del diritto.

Nel suo contributo Laura Baccaglini coglie l'occasione per arricchire il confronto sulla prospettiva rimediale¹⁷, offrendo una approfondita analisi di un nuovo rimedio di origine eurolunitaria destinato a operare nel nostro ordinamento nel quadro dell'attuazione della Direttiva UE n. 1023/2019, c.d. «Insolvency», laddove la norma di attuazione nazionale di questa norma europea attribuisce al giudice un inedito potere di rinegoziazione equitativa dei contratti di durata conclusi da un'impresa in crisi, quando le condizioni di eccessiva onerosità dipendano dalla crisi pandemica e senza che a tal fine sia necessaria l'apertura di una procedura concorsuale. Viene così discusso – in un quadro consapevole delle più recenti novità recate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, con riferimento al modo di impostare le trattative che la parte insolvente intavola con i propri creditori nell'ambito della procedura lì divisata – un dispositivo certamente espressione dell'eccezionalità che la vicenda pandemica ha legittimato nel quadro degli interventi escogitati per costringere l'autonomia privata a scendere a patti col mutato contesto economico improvvisamente indotto dalla pandemia, in un'ottica nella quale l'effettività della tutela viene assicurata da un legislatore che non esita a rendere disponibile un mezzo di tutela processuale del quale il diritto della crisi di impresa non aveva mai osato servirsi, neppure in situazioni di insolvenza dichiarata, per dare attuazione a un esercizio di ortopedia contrattuale mediato in via diretta dal giudice. Una situazione certamente fuori dall'ordinario, nella quale, invertendo la dinamica che l'ermeneutica rimediale di norma presuppone, si può dire che il rimedio processuale conformi e dia sostanza alla configurazione del diritto sostanziale.

¹⁷ L. BACCAGLINI, *La rinegoziazione dei contratti di durata e il ruolo del giudice: considerazioni a margine dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021*, cit.

Giuseppe Bellantuono, presentando una riflessione assai densa di contenuti¹⁸, in via preliminare adduce al dibattito relativo alle due ermeneutiche discusse da Mazzamuto e Barcellona l'utilità di salire sul palcoscenico della comparazione per contestualizzare le radici di questo dibattito nell'ambito di un filone di studi che per l'esperienza di common law, sia nella *scholarship* statunitense che in quella inglese, identifica una fucina di proposte dottrinali tanto feconda quanto consolidata, anche per l'arricchimento metodologico che questo campo di studi ha ricevuto dalla prospettiva di analisi economica del diritto, almeno a partire dalla riflessione proposta da Guido Calabresi e Douglas Melamed al principio degli anni Settanta¹⁹.

Questa «salita» (che non omette digressioni anche nella dottrina tedesca e francese) non è però fine a sé stessa, perché, in coerenza col senso più autentico del metodo comparativo, l'analisi viene declinata da Bellantuono in due modi che – letti in controtelaio – confermano come qualsiasi esercizio comparativo presupponga e richieda in chi lo compie la capacità di navigare con sicurezza nelle categorie del diritto dal quale il comparatista si sporge per osservare il dato comparativo. E così, prima viene riscontrata l'esistenza di una concettualizzazione dissonante anche nella dottrina di common law, che divide il campo della riflessione fra quanti – la maggioranza – sposano una visione monista della prospettiva rimediale, nella quale il rimedio partecipa dello stesso contenuto del diritto e da esso non si allontana (se non con estrema cautela) e quanti, invece, propongono di abbracciare esplicitamente e più radicalmente una visione dualista del rapporto fra diritto e rimedio, prefigurando la possibilità che il rimedio manovrato dal giudice possa godere di margini più ampi, per conferire nuove e più creative fisionomie di tutela all'originaria contemplazione di forma e di sostanza riconosciuta ai

¹⁸ G. BELLANTUONO, *op. cit.*, in questo Volume.

¹⁹ G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972), un saggio che quarant'anni dopo la sua pubblicazione si collocava al sesto posto assoluto nella classifica dei *law review article* oggetto di maggiori citazioni nella produzione dottrinale statunitense, almeno secondo la contabilità citazionale raccolta da F.R. SHAPIRO, M. PEARSE, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, 110 *Mich. L. Rev.* 1483, spec. 1489 (2012).

contenuti del diritto sostantivo. E poi si verifica in che misura la prospettiva rimediale dualista o monista, così fotografata sul quadrante comparativo, possa trovare forme di recezione e di conferma nella dottrina e nella giurisprudenza municipale, collocando la posizione di Barcellona su una curvatura monista e quelle coltivate da altri autori, come di Majo e Mazzamuto (con gradi di intensità diversa), su quella dualista.

Bellantuono non nasconde di preferire quest'ultima posizione. Perché la preferenza per una concezione esplicitamente dualista facilita la evidenziazione delle ragioni che possono far propendere per l'estensione della tutela nella fase di attuazione del diritto sostanziale. L'A. porta ad esempio concreto di questa argomentazione il modo nel quale la giurisprudenza italiana mostra di applicare la tutela risarcitoria in forma specifica anche fuori dal campo prettamente aquiliano. Egli osserva aggiuntivamente come la prospettiva dualista faciliti la coesistenza e la lettura coordinata dei rimedi previsti dalla legislazione consumeristica di marca europea con quelli tradizionalmente prefigurati dal diritto codicistico, con vantaggi quanto alla maggiore effettività della tutela in tal modo conseguibile, ma anche e soprattutto sul piano della possibilità di concepire un quadro teorico unitario nel quale favorire e spiegare l'interazione di queste tutele, come l'A. ancora una volta dimostra, soffermandosi approfonditamente sul tema della riparazione o sostituzione dei beni di consumo non conformi.

È meglio accogliere la prospettiva rimediale dualista – osserva Bellantuono – nella misura in cui essa, diversamente dalla considerazione monista, rende più agevole di discutere apertamente la rilevanza di tutti i fattori che influenzano la concessione del rimedio, aprendo un campo argomentativo nel quale stabilire quale livello di discrezionalità sia opportuno riconoscere al giudice e senza che ciò implichi conferire sempre e comunque all'interpretazione giudiziale spazi di manovra incontrollati.

La seconda parte della riflessione dell'A. si volge a considerare analiticamente la prospettiva rimediale nell'ottica di EAL dischiusa da Calabresi e Melamed, costruita sulla celebre distinzione fra regole di responsabilità e regole di inalienabilità, ove dualisticamente si presuppone l'autonomia della fase di assegnazione del diritto sostanziale in forma di situazione giuridica protetta da quella relativa alla scelta del ri-

medio conseguente alla violazione del diritto, discutendone a fondo le implicazioni e i correttivi a essa successivamente proposti nella letteratura nordamericana. Anche in questo caso non si tratta di un esercizio conoscitivo fine a sé stesso perché, nell'auspicare che in letteratura la riflessione giuridica sui rimedi possa in futuro avvalersi di una maggiore consapevolezza degli esiti della speculazione giureconomica, B. si preoccupa di mettere a nudo quali utilità tale riflessione abbia per il dibattito giuridico sui rimedi nel diritto italiano, fornendone subito alcune esemplificazioni – sia con riferimento al problema del risarcimento in forma specifica sia con riferimento al diritto dei consumatori – e sottolineando che tale utilità si manifesta anche perché aiuta a relativizzare il rilievo che alla tipologia dei rimedi viene attribuito nella topica del diritto privato e perché offre uno strumento concettuale utile per classificare i rimedi al di là del dualismo sistemico fra common e civil law.

Nella terza parte del suo contributo B. approfondisce la prospettiva rimediale quando essa è sussunta nello spazio dell'autonomia negoziale, sia nella fase costitutiva del negozio che nella fase contenziosa e all'occorrenza persino dopo l'esercizio della giurisdizione, registrando come tale spazio giunga a interessare anche la fase dell'attuazione esecutiva del diritto. Anche in questo caso la trattazione conduce un documentato viaggio a cavallo fra civil e common law in vari ambiti del diritto per verificare come in quest'ultimo sistema si registri una maggiore apertura sulla scelta di rendere i rimedi più ampiamente disponibili all'autonomia delle parti, a fronte della propensione registrata nei sistemi continentali (fra cui quello italiano) a esercitare un maggior controllo giudiziale di merito sulle scelte delle parti, riservandosi ampi spazi per sindacare il merito di questi esercizi di autonomia negoziale. E a conferma della predilezione manifestata dall'A. per l'apertura a una concezione dualista della prospettiva rimediale, anche gli esiti di quest'ultimo segmento di analisi sulla negoziabilità dei rimedi inducono a privilegiare in questo campo l'adozione della teorica che attribuisca esplicitamente al rimedio la possibilità di disegnare campi e modi di tutela più ampi di quelli governati dalla mera contemplazione sostanziale del diritto.

Dopo aver discusso, in una lettura consapevole delle trasformazioni storiche conosciute dall'ermeneutica giuridica del Novecento, le acquisizioni della impostazione rimediale e quelle della interpretazione sistematico-funzionale riassumendole in una prospettiva unificante, Giorgio Bolego offre un saggio di come l'interpretazione funzionale possa servire a guidare il lavoro dell'interprete nel diritto del lavoro²⁰, individuando una varietà di temi esemplificativi di questa utilità. *In primis*, con riferimento al problema della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e in relazione ad approcci formalistici che l'esperienza della giustizia costituzionale ha dimostrato di saper superare proprio seguendo il metodo funzionale. Anche la disciplina del licenziamento, con riferimento al rilievo che la giurisprudenza attribuisce al requisito del *repêchage* nell'ambito del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, mostra di essere espressione di una ermeneutica funzionale, allineata alle indicazioni costituzionali, così come la lettura evolutiva offerta dalla giurisprudenza europea della nozione di orario di lavoro posta dalla disciplina unitaria. Il saggio di B. si completa guardando alla prospettiva rimediale, che nel diritto del lavoro ha fatto registrare importanti deviazioni di rotta scandite da interventi legislativi tesi a privilegiare la tutela risarcitoria-indennitaria rispetto alla tutela reale-restitutoria, come attesta l'esito congiunto delle riforme Fornero (2012) e Renzi (2015) nel campo del licenziamento nel contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti, ma come dimostra pure la scelta di scindere l'effetto della tutela nel caso del demansionamento del lavoratore, preservando l'integrità dell'aspetto retributivo a scapito della pretesa di conservare la possibilità di espletare la prestazione di lavoro in base alla professionalità raggiunta dal lavoratore, che di fatto con la riforma del 2015 il datore, in presenza di esigenze datoriali registrate dalla contrattazione collettiva, può demansionare avendo cura di non intaccarne il livello retributivo. Nel quadro ricostruttivo offerto dall'A., la ridislocazione di alcune delle certezze rimediali che il diritto del lavoro aveva saputo far emergere nitidamente nel corso della seconda metà del Novecento offre motivo di essere percepita anche in relazione al venir meno della tutela

²⁰ G. BOLEGO, *Interpretazione funzionale e nuovi rimedi nel diritto del lavoro*, in questo Volume.

ripristinatoria con riferimento ai lavoratori che possano vantare il diritto di veder stabilizzato il loro rapporto di lavoro con la P.A., ai quali viene riconosciuto solo una ben più limitata aspettativa di tutela risarcitoria, giustificata – osserva l’A. – dal rispetto dei vincoli costituzionali di bilancio e di pubblico concorso.

Antonio Cassatella coglie nel confronto metodologico fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale l’opportunità di dimostrare come entrambe queste ermeneutiche abbiano avuto un ruolo importante nell’orientare l’evoluzione recente del diritto processuale amministrativo²¹, che ha notevolmente ampliato il ruolo attribuito al giudice dell’amministrazione, proiettandone l’operato in un orizzonte aperto alla creatività rimediale delle corti. Il ruolo del pensiero di Mario Nigro, uno dei padri nobili (se non: il padre nobile) del processo amministrativo è in quest’ottica riconosciuto come anticipatore degli indirizzi promossi dalla prospettiva rimediale e dall’interpretazione funzionale, anche in considerazione del fatto che la materia del diritto processuale amministrativo non conosce la maggiore rigidità dogmatica che può per tradizione essere ascritta al sistema delle norme private processuali e sostanziali.

La tipologia composita di sentenze amministrative che C. passa in rassegna nel successivo momento della sua riflessione – 1) la tutela ripristinatoria di cui è arbitro la quarta sezione del Consiglio di Stato nell’amministrare il rimedio all’esercizio illegittimo delle prerogative della p.a.; 2) la sentenza meramente conformativa, attraverso la quale il giudice amministrativo giunge a poter modulare l’effetto dell’annullamento, dotandolo di efficacia *ex nunc* in attesa della nuova decisione dell’amministrazione; 3) l’attitudine riconosciuta alle sentenze dell’Aduanza Plenaria di esercitare una nomofilachia a effetti ritardati, che ne legittima l’accostamento alla tecnica del *perspective overruling* messa a punto dalla Corte Suprema statunitense negli anni Trenta; 4) la sentenza normativa, con la quale la Plenaria di Palazzo Spada ha rivendicato a sé il potere di differire l’efficacia del proprio giudicato nomofilattico per

²¹ A. CASSATELLA, *Le «nuove» sentenze del giudice amministrativo: l’esito naturale di un’interpretazione funzionale?*, in questo Volume.

consentire al potere esecutivo e legislativo di dispiegarsi in un esercizio di adeguamento rispetto a tale giudicato, in caso di rilevato contrasto della normativa presupposta dall'atto impugnato con le indicazioni più volte riaffermate dalla giurisprudenza europea, come è accaduto (e, per la verità, sembra continuare) ad accadere nel travagliato caso del rinnovo delle concessioni balneari – mette assieme alcuni esempi rivelatori della spiccata creatività che caratterizza l'operato del giudice amministrativo nella Modernità.

Accostando questa disamina ai rilievi formulati da Barcellona in ordine al rischio della instaurazione di una giurisprudenza pronta a manovrare prassi interpretative implementative o eversive rispetto al dato normativo, con i conseguenti pericoli che questo «eccesso di potere» dell'ermeneutica giudiziale può incarnare per il principio della separazione dei poteri, C. sembra in conclusione condividere la ragioni di fondo sollevate da Barcellona, sottolineando come il ruolo costituzionalmente attribuito alla Corte di Cassazione di giudice ultimo, deputato a perimetrare l'esercizio della giurisdizione esercitata dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti, non sembri idoneo a costituire un freno efficace a ridimensionare questo pericolo, che allo stato, secondo l'A., può essere prevenuto dalla «diffusione di una cultura giuridica consapevole delle ricadute istituzionali di determinate interpretazioni», che passi attraverso un auspicato intensificarsi del confronto fra giudici e dottrina.

Rivendicando elegantemente la volontà di rappresentare nel dialogo ospitato in questo volume il portatore delle ragioni del tafàno di socratica memoria – e dunque di depositario del pungolo intellettuale di cui i filosofi rivendicano l'universale necessità – Maurizio Manzin accoglie il confronto nel quale interviene senza mai entrare nella parte di co-protagonista del dialogo che in esso si compie²². L'A. gira attorno al dialogo per sottolineare elementi che più che alle posizioni che in esso si confrontano, riguardano il contesto nel quale le proposte ermeneutiche sono formulate. In questo esercizio di contestualizzazione l'A. sottoli-

²² M. MANZIN, *La rivincita del tafàno, ovvero: il sapere giuridico tra verità e narrazioni*, in questo Volume.

nea – non senza dichiararsi poco convinto che fra la tradizione antica e medioevale e la Modernità si sia consumata una frattura che ha connotato la fase storica nella quale viviamo nel segno del bisogno di una accresciuta mobilità delle regole – innanzitutto la necessità di verificare se l’orizzonte filosofico nel quale si collocano le diverse proposte che sul piano dell’interpretazione (si direbbe non solo giudiziale) pongono Mazzamuto e Barcellona, ne renda plausibile la comune istanza di reagire alle esigenze di un tempo che, con la richiesta di accelerare l’adattamento del diritto alle dinamiche sociali, avrebbe sancito l’impraticabilità sia del concettualismo che del sostanzialismo. In questa prospettiva la creatività interpretativa della giurisprudenza viene a collocarsi nel quadro di un mutamento filosofico più generale, ove alla pretesa del raggiungimento di una verità attinente al fatto si è sostituito il primato della credibilità, in quanto riferita a narrazioni che mostrino di seguire una corretta procedura per avvicinarsi al vero, senza però mai coltivare l’anelito di sancirne un disvelamento conclusivo. In uno con la divaricazione epistemica realizzatasi fra oggettività e soggettività, fra le conoscenze analitiche e tecniche e quelle che non lo sono, il pensiero interpretativo ripiega allora sul proposito di obbedire a un paradigma di validità del proprio discorso sorvegliato dal principio di non contraddizione.

In tutto ciò, secondo M., alligna il rischio del proliferare di comunità interpretative inconsapevolmente rassegnate a raccontare una verità simboleggiata solo dalla certezza esibita dalle connessioni logiche del proprio discorso. Nell’era della post verità si finisce così per «comprimere inevitabilmente la *ragionevolezza* argomentativa sull’*efficacia* persuasiva della narrazione, cioè sulla sua capacità effettuale di generare, appunto, consenso», dove quel che conta, in definitiva, è che le narrazioni interpretative siano in ultimo credute. L’appello finale di questa contestualizzazione critica è dunque rivolto alla capacità della retorica classica di istituire una razionalità imperniata sulla tematizzazione della domanda e sulla organizzazione logica della risposta, che possa organizzare il disordine della polifonia dei discorsi interpretativi in un contesto dialogico aperto alla molteplicità delle logiche interpretative.

LA TEORIA DEI RIMEDI: GLI ULTIMI SVILUPPI

Salvatore Mazzamuto

SOMMARIO: 1. *Gli esordi e la stagione del silenzio*. 2. *La nuova stagione della democrazia*. 3. *La dimensione costituzionale*. 4. *Forme e tecniche di tutela*. 5. *Il dibattito sulla prospettiva rimediale*.

1. Gli esordi e la stagione del silenzio

La prima stagione dei rimedi – il termine non era ancora invalso – può farsi risalire nella nostra esperienza alla prassi delle c.d. *comminatorie* giudiziali che ebbe luogo in Italia tra il 1870 e il 1915, la quale sul modello delle *astreinte* adattava a una funzione compulsoria la disciplina generale del risarcimento del danno, ma essa fu destinata a un precoce tramonto.

Il movimento in oggetto ebbe anche un importante riscontro dottrinale nell'opera fondamentale di Luigi Ferrara dal titolo *L'esecuzione processuale indiretta* (Napoli, 1915) e nelle illuminanti parole di Vittorio Polacco a favore dell'esecuzione indiretta degli obblighi di fare infungibili che si possono leggere nella seconda edizione del corso sulle obbligazioni¹. Nell'edizione del 1898 l'attenzione all'adempimento in

¹ Cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*², Roma, 1915, rist. anast. Napoli, 2022, 74-75, la cui analisi muove dal chiarimento sull'esigenza di tenere distinti adempimento ed esecuzione diretta in forma specifica (il punto viene rilevato da F. PIRAINO, *Introduzione*, in V. POLACCO, *Le obbligazioni*, cit., LI ss.), per segnalare la naturale tensione dell'obbligazione all'attuazione in forma specifica anche *invito debitore* e l'esigenza, quindi, di predisporre delle misure che consentissero al creditore di vincere la ritrosia del debitore. In particolare, V. POLACCO (*Ibidem*, cit., 561) allude in maniera nitida alle misure di coercizione indiretta, là dove delinea la distinzione tra adempimento in natura in senso stretto e in senso lato: «è concepibile dunque una triplice rilevanza delle esecuzione forzata (parlo in via di massima, astruendo per un istante dalla nostra legislazione positiva) cioè: 1) che mediante comminatorie di vario genere (pene pecuniarie, arresto, carcere ecc.) si riesca a vincere la riluttanza del debitore, nel

natura era stata minima, così come lo spazio riconosciuto nel quadro delle tutele.

L'ombra del fascismo – che condizionò pesantemente in chiave di conservatorismo liberale il nuovo Codice di procedura civile, utilizzando la sola esecuzione diretta – indusse poi la dottrina processualistica italiana a rifugiarsi in un vistoso formalismo volto a comprimere la discrezionalità del giudice nel timore che l'autoritarismo del regime potesse insinuarsi viepiù nel processo tramite tecniche rimediali e poteri officiosi².

2. La nuova stagione della democrazia

L'avvento della democrazia e la nuova Costituzione repubblicana sulle prime non furono sufficienti a un ampliamento delle tutele e occorrerà attendere gli anni Sessanta e soprattutto l'emanazione dello Statuto dei lavoratori, allorché si diede corpo al principio di effettività di cui all'art. 24 Cost., secondo cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi³. Fu così che comparvero le prime ipotesi normative di coercizione indiretta: il riferimento è anzitutto alla tutela contro la mancata ottemperanza da parte del datore di lavoro al decreto del tribunale che ordina la cessazione del comportamento antisindacale (art. 28, co. 4, St. lav.). Proseguendo per questa china si arriva, poi, ai giorni nostri, nei quali la coercizione indiretta, soprattutto

qual caso si giunge al massimo effetto, cioè all'adempimento proprio da parte dell'obbligato (id est adempimento in natura o in forma specifica stricto sensu); 2) che, pur persistendo detta riluttanza del debitore ad eseguire egli la prestazione, si ottenga tuttavia ugualmente il preciso oggetto di essa (adempimento specifico lato sensu); 3) che nemmeno questo essendo possibile, debba il creditore accontentarsi di conseguire un equivalente di ciò che era dovuto».

² Su tali profili v. già S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.

³ Sul punto v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano 2003, 51, il quale collega all'art. 24 Cost. l'impulso verso il legislatore e gli interpreti a configurare forme di tutela *satisfattiva*, ossia volta a «garantire la piena ed integrale soddisfazione di diritti o pretese (insoddisfatti), attraverso misure che [...] possono essere di vario tipo e appartenenti a generi diversi e comunque sempre *finalizzate* a tale soddisfazione».

dopo il *restyling* compiuto dalla riforma del 2015⁴, è assurda a istituto generale, volto a sollecitare l'adempimento di qualsivoglia provvedimento di condanna⁵. Ed è da questa specola – e in ragione proprio della disposizione sopra riferita dello Statuto dei lavoratori – che ho manifestato – anche di recente – la mia insoddisfazione verso l'espunzione delle controversie in materia di diritto del lavoro contemplata dall'art. 614-*bis* c.p.c. Una soluzione che appare irragionevole anche alla luce delle ulteriori previsioni comparse sul tema: l'art. 18 St. lav. il quale anche dopo la riforma prevede la tutela dell'ordine di reintegra per il licenziamento discriminatorio, mediante un sistema misto di penalità a sfondo risarcitorio e compulsorio⁶; l'art. 114, co. 4, c.p.a., che introduce le comminatorie nel processo amministrativo e comporta l'esito paradossale per cui il lavoratore «pubblico» può avvalersi dello strumento della coercizione indiretta e il lavoratore «privato» no⁷.

Tornando al tema che maggiormente ci occupa, l'introduzione delle misure di esecuzione indiretta ha favorito la diffusione sempre maggiore dell'approccio rimediale, ciò in forza della presa di coscienza dello iato presente tra il diritto sostanziale e il diritto processuale, la quale ha sospinto la scienza giuridica verso la valorizzazione dell'attitudine delle *tecniche* di tutela ad adeguarsi ai diversi bisogni di tutela correlati alla situazione sostanziale protetta.

3. La dimensione costituzionale

L'art. 24 Cost. si riferisce al caso in cui la tutela intesa in senso stretto, ossia intesa non come mera previsione normativa, passi attraverso un organo dello Stato, il giudice, investito del compito di manda-

⁴ Cfr. d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132: al riguardo v. il mio, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 11 ss.

⁵ Sulla portata ampia attribuita dal legislatore alle misure di coercizione indiretta e in particolare alla formula «provvedimento di condanna» v. le mie recenti osservazioni in *La coercizione indiretta*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, spec. 506 ss.

⁶ Cfr. sul punto il mio *La coercizione indiretta*, cit., 496 ss.

⁷ Al riguardo v. sempre il mio *La coercizione indiretta*, cit., 543 ss.

re a effetto le posizioni di vantaggio, riconosciute dall'ordinamento ai privati, ogni volta che ciò non accada in modo spontaneo⁸. Si parla, qui, di tutela giurisdizionale dei diritti (v. anche l'art. 2907 c.c.) e, sebbene la legge conosca anche ipotesi di tutela stragiudiziale, non vi è dubbio che sia la tutela giurisdizionale a dominare la materia.

Quanto affermato da ultimo trova riscontro nell'esperienza storica e nella odierna configurazione dei singoli ordinamenti, caratterizzati, sia pure nella varietà delle soluzioni proprie di ciascuna tradizione culturale e di ciascun sistema, dal progressivo emergere e consolidarsi di uno spazio istituzionale e teorico specificamente rivolto ai problemi della tutela giurisdizionale dei diritti⁹: da qui, la creazione – all'esito di una fase storica caratterizzata da pulsioni di tipo statalista¹⁰ – di un'apposita disciplina legale intesa a regolare l'esercizio del diritto nel processo; da qui, anche, il diffondersi di una concettuologia autonoma rispetto al c.d. "diritto sostanziale" costituente una branca a se stante della scienza giuridica ossia, per l'appunto, il diritto processuale civile.

L'enfasi posta sul processo come dimensione peculiare dell'esperienza giuridica è, certo, in gran parte giustificata nella misura in cui le norme che lo governano sembrano seguire una logica loro propria, come dimostra, solo per fare un esempio, il rilievo mantenuto dal formalismo degli atti processuali. Purtuttavia, bisogna dire che talvolta ci si è spinti troppo in là nel rivendicare l'autonomia del processo, facendo di quest'ultimo e dei suoi istituti un corpo separato dal resto del sistema giuridico¹¹.

⁸ Così L.P. COMOGLIO, sub Art. 24, in *Rapporti civili*, in *Comm. Bianca-Pizzorusso*, Bologna-Roma, 1981, 2 ss.

⁹ Al riguardo v. i contributi raccolti in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989.

¹⁰ Al riguardo v. L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, Torino, 2018, 8 nota 13, il quale sottolinea la coincidenza della contemporanea apparizione dell'opera di Giuseppe Chiovenda (tesa a trasformare il processo civile) e di quella di Vittorio Emanuele Orlando (fondatore della moderna teoria del diritto amministrativo).

¹¹ Sul punto v. A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 7, il quale invita a un ridimensionamento *sub specie tutelae* della tradizionale contrapposizione tra diritto e processo.

Il diritto fatto valere nel processo, in realtà, non è cosa diversa dal diritto attribuito dalla legge¹²: si potrebbe anzi dire che la tutela giurisdizionale è la continuazione della tutela sostanziale in altra forma, ovvero sia che la tutela giurisdizionale è la risultante dell’adattarsi dell’ordinamento alla crisi delle condizioni fisiologiche di fruibilità del diritto da parte del titolare. Il dibattito intorno al rapporto tra diritto soggettivo e azione – l’atto fondativo del quale suole farsi risalire alla celebre prolusione bolognese del 1903 di Giuseppe Chiovenda¹³ – rappresenta uno dei punti più alti raggiunti dalla scienza giuridica italiana nel secolo scorso. Una circostanza, questa, riconducibile al convergere di tre progetti: quello culturale, di traghettamento delle categorie romanistiche entro le forme del diritto moderno (emblematico al riguardo il caso della *Methodenstreit* intorno al concetto di *actio* che ebbe come protagonista B. Windscheid); quello politico, di integrale assorbimento della procedura civile entro la logica del monopolio statale della produzione giuridica; quello accademico, di emancipazione della dottrina del processo dal paradigma di una strumentalità solo servente rispetto al diritto civile (che è quanto dire all’autonomia privata). Il risultato finale del concorso di questi fattori, verosimilmente al di là delle intenzioni dello stesso Chiovenda, fu la c.d. teorica dell’azione in astratto¹⁴, per la quale l’azione medesima è un diritto soggettivo del tutto autonomo da quello sostanziale dedotto in giudizio¹⁵.

La linea di continuità tra posizione sostanziale e azione trova invece conferma, oltre che nelle norme del codice di procedura civile che subordinano l’esercizio dell’azione alla legittimazione e all’interesse ad

¹² V. al riguardo la puntualizzazione di L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale*, cit., 17 ss., relativa al significato di “attuare” un diritto.

¹³ G. CHIOVENDA, *L’azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903, nonché in A. PROTO PISANI (a cura di), *Saggi di diritto processuale*, I, Milano, 1993, 1993, 3 ss. A riguardo v. anche A. PROTO PISANI, *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note alla «Azione nel sistema dei diritti» del 1903*, in *Foro it.*, 2003, V, 61 ss.

¹⁴ Per la formulazione definitiva della teoria di cui si discorre nel testo v. E.T. LIEBMAN, *L’azione nella teoria del processo civile*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 43 ss.

¹⁵ Un quadro di sintesi sul punto è offerto, da ultimo, da G. CHIZZINI, sub *Art. 2907*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2018, 688 ss.

agire (art. 100 c.p.c.), anche nella circostanza che la tutela giurisdizionale tende, almeno entro certi limiti, a conformarsi, per un verso, alle caratteristiche della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio e, per altro verso, alle caratteristiche della lesione contro la quale il titolare del diritto agisce. Si avrà, pertanto, una pluralità di forme di tutela nel cui labirinto sarà possibile orientarsi solo mantenendo fisso lo sguardo sulla situazione soggettiva di volta in volta chiamata in causa, tenendo presente che esse sono talora anche cumulabili: si pensi all'avente diritto che esercita nei confronti dell'obbligato l'azione di adempimento e gli chiede anche il risarcimento per il ritardo¹⁶.

Così, in via puramente esemplificativa e senza alcuna pretesa di completezza, si potrà dire che i diritti assoluti, l'attuazione dei quali non implica la cooperazione da parte di alcuno, godono di una tutela restitutoria intesa a ripristinare lo stato di cose – giuridico o materiale – anteriore alla lesione; mentre i diritti relativi, in particolare il diritto di credito, l'attuazione dei quali esige la cooperazione dell'obbligato, godono di una tutela soddisfattoria intesa a far conseguire al titolare del diritto, in via surrogatoria od anche tramite misure coercitive sull'obbligato, l'utilità che egli avrebbe dovuto ricevere dalla controparte (v., per un verso, gli artt. 2740 e 2910 c.c.; per altro verso, gli artt. 2930 ss. c.c.); o ancora di una tutela costitutiva (art. 2932 c.c.)¹⁷.

Nell'alveo della tutela restitutoria intesa a ripristinare in tutto o in parte lo *status quo ante* rientrano: *a*) la tutela invalidatoria di atti di autonomia privata la quale è disposta a volte *ope legis* ed è quindi oggetto di mero accertamento in sede giudiziale (per es. nullità) ovvero *ope iudicis* ed è oggetto di accertamento costitutivo sempre in sede giudiziale (per es. annullabilità e rescindibilità); *b*) la tutela caducatoria di rapporti giuridici di fonte contrattuale la quale è anch'essa disposta a volte *ope legis* ed è quindi oggetto di mero accertamento in sede giudiziale (per es. risoluzione di diritto) ovvero *ope iudicis* ed è oggetto di

¹⁶ Al riguardo cfr. anche A. DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 382 ss.; ID., *La tutela civile*, cit., 71 ss.; nonché, più di recente, L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in *Teoriaesto riadeldirittoprivato.it*, 2019, 5 ss.

¹⁷ Al riguardo cfr. A. DI MAJO, *La tutela dei diritti*, cit., 368 ss.; ID., *La tutela civile*, cit., 49 ss. e *passim*.

accertamento costitutivo sempre in sede giudiziale (per es. risoluzione giudiziale); c) la tutela surrogatoria, posta a beneficio del creditore che la esercita, presuppone l'inerzia del debitore ed ha carattere recuperatorio; d) la tutela revocatoria ordinaria o *pauliana* stabilisce, che, se il debitore compie, nelle more dell'adempimento, atti di disposizione del suo patrimonio tali da pregiudicare le ragioni del creditore, il creditore medesimo può chiedere al giudice di dichiarare l'inefficacia di tali atti nei propri confronti. Anche l'azione revocatoria esibisce una funzione cautelare, permettendo al creditore di mantenere inalterato il patrimonio del debitore in vista dell'eventuale azione esecutiva. Dal momento che i beni che compongono il patrimonio del debitore non vengono sottratti alla sua disponibilità, se non con il pignoramento, è necessario, affinché il singolo bene fuoriuscito dal patrimonio rimanga assoggettato all'azione esecutiva, che l'atto dispositivo sia dichiarato inefficace; e) la tutela revocatoria fallimentare, che costituisce una variante dell'*actio pauliana*, è disciplinata in caso di fallimento dell'imprenditore per gli atti compiuti durante lo stato di insolvenza e potenzialmente pregiudizievoli per le ragioni dei creditori.

A entrambe le categorie di diritti assoluti e relativi sono comuni, poi, sia la tutela cautelare sia la tutela risarcitoria¹⁸, il cui scopo è quello di ristorare la parte lesa del pregiudizio economico derivante dalla condotta illecita di un terzo. La forma di tutela risarcitoria segue regole almeno in parte diverse a seconda che la perdita economica derivi dall'inadempimento del debitore o comunque dalla violazione di un obbligo (responsabilità contrattuale: art. 1218 c.c.) o da un danno ingiusto (responsabilità extracontrattuale: art. 2043 c.c.). Il suo essere applicabile indifferentemente a entrambe le categorie di diritti indica che qui la tutela si modella, piuttosto, sul tipo di lesione da riparare – cioè il danno come perdita patrimoniale – potenzialmente riferibile a ogni sorta di situazione giuridica attiva finanche all'interesse legittimo¹⁹.

¹⁸ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 167 ss.

¹⁹ Al riguardo v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano 2018, 863 ss.; ID., *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 92 ss. Diversa è l'opinione della linea di pensiero tesa all'unificazione delle due forme di responsabilità: cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, in part. 748-749; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e respon-*

Per ciò che concerne il rapporto tra diritto e processo e la possibilità di una sorta di dialogo tra forme e tecniche di tutela, appare paradigmatica la vicenda del concorso di responsabilità, ovvero l'idea antica e molto diffusa in dottrina e giurisprudenza secondo cui, in talune circostanze, il danneggiato può scegliere tra la disciplina della responsabilità contrattuale e quella della responsabilità extracontrattuale²⁰.

È proprio l'alternatività a pretendere, almeno sul piano sostanziale, l'utilizzo del "concorso" e non del "cumulo", che invece indicherebbe la possibilità per il danneggiato di sommare i vantaggi delle due discipline. Si pensi al caso classico in cui la persona trasportata subisca un danno in uno scontro ferroviario: la giurisprudenza ammette pacificamente che il danneggiato, a tutela della propria integrità fisica, possa agire sia per inadempimento del contratto di trasporto *ex art. 1681 c.c.* sia per via extracontrattuale *ex artt. 2043 c.c. e 2054 c.c.*²¹.

A voler semplificare, se dal punto di vista del diritto sostanziale nel concorso di responsabilità non v'è dubbio che siano state lese due situazioni giuridiche soggettive, sul piano della tutela processuale rimane il problema della sussistenza di un'unica azione – si avrebbe cioè un mero concorso di norme – o invece di un concorso di azioni. La circostanza che in concreto vengano lese due posizioni giuridiche sostanziali – e più in generale la sussistenza di un concorso di responsabilità – è in

sabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Milano, 1993. In questo differente orizzonte concettuale, G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 4, ID., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*³, Padova, 2005, 699 ss., ha proposto l'applicazione dell'art. 1225 c.c. alla responsabilità aquiliana, ciò valorizzando il richiamo dell'art. 2056 c.c. al momento in cui sorge l'obbligazione.

²⁰ Su cui v. il mio *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, spec. 668 ss.; C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, *ivi*, 2004, 69 ss.; ID., *Responsabilità civile*, cit., 510 ss.; nonché il più recente contributo monografico di D.M. FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*², Padova, 2013.

²¹ Cfr. per es. Cass. 16 aprile 2003, n. 6099; Cass., 3 ottobre 1996, n. 8656, in *Danno resp.*, 1997, 258 ss., Cass. 22 marzo 1996, n. 2487. Per un quadro giurisprudenziale sull'argomento, che tiene conto anche delle pronunce sotto il codice abrogato, v. D.M. FRENDA, *Il concorso*, cit., 139 ss.

astratto compatibile, infatti, con la configurabilità di un unico diritto al risarcimento o, viceversa, di più diritti risarcitori e, conseguentemente, con più azioni (ancorché non cumulabili). In astratto, dunque, al “concorso sostanziale” di responsabilità può corrispondere un mero “concorso di norme” (e dunque un’unica azione) o invece, come ritenuto dalla prevalente giurisprudenza, un concorso tra azioni autonome e indipendenti²².

La questione non è puramente concettuale²³. Se in prospettiva processuale il concorso di responsabilità è un concorso di sole norme, il giudice qualifica la domanda – sulla base dei fatti allegati e provati dalle parti – come azione contrattuale o come azione aquiliana; e si potrebbe anche ammettere un mutamento della domanda nel corso del giudizio. Più radicalmente, parte della dottrina ritiene inammissibile il concorso di responsabilità già sul piano sostanziale, dal momento che il rimedio aquiliano non opera in presenza dei presupposti del rimedio contrattuale²⁴. In altre parole, proprio perché più generale, la tutela aquiliana ha carattere sussidiario, per cui, quando danneggiante e danneggiato sono legati da un vincolo obbligatorio preesistente, il prodursi di un pregiudizio innesca unicamente la tutela contrattuale *ex art. 1218 c.c.* Accedendo a tale tesi, si ha com’è ovvio sul piano processuale un’unica azione, ma a differenza di quanto predicato dalla teoria del mero concorso di norme, l’azione è sempre e comunque contrattuale.

Con riferimento alla giurisprudenza, va segnalato l’orientamento fedele all’idea del concorso di responsabilità, il quale, sul piano processuale, ammette il cumulo o concorso elettivo di azioni, sicché la parte può chiedere il risarcimento senza indicare quale azione stia esercitando, oppure invocare espressamente, in via alternativa o anche subordi-

²² Al riguardo v. anche D.M. FRENDA, *Il concorso*, cit., 59 ss.

²³ L’aspetto processuale emerge chiaramente in C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 515, il quale, pur puntualizzando l’idea – senz’altro condivisibile – per cui là dove l’ordinamento appresti una forma giuridica più precisamente adeguabile al caso concreto, ad essa bisognerebbe fare capo, segnala l’eventualità in talune ipotesi di «un concorso alternativo di pretese, azionabile l’una e l’altra in modo che, soddisfatta l’una, l’altra viene meno perché ormai priva di *petitum*».

²⁴ Per la ricognizione delle varie opinioni sul tema v. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* (in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968), in ID., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 108 ss.

nata, sia l'azione contrattuale *ex art. 1218 c.c.*, sia l'azione aquiliana *ex art. 2043 c.c.*²⁵.

A tale riguardo, appare utile il richiamo alla recente sentenza della Corte di Cassazione n. 16654 del 6 luglio 2017²⁶, la quale offre una sintesi dell'indirizzo in discorso, pronunciandosi su un contratto di vendita di un immobile il cui stato «gravemente inquinato» aveva danneggiato i terreni limitrofi. I giudici di legittimità, dopo aver richiamato i precedenti in tema di concorso delle due specie di responsabilità e aver escluso nel caso in esame il ricorso di detto concorso – giacché il danno alla proprietà manifestava una chiara matrice contrattuale e non trovava fondamento all'esterno del contratto di vendita – hanno affermato che

[In] materia di compravendita, in caso di inadempimento del venditore, oltre alla responsabilità contrattuale da inadempimento o da inesatto adempimento, è configurabile anche la responsabilità extracontrattuale del venditore stesso ma solo qualora il pregiudizio arrecato al compratore abbia leso interessi di quest'ultimo che siano sorti al di fuori del contratto ed abbiano la consistenza di diritti assoluti²⁷.

4. *Forme e tecniche di tutela*

L'articolazione della tutela giurisdizionale dei diritti secondo il criterio delle forme di tutela rinvia alle finalità ultime che la tutela stessa di volta in volta persegue, ma non bisogna tuttavia dimenticare che ciascuna forma di tutela si può avvalere di tecniche di tutela differenti²⁸: la tutela risarcitoria, per es., può impiegare lo strumento classico, a essa certamente più congeniale, del risarcimento per equivalente (art. 2056 c.c.) epperò, a certe condizioni, si può realizzare anche per il tramite del ri-

²⁵ Tra i più recenti richiamati anche dalla Corte v. Cass. 11 febbraio 2014, n. 3021; Cass. 8 maggio 2008, n. 11410; nonché la più risalente Cass. 13 marzo 1980 n. 1696, in *Giur. it.*, I, 1, 1980, 1460 ss., su cui già ho avuto modo di soffermarmi altrove: S. MAZZAMUTO, *Una rilettura*, cit., 669, nt. 89.

²⁶ Cass. 6 luglio 2017, n. 16654.

²⁷ Cass. 6 luglio 2017, n. 16654, cit.

²⁸ Cfr. *amplius* S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano-De Nova*, Bologna, 2020.

sarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.) che è una tecnica *lato sensu* restitutoria²⁹; e, ancora, la tutela restitutoria in senso proprio può inverarsi attraverso sentenze di mero accertamento (v. artt. 949, 1012, co. 2, 1079, 1418 e 2653 c.c.) o sentenze costitutive quali le sentenze di annullamento (art. 1441 c.c.) ovvero sentenze di condanna portanti obblighi di restituzione (v. art. 948 c.c.) o di cessazione (v. art. 949, co. 2, c.c. ove è previsto che il proprietario, in presenza di turbative o molestie da parte di terzi, possa chiedere al giudice che ne ordini la cessazione oltre al risarcimento del danno): in quest'ultimo caso si parlerà di azione inibitoria volendosi alludere a un bisogno di tutela che può venire soddisfatto solo inibendo l'adozione o, più spesso, la continuazione di una data condotta³⁰.

Quali tecniche di tutela ascrivibili alla categoria degli altri o fatti idonei a produrre un rapporto giuridico obbligatorio si annoverano la *negotiorum gestio* (art. 2028 ss. c.c.)³¹, la *condictio indebiti* (art. 2033 ss. c.c.) e l'arricchimento ingiustificato (art. 2041 ss. c.c.), tutti istituti egualmente espressivi di una tutela *lato sensu* restitutoria. La *condictio indebiti* si palesa nella sua duplice veste di tecnica di tutela che fronteggia l'indebito oggettivo (l'esecuzione di una prestazione o di un pagamento privo di giustificazione, ossia non dovuto ad alcun titolo, contrattuale o extracontrattuale che sia) o quello soggettivo (quando il *solvens* che adempie alla prestazione altrui ritiene in base a un errore scusabile di essere debitore mentre debitore lo è in realtà un terzo)³².

L'arricchimento senza causa rappresenta, invece, uno strumento di difesa residuale e sussidiario a favore di colui il quale abbia subito un danno, ma non sia in condizione di esercitare altra azione al fine di farsi

²⁹ Con riferimento al dibattito sulla funzione del risarcimento in forma specifica, v. A. MONTANARI, *Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, spec. 508 ss.

³⁰ Sul punto v. anche A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 146, il quale segnala che l'ordine di cessazione delle molestie, di cui all'art 949, co. 2, c.c., con richiesta di rimessione delle cose in pristino, allude, sì, alla lesione già effettuata, ma «è rivolto per definizione anche al futuro».

³¹ Su cui v., tra gli altri, P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999.

³² Cfr., tra gli altri, E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, Art. 2033-2040, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1981.

indennizzare per il pregiudizio subito (art. 2042 c.c.)³³. Una siffatta azione è proponibile contro colui che benefici di uno spostamento patrimoniale che lo arricchisca e che, specularmente, compori l'impoverimento di un altro soggetto, senza che sussista alcuna correlazione tra il pregiudizio patrimoniale cagionato e l'arricchimento realizzato. Dall'assenza di giustificazione dello spostamento patrimoniale sorge pertanto, a carico del beneficiario dell'arricchimento e nei limiti dell'arricchimento medesimo, l'obbligo di indennizzare colui che si è impoverito della correlativa diminuzione patrimoniale e, qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, di restituire in natura la cosa ricevuta, purché questa sussista al tempo della domanda.

Oltretutto, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito pochi anni or sono il confine tra regole di comportamento e regole di validità nella sistematica dei mezzi di tutela³⁴. La violazione di regole di comportamento potrà dar luogo soltanto a responsabilità e, quindi, a una tutela

³³ Al riguardo cfr. A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998.

³⁴ Cass. SS.UU. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Giur. it.*, 2008, I, p. 353 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*; in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con commento di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Corriere giur.*, 2008, 223 ss., con nota di G. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *NGCC*, 2008, I, 432 ss., con commento di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*; in *Contratti*, 2008, 221 ss., con commento di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità. In tema di informazione e intermediazioni*. Sulla questione si vedano, tra gli altri, V. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 168 ss.; A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corriere giur.*, 2005, 1082 ss.; A. GENTILI, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 23 ss.; A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 194 ss.; M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009; R. NATOLI, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 78 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 525 ss.

risarcitoria e non anche a una tutela invalidatoria: è il caso, per es., della responsabilità precontrattuale di cui agli artt. 1337 c.c. (in tema di trattative e responsabilità precontrattuale) e 1338 c.c. (in tema di conoscenza delle cause di invalidità o della violazione di specifici obblighi di informazione posti dalla legislazione consumeristica o a tutela dell'investitore). Il ricorso alla buona fede di per sé non è in grado, in altre parole, di varcare la soglia delle cause di invalidità del contratto che debbono rimanere immuni dalla stura imprevedibile della clausola generale e affidate alle regole ordinarie della disciplina legale per rispetto in buona sostanza della certezza del traffico giuridico.

L'incidenza delle tecniche rimediali o processuali sulla forma di tutela che si modella in conformità della situazione sostanziale, ma in una logica ancora astrattizzante, è tornata alla ribalta di recente nell'ambito del c.d. diritto privato europeo ossia del processo di armonizzazione dei diritti nazionali intrapreso dall'Unione europea³⁵.

Un primo caso – che si è già ricordato – consiste nell'inedita tecnica di realizzazione in natura dell'interesse protetto adottata dalla dir. 1999/44/CE sulla vendita di beni di consumo, ora trasposta negli artt. 128 ss. cod. cons. Il consumatore ha diritto al ripristino della conformità del bene al contratto e ciò imprime al vincolo di garanzia contenuto e funzione del tutto rinnovati rispetto a quelli delle garanzie edilizie contemplate dal codice civile: queste ultime hanno una vocazione al riequilibrio economico delle posizioni dei contraenti, mentre la garanzia di conformità mira alla tutela in natura dell'interesse del consumatore al conseguimento di un bene munito di determinate caratteristiche e qualità. Qui si ha un esempio lampante di come la previsione di un apposito rimedio (ossia il diritto al ripristino) possa incidere addirittura sulle caratteristiche della posizione sostanziale che dà ingresso alla tutela. Non

³⁵ In questo senso, la nozione di diritto privato europeo individua la sua legittimazione formale nei riferimenti alle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» (art. 6, par. 3, TUE) e ai «principi generali comuni al diritto degli Stati membri» (art. 340 TFUE): cfr. S. MAZZAMUTO, *L'idea*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale dir. priv. eur.*, I. *Fonti Persone Famiglia*, Milano, 2007, 13-14; ID., *Diritto privato europeo*, in S. MARTUCCELLI, V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, Milano, 2011; ID., *Il contratto di diritto europeo*⁴, Torino, 2020, 10 ss., 17 ss.

c'è dubbio, infatti, che proprio tale diritto al ripristino fa pendere la bilancia dal lato della garanzia specifica di conformità in luogo dell'obbligazione di prestare una cosa conforme al contratto³⁶. Di recente il d.lgs. 170/2021, in attuazione della Dir. 2019/771/UE, ha sostituito l'intero Capo del codice di consumo sulla vendita per l'appunto dei beni di consumo.

Un secondo caso è rappresentato dall'introduzione dello strumento processuale dell'azione di classe risarcitoria in materia di rapporti di consumo³⁷: qui si ha un esempio altrettanto lampante di influenza della tecnica processuale sulla funzione del rimedio prescelto ossia sulla forma sostanziale di tutela, che consiste nell'emersione di una vistosa piegatura deterrente del risarcimento del danno. L'art. 140-*bis* cod. cons. disciplina la versione italiana della *class action* con significative variazioni rispetto al modello anglo-americano, attribuendo ai consumatori e agli utenti, anche mediante loro associazioni o appositi comitati cui viene conferito mandato, la possibilità di agire per la salvaguardia dei propri diritti omogenei individuali tramite l'accertamento della responsabilità, la condanna al risarcimento del danno e le restituzioni.

L'azione di classe è un rimedio contro le condotte illecite del professionista idonee a ledere interessi identici di una pluralità di consumatori, provocando pregiudizi diffusi della medesima specie, che si possono ricondurre a tre categorie: *a*) le condotte che incidono su diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica; *b*) le condotte che fanno sorgere diritti identici in capo ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescin-

³⁶ Per il dibattito, al riguardo, mi limito a rinviare al mio *Il contratto di diritto europeo*, cit., 483 ss.

³⁷ Cfr., tra gli altri, G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 707 ss.; A. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, *ivi*, 723 ss.; C. PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, *ivi*, 2010, 258 ss.; AA.VV., *La nuova class action la tutela collettiva dei consumatori*, a cura di G. CHINÉ, G. MICCOLIS, Roma, 2010; P. SCHLESINGER, *La nuova azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2011, 547 ss.; S. CAPORUSSO, *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1199 ss.

dere da un diretto rapporto contrattuale; c) le condotte da cui scaturiscono diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anti-concorrenziali.

L'azione di classe ruota attorno al meccanismo processuale dell'iniziativa individuale del singolo consumatore persona fisica o dell'ente rappresentativo e della successiva adesione, anche senza il ministero di un avvocato, di tutti coloro che reputino di vantare un diritto della medesima specie rispetto a quello di colui che ha incardinato l'azione. L'adesione presuppone il ricorso ad adeguati strumenti di pubblicità dell'azione che consentano agli interessati di divenire parti del giudizio. Si realizza in tal modo il sistema dell'*opt-in* che fa dipendere la partecipazione all'azione da una scelta esplicita del consumatore, piuttosto che – come nel modello *opt-out* – farla discendere in via automatica dalla mera identità di interessi rispetto a colui che intraprende l'iniziativa processuale, ossia dall'appartenenza alla classe, riconoscendo però la possibilità di abbandonare l'azione con la manifestazione del proprio disinteresse³⁸.

La *ratio* dell'azione di classe consiste nel rafforzamento della tutela del consumatore ottenuta vincendo la sua apatia nel ricorso alla via giudiziaria mediante uno strumento di aggregazione processuale che mira a indurre il consumatore ad agire in giudizio anche dinanzi a inadempimenti e danni di portata non particolarmente significativa, se considerati nella loro individualità, ma di notevole impatto nel mercato, se valutati nel loro complesso a causa del carattere seriale. E per converso l'azione di classe esercita una funzione deterrente nei confronti del professionista grazie al rischio di dover sostenere un costo assai alto per danni di per sé magari bagatellari ma molto diffusi. Per scongiurare esiti di *overcompensation* e di *overdeterrence*, l'iniziativa di un'azione di classe o l'adesione a essa comportano la rinuncia a ogni azione resti-

³⁸ Cfr. al riguardo C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, in *Corr. giur.*, 2008, 5 ss.; nonché, più di recente, G. BERTOLINO, *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 475 ss.

tutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salve le ipotesi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti e non pregiudica l'azione individuale di coloro che sono rimasti estranei all'azione di classe. Non sono proponibili invece ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice.

Da ultimo, la l. n. 31/2019, con decorrenza 19.05.2021 a seguito di un reiterato slittamento dovuto all'infuriare della pandemia da Covid-19 (art. 31-ter, d.l. n. 137/2020), ha riformato l'istituto dell'azione di classe di cui al codice di consumo, estendendone la platea dei soggetti legittimati al di là dei consumatori e degli utenti e ne ha ricondotto la disciplina al codice di procedura civile, nel quale viene inserito un nuovo titolo VIII-bis, che si compone degli artt. da 840-bis a 840-sexiesdecies riguardanti l'azione di classe e l'azione inibitoria collettiva³⁹.

La materia è stata oggetto di un recente intervento normativo di armonizzazione dei diritti nazionali da parte dell'Unione europea: la già menzionata dir. 2020/1828/UE, che peraltro abroga anche la dir. 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23.04.2009, sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori⁴⁰. La nuova direttiva riguarda tanto le azioni di classe di contenuto inibitorio (art. 8) quanto quelle di contenuto risarcitorio (art. 9).

La riforma prevede l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'azione di classe al di là della platea dei consumatori e degli utenti. L'azione sarà sempre esperibile da tutti coloro che avanzino pretese risarcitorie, in rapporto alla lesione di «diritti individuali omogenei», nei confronti delle imprese e degli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità (relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle rispettive attività) e ha per oggetto l'accerta-

³⁹ Cfr. C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 714 ss.; AA.VV., *Class action. Commento sistematico alla (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, a cura di B. SASSANI, Pisa, 2019; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 301 ss.; G. PONZANELLI, *La nuova class action*, *ivi*, p. 306 ss.; M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, *ivi*, 309 ss.

⁴⁰ Cfr. AA.VV., *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva*, in *Giur. it.*, 2021, 226 ss.

mento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. La legittimazione ad agire con ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* ma con delle variazioni spetta a ciascun componente della “classe”, nonché alle organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro che abbiano come scopo la tutela dei suddetti diritti e che siano iscritte nell’apposito elenco tenuto dal Ministero della Giustizia.

A differenza del codice del consumo, che consentiva l’adesione solo dopo l’ordinanza di ammissione dell’azione e prima della sentenza di merito, la nuova disciplina stabilisce che si può aderire all’azione di classe: *a)* nella fase immediatamente successiva all’ordinanza che ammette l’azione, la quale fissa un termine per l’adesione e definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei che consentono l’inserimento nella classe; *b)* ovvero nella fase successiva alla pronuncia della sentenza che definisce il giudizio, la quale ancora una volta assegna il termine per l’adesione.

Il procedimento si articola, quindi, in più fasi concernenti l’ammissibilità dell’azione e la decisione sul merito che sono di competenza del Tribunale delle imprese e la liquidazione delle somme che è deferita a un giudice delegato.

La procedura di esecuzione forzata potrà essere esercitata anch’essa in forma collettiva. È riconosciuta, a beneficio dei rappresentanti della classe e dei difensori, la c.d. quota-lite in misura inversamente proporzionale al numero dei componenti la classe medesima.

Accanto all’azione di classe è istituita l’azione inibitoria collettiva verso gli autori di condotte pregiudizievoli di una pluralità di soggetti. La legittimazione ad agire spetta a chiunque vi abbia interesse (oltre alle organizzazioni e associazioni prima ricordate) e il contenuto dell’inibitoria, rivolta a imprese o enti gestori di servizi di pubblica utilità, consiste nell’ordine di cessazione del comportamento lesivo di una pluralità di individui ed enti, commesso nello svolgimento delle rispettive attività, ovvero nel divieto di reiterare una condotta commissiva o omissiva.

Il fronte della tutela costituisce uno dei profili centrali e più delicati dell’interesse legittimo, il quale, in primo luogo, delinea i confini della giurisdizione amministrativa (art. 24, co. 1, Cost.), ossia della giurisdizione affidata ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato. L’art. 7 c.p.a. prevede, infatti, che «sono devolute alla giurisdizione

amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni». In secondo luogo, la salvaguardia degli interessi legittimi – ma, come si è visto, in determinate materie anche dei diritti soggettivi – è affidata a una pluralità di forme e tecniche di tutela a carattere costitutivo, dichiarativo, condannatorio in forma specifica, risarcitorio, quali, rispettivamente, l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo (art. 29 c.p.a.); l'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere a fronte del silenzio dell'amministrazione (art. 31 c.p.a.); l'azione di adempimento e l'azione di risarcimento del danno (art. 30 c.p.a.).

Uno spazio molto rilevante nella tutela giurisdizionale dei diritti a contenuto patrimoniale e non patrimoniale è riservato alla c.d. attività cautelare (sequestri, provvedimenti d'urgenza, ecc.) la cui funzione è quella di evitare che nel tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale se ne possa compromettere l'effettività. I presupposti per chiedere un provvedimento cautelare sono il *fumus boni iuris* ossia la ragionevole parvenza del buon diritto e il *periculum in mora* ossia il pericolo che l'attesa della tutela di merito possa produrre un pregiudizio grave e irreparabile: il relativo ricorso può essere presentato *ante causam* o nel corso del giudizio di merito già incardinato.

5. Il dibattito sulla prospettiva rimediale

Le forme di tutela costituiscono gli schemi generali di risposta a un bisogno di protezione e quindi introducono una distinzione funzionale incentrata sulla modalità concreta di soddisfacimento di tale bisogno⁴¹. Le tecniche di tutela, a loro volta, rappresentano i meccanismi, processuali o meno, di attuazione delle forme di tutela: la loro fisionomia è

⁴¹ Cfr. il mio *Le dottrine generali*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA, *Le dottrine generali e le fonti del diritto*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da S. MAZZAMUTO, Torino, 2021, 151 ss.

solo strutturale ed esse si prestano, quindi, a veicolare in termini funzionali più forme di tutela.

Nell'ambito di tale tassonomia si è affacciata negli ultimi anni, presa in prestito dal *common law*, la c.d. prospettiva dei rimedi, i quali costituirebbero un *piano mobile* di strumenti preposti non al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti che rimane di competenza del diritto soggettivo e dei poteri e facoltà che lo compongono, ma al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all'inattuazione di un suo interesse per un ostacolo frapposto o per la sua violazione da parte di un terzo⁴².

Il piano mobile di rimedi di cui si viene suggerendo la prospettazione consente di offrire risposte a bisogni di tutela che riguardano interessi già giuridificati o che vanno affiorando nella prassi: il veicolo utilizzato sono le clausole generali o la ricerca interstiziale tra forme e tecniche di tutela nel serbatoio insospettato dell'ordinamento. La prima comparsa del concetto di rimedio nell'esperienza italiana si presenta, dunque, come una conseguenza della discesa del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost. e come un ripudio del concettualismo della tradizione continentale e degli antichi steccati tra diritto sostanziale e diritto processuale.

L'attenzione dei giuristi ora si sposta sui dispositivi che stanno a ridosso del bisogno di tutela, ma l'effetto di ritorno sul sistema determina processi di destrutturazione delle categorie tradizionali e tentativi di risistemazione concettuale che si sovrappongono in modo trasversale alla stessa distinzione tra forme e tecniche di tutela. Tutto ciò è agevolato anche dalla stessa legge che con sempre maggiore frequenza, specie sulla spinta del diritto europeo, abbandona la logica puramente attributiva di nuovi diritti per dettare rimedi sostanziali e processuali, che si ricollegano a specifiche *ratio* di politica legislativa.

Di recente Enzo Scalisi ha fornito un contributo notevole alla messa a fuoco della nozione di rimedio in ciò avvalendosi ancora una volta della sua padronanza dell'efficacia giuridica e dei suoi molti studi su

⁴² Cfr. A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 143 ss.; ID., *I rimedi giuridici tra ideologia e tecnica*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 825 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, *ivi*, 2005, 341 ss.; ID., *La tutela civile*, cit., 13 ss.

alcuni degli strumenti di tutela più rilevanti, come le invalidità (specialmente le nullità) e il risarcimento del danno aquiliano⁴³.

La posizione in esame muove dall'esame critico delle principali concezioni sinora emerse nel dibattito scientifico e tende a elaborare una nozione abbastanza precisa della discussa figura. La conclusione alla quale egli perviene vede nel rimedio un dispositivo tecnico di realizzazione secondaria di un interesse, già positivamente valutato dal diritto, ma rimasto inattuato o violato. È un'idea non lontana da quanto io stesso avevo sostenuto in un saggio sulla nozione di rimedio nel diritto continentale⁴⁴.

Un altro nostro convincimento, accolto dalla dottrina in esame, è che laddove il giudice abbia il solo compito di accertare il presupposto di fatto di un diritto, potere o facoltà, il cui atto di esercizio non richiede un conflitto specifico che debba essere valutato e dipanato nel processo, ma si limita a soddisfare un interesse normativamente protetto, non saremo al cospetto di un rimedio, che pur sempre postula una valutazione o un bilanciamento giudiziale d'interessi, ma a una semplice applicazione di una fattispecie astratta⁴⁵.

La tesi in discorso ravvisa nel rimedio un "effetto-secondo" dotato della «struttura di un'azione imposta dalla natura stessa dell'interesse tutelato e come tale normativamente prescritta» e vocato a svolgere «la funzione mediatrice di propiziare l'effettivo soddisfacimento dell'interesse» mediante «una trasformazione giuridica inquadrabile nel sottotipo dell'efficacia dichiarativo-rafforzativa in senso satisfattivo»⁴⁶. Il rimedio si pone, dunque, in un rapporto assai stretto con l'interesse leso e con le potenzialità esplicative inscritte nel suo riconoscimento giuridico: quelle potenzialità che anzi il rimedio concorre a fare emergere. Al

⁴³ Cfr. V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 149 ss.

⁴⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 ss.

⁴⁵ Al riguardo v. il mio più recente *Il contratto di diritto europeo*, cit., spec. 209 ss.

⁴⁶ V. SCALISI, *Lineamenti*, cit., 161.

riguardo si avverte anche l'influenza su di un'autorevole dottrina che ha teorizzato l'intrinseca normatività del rimedio⁴⁷.

La ricaduta sul piano applicativo si traduce nell'impossibilità di determinare *a priori* l'esatto contenuto sostanziale del rimedio, il quale è il più delle volte, «eccettuati i casi di rigorosa tipizzazione normativa, individuabile soltanto “*a posteriori*”, avuto riguardo cioè alla particolare *natura* dell'interesse da soddisfare, valutato in concreto e nei suoi elementi specificatori soggettivi e oggettivi nonché nella trama delle infinitamente variabili circostanze fattuali che fanno da quadro e contesto allo stesso interesse»⁴⁸. Queste caratteristiche rendono il rimedio uno strumento giuridico dotato di particolare duttilità e flessibilità, proprio perché «non cristallizzato in appositi e rigidi stereotipi»⁴⁹.

Lo sfondo filosofico di questa concezione va individuato nell'adesione all'ermeneutica e al paradigma esplicativo della Postmodernità, di cui il rimedio asseconderebbe il ripudio dei rigidi e astratti schemi della Modernità a vantaggio della recezione del discorso plurale fondato sul “pensiero del molteplice”. Il riflesso sulla conformazione del rimedio risiede nella convinzione che esso «dialogando direttamente con il mondo dei fatti, al fine di misurarne la efficacia soddisfattiva in termini di coerenza e adeguatezza ai concreti interessi ed esigenze tutelate, non ha bisogno della necessaria mediazione di precostituiti modelli legalistici calati dall'alto, uniformi e omogenei, del tipo per intenderci delle tradizionali situazioni soggettive, forgiate dalla modernità giuridica»⁵⁰.

La concezione appena descritta, in definitiva, si sottopone alla fatica del concetto per decretare il suo sostanziale ripudio in sede di ricorso giudiziale al singolo mezzo di tutela. È una dommatica che si disfa della dommatica, sicché, nelle sue ricadute applicative, tale approccio non diverge dalle conclusioni cui pervengono le concezioni più apertamente

⁴⁷ Cfr. D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 605 ss.

⁴⁸ V. SCALISI, *Lineamenti*, cit., 161-162.

⁴⁹ *Ibidem*, 162.

⁵⁰ *Ibidem*.

antiformalistiche⁵¹, che nel rimedio intravedono una delle modalità di legittimazione del diritto di matrice giudiziale.

A un risultato non dissimile si perviene seguendo una traiettoria diversa che, rispetto alla costruzione precedente, procede, per così dire, per linee esterne⁵². Secondo questa prospettiva, è necessario agire non tanto sulla forma di riconoscimento dell'interesse leso, dilatandone il perimetro in sede rimediale, quanto piuttosto sulla conformazione legale del rimedio da azionare mediante la sottoposizione a un *test* di effettività⁵³. L'eventuale esito negativo legittima il giudice a sottoporre la disposizione a un'interpretazione integrativa, fondata sui principi nazionali, europei e internazionali, i quali – secondo la tesi in esame – elevano l'effettività a *necessitas iuris* di rango apicale (artt. 2 e 24 Cost.; 13 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)⁵⁴.

Il rischio di una torsione dell'ordinamento giuridico in senso casistico, per effetto dell'enfasi posta sul fatto e sull'esigenza di una tutela a esso quanto più aderente, viene esorcizzato tramite la storicizzazione degli obiettivi di certezza e di prevedibilità della regola giuridica. Nell'attuale contesto, tali fini ordinamentali non possono essere più assicurati soltanto dalla legge, ma anche dall'attività giurisdizionale, la quale va pertanto sottoposta a limitazioni che propizino il perseguimento della certezza e della prevedibilità. Tali limiti vengono individuati nella formalizzazione della decisione giudiziale fondata su regole e principi

⁵¹ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela dei diritti*, cit., 363 ss.; ID., *Il linguaggio*, cit., 341 ss.; U. MATTEI, *I rimedi*, in *La parte generale del diritto civile*, 2. *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (dir. da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2001, 107 ss.

⁵² G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 404; ID., *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 63 ss.

⁵³ G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, cit., pp. 85-86.

⁵⁴ G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, cit., p. 404: «in caso di violazione della situazione protetta si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Tale tutela dovrà essere misurata con il metro dell'effettività. Se la protezione non è adeguata, andrà ricondotta a uno *standard* costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa legittimata da una fonte costituzionale. In questi limiti il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto in virtù di norme di sistema (art. 2 e 24 cost., 13 CEDU, 47 della Carta di Nizza) che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere».

tramite l'elaborazione di rigorosi canoni di argomentazione e nel rafforzamento del valore del precedente⁵⁵.

Sul versante dell'approccio sistematico-dogmatico, la replica è secca: «[E] così, inesorabilmente, siamo giunti ai giorni nostri, nei quali il principio di effettività, affermato nella fase primordiale (...) come garanzia di tutela processuale dei diritti, si è stravolto nell'idea che non già la tutela come modalità di attuazione di un diritto o di una situazione soggettiva deve essere effettiva, ma addirittura viene atteggiata e configurata dal giudice in funzione dell'effettività del soddisfacimento del bisogno»⁵⁶. Addirittura apocalittica è la risposta di chi reputa che l'ottica rimediale presuppone «la morte della legge e l'intronizzazione del giudice»⁵⁷.

La durezza del contrasto non deve stupire dal momento che in gioco non vi è soltanto la questione del rapporto tra giudice e legge – che non va sistematicamente alterato, in nome di una sorta di persistente stato di eccezione, quasi che i rimedi scaturiscano da una clausola generale di equità emergenziale – ma la stessa prevedibilità delle regole e quindi, in ultima analisi, la libertà delle persone⁵⁸.

A tale proposito la posizione preferibile è senza dubbio quella mediana che può essere sintetizzata in questi termini: il rimedio è l'espressione di un potere di reazione del singolo – o almeno, se officioso, richiede l'azione processuale di parte – a fronte della violazione di un ordine giuridico preesistente o della sua inattuazione per il sopraggiungere di un ostacolo e, dunque, dell'insorgere di un bisogno di tutela in presenza di un conflitto specifico; il bisogno di tutela si raccorda a interessi già selezionati e riconosciuti dall'ordinamento, ma non necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; i rimedi costituiscono dispo-

⁵⁵ G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, cit., pp. 403 e 405; ID., *Effettività fra legge e diritto*, cit., *passim*, in part. p. 55 ss. e pp. 85-86, anche sulla base del magistero di G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e merc.*, 2015, p. 67 ss.

⁵⁶ C. CASTRONOVO, *Spigolature*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto*, cit., 711.

⁵⁷ M. BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto*, cit., 686.

⁵⁸ A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1211 ss.

sitivi tecnici, rivenienti da normative generali o circoscritte, che possono quindi venire estratti dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale e collaudati immediatamente a ridosso del bisogno di tutela ma non certo creati dal giudice; i rimedi vengono giudizialmente somministrati sulla scorta di valutazioni o bilanciamenti che utilizzano, fermo restando l'ineliminabile apprezzamento di interessi, i criteri dell'adeguatezza, della proporzionalità e della ragionevolezza soltanto ove lo consentano norme apposite o clausole generali; la predicata duttilità del rimedio non esime la dottrina dalla ricerca di una nuova tassonomia e dallo sforzo di una rielaborazione dommatica⁵⁹.

Nella prospettiva mediana si colloca anche la teoria del "giusto rimedio", formulata da Pietro Perlingieri⁶⁰, che è a sua volta espressione di principi generali come il diritto di difesa. In altri termini, l'ordinamento deve apprestare, nel rispetto del principio di proporzionalità, forme e tecniche di tutela adeguate al fine di dare tutela effettiva agli interessi meritevoli. Occorre, dunque, superare l'idea dell'eccezionalità e tassatività di certi mezzi di tutela con la conseguenza che lo strumento rimediale deve essere ricondotto a una prospettiva normativa *standard*. Anche questa concezione sembra approssimarsi, quindi, all'idea che in sede di tutela possano essere compiute valutazioni "originarie" a opera del giudice, ossia giudizi di valore tesi a fissare, anche al di là delle indicazioni fornire dalla legislazione, l'ampiezza del perimetro degli interessi giuridicamente rilevanti o addirittura la selezione di nuovi interessi sulla base delle domande di giustizia espresse dal corpo sociale e portate al cospetto dell'autorità giudiziaria.

L'idea che va maturando è che quella rimediale sia una prospettiva che può essere adottata tanto dal legislatore in sede di normazione, quanto dalla dottrina in sede di ricostruzione del sistema e, infine, dalla giurisprudenza. La percezione che si ha del rimedio è ancora intuitiva, ma offre già alcuni essenziali elementi connotativi in linea con lo sviluppo storico della nozione: 1) il rimedio è espressione di un potere di reazione del singolo (o comunque presuppone l'impulso di parte) alla

⁵⁹ Così il mio *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Jus civ.*, 2019, 734.

⁶⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss.

violazione di un assetto preesistente o alla sua inattuazione per il sopraggiungere di un ostacolo e, dunque, all'insorgere di un bisogno di tutela; 2) il bisogno di tutela si raccorda a interessi che non sono necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; 3) i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela, che vengono distillati dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale e aspirano oramai a una nuova tassonomia; 4) i rimedi vengono per lo più somministrati dal giudice sulla scorta di valutazioni che ne saggiano persino l'adequatezza, la proporzionalità e la ragionevolezza; 5) il metodo rimediale serve a evidenziare bisogni di tutela che la fattispecie classica non rende manifesti, nel tecnicismo della sua composizione, ma che si situano comunque anche in modo implicito nel circuito normativo dell'ordinamento; 6) tutto ciò consente di aprire il mondo delle tutele agli interessi emergenti dalla realtà effettuale ma senza cadere nella libera soluzione giudiziale di bisogni ancora non formalizzati.

La costruzione di un'idea più completa di rimedio segna un passo in avanti con la riflessione intorno al contratto che definisce i rimedi a esso connessi come risposte a bisogni di tutela collegati alla procedimentalizzazione dell'affare nel rinnovato quadro del contratto che non è più soltanto fonte di effetti (diritti di credito, diritti reali, garanzie, assistiti dai loro tipici mezzi di tutela), ma, per l'appunto, programma negoziale costellato di rimedi, che si ripropongono di eliminare i conflitti via via prodottisi nella formazione e nell'esecuzione del rapporto.

Al fine di meglio delineare la fisionomia del rimedio, appare opportuno collocarsi nella prospettiva del giudice e offrire una gradazione dei suoi possibili interventi: *a)* l'apprezzamento in concreto volto all'accertamento del presupposto di fatto di un diritto, potere o facoltà, il cui atto di esercizio non presuppone un conflitto specifico di interessi; *b)* l'apprezzamento in concreto di un conflitto di interessi risolto tramite l'applicazione della regola di prevalenza sancita dal diritto positivo o dall'autonomia privata; *c)* l'apprezzamento in concreto di un conflitto di interessi dipanato mediante bilanciamento ove la legge (per es. la clausola di buona fede) o l'autonomia privata lo consentano. Nella prima ipotesi non si dà luogo a rimedio, giacché l'atto di esercizio del diritto potere o facoltà non soddisfa un bisogno di tutela insorto a seguito della

violazione o inattuazione per un qualche ostacolo di un interesse primario, ma si limita a soddisfare un interesse protetto in assenza di conflitto specifico (per es. il recesso di pentimento; la revoca della proposta; la richiesta del prospetto informativo). Nella seconda e terza ipotesi si dà luogo a rimedio, giacché il mezzo di tutela irrogato dal giudice è strumento di composizione di un conflitto e, dunque, veicolo di soddisfacimento di un bisogno di tutela.

Un esempio che qui si suggerisce può risultare illuminante: si suole dire che il recesso di pentimento costituisca, a differenza del recesso nei rapporti di durata, un rimedio, ma ciò a stretto rigore non è vero ed è vero semmai il contrario perché è solo nel caso del recesso di pentimento che si rintraccia una *ratio* normativa secca e ineludibile legata alle nuove modalità particolarmente frettolose di conclusione del contratto, sicché il giudice è chiamato a verificare soltanto il presupposto del potere di scioglimento che si colloca nella struttura della fattispecie quale compensazione dello scarso *tempus cogitandi*, ma non di ricercare la giustificazione dell'atto di esercizio, tramite il proprio scandaglio degli interessi concretamente in gioco, che viceversa non è ricavabile dal mero esame della fattispecie⁶¹. Si può, dunque, affermare che i rimedi in autotutela in senso proprio sono quelli non soltanto esercitabili in prima battuta stragiudizialmente ma congegnati anche come risposte a un bisogno di tutela e non già come una mera attribuzione di un potere o di una facoltà per la soddisfazione di un proprio interesse primario. Il recesso per giusta causa, allora, può essere considerato un rimedio perché formalizza un conflitto e impone lo scandaglio del giudice e anche il recesso *ad nutum* (salvo il caso del recesso del consumatore) appare come un potere munito di risvolti rimediali tutte le volte in cui si ritiene possibile un analogo scandaglio sulla scorta del divieto dell'abuso del diritto. Analoghe caratteristiche sono esibite dall'eccezione di inadempimento: l'art. 1460 c.c. attribuisce alla parte del contratto con prestazioni corrispettive un mezzo di autotutela che non si esaurisce nel-

⁶¹ Cfr. al riguardo già il mio *La nozione di rimedio*, cit., 795 ss., cui aderisce L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, spec. 592 ss. Critico: A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 2015, 709 ss.; cfr. anche G. GRISI, *Lo "ius poenitendi" tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 569 ss.

l'esplicazione di una facoltà o di un potere sostanziale, ma rappresenta piuttosto la risposta a un bisogno di tutela insorto a seguito dell'inadempimento di controparte e sollecita l'apprezzamento in concreto del giudice che, in un'ottica chiaramente comparativa, deve verificare la conformità o meno a buona fede del rifiuto di adempiere opposto dalla parte non inadempiente, anche alla luce delle caratteristiche del caso concreto.

Un esempio già ricordato che conviene riprendere è costituito dalla c.d. nullità di protezione (artt. 36, 134, 143 cod. cons.) la quale: *a*) è rimedio posto a presidio del contenuto minimo e inderogabile del contratto del consumatore; *b*) non integra una nullità *assoluta* del contratto come tale operante *erga omnes* ossia suscettibile di essere fatta valere dalle parti e da chiunque vi abbia interesse e inoltre rilevabile d'ufficio dal giudice; *c*) integra piuttosto una nullità relativa ossia suscettibile di essere fatta valere soltanto da una delle parti; *d*) è azionabile pertanto dal solo consumatore e semmai è rilevabile d'ufficio dal giudice ma soltanto nell'interesse del consumatore medesimo; *e*) è inoltre per lo più *parziale* perché determina l'inefficacia di una sola parte del contratto o addirittura di una singola clausola.

La nullità di protezione differisce, dunque, radicalmente dalla nullità tradizionale – che è invece la risposta dell'ordinamento all'assenza di un requisito essenziale dell'atto di autonomia privata od alla sua illiceità e ha di mira un interesse generale – giacché non attiene alla struttura del contratto (salva forse l'ipotesi dell'oggetto o del corrispettivo determinati in maniera poco chiara e comprensibile: art. 34, co. 2, cod. cons.) ma risponde al bisogno di tutela della c.d. parte debole, la quale, non a caso, è l'unica a poter azionare il rimedio o nel cui interesse il rimedio può essere disposto dal giudice e soltanto per ottenere la caducazione della parte di regolamento iniqua⁶².

L'officiosità non è d'ostacolo, questa volta, al pieno riconoscimento della natura rimediale della nullità di protezione che si deve innanzitutto al suo carattere relativo e parziale e al rilievo, per l'appunto, dell'interesse particolare del consumatore, tanto più che il giudice che accerta

⁶² Cfr. S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 155 ss.

ex officio il carattere abusivo della clausola non può dichiarare la nullità in presenza di un contrario avviso del consumatore.

La teoria dei rimedi sopra prospettata, del resto, quando incrocia la teoria del processo e, in particolare, gli elementi fondanti della domanda di parte quale atto indefettibile dell'interesse ad agire richiede un chiarimento importante circa il rapporto tra poteri officiosi del giudice e impulso di parte. Anche i mezzi di tutela giudiziari – che per loro intrinseca natura non si atteggino a vocazione rimediale, per difetto ora dello specifico impulso di parte ora dell'apprezzamento in concreto a opera del giudice, come per es., nel caso della tutela di mero accertamento e dei poteri officiosi del giudice in materia di nullità o di decadenza – finiscono nel processo con l'assumere una sorta di rimedialità surrogata o secondaria, che viene immancabilmente indotta dai ricordati elementi della domanda di parte, del principio dispositivo e dell'interesse ad agire che il giudice è chiamato a valutare.

Il discorso sui rimedi, infine, si arricchisce oggi di una nuova accezione del termine che si avvicina a un neologismo e che va oltre il minimo comune denominatore rappresentato sin qui dalla natura di dispositivo tecnico di reazione a un assetto violato o inattuato per un ostacolo frapposto: un dispositivo – è il caso di ripeterlo – che si pone immediatamente a ridosso del bisogno di tutela e presuppone un impulso di parte e una qualche valutazione del giudice. Il diritto di fonte europea inaugura, infatti, una nuova tecnica normativa che si può ancora una volta definire rimediale, ma in un'accezione assai più ampia, che porta il rimedio a ridosso non più esclusivamente del bisogno di tutela in chiave reattiva ma si dispone sotto forma di potere o facoltà alla realizzazione diretta del proprio interesse primario da parte del titolare.

A causa delle caratteristiche del diritto privato europeo, il quale si ripropone di armonizzare il diritto dei Paesi membri con riguardo a specifici obiettivi di regolazione del mercato in chiave concorrenziale e senza travolgerne le tradizioni giuridiche, il rimedio di diritto europeo rivela una spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie domestica, mutandone la dinamica effettuale (il recesso di pentimento, la nullità relativa delle clausole abusive, le nullità di protezione) o contemplandone correttivi esterni (le inibitorie o il risarcimento del danno) e assai meno di frequente a intaccarne il cuore. Il rimedio di diritto europeo è, in altre

parole, un correttivo della fattispecie che non ne presuppone necessariamente l'alterazione della struttura: l'esempio più calzante è rappresentato dalla disciplina europea della vendita di beni di consumo che, lungi dal riscrivere l'intera normativa di tale contratto, si limita a introdurre un apparato rimediale prevalentemente rivolto a imporre al venditore l'adozione di adeguati servizi postvendita. Perché parlare allora di rimedio? La risposta è che l'accezione europea di rimedio ha in comune con quella prima delineata la circostanza che si tratta pur sempre di dispositivi tecnici posti immediatamente a ridosso del bisogno di tutela o dell'interesse primario tutelato e che, quindi, lasciano al legislatore interno e soprattutto all'interprete l'arduo compito di ricostruire i percorsi dogmatici che li rendano compatibili con le fattispecie retrostanti.

La tecnica rimediale ora descritta sta prendendo piede anche nel nostro ordinamento interno. Un esempio può trarsi dall'art. 10, comma 2, del d.l. 118/2021, convertito in legge n. 147/2021, il quale prevede la rinegoziazione dei contratti di durata da parte del giudice nell'ambito della composizione negoziata della crisi.

L'esperto può invitare così le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Tali disposizioni non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente.

Nell'odierno dibattito specie con gli studenti viene posto di frequente il dubbio se non sia caso di predisporre una disciplina legislativa dei rimedi a carattere generale.

La risposta non può che essere negativa. Si tratterebbe, infatti, di una inutile duplicazione della disciplina già esistente delle forme e delle tecniche di tutela. Per non dire, poi, che la peculiarità del rimedio è quella di venire ricostruito dal giudice immediatamente a ridosso del

bisogno di protezione sia pure nell'ambito dei confini posti dall'ordinamento. Il rimedio è sinonimo di concretezza e non di astrazione.

Le riflessioni condotte in queste pagine sul metodo rimediale mi portano a un'ulteriore considerazione conclusiva. La diffusione sempre maggiore dell'approccio rimediale possiede sicuramente degli aspetti positivi, i quali possono essere sintetizzati nella maggiore elasticità del pensiero giuridico e della prassi giudiziale nel trattare gli istituti, ma occorre rilevare un altro aspetto che è legato, invece, alla propagazione dell'attitudine dell'analisi giuridica a valorizzare esclusivamente l'impatto fattuale delle norme⁶³. Occorre, in altri termini, stare attenti rispetto al pericolo di far tracimare l'approccio rimediale nella c.d. «ideologia rimedialista», con ciò intendendosi l'attitudine a seguire il metodo rimediale in maniera del tutto acritica, assecondando così «un riorientamento del diritto in senso giudiziale a scapito del principio di legalità»⁶⁴. La spiccata vocazione del rimedio ad aggirare la fattispecie ha sortito, infatti, un movimento giuridico-culturale focalizzato a rintracciare il mezzo di tutela fattualmente più congeniale rispetto al caso concreto⁶⁵ e ad accantonare le categorie⁶⁶. Tutto ciò in nome della necessità di incrementare l'effettività delle norme stesse: ossia di aumentarne la realizzabilità in concreto degli effetti astrattamente predicati in astratto. È così, per esempio, che nella tutela privata *antitrust* si è puntato a rendere gli autori dell'illecito responsabili verso chiunque mediante la neu-

⁶³ Per un'analisi che rileva la crisi del diritto e della democrazia, innescata dall'empirico atteggiarsi della realtà contemporanea, v. S. MAZZAMUTO, *L'Europa del diritto: quali prospettive*, in *Jus civ.*, 2019, 519 ss.

⁶⁴ A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico*, cit., 1211.

⁶⁵ Emblematico sul punto è quanto scrive C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 767, secondo cui l'atteggiamento dei giudici nell'ultimo quarto del secolo scorso ha fatto registrare un'inversione del senso di marcia del rapporto tra il potere legislativo e il potere giurisdizionale: «non più dalla legge alla sentenza, ma dalla decisione al dato normativo che può legittimarla».

⁶⁶ Cfr. per tutti N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, spec. 22 ss.; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

tralizzazione del nesso di causalità, che rappresenta uno degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità⁶⁷.

È questa, dunque, la stagione del c.d. *post-moderno* del diritto⁶⁸. Bisogna allora, si ripete, non dimenticare che la logica rimediale non può essere recepita mediante l'accantonamento della riflessione dogmatica, la quale rappresenta, ancorché vissuta in modo più aperto del passato, un ineliminabile presidio della certezza.

⁶⁷ Su tutto ciò v. A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Milano-Padova, 2019 e anche ID., *Il danno antitrust. In risposta al prezioso invito di Roberto Pardolesi*, in *Merc. conc. reg.*, 237 ss.

⁶⁸ Al riguardo cfr. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari-Roma, 2012, 3 ss. e *passim*; F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in G. BOMBELLI, B. MONTANARI (a cura di), *Ragionare per decidere*, Torino, 2015, 35 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4/2016, 13 ss.; G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 431 s.; A. DI MAJO, *Una riflessione sul diritto post-moderno*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 655 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, *ivi*, 845 ss.; C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, *ivi*, 865 ss.; C. CASTRONOVO, *Il codice civile italiano: significato storico e ideale*, *ivi*, 2019, 1182 ss.; B. MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del "post-pensiero"*, *ivi*, 2020, 423 ss.

DALLA SOCIETÀ DEL MUTAMENTO ALL'INTERPRETAZIONE FUNZIONALE DEL DIRITTO

Mario Barcellona

SOMMARIO: 1. Introduzione: diritto e prassi. 2. L'interpretazione e la condizione della "continuità". 3. Il deperimento delle capacità adattive delle teorie tradizionali dell'interpretazione. 4. Un'altra idea di sistema e un paradigma interpretativo alla sua altezza: la continuità funzionale. 5. Il medium funzionale della ratio sistemica e il paradigma del tipo normativo di problema. 6. Gli interrogativi dell'interpretazione funzionale e il nuovo linguaggio del discorso giuridico.

1. Introduzione: diritto e prassi

Prevalente è, oggi, l'idea che il diritto che opera nelle aule dei tribunali provenga, innanzitutto, dal cortocircuito di caso, giustizia e sanzione giuridica*.

Quest'idea, che prende forma teorica nella categoria dei Rimedi e nella Dottrina del diritto vivente, porta con sé una radicale svalutazione della legge e il definitivo superamento dell'interpretazione come *medium* imprescindibile della sua applicazione.

Rimedi e Diritto vivente attingono, essenzialmente, le loro ragioni dall'asserito primato della prassi sulla norma scritta e dalla pretesa di esaurire in questo primato la comprensione e la rappresentazione del diritto e del suo rapporto con la prassi.

Le considerazioni sull'interpretazione, che seguono, suppongono, perciò, una critica di questa rappresentazione del rapporto tra prassi e

* La riflessione sul rapporto tra diritto e prassi, cui si accenna nel paragrafo introduttivo, e l'approfondimento del paradigma funzionale dell'interpretazione prospettato nella presente relazione sono sviluppati e più a fondo illustrati in M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e prassi giuridiche*, nella collana "Piccole conferenze" diretta da Aljs Vignudelli ed edita da Mucchi Editore, Modena, 2022, cui anche si rinvia per il necessario apparato bibliografico.

disposizione normativa che qui si può solo riassumere nei seguenti passaggi cruciali:

- (i) È fuori discussione che, sul piano dell'“essere”, il diritto effettivo – piaccia o no – sia quello che realmente opera nella prassi: non quello che si trova scritto nel testo delle norme ma quello che viene di fatto applicato nei tribunali.
- (ii) È anche fuori discussione che l'interpretazione – piaccia o no – sostituisce sempre al testo scritto un altro testo, e che, perciò, pone sempre una regola nuova.
- (iii) È, però, incontrovertibile che vi sia una differenza strutturale tra «nuova scrittura» e «riscrittura», poiché quest'ultima, a differenza della prima, suppone pur sempre un testo, con il quale, perciò, non può non intrattenere un qualche rapporto, che, stipulativamente, si può dire di *continuità*.
- (iv) Poiché anche la norma è un fatto e poiché è anche un fatto che il testo della norma ha comunque un peso nelle sue «riscritture» possibili, la primazia della prassi non cancella la questione del rapporto tra norma e prassi e la possibilità di distinguere diversi modi di questo rapporto.
- (v) Anzi, proprio la postulazione di una qualche *continuità* tra testo normativo e sua «riscrittura» e il peso che essa virtualmente può esercitare permettono la formulazione di un modello delle operazioni che pretendono di attingere la loro imperatività dal testo normativo e rendono, perciò, possibile, e necessario, considerare il rapporto tra diritto e prassi non solo dal punto di vista dell'“essere” (= come di fatto è inteso) ma anche da quello del “dover essere” (= come dovrebbe essere inteso).
- (vi) Rispetto alla norma e alle sue «riscritture» possibili, la prassi si può dare tanto come *prassi eversiva* che come *prassi implementativa*.
- (vii) È *eversiva* la prassi disordinata, disallineata rispetto alle virtualità regolative della norma, ossia è quella che introduce una *soluzione di continuità* con il testo normativo e che, perciò, è latrice di una «nuova scrittura».
- (viii) È *implementativa*, invece, la prassi espansiva delle virtualità regolative della norma, quella che, pur riscrivendola, si dà in *rapporto di*

continuità con il testo normativo e che, perciò, ne costituisce piuttosto una «riscrittura».

- (ix) Le *prassi eversive*, perciò, pongono un problema di distribuzione del potere normativo, una questione di fonti del diritto, che investe il piano teorico della kelseniana *Grundnorm*.
- (x) Le *prassi implementative*, invece, pongono il problema delle virtualità regolative del testo normativo e dei limiti della sua adattività, che investe lo statuto teorico dell'interpretazione e dei suoi paradigmi.
- (xi) Poiché le *prassi eversive* implicano comunque un trasferimento del potere normativo dal legislativo al giudiziario, esse – piaccia o no – comportano sempre un *vulnus* alla divisione dei poteri e al sistema della democrazia rappresentativa.
- (xii) La distinzione delle *prassi eversive* dalle *prassi implementative* esibisce, perciò, carattere cruciale e corre sul crinale della *continuità/discontinuità* con il testo normativo.

2. *L'interpretazione e la condizione della "continuità"*

Si suol ripetere ormai che l'interpretazione sostituisce a un enunciato incerto una proposizione certa e che, perciò, essa pone, sempre e necessariamente una *regola nuova*.

Il problema dell'interpretazione sta, allora, nei seguenti due interrogativi:

- donde proviene questa regola?
- cosa autorizza l'interprete a porla?

La "continuità" tra enunciato normativo e proposizione interpretativa, costituisce, da sempre, il "luogo" teorico ove questi due interrogativi si condensano e a partire dal quale si postula la necessità di un vincolo tra il primo e la seconda.

A considerarle in questa prospettiva, tutte le teorie dell'interpretazione si risolvono, infatti, in altrettanti tentativi di determinare le condizioni di siffatta necessaria "continuità", e cioè in tentativi di garantire la "fedeltà" dell'interprete al sistema giuridico e, al tempo stesso, di assi-

curare a questo la capacità di fronteggiare i mutamenti delle fenomenologie sociali che le sue norme considerano.

E infatti, tutte le operazioni interpretative consistono, sempre, in rideterminazioni della fattispecie volte ad allargare l'ambito di operatività dei suoi effetti, ossia di quella che Kelsen definiva la sua sanzione.

Ogni operazione interpretativa, perciò, trae senso dalle allocazioni e riallocazioni della complessità sociale (= dei conflitti e dei conseguenti problemi che si sviluppano nella società) che essa produce.

Entrambe le due grandi teorie, che, in successione, hanno presieduto da duecento anni a questa parte all'interpretazione del diritto e che tuttora attraversano le pagine della letteratura giuridica, si risolvono, per l'appunto, nell'escogitazione di un *medium* logico attraverso il quale legittimare e controllare questa operazione di ridislocazione della complessità sociale da una norma a un'altra.

A questo *medium* è, per l'appunto, affidato il compito di preservare la "continuità" tra testo normativo e interpretazione.

Questo è stato il senso reale della dogmatica dei concetti, la *Begriffsjurisprudenz*.

La sua prestazione fondamentale è, infatti, consistita nella dislocazione delle complessità eccedenti il raggio del dettato normativo mediante quattro operazioni consecutive:

- (i) l'ordinamento delle diverse fattispecie comprese nel sistema giuridico entro una rete gerarchica di concetti giuridici, intesi come espressioni di essenze pressoché universali;
- (ii) la sostituzione di tali concetti alle fattispecie normative originarie, ovvero – che è lo stesso – la loro «riscrittura» secondo le nomenclature di tali concetti e le loro gerarchie;
- (iii) la conseguente assunzione di tali concetti a valvole della distribuzione della complessità tra le diverse norme del sistema;
- (iv) e soprattutto, l'assegnazione delle complessità eccedenti i diversi dispositivi normativi sulla base di tale nuovo *medium*, ossia sulla base della loro riconducibilità ai "concetti", di cui le norme si assumevano espressione.

E questo, e non altro, è stato anche il senso della dogmatica degli interessi, la *Interessenjurisprudenz*.

Anch'essa, infatti, si proponeva, ed è consistita, nella dislocazione delle complessità eccedenti lo sguardo sul mondo racchiuso nelle fattispecie legali mediante le seguenti diverse quattro operazioni:

- (i) l'enucleazione degli interessi considerati in ciascuna norma e del bilanciamento reciproco da essa recato;
- (ii) la sostituzione delle relative fattispecie con tale mappa degli interessi e del relativo loro bilanciamento;
- (iii) la conseguente assunzione di tali mappe degli interessi a valvole della distribuzione della complessità tra le diverse norme del sistema;
- (iv) e soprattutto, l'assegnazione delle complessità accedenti alle diverse norme del sistema giuridico sulla base di tale nuovo *medium*, ossia sulla base della riconducibilità degli interessi di volta in volta coinvolti in tali complessità alle mappe degli interessi ascritte alle diverse fattispecie legali.

3. *Il deperimento delle capacità adattive delle teorie tradizionali dell'interpretazione*

Tanto la *Begriffsjurisprudenz* che la *Interessenjurisprudenz* hanno svolto in modo mirabile questa loro funzione. Per oltre un secolo esse, in successione e talvolta in piuttosto improbabili sintesi, hanno assicurato che i codici civili dell'Ottocento reggessero il confronto con società che dalla prevalenza della produzione agricola transitavano alla produzione industriale di massa. Ma entrambe sono andate incontro al definitivo deperimento delle loro capacità di adattare il diritto al mutamento sociale all'incirca dagli ultimi quarant'anni del secolo scorso, e cioè da quando il salto epocale della tecnica ha cominciato a stravolgere il modo di produrre, gli oggetti e la scena dei mercati e gli assetti delle stesse relazioni tra gli uomini.

Da allora, infatti, le trasformazioni del mondo e i mutamenti dello stesso universo giuridico hanno raggiunto una cifra tale che i concetti sostantivi/essenzialistici della tradizione non si sono mostrati più in grado di ricucire diritto e società, neanche affiancandoli con analitiche degli interessi e dei loro bilanciamenti.

I limiti di queste teorie dell'interpretazione e la loro sopravvenuta incapacità di adeguare il diritto alle trasformazioni di questi ultimi cinquant'anni dipendono dal carattere "sostantivo" del *medium* interpretativo da entrambe utilizzato.

I limiti da esse così esibiti discendono dal fatto che il *concetto interposto* tra fattispecie legale e accresciuta complessità sociale, onde allargare la prima fino a ricomprendere la seconda, è, nell'una e nell'altra, costituito da una *sostanza spirituale* (l'essenza giuridica) o *materiale* (gli interessi e i loro conflitti).

Questo è evidente per il *medium* dei concetti giuridici della *Begriffs-jurisprudenz*.

Lo *statuto* teorico di sostanze/essenze giuridiche universali, che a essi, almeno dopo von Savigny, in un modo o nell'altro si attribuiva, era il frutto, alla fine, di procedimenti di astrazione del materiale giuridico, che di queste sostanze/essenze si assumeva recasse la "traccia".

I concetti giuridici, infatti, albergherebbero sì nel firmamento delle "essenze", ma si lascerebbero cogliere nelle orme, nei segni che di esse si conservano e si manifestano nel diritto positivo.

E perciò, in ultima analisi, il metodo della dogmatica concettuale si risolveva nel risalire dalle "tracce" positive rinvenibili nelle norme ai "concetti" di cui esse sarebbero espressione incompleta, per poi ridiscendere nuovamente alle norme onde meglio comprenderne e definirne il significato.

Ma questa risalita dalla "traccia" al "concetto/essenza" consiste in un processo logico di astrazione (per es.: dalla definizione normativa di contratto al concetto di negozio giuridico/volontà individuale).

Il fatto è, però, che questa astrazione, a sua volta, reca il segno del concreto materiale di cui la norma è, già prima, essa stessa un'astrazione di grado inferiore (nell'es.: il contratto astrae e traduce in termini giuridici la fenomenologia materiale degli scambi): i concetti, perciò, sono, alla fine, l'astrazione di un'astrazione, la quale, necessariamente, rimane legata al reale/concreto che quella precedente astrazione ha prima sottoposto a tale processo logico.

Con il risultato che, alla fine, il concetto giuridico (nell'es.: il concetto di negozio giuridico/volontà individuale) muta in essenza univer-

sale un sostrato materiale (nell'es.: lo scambio di merci come tramite universale delle relazioni sociali).

E questa universalizzazione, a sua volta, comporta che la comprensione del diritto e delle sue norme rimane bloccata/cristallizzata su un modello delle relazioni sociali centrato sullo scambio, anzi, e soprattutto, su quel suo modo di essere che lo vede mediato dalla mutua volontà e dalle reciproche dichiarazioni.

Di guisa che tutto l'universo giuridico, che fuoriesce da questo modello e che di certo non può essere cancellato, degrada a mera "eccezione" e finisce per rimanere escluso, oscuro e impenetrabile alla comprensione adeguatrice del diritto.

Dunque, la maggiore astrazione di tali concetti:

- da un lato, flessibilizzava le fattispecie legali, poiché le spogliava in qualche misura dalle loro determinazioni normative e, perciò, ne dilatava gli ambiti di applicazione
- ma, dall'altro, bloccava/cristallizzava le relative discipline attorno a schemi/modelli, che riflettevano, pur sempre, assetti storicamente datati delle relazioni sociali e vedevano, perciò, legata la loro presa su queste relazioni a una qualche permanenza di tale pregresso loro modo d'essere.

In questo quadro, dunque, la "continuità" è assicurata dall'ordine gerarchico con cui i concetti, che riproducono in modo più astratto gli assetti esistenti del diritto, sono iscritti nel sistema ideale della *Begriffsjurisprudenz*, e così sottoposti a un controllo, il quale, però e allo stesso tempo, finisce così per operare anche come un filtro che interdice l'accesso del *novum*.

E a questo inconveniente va incontro anche il *medium* degli interessi e dei loro bilanciamenti della *Interessenjurisprudenz*.

Il riferimento agli interessi e ai loro bilanciamenti capovolge i postulati della dogmatica dei concetti e rimette il diritto con i piedi per terra. Ossia lo ricolloca nel luogo delle "relazioni della vita".

E per questo il tasso di adattività, che quest'altro riferimento conferisce al diritto, è certamente maggiore.

Ma anche questo riferimento soggiace pur sempre al condizionamento che gli viene dal carattere temporalmente definito delle relazioni sociali che vi fanno da sfondo.

Anche lo schema operativo di questa dottrina dell'interpretazione procede per risalita e successivo ritorno:

- si parte dalla fattispecie legale
- la si disarticola negli interessi al cui conflitto essa dà soluzione
- e con questo bagaglio si ritorna alla fattispecie legale per «riscriverla» e ampliarne l'ambito applicativo.

Perciò, gli interessi, che prendono il posto delle fattispecie legale, presentano sempre carattere normativo e realistico:

- normativo, perché sono quelli, e solo quelli, che sono espressamente considerati dalle norme
- e realistico, perché, alla fine, essi vengono ricostruiti e definiti, inevitabilmente, con le connotazioni materiali e contestuali con cui nelle norme sono stati considerati.

E in questo numero e con queste connotazioni vengono rilanciati sulle complessità sociali, che i mutamenti del mondo producono, allo scopo di regolarle.

Ma il numero chiuso e l'identità, che siffatto processo interpretativo attribuisce agli interessi così esegeticamente ricostruiti, ne limita, al tempo stesso, la mobilità e ne limita, perciò, la penetrazione nelle nuove complessità tutte le volte che siffatti mutamenti modificano troppo la morfologia di tali nuove complessità rispetto a quella degli interessi prima mappati.

Così avviene che la griglia delle fattispecie legali, sebbene rivitalizzata dalla sua «riscrittura» secondo il paradigma degli interessi, non è più in grado di riconoscere le nuove complessità che chiedono di essere regolate.

Quando questo avviene, allora, numero chiuso e identità prendono a operare come una sorta di barriera, che non fa vedere al diritto ciò che avviene al suo esterno e che impedisce che il tumulto degli interessi che si sviluppa in questo esterno si trasformi in *inputs* che rideterminano la comprensione del sistema giuridico e i suoi assetti.

E così le mappe propulsive create con gli interessi e i loro bilanciamenti, oltre una certa soglia, finiscono per generare un qualche congelamento del diritto sull'esistente, che non permette di attingere ragioni sistemiche in grado di coglierne le dinamiche evolutive.

La “continuità”, in questo caso, è, dunque, garantita da mappe di interessi e bilanciamenti legate alle norme e dall'ordine materiale in cui queste si dispongono nel sistema organico della *Interessenjurisprudenz*, il quale, però, così finisce anche per fungere da filtro che interdice l'accesso del *novum*.

Al sopravvenuto esaurimento dell'efficacia propulsiva di queste teorie i giuristi hanno reagito appellandosi all'Ermeneutica e alla Ragione discorsiva della comunità di linguaggio. Ma, alla fine, solo per riverniciare le loro vecchie dogmatiche (immaginando una “nuova dogmatica”) e, soprattutto, per aprire le porte all'illusione giusnaturalistica del “diritto vivente”, di cui la dottrina dei rimedi, “presa sul serio”, rappresenta solo una sorta di “manuale di istruzioni per l'uso”.

Con le conseguenze che si sono illustrate, la principale delle quali è, per l'appunto, lo smarrimento del requisito della “continuità” e il rischio di smarginare in prassi eversive, senza sapere cosa si fa e che senso ha quel che si fa.

La “Nuova dogmatica” e il Diritto vivente si mostrano così per quello che sono: rispettivamente, il vano tentativo di cristallizzare un presente incontenibile, di solidificare un mondo ormai irreversibilmente liquido, finendo per rappresentarsi semplicemente come un setaccio senza retino.

4. Un'altra idea di sistema e un paradigma interpretativo alla sua altezza: la continuità funzionale

Dunque, *Begriffsjurisprudenz* e *Interessenjurisprudenz* sono le ultime grandi teorie dell'interpretazione, entrambe hanno assicurato per più di un secolo l'adeguamento del sistema giuridico al mutamento sociale, ma entrambe si sono definitivamente incagliate sul carattere sostantivo del *medium* al quale affidavano le loro operazioni di assorbimento del *novum* nel tessuto normativo esistente.

Il limite così esibito da queste teorie dell'interpretazione si può ascrivere, alla fine, a quella che è stata chiamata l'Ontologia dell'Occidente (Morin), ossia a un'attitudine generale del pensiero che trae origine dall'antica Grecia.

Nel campo del diritto quest'attitudine generale del pensiero porta – come si è visto – a intendere il diritto come un sistema, che si dà già prima nel regno dello spirito/*arché/logos* (le essenze/sostanze della *Be-griffsjurisprudenz*) o in quello della natura/mondo/*physis*/relazioni della vita (gli interessi della *Interessenjurisprudenz*).

Sicché, esauriti questi due grandi fondamenti di ogni *a priori* filosofico, la teoria dell'interpretazione è rimasta orfana di un "luogo" a partire dal quale legittimare e intraprendere i propri ragionamenti sul diritto.

Ma se è così, il superamento di questa perdita, il ripristino delle capacità adattive del diritto e la conservazione a un livello più alto della "continuità" tra le norme e la loro interpretazione richiedono, allora, l'elaborazione di un'altra idea di sistema e di un altro statuto delle categorie giuridiche: di un'idea di sistema giuridico che non supponga un *quid* sistematico che si dia altrove e già prima di esso e di categorie che non comportino la cristallizzazione del movimento, l'irrigidimento sull'esistente.

L'attrezzatura per assolvere questo compito si ritrova nella Teoria generale dei sistemi complessi, nella Teoria dei sistemi sociali e nell'Epistemologia della complessità.

Di questo percorso teorico e delle argomentazioni in cui si articola non si può qui dar conto.

Ma si possono tratteggiare la comprensione del diritto come *sistema funzionale*, che se ne trae, e l'intendimento delle *rationes* giuridiche come *logiche del suo movimento*, che ne consegue.

Ogni diritto in ogni epoca della società risponde alla comune funzione di dirimere i conflitti che ineriscono alla struttura sociale sua propria e risolvere i problemi che ne derivano.

Solo il diritto della Modernità, però, ha mutato questo compito comune in carattere intrinseco del suo stesso modo d'essere.

La Modernità, infatti, si distingue da ogni altra epoca del mondo per il carattere intrinsecamente evolutivo della sua struttura sociale e delle relazioni che disegna.

Essa si è istituita per mutare il carattere statico delle strutture dell'*Ancien Régime* in quello dinamico di una società intrinsecamente votata al cambiamento continuo della sua base economica e delle relazioni sociali che su di essa si sviluppano: non a caso già più un secolo e mez-

zo fa Marx scriveva che il capitalismo è un modo di produzione intrinsecamente rivoluzionario (così, per questo verso, chiarendo solo quel che già si traeva da Smith e Ricardo e dai Fisiocratici).

Così avviene che il diritto di quest'epoca della società ha tramutato la sua funzione generale in carattere intrinseco del suo stesso modo di essere, si è istituito come *diritto funzionale* al governo del cambiamento: il suo compito specifico è divenuto quello di adeguare i suoi precetti ai mutamenti, che una società intrinsecamente dinamica viene suscitando. Sicché le sue insegne, il suo "senso nucleare", sono passate dall'*Immemorabile* e dallo *Status* che prima governavano il mondo feudale alla *Legge positiva* e al *Contratto* che regolano la nuova società e sono in grado di seguirne il dinamismo.

Pertanto, il sistema giuridico, entro il quale il diritto di quest'epoca acquisisce la completezza del suo senso, non è un dato precedente e neanche originario, ma costituisce, piuttosto, un'autoproduzione dello stesso diritto nel suo nuovo darsi come sistema evolutivo, è il prodotto continuamente *in fieri* della pressione cui il diritto soggiace ad opera del suo ambiente sociale e dei processi di adattamento che esso, in forza della sua stessa costituzione evolutiva, è in grado di attivare per fronteggiarla.

A operare questo continuo adeguamento senza novellazione formale del diritto (= senza bisogno di ricorrere alla produzione di nuove regole, di nuove norme), che lo fa divenire un sistema specificamente evolutivo, è l'interpretazione funzionale. La quale, perciò, non è esterna al sistema, ma è una sua componente, lo strumento con il quale esso si riproduce e continuamente si ridetermina per fronteggiare l'urgenza delle nuove complessità.

Questa rideterminazione interpretativa del sistema giuridico è agita dal *caso organizzazionale* e si avvale del *surplus* regolativo sempre presente nelle sue norme.

Il *caso organizzazionale* è il caso prodotto dalla nuova complessità che non riesce a essere congruamente vagliato nell'assetto nel quale le norme reciprocamente si dispongono e del sistema che per conseguenza ne risulta e che, per trovar posto, richiede nuove letture delle norme e nuove sistemazioni del sistema: esso, perciò, opera secondo il paradigma specificamente sistemico dell'*order from disorder*, ossia producen-

do disordine normativo che deve ricomporsi in un nuovo ordine più comprensivo.

Il *surplus* regolativo, che il *caso organizzazionale* attiva per ridefinire l'ordine da esso messo in crisi, proviene dalla circostanza che ogni fattispecie legale costituisce l'*espressione aritmetica* (= la fattispecie come somma degli elementi che la compongono) di una comprensione del mondo che implica sempre e necessariamente una *proporzione*, e cioè una relazione proporzionale tra diritto e realtà sociale, la quale *eccede* i termini aritmetici in cui nella norma si trova rappresentata.

Un'idea del genere si può trovare già nella tradizionale contrapposizione tra fattispecie e *ratio*, che presiede alla c.d. interpretazione analogica, dove la *ratio* allude a un *di più* di quello che appare dalla fattispecie come somma degli elementi in essa enumerati.

Questo *di più* viene da quel che sta dietro la fattispecie, e cioè dalle ragioni che spiegano e giustificano il trattamento del *casus legis* rappresentato con gli elementi che la compongono.

A questo *di più*, attraverso l'*analogia*, è affidata l'applicazione della sua disciplina anche ai casi *simili*, nonostante questi non esibiscano tutti tali suoi elementi.

La *ratio* funziona, dunque, come *ponte*, come criterio che permette di comparare cose diverse sulla base di una ragione sottostante che le rende assimilabili, allo stesso modo di come la proporzione permette di comparare grandezze diverse mostrando la logica che le rende omogenee.

L'interpretazione funzionale del diritto, perciò, eleva il paradigma analogico a paradigma generale dell'interpretazione, ma con questa fondamentale differenza che muta lo sguardo della *ratio* che vi presiede.

5. Il medium funzionale della ratio sistemica e il paradigma del tipo normativo di problema

Come diceva Nietzsche, non ci sono fatti, ma solo interpretazioni. Con ciò non lasciando il campo al mero soggettivismo interpretativo, bensì, e diversamente, spiegando che ogni rappresentazione dei fatti non è mai, non può essere, una nuda constatazione, perché costituisce,

sempre e necessariamente, l'esito del modo in cui si guardano, del punto di vista a partire dal quale si guardano e addirittura della stessa decisione di guardarli, e cioè del "giudizio" che, inevitabilmente, presiede alla loro narrazione.

Perciò, ogni norma costituisce sempre un "giudizio" sui fatti che rappresenta nella sua fattispecie, il quale racchiude il punto di vista, la "veduta", a partire dalla quale chi l'ha formulata li ha guardati.

Ma proprio perché la fattispecie non è mai una mera descrizione dei fatti della vita che considera, bensì una loro rappresentazione che li simbolizza in vista del trattamento che intende loro riservare, la costruzione della fattispecie di una norma suppone necessariamente, e necessariamente procede da un *rapporto* tra le fenomenologie sociali cui si riferisce e la simbolizzazione che ne opera, il quale è informato alla *proporzione* tra mezzi (= rappresentazione/simbolizzazione dei fatti) e fini (= decisione di trattare in un dato modo le fenomenologie che rappresentano/simbolizzano).

E proprio perché la fattispecie racchiude una proporzione tra diritto e mondo (= realtà sociale considerata), essa non implementa un mero calcolo aritmetico, e cioè un giudizio di eguaglianza tra cose/elementi, e cioè tra caso concreto e *casus legis* in essa rappresentato, ma dà accesso a un calcolo proporzionale (o analogico), dove "l'eguaglianza è di rapporti non di cose" (Melandri), e cioè di *ratio* e non di elementi, che possono anche essere tra loro non sovrapponibili. Sicché in base a quest'altro tipo di calcolo si può dire che nel caso concreto ricorre la medesima *ratio* del *casus legis* nonostante non sia a questo sovrapponibile, e così istituire un'*identità funzionale* quand'anche manchi un'*identità elementare*.

La proporzione, che l'interpretazione funzionale è chiamata a mostrare e a riattivare, si dà, dunque, nella "veduta" secondo la quale il sistema del diritto ha percepito e si è raffigurato i problemi del suo ambiente e nella "ragione" per la quale li ha visti in un modo anziché in un altro e vi ha apprestato determinate soluzioni invece di altre.

La ragione, nella quale propriamente consiste questa proporzione, non interroga, perciò, il caso nella sua composizione elementare, ma interpella la "veduta" da cui muove la sua rappresentazione elementare, e perciò tutte le *rationes* operanti nel sistema giuridico e gli intrecci di

esse che, prima ancora, ne determinano il punto di osservazione e lo inducono a “vedere” il caso in un modo anziché in un altro.

È, insomma, una *ratio sistemica*, e cioè una ragione non frammentata e dispersa nei casi legali, non singolare, ma *olistica*, che guarda alle strutture giuridiche interpellate dal caso come sede di un tutto, il sistema, che eccede la somma delle singole parti, le fattispecie, e i casi in esse rappresentati/simboleggiati.

Quest'altra ragione, dunque, non si limita a guardare esegeticamente al caso considerato dalla norma, ma si allarga alla luce che su di esso proiettano il sistema delle *rationes* funzionali e il modo in cui nel caso considerato dalla norma si intrecciano.

E poiché queste *rationes* riassumono gli orientamenti del sistema che sono innanzitutto orientamenti di senso, questa *ratio olistica* è anche una *ratio sensiva*, ossia che ha riguardo al *sensu*, e cioè alla direzione, la quale suppone il movimento e ne rileva le traiettorie.

Questa “veduta” riarticola il paradigma della comprensione interpretativa del diritto: presiede alla trasposizione di un problema sociale nell'universo giuridico (e cioè alla traduzione di un problema della realtà nella raffigurazione simbolica che, evocandolo, vi dà rilevanza giuridica), la quale lo muta in un *tipo normativo di problema* e nella determinazione del *principio regolativo* deputato a risolverlo.

Ma poiché tanto il tipo normativo di problema che il principio regolativo si comprendono e definiscono in base a tale “veduta” e al senso che vi presiede, entrambi si determinano sotto il segno delle *rationes* che hanno presieduto alla sua formazione, e cioè alla formazione di tale “veduta”.

Proprio per questo il paradigma del tipo di problema scavalca lo schema tradizionale del concetto e quello del conflitto di interessi, in quanto non guarda solo agli attori e alle storie della fattispecie, ma li assume come *maschere* e *parabole* di ragioni che li trascendono, sistemiche appunto.

E il principio regolativo, a sua volta, si determina dall'intreccio di tali ragioni nell'equilibrio sistemico che le compone.

E poiché questa “veduta” racchiude – come si è visto – una proporzione, l'interpretazione, cui essa mette capo, è in grado di adeguarsi

continuamente al mutare delle “grandezze” dei termini tra i quali è chiamata a operare.

L'interpretazione funzionale, dunque, procede attraverso la traduzione della rappresentazione aritmetica della fattispecie nella proporzione di cui essa è espressione e la ritraduzione di questa proporzione in una «riscrittura» che espande l'originaria rappresentazione aritmetica secondo la *ratio sistemica* cui essa, alla fine, risponde.

Il *medium* di questa interpretazione funzionale è, dunque, la *ratio*, la quale, però, esibisce carattere *olistico* e *sensivo* per la natura sistemica che ora acquisisce, e che la fa essere, a differenza di prima, intrinsecamente evolutiva: incorpora le logiche di movimento proprie del “calcolo” proporzionale e presiede allo sviluppo di tutte le virtualità regolative che l'implementazione di questo calcolo proporzionale dischiude.

Ciò spiega perché questa *ratio* non costituisce semplicemente un nuovo *tertium comparationis*, che estende analogicamente il campo di applicazione delle norme oltre i confini della tradizionale somiglianza. Essa è qualcosa di più e di diverso: non solo perché più estesi sono, rispetto a prima, il suo raggio e il materiale della sua costruzione interpretativa, ma soprattutto perché essa non è destinata a operare in modo puntuale da *casus legis* a caso simile *singulatim*, bensì a «riscrivere» in generale lo stesso *casus legis* nei termini del tipo normativo di problema che si rivolge a interi ordini di fatti.

6. *Gli interrogativi dell'interpretazione funzionale e il nuovo linguaggio del discorso giuridico*

La *ratio* costituisce, dunque, il nuovo *medium*, intrinsecamente proporzionale e quindi funzionale, cui è consegnato il compito di assicurare la “continuità” tra enunciato normativo e proposizione interpretativa, ciò che la fa essere un'interpretazione in senso proprio della norma, una «riscrittura» e non già una «nuova scrittura». E cioè un *medium* che innova il tenore letterale delle norme e tuttavia preserva l'identità funzionale del sistema positivo che le ospita.

Anche questa interpretazione funzionale, infatti, e con più ragioni di prima, consiste in un *novum ex positum*, che la continua a distinguere

dalle prassi giudiziarie che si son dette “eversive”. In essa, invero, non solo il *novum* procede sempre dal *positum*, ma è l’esito di un processo che è, insieme, più cognitivo e più creativo:

- più cognitivo, perché estende il campo dell’analisi e della comprensione dalla norma al sistema come luogo imprescindibile a partire dal quale strutturare ogni ragionamento interpretativo su di essa
- e più creativo, perché si riappropria delle risorse regolative necessarie a ordinare evolutivamente le fenomenologie sociali e i mutamenti che esse esibiscono nel tempo presente, incorporando, al posto delle “sostanze” che chiudono, l’invenzione che sta dietro al dinamismo delle società.

Solo che per attivare queste risorse il diritto e le sue norme devono essere interrogati in modo appropriato, e cioè con domande che siano all’altezza della sua costituzione intrinsecamente funzionale e delle virtualità regolative che questa sua natura gli conferisce.

Il modo di riferirsi al diritto, perciò, non può più essere quello di rivolgersi la domanda “che cos’è” e porsi senz’altro alla ricerca di questa “cosa” fuori dall’ordinamento giuridico, nel mondo spirituale delle essenze o in quello empirico degli interessi.

Diritto e norme rispondono, invece, in modo esauriente ed evolutivamente appropriato solo se ci si rivolge all’uno e alle altre proponendo i diversi interrogativi che vengono dalle loro funzioni sistemiche e dal modo nel quale esse vengono poste in opera.

Questi altri interrogativi si possono così approssimativamente formulare: “di che parla”, “come vede quello di cui parla”, “perché lo vede così e non diversamente”, “a cosa risponde, a che serve il vederlo così”, “come funziona questa veduta” e “fin dove giunge con questa veduta”.

Ma poiché queste domande e le loro risposte sono diverse da quelle di prima richiedono anche un nuovo linguaggio.

Questo nuovo linguaggio si trova con il passaggio dai *Substanzbegriffe* della tradizione giuridica di matrice aristotelica a quelli che E. Cassirer poco più di cent’anni fa chiamava i *Funktionsbegriffe*.

I concetti-funzione, a differenza dei concetti-sostanza, infatti, concernono non “cose”, ma proporzioni, e cioè, per l’appunto, funzioni, le quali in nient’altro consistono che in associazioni che collegano gli

elementi di un insieme, nella specie di quell'insieme particolare che è il sistema giuridico.

Solo interrogandolo così e «riscrivendolo» con queste altre categorie si può immaginare che il diritto possa ancora reggere il mutamento della società, senza disperdere il compito sistemico, che la democrazia rappresentativa gli assegna, nell'evaporazione del diritto vivente e nell'incontrollata elargizione di rimedi.

Anche se molte cose possono già far pensare che si annunci un altro tempo nel quale tutto questo risulterà, alla fine, abbastanza marginale. E che in quest'altro tempo il governo giuridico delle società sarà tolto, nell'essenziale, non solo dalle mani dei Parlamenti, ma anche da quelle di giudici e dottori.

LA RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI DI DURATA E IL RUOLO DEL GIUDICE: CONSIDERAZIONI A MARGINE DELL'ART. 10, COMMA 2, D.L. N. 118/2021

Laura Baccaglini

SOMMARIO: 1. *L'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 e la sua contestualizzazione: la composizione negoziata della crisi.* 2. *La collocazione dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 nel dibattito italiano e non solo sulla rinegoziazione.* 3. *L'obbligo di rinegoziazione dei contratti di durata nella composizione negoziata: le previsioni del CCII.*

1. L'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 e la sua contestualizzazione: la composizione negoziata della crisi

Nelle battute finali della sua relazione, il Professor Mazzamuto ha ricordato come in virtù delle caratteristiche del diritto privato europeo, che mira ad armonizzare il diritto dei Paesi membri rispetto a obiettivi specifici di regolazione del mercato in chiave concorrenziale, il rimedio di diritto europeo rilevi “per una spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie domestica, mutandone la dinamica effettuale (il recesso di pentimento, la nullità relativa delle clausole abusive, le nullità di protezione), oppure introducendo dei correttivi esterni alla fattispecie (le inibitorie o il risarcimento dei danni), senza peraltro alterarne la struttura”¹. A questo proposito, si è fatto l'esempio della disciplina europea della vendita di beni al consumo che, lungi dal riscrivere l'intera normativa del contratto, si è limitata a introdurre un apparato rimediale che impone al venditore di adottare adeguati servizi post-vendita.

Le sollecitazioni provenienti dalla relazione del Professor Mazzamuto, che sotto più angolature ha rimarcato la centralità dell'apparato rimediale, mi hanno indotto a riflettere su una novità normativa, che ha fatto capolino nel nostro ordinamento, introducendo un rimedio nuovo,

¹ S. MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi*, in questo Volume.

che si muove in una direzione simile a quella del rimedio di diritto europeo che è stata ricordata, sebbene la sua introduzione in Italia non sia stata espressamente sollecitata da alcuna normativa europea di settore.

L'ambito di riferimento è quello della crisi di impresa (interessato dalla Direttiva UE n. 1023/2019, d'ora in poi anche Direttiva *Insolvency*); il rimedio è quello della rinegoziazione dei contratti, affidato al potere del giudice². La norma che lo ha previsto è l'art. 10, comma 2, d.l. 24 agosto 2021 n. 118, convertito in l. 21 ottobre 2021 n. 147³, che ha legittimato la rinegoziazione per mano del giudice nell'ambito dei contratti di durata di cui sia parte un'impresa in crisi, quando la prestazione da questa dovuta sia divenuta eccessivamente onerosa per ragioni legate alla pandemia SARS-CoV-2, senza che (e questo a mio avviso è significativo) sia pendente alcuna procedura concorsuale.

Per meglio comprendere la portata di questa novità rimediale, appare opportuno contestualizzare le ragioni del suo ingresso nel sistema. Nonostante la sua collocazione temporale, il d.l. 118/2021, che introduce la rinegoziazione giudiziale dei contratti di durata, non è tanto (o soltanto) espressione della volontà dello Stato di attuire con misure emergenziali le conseguenze determinate dalle sopravvenienze della pandemia sui contratti pendenti; né deve trarre in inganno il fatto che l'intervento del giudice nel campo della rinegoziazione equitativa delle condizioni di un contratto di durata sia concesso quando una delle parti contrattuali sia costituita da un'impresa in crisi. Benché la nozione di "crisi", impiegata dal d.l. 118/2021, sia quella tecnica, da ricondursi alla disciplina concorsuale, il potere di rinegoziazione che il giudice è chiamato a esercitare si esprime in un contesto estraneo a quello di una procedura concorsuale, la cui apertura, come noto, altera il potere di un'impresa di disporre, in tutto o in parte, del proprio patrimonio, e talvolta legittima il ricorso al giudice chiamato a incidere sulla sorte di un contratto (si pensi agli artt. 169-*bis* e 72 l. fall., oggi pedissequamente riprodotti negli artt. 97 e 172 CCII).

² Senza che peraltro la Direttiva richiamata lo imponesse, come osserva L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in www.dirittodellacrisi.it, 4 febbraio 2022.

³ Poiché, in fase di conversione in legge, la numerazione delle norme è rimasta inalterata, per comodità espositiva si farà riferimento nel testo al d.l. n. 118/2021.

Pur collocandosi nel periodo dell'emergenza sanitaria, il d.l. n. 118/2021 ha un contenuto e un obiettivo ben più ampi e articolati rispetto a quelli dei decreti-legge che si sono succeduti in quel periodo. Esso ha rappresentato il primo tassello del lavoro compiuto dalla commissione nominata dal Ministro di Giustizia, nell'aprile del 2021, al fine di valutare l'opportunità di modificare il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza⁴ (nella versione restituita dal d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, la cui entrata in vigore, ripetutamente posticipata a causa dell'emergenza sanitaria, era fissata per il 1° settembre 2021) ovvero di disporre un ulteriore rinvio.

Con il d.l. n. 118/2021 il Governo ha optato per la seconda soluzione, complice senz'altro la necessità di adeguare il CCII alla Direttiva UE 1023/2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva, da attuarsi entro il 17 luglio 2022. V'era la consapevolezza che se il CCII fosse entrato in vigore nel settembre 2021, di lì a pochi mesi sarebbe stato necessario provvedere alla sua modifica. Ed era probabilmente un prezzo troppo alto da far sopportare al mercato e agli operatori, in ragione della complessità normativa che caratterizzava il Codice della crisi già nella sua originaria versione.

Tuttavia, lo scopo del d.l. n. 118/2021 non si è ridotto solo a questo, perché – e in questo riposa l'originalità dell'intervento normativo – traendo spunto dalla Direttiva *Insolvency* si è voluto affiancare un nuovo strumento a quelli già disciplinati dalla legge fallimentare. Lungi dall'introdurre una nuova procedura concorsuale, si è inteso istituzionalizzare la fase delle trattative che normalmente precedono la scelta dell'imprenditore di accedere a uno strumento di regolazione della crisi (il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti, quali procedure di regolazione della crisi che la legge fall. prevedeva).

L'idea era quella di agevolare l'impresa (in stato di crisi o di insolvenza reversibile) nell'avviare e sviluppare le trattative con i propri creditori per ristrutturare i propri debiti, evitando però che questo dovesse necessariamente avvenire tramite l'accesso a una procedura concorsuale. Questa, invece, era la modalità alla quale spesso i debitori ricorrevano, complice l'introduzione, con d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito

⁴ D'ora in poi, anche per comodità, CCII.

con l. 7 agosto 2012, n. 134, della c.d. domanda di concordato c.d. in bianco *ex art.* 161, comma 6, l. fall.: l'impresa in crisi sceglieva di accedere a un concordato preventivo, anche senza il deposito immediato della proposta e del piano, per godere fin da subito della protezione del patrimonio (inibendo ai creditori l'esercizio delle azioni esecutive e cautelari sul proprio patrimonio, nel tempo necessario allo svolgimento delle trattative), e cominciare solo allora a trattare con i propri creditori, ma al prezzo di una compressione dell'autonomia gestoria dell'impresa, vedendosi esclusa la possibilità di pagare i debiti pregressi e di compiere atti di straordinaria amministrazione.

La composizione negoziata della crisi nasce proprio con l'intento di evitare questa evenienza, con l'obiettivo di regolamentare quella fase in cui l'impresa in crisi tratta con i propri creditori, senza costringerla ad accedere subito a una procedura concorsuale: è un percorso immaginato per capire se vi sia lo spazio per una ristrutturazione aziendale senza ricorrere a una procedura concorsuale di regolazione della crisi (quale che essa sia) o, se quel margine non vi sia, per accedervi, ma allora in modo più consapevole⁵. Ciò spiega perché la composizione negoziata della crisi non costituisca affatto una procedura concorsuale: l'imprenditore che sceglie di intraprenderla non subisce alcuno spossessamento, nemmeno in forma attenuata, non v'è alcun organo "della procedura", non v'è un ordine di distribuzione delle somme da seguire; soprattutto, non v'è l'obbligo di coinvolgere tutti i crediti. Al contrario, si è osser-

⁵ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi. Speciale. Le nuove misure di regolazione della crisi di impresa*, 2021, 7; S. AMBROSINI, *La «miniriforma» del 2021: rinvio (parziale) del CCII, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 919 ss.; F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi di impresa*, Milano 2022, 26; R. GUIDOTTI, *La crisi di impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *www.ilcaso.it*, 8 settembre 2021, 2; L. PANZANI, *Il D.L. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 25 giugno 2021, 3; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, in *www.ilcaso.it*, 18 maggio 2022.

vato, la selettività rappresenta una delle caratteristiche che connotano la composizione negoziata della crisi⁶.

Ciò che qualifica questo percorso è il fatto che le trattative, che l'imprenditore intavola con i propri creditori, non si svolgono alla presenza del giudice. Piuttosto, è l'esperto a rivestire in questa fase un ruolo chiave: una figura professionale, i cui tratti sono delineati dal d.l. n. 118/2021 e la cui nomina, non a caso, non compete al giudice, quanto piuttosto alla Camera di Commercio competente in ciò sollecitata dall'imprenditore. È con la nomina (*rectius*: l'accettazione della norma da parte) dell'esperto che si considera avviata la composizione negoziata. L'esperto è chiamato ad assistere le parti (non solo l'imprenditore), a controllare l'attività dell'imprenditore (senza peraltro ingerirsi nella gestione dell'impresa) e a favorire la conclusione di una trattativa⁷.

La composizione è un percorso che il legislatore ha costruito in una logica di pesi e contrappesi: l'imprenditore è libero di gestire e amministrare il proprio patrimonio, senza subire alcuna forma di spossessamento; può compiere atti straordinaria amministrazione e può pagare, benché l'esperto – che ne deve essere informato – sia tenuto a iscriverne il proprio dissenso nel registro delle imprese, ogniqualvolta l'atto non sia coerente con le trattative che si svolgono o comporti un pregiudizio agli interessi dei creditori. Con norma tutt'altro che programmatica, il d.l. n. 118/2021 stabilisce durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza (art. 4): all'imprenditore è chiesto di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati, in modo trasparente e di gestire e amministrare l'impresa senza pregiudizio ingiustificato all'interesse dei creditori. A costoro, invece, è richiesta una partecipazione alle trattative in modo at-

⁶ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., 7.

⁷ Sul ruolo e i compiti dell'esperto, si v. A. GUIDOTTO, *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Il fall.*, 2022, 1527 ss.; F. MICHELOTTI, *La gestione dell'impresa e il ruolo dell'esperto*, *ivi*, 2022, 1561 ss.; ma anche i contributi pubblicati a più mani in R. GUIDOTTI, S. BONFATTI (a cura di), *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata per la crisi di impresa*, Torino, 2022.

tivo e informato, rispettando l'obbligo di riservatezza e dando riscontro alle richieste e alle proposte, in modo tempestivo e informato.

È in questo contesto, schiettamente negoziale, che il d.l. n. 118/2021 ha immaginato l'intervento del giudice in fase di rinegoziazione dei contratti di durata. Si tratta di uno dei pochi momenti in cui il giudice fa ingresso nella composizione negoziata, di là dall'ipotesi in cui il debitore intenda ottenere la conferma di misure protettive del patrimonio, di cui il debitore abbia inteso avvalersi sin dall'inizio del percorso, o chieda la concessione di provvedimenti cautelari necessari a portare a termine le trattative⁸.

Quanto alla rinegoziazione, il comma 2 di quella norma prevede che, in presenza di contratti di durata, quando la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, in ragione della Pandemia (il richiamo è *per tabulas*), l'esperto debba invitare le parti a rideterminare il contenuto delle clausole contrattuali. Se la negoziazione tra le parti non riesce, sarà il giudice, su domanda del debitore, a rideterminare equamente il contenuto le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità azienda-

⁸ Su questi profili, si v. M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in www.ilcaso.it, 24 dicembre 2021; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. n. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, 282; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, *ivi*, 18 maggio 2022; se si v. L. BACCAGLINI, *Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 635 ss.; EAD., *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Il fall.*, 2022, 1091 ss. Oltre alla conferma delle misure protettive, e/o al rilascio di provvedimenti cautelari, vanno ricordati i poteri di autorizzazione che il Tribunale può esercitare se sollecitato dal debitore (art. 10, comma 1, d.l. n. 118/2021). Ancora una volta, però non si tratta di un nulla osta senza il quale gli atti in questione. Al contrario, si ricorre al giudice quando si intenda accedere, per così dire, a un beneficio: è il caso (i) dei finanziamenti, che se autorizzati dal tribunale, possono ambire al crisma della prededucibilità (il che significa: se la composizione negoziata dovesse fallire, con conseguente apertura di una liquidazione giudiziale, colui che avrà erogato credito potrà essere soddisfatto in prededuzione) e (ii) della cessione d'azienda che, se autorizzata, libera il cessionario dal vincolo di solidarietà con il cedente, quanto al pagamento dei debiti pregressi.

le. Aggiunge, poi, la norma – dal cui raggio applicativo sono esclusi i contratti di lavoro dipendente – che il tribunale, in caso di accoglimento della domanda, assicura l’equilibrio tra le prestazioni, anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo.

2. La collocazione dell’art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 nel dibattito italiano e non solo sulla rinegoziazione

La previsione dell’art. 10, comma 2, non può passare (né in effetti è passata) inosservata, perché immette nel settore dei contratti (sia pur dei soli contratti di impresa, di cui sia parte un soggetto in crisi) un rimedio inedito: quello della rideterminazione equitativa del contenuto negoziale da parte del giudice. La novità si apprezza nel fatto che, in presenza di ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta, il nostro sistema contempla soltanto il rimedio della risoluzione e, solo se proposto, la parte contro cui è stata domandata la risoluzione può evitarla, offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto⁹.

È ciò che prevede l’art. 1467, comma 3, c.c., il quale certamente non prospetta una soluzione del tutto adeguata al problema delle sopravvenienze, perché la revisione del contratto a prestazioni divenute inique è permessa alla parte che avrebbe meno interesse al riequilibrio.

Vero è che, nella disciplina civilistica di alcuni contratti di durata di cui sia parte un’impresa, non manca una (sia pur timida) apertura alla rinegoziazione in caso di sopravvenienze: è quanto si stabilisce in tema di appalto, là dove si prescrive alle parti di rivedere in corrispettivo dovuto in luogo della risoluzione del contratto, in caso di sopraggiunta

⁹ La letteratura civilistica in argomento è molto vasta. Per tutti, si rinvia a P. GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1995; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; P. RESCIGNO, *L’adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, 304 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, ma già ID., *Apunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 480 ss.; T. MAUCERI, *Soppravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1095 ss.

onerosità della prestazione o di difficoltà di esecuzione dovute all'aumento delle materie prime (art. 1664 c.c.)¹⁰.

È in questa direzione che si muove l'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021, con il quale, per la prima volta, si introduce nel sistema italiano un dovere di rinegoziazione del contenuto del contratto. Un dovere, questo, declinato nei termini di un'obbligazione non di mezzi, ma di risultato: tant'è vero che, in caso di fallimento della rinegoziazione condotta anche tramite l'ausilio dell'esperto, il debitore potrebbe sollecitare un intervento manutentivo del contratto ad opera del giudice¹¹.

Il rimedio giudiziale introdotto è tanto prorompente quanto più si considera che nemmeno quando l'impresa in crisi abbia chiesto l'apertura di una procedura concorsuale è attribuito al giudice un potere così ampio: nell'ambito di un concordato preventivo, l'art. 169-bis l. fall. e, oggi, l'art. 97 CCII legittimano il debitore concordatario a chiedere al giudice di sospendere temporaneamente il contratto o a esercitare un diritto potestativo di scioglimento del contratto, previo pagamento di un indennizzo al contraente *in bonis*, quando la prosecuzione di quel con-

¹⁰ Un rimedio, quello introdotto dall'art. 1664 c.c., che si conforma a un *modello conservativo* di gestione del rischio che privilegia le ragioni dell'efficiente allocazione delle risorse. Così M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 232 (cui appartengono i corsivi).

¹¹ Su cui si v. M. FABIANI, I. PAGNI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata della crisi (e viceversa)*, cit., pp. 14 ss.; G. LENER, *Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. 118/2021*, in *Diritto della crisi. Speciale*, cit., 172 ss.; L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del Covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021; M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi di impresa*, in *Il fall.*, 2022, 10 ss.; R. BROGI, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, *ibid.*, 2021, 1548 ss.; R. RORDORF, *Interferenze tra diritto della crisi e dell'insolvenza e diritto dei contratti*, in www.dirittodellacrisi.it, 28 gennaio 2022; F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *I Contratti*, 2022, 5 ss.; S. MANSOLDO, *Trasferimento d'azienda e rinegoziazione dei contratti*, in AA.VV. (diretto da M. IRRERA, S. CERRATO e coordinato da F. PASQUARIELLO), *La crisi di impresa e le nuove misure di risanamento*, Bologna, 2022, 188 ss.; M. SPIOTTA, *(Imprenditore) Inadimplenti (ma non ancora viable) est adimplendum?*, in www.dirittodellacrisi.it, 12 novembre 2021; V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, cit., 689 ss.

tratto non sia coerente con le previsioni del piano di concordato né sia funzionale alla sua esecuzione¹².

Nessun potere di rinegoziazione in capo al giudice concorsuale è mai stato concesso rispetto alle clausole di un contratto la cui permanenza fosse funzionale alla continuità di impresa: e ciò perfino nel CCII, che ha costruito una disciplina concorsuale fortemente orientata al *going concern*.

È quanto, invece, il d.l. n. 118/2021 riconosce al giudice, in pendenza di una composizione negoziata; in un contesto, quindi, in cui l'imprenditore è oltretutto *in bonis*.

In questo senso, dunque, si può dire che l'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 si inserisce appieno nel dibattito che da tempo interessa gli interpreti e che è sfociato qualche anno fa in una proposta di legge. Ci si riferisce al d.d.l. n. 1151, presentato nel 2019 che, nel delegare il governo alla riforma del codice civile, prevede all'art. 1 lett. i), che in caso di prestazioni divenute eccessivamente onerose per cause eccezionali e imprevedibili, le parti possono pretenderne la rinegoziazione secondo buona fede, o, in caso di mancato accordo, chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali, in modo che sia ripristinata la proposizione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti medesime¹³.

Si tratta – lo si ripete – di un disegno di legge, che si pone in linea con quanto già prevedono altri sistemi giuridici, vicini anche topograficamente al nostro¹⁴.

L'art. 1195 *Code civil* francese, riformato nel 2016, prescrive che qualora si verifichi un mutamento imprevedibile delle circostanze, avute presenti al tempo della conclusione del contratto, tali da rendere l'esecuzione eccessivamente onerosa per la parte che non aveva assunto

¹² R. BROGI, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, cit., 1558.

¹³ Lo si legge in rete: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01106422.pdf>. Per un commento al disegno di legge, F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, 397 ss.

¹⁴ In argomento, anche per un'analisi comparata, si v. F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, V, 2020, 102 ss.

il relativo rischio, questa può chiedere la rinegoziazione alla controparte. In mancanza di accordo ragionevole, il giudice può, a istanza di parte, revisionare il contratto o porvi fine. Norma, dunque, di carattere generale, sganciata da ogni riferimento alla natura imprenditoriale della parte contrattuale, alla tipologia contrattuale, e soprattutto destinata a trovare applicazione anche al di fuori di una situazione di crisi¹⁵.

Una previsione in parte analoga a quella francese è contenuta nel § 313 BGB tedesco e nella stessa direzione si muovono anche alcune iniziative di *soft law*¹⁶.

Il riferimento è qui ai Principi *Unidroit* (*Principles of International Commercial Law*), che al ricorrere di circostanze suscettibili di alterare l'equilibrio del rapporto contrattuale (c.d. *hardship*), riconoscono alla parte svantaggiata il diritto di domandare al giudice la rinegoziazione del contratto, nell'ottica del ripristino dell'originario equilibrio¹⁷. Vengono, poi, in rilievo i c.d. PECL (*Principles of European Contract Law*), che contemplano, oltre all'obbligo di rinegoziare, anche il potere del giudice di condannare al risarcimento del danno la parte che rifiuti di farlo o lo faccia in spregio della correttezza e buona fede¹⁸.

L'introduzione dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 ha certamente risentito del dibattito e degli stimoli provenienti da altri ordinamenti; è altrettanto innegabile che, nella costruzione della norma, il legislatore d'urgenza abbia tenuto conto anche degli esiti del dibattito apertosi tra gli interpreti nel periodo pandemico, prendendo posizione anche rispetto a quei tentativi, non solo giurisprudenziali ma anche dottrinali, di in-

¹⁵ Per un commento alla normativa francese, V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, p. 392; nonché E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla «révision pour imprévision»*, in *Persona e mercato*, 2018, 1130.

¹⁶ Che si legge, nel testo tradotto in italiano, in P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in G. CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti? (atti del convegno di Padova 7-8 marzo 2003)*, Padova, 2004, 10.

¹⁷ Cfr. il testo del *Principle 6.2.3.*, in rete: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.

¹⁸ Si v. in particolare il testo del *Principle 6:111*, in rete: https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_101, sui quali M. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 238.

cardinare sulla buona fede contrattuale integrativa il fondamento di un obbligo di rinegoziazione del contratto¹⁹.

Spicca tra tutti, la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, datata 8 luglio 2020²⁰.

Essa – proprio valorizzando il ruolo della buona fede nell'esecuzione del contratto – ha ipotizzato, ancorché cautamente, di far leva sul ri-

¹⁹ In questa sede, sarebbe impossibile dar conto dei numerosi contributi dedicati al problema e alle possibili soluzioni in tema di sopravvenienze contrattuali da coronavirus. Tra i molti, A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del Coronavirus)*, in www.giustiziacivile.com, 4 giugno 2020; M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella negoziazione del contratto*, in *Contratti*, 2020, 485 ss.; G.A. TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle regole tradizionali e ruolo delle "clausole generali"*, *ivi*, 2020, 433 ss.; A. PINORI, *Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell'esecuzione dei contratti*, in *Contratto e Impresa*, 2020, 1192 ss.; A. GENTILI, *Una proposta di contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in www.giustiziacivile.com, 29 aprile 2020; L. BALESTRA, *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1153 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 581 ss.; V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Orizz. Dir. comm.*, 2020, 689 ss.; F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 80 ss.; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, *ibid.*, 2020, 57 ss.; G. SICCHIERO, *L'equità correttiva*, in *Contratto e impresa*, 2021, 1174 ss.; R. SENIGAGLIA, *Le attuali sopravvenienze contrattuali tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Jus civile*, 2021, 3 ss.; M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1 ss.; S. LEUZZI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione dei contratti di impresa*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d. l. 118/2021. Liber amicorum Alberto Jorio*, Bologna, 2021, 1067 ss.; U. CARNEVALI, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, in *I contratti*, 2022, 145 ss.; V. LENOCI, *La modifica dei contratti tra emergenza Covid e buona fede*, in L. CALCAGNO, F. DI MARZIO, A. FAROLFI (a cura di), *Composizione negoziata della crisi e concordato semplificato. Quaderni della Scuola Superiore della magistratura*, di imminente pubblicazione, pp. 177 ss.

²⁰ Si tratta della Relazione 8 luglio 2020, n. 56, relativa alle *Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, in rete: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf.

medio previsto dall'art. 2932 c.c., per l'ipotesi in cui una parte si rifiuti di rideterminare il contenuto delle clausole contrattuali²¹.

Si è così giunti a ritenere ammissibile una pronuncia che tenga luogo di un assetto contrattuale non raggiunto dall'autonomia privata: una sentenza costitutiva rinegoziante, come è stata criticamente definita²².

Con la previsione dell'art. 10, comma 2, il legislatore dell'emergenza non è certo giunto a tanto. Nonostante la portata irrompente della norma in un sistema che, a fronte di una sopravvenienza perturbativa dell'equilibrio contrattuale, legittimava il solo rimedio giudiziale della risoluzione in capo alla parte non inadempiente – ammettere che il legislatore abbia voluto riconoscere, con una norma-pilota, l'esercizio della giurisdizione per clausole generali sarebbe affermazione frettolosa e affrettata²³.

Mi pare che militi verso un'opposta conclusione non tanto e non solo il fatto che l'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021 costituisca una norma

²¹ Nella relazione richiamata (pag. 80), infatti, si ipotizzava un intervento del giudice, in virtù di un richiamo analogico dell'art. 2932 c.c., solo qualora “dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a stabilire l'equilibrio negoziale”, tanto da far emergere – come è stato scritto – più che un'ipotesi di accordo delle parti sull'oggetto del contratto, una “bozza” di accordo virtuale già chiaramente raggiunto. Uno spazio di intervento giudiziale che lo stesso A. di quella relazione, anche in un contributo di poco successivo, ha definito angusto, a chiarire, in altri termini, un ricorso cauto e circoscritto all'applicazione analogica dell'art. 2932 c.c., v. S. LEUZZI, *Considerazioni sistematiche sulla rinegoziazione dei contratti di impresa*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d. l. 118/2021*, Liber amicorum Alberto Jorio, Bologna, 2021, 1067, spec. p. 1083.

²² A. BRIGUGLIO, *Tre stili di esercizio della giurisdizione civile di fronte alla Pandemia (con postilla sulla determinazione “cautelare” dei canoni di locazione)*, in www.giustiziacivile.com, 7 ottobre 2020.

²³ In questo senso, anche M. SPIOTTA, (*Imprenditore*) *Inadimplenti*, cit., 6; F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi*, cit., 10; O. CAGNASSO, *Soppravvenienze da svilimento della controprestazione alla luce della crisi da pandemia*, in orizzontideldirittocommerciale.it/wp-content/uploads/2022/05/Cagnasso_Soppravvenienze-da-svilimento-della-controprestazione-alla-luce-della-crisi-da-pandemia.pdf, relazione tenuta al XIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Professori Universitari di diritto commerciale *Orizzonti del diritto commerciale*; G. LENER, *Appunti sull'autonomia privata*, cit., 174.

settoriale ed emergenziale (posto che la sopravvenienza è legata alla Pandemia), quanto (e soprattutto) il modo con il quale quella norma è stata confezionata.

Già da tempo si osservava che, nel contesto dei contratti commerciali, la scelta se e come conservare il contratto non possa che spettare all'imprenditore: è difficile immaginare che il giudice, cui sia richiesto *in thesi* di ricostruire un nuovo equilibrio tra le prestazioni disponga delle informazioni (relative al contesto e alle condizioni delle parti) e delle competenze (conoscenza del settore di mercato, andamento domanda-offerta, sviluppi tecnologici) necessarie per poter decidere²⁴. Si è osservato che permettere al giudice di incidere sul contenuto di un contratto, solo invocando le clausole generali di equità e buona fede, e di farlo, oltretutto, in un settore come quello dei contratti di impresa, probabilmente rischia di produrre risultati che vanno al di là anche delle aspettative del contraente, che abbia proposto domanda²⁵.

Né, del resto, una siffatta soluzione sarebbe seriamente accoglibile, se la si esamina dalla prospettiva processuale. Da un lato, vi osterebbe il *numerus clausus* dei rimedi costitutivi (art. 2908 c.c.)²⁶; dall'altro lato, quand'anche si volesse invocare – come si è provato a fare²⁷ – il ricorso in via analogica dell'art. 2932 c.c. (che di per sé è ammessa se si ritiene che le pronunce costitutive rispondono a un principio di tipicità) non v'è chi non veda come un conto è legittimare il promissario acqui-

²⁴ P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, Milano, 2016, 72.

²⁵ Così, quasi letteralmente, M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione della crisi d'impresa*, in *Il fall.*, 2022, 10; ma già I. PAGNI, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 370; v. anche R. RORDORF, *Interferenze tra diritto della crisi e dell'insolvenza e diritto dei contratti*, cit., 9.

²⁶ Sulla tipicità delle azioni costitutive, per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 31; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 1980, 146; ma v. di recente, per una diversa soluzione, A. CHIZZINI, *Dell'ammissibilità di azioni costitutive a fondamento negoziale*, in *Scritti in memoria di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, 47 ss., secondo cui l'autonomia privata potrebbe istituire dei casi di azione costitutiva e non sarebbe dunque da prendere alla lettera quel requisito di tipicità che pur compare nell'art. 2908 c.c.

²⁷ Il richiamo è alla Relazione dell'Ufficio del Massimario, 8 luglio 2020, cit.

rente a ottenere dal giudice una pronuncia che tenga luogo degli effetti del definitivo non concluso, dunque di un programma negoziale che è già stato definito autonomamente dalle parti; altro conto sarebbe legittimare il giudice alla redazione di un programma negoziale, perché in questo modo gli si consentirebbe di incidere dall'interno sul contratto²⁸.

Sono considerazioni che il legislatore del d.l. n. 118/2021 aveva ben chiare, così come aveva ben chiaro che – proprio nel periodo della Pandemia – si era assistito a un proliferare eterodosso del ricorso cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, spesso mostrando di confondere l'atipicità del contenuto del provvedimento con l'ampiezza del potere di intervento negoziale²⁹.

Mi riferisco a quella generale tendenza (alla quale da tempo si assiste) di ricorrere al provvedimento d'urgenza dal contenuto innominato come nuova fucina di situazioni giuridiche soggettive: dove si rinviene

²⁸ Il che a rigore – lo osserva I. PAGNI, *Crisi d'impresa*, cit., 373 – varrebbe (per assurdo) ad ammettere che il giudice possa sindacare i profili di congruità e di opportunità, nella scelta compiuta dal datore di lavoro di licenziare un soggetto per giustificato motivo oggettivo, o riscrivere una delibera assembleare, che sia stata impugnata *ex art. 2378 c.c.* Diverso sarebbe lavorare sull'integrazione del contratto e immaginare una realizzazione della rinegoziazione all'interno del processo, come in dottrina si è cercato di sostenere, presupponendo che, a fronte di una domanda di risoluzione proposta dalla parte non inadempiente, l'altra proponga in via di eccezione una modificazione equa delle condizioni originariamente proposte e il giudice, invocando l'art. 1467 comma 3, c.c. faccia propria quella proposta, forzando un poco (ma forse non troppo) il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (così A. BRIGUGLIO, *op. cit.*). Si finirebbe in questo modo per raggiungere risultati non lontani da quelli della "pronuncia costitutiva rinegoziante", di cui alla relazione del massimario, ma quel risultato sarebbe ancorato a presupposti più ortodossi e a condizioni ben precise (la proposizione da parte della parte non inadempiente di una domanda di risoluzione del contratto).

²⁹ Con queste parole, I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., p. 15. Si v. nel senso criticato nel testo, Trib. Roma, 16 dicembre 2020, in *Dejure*; Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2439, con nota di P. GALLO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – emergenza covid e revisione del contratto*; Trib. Lecce, 24 giugno 2021, in *I contratti*, 2022, 51, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, D. MATE-RASSI, *Rinegoziazione del contratto di locazione commerciale a causa del Covid-19: è applicazione del principio di buona fede (contra)*, Trib. Roma, 15 gennaio 2021, in *Dejure*. Sul punto, anche A. PISA, *Pandemia, locazioni commerciali e giustizia contrattuale: l'incerta avanzata dell'obbligo legale di rinegoziare*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1295 ss.

un interesse di fatto (nella forma di un'aspettativa a una certa attività pubblica o privata) sono stati individuati (ora d'improvviso ora nel corso del tempo) gli estremi di un diritto soggettivo³⁰.

Per quanto innominato possa essere il contenuto di un provvedimento d'urgenza, esiste pur sempre il limite dettato dall'impossibilità di ricorrervi per ottenere un effetto che le parti non possono conseguire in sede di merito³¹. Il che, *de jure condito*, quanto all'ammissibilità di un giudicato costitutivo di rideterminazione equitativa del contratto, non è predicabile.

Queste preoccupazioni spiegano, a mio avviso, la cautela adottata dal d.l. n. 118/2021, nell'attribuzione del potere di rinegoziazione in capo al giudice³². Il che emerge, sul piano sostanziale, dalla lettura dei circoscritti presupposti su cui si fonda la previsione dell'art. 10, comma, 2: l'operatività della previsione normativa nei soli contratti di durata, se è vero come è vero che la composizione negoziata dovrebbe servire a garantire la continuità di impresa; una ben circoscritta individuazione della sopravvenienza di fatto (legata alla pandemia); una rinegoziazione concessa per un tempo strettamente necessario, priva di qualsiasi effetto novativo sul contratto, cui si accompagna un indennizzo alla controparte.

La prudenza del d.l. n. 118/2021 trova a mio avviso conferma anche nelle scelte processuali compiute dal legislatore che ha optato per un rito che non è quello cautelare: il provvedimento è concesso nelle forme del rito camerale (art. 737 ss. c.p.c.), volutamente limitato da un punto di vista temporale, le cui sorti sono sganciate dalla proposizione, anche

³⁰ Quasi con queste parole, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 400; R. MARTINO, *Tutela innominata d'urgenza e discrezionalità del giudice (brevi note a margine di un recente volume su "i provvedimenti d'urgenza")*, in *Giust. proc. civ.*, 2016, 939; I. PAGNI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Sole 24ore*, XII, Bergamo, 2007, 489.

³¹ Lo rammenta, proprio in critica a qualche pronuncia giurisprudenziale che in via d'urgenza ha rideterminato il canone di locazione (Trib. Roma, 16 dicembre 2020), A. BRIGUGLIO, *op. cit.*

³² In ciò raccogliendo alcune intuizioni e proposte avanzate da A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, cit.

a rime invertite, di una domanda di merito, come invece sarebbe accaduto se si fosse immaginato l'intervento del giudice *ex art. 700 c.p.c.*

3. L'obbligo di rinegoziazione dei contratti di durata nella composizione negoziata: le previsioni del CCII

L'art. 10, comma 2, è norma che non ha trovato riscontro nella prassi. Non si registrano allo stato pronunce rinegozianti fondate su quella norma; il che forse si spiega in ragione della individuazione di una specifica figura di sopravvenienza. La mancanza di materiale giurisprudenziale rappresenta un'occasione mancata per riflettere sul modo con il quale la giurisprudenza avrebbe potuto declinare i limiti temporali della rideterminazione, individuare le modalità dell'equo indennizzo, stabilire se e fino a che punto la rinegoziazione fosse strumentale alla continuità di impresa.

Il 17 luglio 2022 è entrato in vigore il CCII: il titolo II contempla anche la composizione negoziata, confermandone il ruolo di segmento negoziale che precede una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza. La disciplina che si legge negli artt. 12-25 *septies* CCII diverge solo marginalmente da quella contenuta nel d.l. n. 118/2021, a eccezione proprio della norma dedicata alla rinegoziazione dei contratti.

L'art. 17 CCII conferma il potere dell'esperto di invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Si amplia in questo modo l'ambito oggettivo della sopravvenienza, non più limitata alla pandemia SARS-CoV-2. Si specifica che le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto negoziale, adeguando le prestazioni alle mutate condizioni. Viene meno però il potere della parte, in caso di fallimento delle trattative, di ricorrere al giudice per ottenere una pronuncia che ridetermini il contenuto delle clausole contrattuali. Ciò che resta e viene codificato è l'obbligo per le parti di rinegoziazione, sul quale per la verità la dottrina civilistica da tempo è concorde. Viene meno invece l'individuazione del rimedio.

Ora che un meccanismo di rinegoziazione coattiva non c'è più (imprejudicato quello legato alla Pandemia che ancora continuerà a operare); ora che la rinegoziazione del contratto torna a essere per le parti un'obbligazione di mezzi e non di risultato, vien fatto di chiedersi se il rimedio, a fronte di una sopravvenienza in fatto, possa essere solo di tipo risolutivo. La risposta, a mio avviso, non è così *tranchant*.

Tutto il sistema di regolazione della crisi e dell'insolvenza, quale uscito dal CCII, poggia sul valore della solidarietà, e sui doveri di correttezza e buona fede in capo alle parti: doveri che vengono codificati, tra i principi generali, e che ricorrono in capo al debitore tanto quanto in capo ai creditori, nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza³³. Lo stabilisce l'art. 4, comma 1, CCII, che al comma 4 precisa – per quanto qui rileva – che i creditori hanno il dovere di collaborare con il debitore e con l'esperto anche nell'ambito della composizione negoziata, come poi ribadisce l'art. 16, comma 6, CCII.

Si tratta, a mio avviso, di una previsione di rilievo perché se si ritiene (e di questo sono convinta) che essa abbia un valore precettivo e non solo programmatico, allora è necessario individuare quali reazioni l'ordinamento preveda quand'essa risulti violata³⁴.

Ed è qui che viene in gioco (beninteso: sotto una veste diversa da quella eterodossa spesso rivestita negli ultimi tempi) il ricorso al provvedimento cautelare di carattere innominato. Si tratta di un rimedio che trova spazio nell'ambito della composizione negoziata della crisi. Secondo l'art. 19 CCII (che in ciò si limita a riprodurre l'art. 7 d.l. n. 118/2021), il debitore che acceda alla composizione negoziata della crisi può domandare al giudice competente la concessione di provvedimenti cautelari necessari a condurre a termine le trattative. Provvedimenti, dunque, atipici, come lo sono quelli previsti dall'art. 700 c.p.c., destinati a operare

³³ M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, cit., spec. pp. 10 ss.; ID., *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, *ivi*, 2022, 1173; R. BROGI, *Clausole generali e diritto concorsuale*, *ivi*, 2022, 885 ss.

³⁴ Ancora, M. FABIANI, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, cit., 1178.

in via residuale, là dove la finalità perseguita non sia garantita dall'operare delle misure protettive del patrimonio.

Se va negato che ai provvedimenti d'urgenza si possa ricorrere per ottenere in via cautelare un effetto che nemmeno in sede di merito *de jure condito* sarebbe conseguibile, non è per contro da escludersi il ricorso al rimedio cautelare atipico, quanto meno per costringere il creditore che – senza motivo – si rifiuti di sedere al tavolo delle trattative: una misura provvisoria, insomma, che condanna il creditore a un *facere* che pur essendo *infungibile* è comunque riconosciuto dal sistema, che oggi codifica l'obbligo di rinegoziare di secondo buona fede. Si tratterà di un provvedimento cautelare la cui effettività potrà giocarsi tramite la condanna al pagamento di una penalità di mora *ex art. 614-bis c.p.c.*, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento³⁵.

³⁵ Tema, quello della coercibilità indiretta, indagata anche dalla civilistica italiana. Ci si limita qui a richiamare alcuni dei tanti scritti di S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; ID., *Dell'esecuzione forzata (art. 2910-2933)*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e dei codici collegati Scialoja Branca*, Bologna, 2020; ID., *La coercizione indiretta*, in *Europa e diritto privato*, 2021, p. 465. Sull'ammissibilità di una pena di mora che accompagni il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, quando l'obbligo di *facere* del resistente ha carattere *infungibile*, Trib. Grosseto, 23 aprile 2020, in *Dejure*; Trib. Roma, 7 aprile 2017, *ivi*; Trib. Cosenza, 20 luglio 2016, in *www.ilcaso.it*, che ha disposto una penalità di mora, dopo aver condannato in via d'urgenza alla cancellazione di una illegittima segnalazione presso la Centrale Rischi; Trib. Bari, 16 luglio 2016, in *Giur. it.*, 2017, 839; Trib. Genova, 28 ottobre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, 1053; Trib. Reggio Emilia, 15 aprile 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2382, con nota di G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce*. In dottrina, E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1547; C. CONSOLO, F. GODIO, *Sub art. 614-bis*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2018, 1332 ss.; S. RECCHIONI, *L'attuazione forzata indiretta dei comandi cautelari ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1479; S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, 736; S. VINCRE, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la Riforma del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 377 ss.; V.J. D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, *ivi*, 2014, 718; A. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, p. 122; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile e di non fare*, in *Rass. Forense*, 2009, 727.

Certo, quali saranno i risultati che, in concreto, quella condanna in via d'urgenza a negoziare comporterà sulla concreta rideterminazione delle clausole contrattuali, saranno solo le parti a poterlo determinare.

DUE BUONE RAGIONI PER LA PROSPETTIVA RIMEDIALE

Giuseppe Bellantuono

SOMMARIO: 1. *Introduzione: oltre la dicotomia fra diritti e rimedi.* 2. *Monismo e dualismo nei rimedi.* 3. *Crepe nella cattedrale dei rimedi.* 4. *Negoziare i rimedi.* 5. *Conclusioni: rimedi e cambiamento giuridico.*

1. Introduzione: oltre la dicotomia fra diritti e rimedi

La prospettiva rimediale è controversa. I contributi di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in questo volume ben rappresentano i temi principali del dibattito italiano.

Per Mazzamuto, la prospettiva rimediale serve a garantire l'effettività della tutela e la comprensione dell'impatto prodotto dal diritto europeo¹.

Per Barcellona, occorre ripartire da un'interpretazione sistematica che consenta di identificare gli interessi protetti. La tutela concessa deve essere giustificata sulla base della natura e dell'estensione di quegli interessi².

Le due posizioni sono apparentemente inconciliabili. Entrambe si preoccupano di garantire l'effettività della tutela, ma indicano percorsi argomentativi diversi per stabilire il rapporto fra interessi protetti e modalità della loro attuazione.

Questo contributo propone di superare la dicotomia fra prospettiva dei diritti e prospettiva dei rimedi. La ricerca di soluzioni che garantiscano la complementarità delle due prospettive permette di ottenere significativi vantaggi in termini di effettività della tutela.

¹ S. MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi*, in questo volume.

² M. BARCELLONA, *Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto*, in questo volume.

La storia degli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale mostra che, se una delle due prospettive è considerata dominante, l'altra non scompare del tutto. Che si utilizzi il linguaggio dei diritti o il linguaggio dei rimedi, il rapporto fra situazione giuridica di diritto sostanziale e forme di tutela ammette una varietà di ricostruzioni.

Anche nei paesi di common law, tradizionalmente associati alla prevalenza della prospettiva rimediale, quella varietà è documentata da un vivace dibattito sui rimedi. Un'attenzione esclusiva a una delle due prospettive lascia in ombra fattori tutt'altro che trascurabili.

In termini più espliciti, una visione 'monista' del rapporto fra diritti e rimedi è necessariamente parziale: la situazione giuridica determina automaticamente le forme di tutela, oppure le forme di tutela plasmano la situazione soggettiva. Una visione 'dualista', invece, muove dal presupposto che l'attuazione dei diritti richieda valutazioni differenziate allorché si tratti di definire il perimetro delle situazioni protette e di selezionare le forme di tutela. Il dualismo lascia aperta la possibilità di ricostruire in vari modi il rapporto fra diritti e rimedi, ma rifiuta l'idea che quel rapporto dipenda da considerazioni attinenti a una sola delle due prospettive³. La visione dualista permette di riconoscere la complementarità fra le due prospettive. Su tale complementarità occorre far leva per individuare soluzioni in grado di rafforzare l'effettività della tutela. Pur riconoscendo la varietà dei rapporti fra diritti e rimedi, non tutte le possibili ricostruzioni contribuiscono in egual misura all'effettività.

Questo contributo non aspira a esplorare tutte le implicazioni delle visioni monista e dualista. È evidente che la prospettiva rimediale investe scelte fondamentali in ciascun ordinamento. Nel caso dell'interazione fra diritto nazionale e diritto europeo, le scelte riguardano la colloca-

³ Per una prima distinzione fra monismo e dualismo nei rimedi v. G. HAMMOND, *Rethinking Remedies: The Changing Conception of the Relationship Between Legal and Equitable Remedies*, in J. BERRYMAN (a cura di), *Remedies: Issues and Perspectives*, Scarborough, 1991, 90. La distinzione è discussa da D. WRIGHT, *Wrong and Remedy: A Sticky Relationship*, *Singapore J. Legal Stud.* 300 (2001); M. TILBURY, *Remedies and the Classification of Obligations*, in A. ROBERTSON (a cura di), *The Law of Obligations: Connections and Boundaries*, London-Portland (Or.), 2004, 11; J. BERRYMAN, *The Law of Remedies: A Prospectus for Teaching and Scholarship*, 9 *Oxford U. Comm. L. J.* 123 (2010); E. BANT, *Remedies: Reflections and Perspectives*, 28 *Singapore Acad. L. J.* 731 (2016).

zione di nuovi rimedi e la loro coesistenza con i rimedi esistenti. Nel caso dei settori a elevata innovazione tecnologica, le scelte riguardano i rischi che ciascuna società considera accettabili⁴.

In termini ancora più ampi, la prospettiva rimediale entra in gioco allorché occorre andare oltre il recinto del diritto privato e considerare l'interazione con rimedi pubblicistici o con rimedi prodotti da qualche forma di 'regolazione privata', di matrice contrattuale o associativa. La pandemia ha aperto un fronte ulteriore, e cioè la necessità di intervenire sui rimedi privatistici per garantire la gestione dell'emergenza⁵.

In questo contributo, l'analisi è limitata a due ragioni che offrono sostegno alla complementarità fra diritti e rimedi. La prima ragione riguarda la gamma di fattori che possono influenzare la selezione delle forme di tutela. Se considerate congiuntamente, le due prospettive consentono di stabilire quale priorità attribuire ai fattori di diritto sostanziale e di natura rimediale.

Il secondo paragrafo esplora il modo in cui i diversi fattori entrano in gioco, mettendo a confronto la letteratura più recente nei paesi di common law e il dibattito italiano.

⁴ Sul significato della prospettiva rimediale per la regolazione dell'intelligenza artificiale cfr. M.A. LEMLEY, B. CASEY, *Remedies for Robots*, 86 *U. Chi. L. Rev.* 1311 (2019). Sui rimedi utilizzabili per le tecnologie a registro distribuito v. C. PONCIBÒ, L.A. DIMATTEO, *Smart Contracts: Contractual and Noncontractual Remedies*, in L.A. DIMATTEO e al. (a cura di), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge, 2020, 118.

⁵ Per le prime pronunce italiane v. L. REGAZZONI, *La gestione delle sopravvenienze "pandemiche" nella locazione, tra (eterogenee) tecniche di adattamento del contratto e salvaguardia della stabilità del rapporto*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1224; M. ZULIANI, *Le sopravvenienze da Covid-19 nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e resp.*, 2022, 43. Sulla revisione e rinegoziazione dei contratti a causa della pandemia v., per es., S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Effetti del lockdown sui contratti di diritto privato. Un dialogo tra esperienze giuridiche*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 3, 1; A. PISANI TEDESCO, *Appunti su sopravvenienze e obbligo di rinegoziazione: una nuova stagione per i principi*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1436; A.F. FONDRIESCHI, *Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2021, 29; T. GENICON, *La forza maggiore: alcuni insegnamenti tratti dalla crisi del Covid-19 nel diritto francese dei contratti*, in *Contr. e impr.*, 2021, 87; M. RESCIGNO (a cura di), *Pandemia e rapporti tra imprese: la rinegoziazione del contratto*, Milano, 2021.

Il terzo paragrafo estende l'analisi alla celebre distinzione fra regole di proprietà e regole di responsabilità. Anche in questo caso, l'interrogativo principale riguarda la possibilità di utilizzare la distinzione per garantire la complementarità fra prospettiva dei diritti e dei rimedi.

Il quarto paragrafo sposta l'attenzione sulla seconda ragione a favore della complementarità: la definizione degli spazi da concedere all'autonomia privata nella negoziazione dei rimedi. In che misura è possibile estendere i rimedi previsti per legge? In che misura è possibile restringerli? In molti sistemi giuridici, entrambe le domande sono spesso oggetto di forti oscillazioni giurisprudenziali. Questo profilo non può essere trascurato allorché si voglia stabilire la reale estensione di una situazione giuridica. Negoziare i rimedi significa modificare quell'estensione. Una visione dualista consente di chiarire con quali modalità questo risultato possa essere ottenuto.

Il quinto paragrafo riassume l'analisi e propone alcune considerazioni conclusive.

2. *Monismo e dualismo nei rimedi*

Daniel Friedmann propone quattro modelli per descrivere il rapporto fra diritti e rimedi⁶:

- (i) Primato del rimedio
- (ii) Primato del diritto
- (iii) Integrazione fra rimedio e diritto
- (iv) Separazione fra rimedio e diritto

I primi due modelli riflettono gli approcci tradizionalmente attribuiti agli ordinamenti di common law e di civil law.

Il terzo modello assume che diritto e rimedio siano strettamente connessi e non separabili.

Il quarto modello afferma la necessità di riconoscere una netta separazione fra regole che disciplinano il comportamento delle parti e regole che stabiliscono quali decisioni possano essere prese dai giudici.

⁶ D. FRIEDMANN, *Rights and Remedies*, in N. COHEN, E. MCKENDRICK (a cura di), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford-Portland (Or.), 2005, 3.

Due aspetti di questa tassonomia vanno sottolineati.

In primo luogo, i diversi modelli possono coesistere senza particolari problemi nello stesso ordinamento. Sia nei paesi di common law che di civil law, i giudici possono alternare argomenti associati al primato del diritto e argomenti associati al primato del rimedio. La coesistenza è possibile perché sia la nozione di rimedio che la nozione di diritto sono utilizzabili senza rinunciare ad affermare i rispettivi primati. Se nei paesi di civil law si possono considerare i rimedi come conferme dei diritti, nei paesi di common law si può fare ricorso al linguaggio dei diritti senza necessariamente accettare il bagaglio teorico della nozione di diritto soggettivo⁷.

Le due prospettive vengono ‘addomesticate’ e rese compatibili con l’approccio dominante. Per esempio, nella letteratura di common law, la distinzione fra diritti primari e secondari di John Austin, gli approcci cosiddetti *rights-based* o la tassonomia hohfeldiana delle relazioni giuridiche muovono dal versante del diritto sostanziale ma finiscono inevitabilmente per proporre nuove classificazioni dei rimedi⁸.

Nella letteratura tedesca e francese, la prospettiva rimediale trova spazio in ricostruzioni che mantengono il linguaggio dominante dei diritti⁹. Il passaggio da un primato all’altro non avviene mai, in parte

⁷ H. DEDEK, *From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law*, 56(1) *McGill L.J.* 77 (2010). Sulla necessità di descrizioni meno convenzionali del rapporto fra diritti e rimedi v. anche M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, 148-160; G. SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 159.

⁸ Cfr. R. ZAKRZEWSKI, *Remedies Reclassified*, Oxford, 2005, 13-17 (ruolo della distinzione fra diritti primari e secondari nella giurisprudenza inglese); D. NOLAN, A. ROBERTSON, *Rights and Private Law*, in IID. (a cura di), *Rights and Private Law*, Oxford-Portland (Or.), 2012, 18-21 (l’analisi dei diritti ha un impatto significativo sulla tassonomia dei rimedi); J.C.P. GOLDBERG, B.C. ZIPURSKY, *Hohfeldian Analysis and the Separation of Rights and Powers*, in S. BALGANESH e al. (a cura di), *Wesley Hohfeld a Century Later*, Cambridge, 2022, 366 (connessione fra pretese di diritto sostanziale e potere di richiedere un rimedio nella tassonomia hohfeldiana).

⁹ Cfr. J.F. HOFFMANN, *Remedies in Private Law from a German Perspective*, in F. HOFMANN, F. KURZ (a cura di), *Law of Remedies: A European Perspective*, Cambridge, 2019, 45 (nozione di ‘remedial right’ contrapposta alla nozione di ‘property right’); R. SEFTON-GREEN, *Why Are Remedies not a Legal Subject in Civilian Law?*, in A. POPOVICI e al. (a cura di), *Les intraduisibles in droit civil*, Montreal, 2014, 255; ID.,

perché richiederebbe revisioni radicali del linguaggio e delle classificazioni, ma soprattutto perché la coesistenza dei linguaggi rende un tale rovesciamento non necessario. Si consideri, per esempio, la riforma del diritto francese delle obbligazioni. Il riferimento alla nozione di rimedio, inizialmente proposto, è stato eliminato dal testo approvato in via definitiva e sostituito con la più familiare nozione di sanzione¹⁰.

La riforma ha però aperto la strada a una discussione centrata sul modo di interpretare la discrezionalità riconosciuta ai giudici in fase di applicazione dei rimedi contrattuali¹¹.

Anche se l'ordinamento francese rimane fortemente ancorato al primato del diritto sostanziale¹², la coesistenza con la prospettiva rimediale può essere assicurata.

La coesistenza delle due prospettive non elimina le differenze fra i due primati. Sul versante dell'argomentazione giuridica, il primato del diritto determina il ricorso a metodi deduttivi, il primato del rimedio a metodi induttivi¹³.

Inoltre, i giuristi che utilizzano il rimedio come categoria ordinante sono più disponibili a individuare principi comuni nelle diverse aree del

Remedies, 66(1) *McGill L. J.* 153 (2020) (linguaggio dei rimedi nel diritto francese influenzato dalla natura del rapporto obbligatorio).

¹⁰ P. OUDOT, *Des remèdes aux sanctions: le retour de la faut au galop!*, *Sem. Jur. Éd. Gén.*, n. 26, 27 giugno 2016, 1313 s.

¹¹ Cfr., con particolare riferimento al requisito di proporzionalità per la tutela in forma specifica, introdotto dal nuovo art. 1221 c.c. fr., Y.-M. LAITHIER, *Exécution Forcée en Nature*, in J. CARTWRIGHT, S. WHITTAKER (a cura di), *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law After the 2016 Reform*, Oxford-Portland (Or.), 2017, 257; G. LARDEUX, *Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle*, *Sem. Dr.*, n. 18, 3 maggio 2021, 880. Nella letteratura italiana v. F. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, in *Giur. it.*, 2018, 1273; D.M. FREANDA, 'Exécution forcée en nature' tra vecchi e nuovi modelli italo-francesi, in *Jus Civile*, 2022, 642.

¹² Le ragioni di una limitata diffusione della prospettiva rimediale in Francia sono state rintracciate nel tradizionale collegamento fra affermazione dei diritti e protezione dagli arbitri dello stato centrale (D. FAIRGRIEVE e al., *Remedies: Comparative Law Perspectives*, in R.L. WEAVER e al. (a cura di), *Comparative Perspectives on Remedies: Views from Four Continents*, Durham (NC), 2017, 211).

¹³ Cfr. G. SAMUEL, *Rethinking Legal Reasoning*, Cheltenham, 2018, 111-114.

diritto privato, nonché a riconoscere l'utilità del confronto fra rimedi privatistici e pubblicistici¹⁴.

Si tratta di differenze non secondarie, ma non necessariamente ancorate a uno specifico modello di interazione fra diritti e rimedi. Quest'ultima osservazione ci consente di considerare il secondo aspetto della tassonomia di Friedmann.

In quella tassonomia, i primi tre modelli riflettono una visione monista. Gli unici fattori rilevanti per la decisione sulla forma di tutela hanno a che fare con uno dei due versanti. Solo il quarto modello accoglie la visione dualista. I fattori che determinano il perimetro del diritto sostanziale non sono necessariamente coincidenti con i fattori che determinano il rimedio applicabile e il suo contenuto. Occorre, quindi, domandarsi quale spazio esista per una visione dualista nei paesi di common law e di civil law. Inoltre, occorre identificare i fattori che potrebbero essere presi in considerazione nella fase di selezione e applicazione del rimedio.

Nella letteratura di common law, l'espressione più chiara di una visione dualista si rintraccia nei libri di Rafal Zakrzewski e Stephen Smith. Entrambi respingono la prospettiva dominante che considera i rimedi una diretta conseguenza del riconoscimento di una posizione di diritto sostanziale. Per i due autori, è possibile affermare l'indipendenza dei rimedi dal diritto sostanziale se li si qualifica come provvedimenti giudiziari (*court orders o judicial rulings*). In questa accezione, il rimedio crea un nuovo e diverso rapporto giuridico. Per Zakrzewski, il nuovo rapporto si instaura fra gli stessi soggetti del precedente rapporto di diritto sostanziale¹⁵.

Smith adotta una prospettiva più radicale e afferma che il nuovo rapporto si instaura fra il giudice e le parti¹⁶.

¹⁴ Cfr. T.A. THOMAS e al., *Remedies, Public and Private*, VI ed., S. Paul (MN), 2016; E. SHERWIN, S. BRAY, Ames, *Chafee and Re on Remedies: Cases and Materials*, III ed., New York (NY), 2020, 959 ss. (rimedi contro il governo).

¹⁵ R. ZAKRZEWSKI, *op. cit.*, 45-47. Un'analoga classificazione è utilizzata da T. KAYE, *A Sound Taxonomy of Remedies*, 36 *Quinnipiac L. Rev.* 79 (2017).

¹⁶ S.A. SMITH, *Rights, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law*, Oxford, 2019, 57-72. L'autore distingue i *substantive rights* dagli *action rights*, che l'attore può esercitare nei confronti del giudice, i *court-ordered rights*, che impongono al

Questo approccio dualista ha implicazioni profonde sul contenuto dei rimedi. In primo luogo, i rimedi possono ‘replicare’ il contenuto dei diritti, ma possono anche essere rimedi ‘trasformativi’ o ‘creativi’¹⁷.

Per esempio, un provvedimento che ordina di pagare la somma dovuta ha esattamente lo stesso contenuto del diritto di credito. Viceversa, sono rimedi creativi quelli che impongono di pagare una somma di denaro in caso di mancata consegna di beni fungibili, di pagare danni esemplari o nominali, o che negano tutela pur in presenza di una violazione del diritto sostanziale. In secondo luogo, la qualificazione dei rimedi come provvedimenti giudiziali spiega perché diventi possibile considerare fattori che non sono direttamente collegati al rapporto di diritto sostanziale. Il contenuto del rimedio può dipendere da valutazioni relative al funzionamento del sistema giudiziario, agli effetti sulle parti o sui terzi o agli obiettivi perseguiti dal legislatore. Inoltre, la quantificazione del risarcimento (esemplare, nominale o a prezzi di mercato) non è necessariamente collegata alla prova del danno subito.

Spesso, la distinzione fra accertamento del contenuto del diritto e decisione sul rimedio emerge con riferimento alle ragioni che portano i giudici a negare tutela. Per esempio, Smith osserva che le cause di giustificazione, dalla legittima difesa al consenso del danneggiato allo stato di necessità, sono direttamente collegate al diritto sostanziale, perché comunicano quali comportamenti sono ammessi. Viceversa, la prescrizione è una difesa che attiene alla sfera dei rimedi, perché riguarda esclusivamente la desiderabilità di un provvedimento giudiziale o di uno specifico rimedio¹⁸.

L’approccio dualista è tutt’altro che dominante nella letteratura di common law. L’autonomia di un’area dedicata allo studio dei rimedi è ampiamente riconosciuta, ma rimangono controversi i principi generali e le classificazioni. Per esempio, la rilevanza delle situazioni giuridiche

convenuto condannato un obbligo nei confronti del giudice, e gli *enforcement rights*, che danno diritto all’assistenza dello stato per l’esecuzione di provvedimenti giudiziali.

¹⁷ R. ZAKRZEWSKI, *op. cit.*, 203-217 (i rimedi trasformativi modificano il rapporto giuridico che esisteva tra le parti prima del giudizio); S.A. SMITH, *op. cit.*, 77-80, 97-103 (i rimedi creativi stabiliscono nuove obbligazioni, diverse da quelle che derivano dal diritto sostanziale).

¹⁸ S.A. SMITH, *op. cit.*, 274-277.

di diritto sostanziale è considerata essenziale per comprendere il nesso che le lega alle forme di tutela¹⁹.

L'idea che debba esserci continuità fra diritto e rimedio è contrapposta alla ricostruzione di Smith. Anche se il rimedio non è sempre coincidente con la situazione fattuale precedente il giudizio²⁰, la continuità presuppone che il rimedio sia giustificabile sulla base delle caratteristiche della situazione soggettiva²¹.

Secondo una ricostruzione alternativa alla tesi della continuità fra diritto e rimedio, è necessario che le due prospettive siano coerenti. Se l'applicazione del rimedio può tener conto di nuove circostanze, il suo contenuto deve sempre essere determinato con riferimento al diritto sostanziale²².

In queste posizioni è possibile rilevare non solo una netta preferenza per una visione monista, ma anche l'adesione al modello dell'integrazione fra diritto e rimedio.

Il dualismo proposto da Smith è rifiutato anche da chi adotta una versione più moderata di dualismo. Secondo Hanoch Dagan e Avihay Dorfman, le differenze fra diritto e rimedio sono semplicemente la conseguenza dei limiti di un intervento giudiziale *ex post*: molto spesso, la

¹⁹ V., per es., S. STEEL, *Remedies, Analysed*, 41 *Oxford J. Legal Stud.* 539, 563 (2021) ('Remedial law is parasitic law [...] The importance of the underlying values of the substantive law is likely to have a profound impact upon the availability and nature of remedies for that area').

²⁰ D. WINTERTON, T. PILKINGTON, *Examining the Structure of Remedial Law*, 84 *Mod. L. Rev.* 1137, 1145-1150 (2021).

²¹ Per esempio, Z. SINEL, *Book Review: Stephen A. Smith, Rights, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law* (Oxford, UK: Oxford University Press, 2020), 72 *U. Toronto L.J.* 125, 134 s. (2022) obietta che il risarcimento dei danni da inadempimento calcolato sulla base della differenza fra prezzo di mercato e prezzo contrattuale non è un rimedio creativo, ma riflette il valore di scambio della prestazione. Questa interpretazione consente di affermare che diritto contrattuale e rimedio coincidono. Secondo Smith, invece, l'obbligo di consegnare cose fungibili non coincide con l'obbligo di pagare il risarcimento.

²² P. JAFFEY, *Remedial Consistency in Private Law*, 72 *U. Toronto L. J.* 216 (2022). L'autore osserva che le valutazioni richieste in sede di applicazione della tutela specifica non sono 'creative', ma servono solo a determinare quale rischio di perdita sia a carico del convenuto. Concedere o non concedere la tutela specifica determina una diversa allocazione di quel rischio.

risposta dell'ordinamento è l'unica, imperfetta tutela disponibile per il titolare del diritto²³.

Allo stesso tempo, la piena tutela può essere assicurata introducendo la considerazione di ulteriori fattori nella fase di applicazione dei rimedi. Per i due autori, l'applicazione di criteri di giustizia relazionale, ispirati ai principi del liberalismo, richiede di tener conto delle posizioni dell'attore e del convenuto. Se al primo occorre garantire un rimedio che realizzi l'eguaglianza sostanziale, al secondo spetta il riconoscimento che il rimedio non può compromettere completamente la capacità di svolgere liberamente un'attività economica. Per esempio, il danneggiato dovrebbe avere diritto al risarcimento del danno alla persona senza limitazioni derivanti dal genere, dall'appartenenza a un gruppo etnico, o da particolari condizioni fisiche. Il danneggiante dovrebbe avere diritto a non essere esposto a responsabilità verso un numero indeterminato di persone e, in alcuni casi, a una compensazione fra risarcimento e benefici collaterali ottenuti dal danneggiato a causa dell'illecito. Si tratta di una versione moderata di dualismo perché accetta che un bilanciamento di interessi avvenga nella fase rimediale, ma lo ancora a considerazioni direttamente derivanti dalle situazioni giuridiche delle parti preesistenti alla controversia²⁴.

Quale spazio esiste per una visione dualista nella dottrina e nella giurisprudenza italiane? Una prima osservazione è che identificare i rimedi con i provvedimenti giudiziari può essere una strada percorribile per un sistema a formazione giurisprudenziale, ma non per un sistema che codifica la definizione dei diritti²⁵.

²³ H. DAGAN, A. DORFMAN, *Substantive Remedies*, 96 *Notre Dame L. Rev.* 513 (2020).

²⁴ Cfr. anche F. JIMÉNEZ, *Rethinking Contract Remedies*, 53 *Arizona St. L.J.* 1153 (2021), che ritiene necessaria la coerenza fra contenuto dei diritti e rimedi, ma elenca altre ragioni che spiegano perché possono verificarsi divergenze: il rispetto di diritti individuali di libertà, fattori istituzionali ed economici.

²⁵ Cfr. già R. SEFTON-GREEN, *Why Are Remedies*, cit., 269 ('A Civil Code clearly does prescribe, in a way that the common law does not, or at least not explicitly'). Anche S.A. SMITH, *op. cit.*, 113-117, afferma che una regola contenente un obbligo (per esempio, gli impegni contrattuali devono essere rispettati) non coincide con un ordine giudiziario che applica un rimedio.

Una seconda osservazione è che l'evoluzione storica dei paesi di civil law li ha spesso condotti ad affermare che destinatari delle regole attributive di diritti sono i cittadini, non gli organi giudiziari. Si tratta di un corollario dello stato costituzionale, che fonda la sua intera architettura sulla soggettività della persona²⁶.

Nessuna delle due osservazioni preclude un approccio dualista. L'unica condizione necessaria è che sia possibile prendere in considerazione fattori diversi dalla natura e consistenza del diritto sostanziale. Sotto questo profilo, la letteratura italiana offre indicazioni contrastanti.

Più vicini all'approccio dualista sono quanti ritengono che sia possibile dare soddisfazione a bisogni di tutela che i diritti non enunciano e che ci siano criteri e principi applicabili ai rimedi ma non trasferibili ai diritti²⁷.

Gli esempi più rilevanti riguardano il ricorso a rimedi che consentono di raggiungere gli obiettivi della disciplina europea o di dare ingresso a considerazioni di giustizia che le parti del contratto avevano ignorato. Nel caso dei rimedi per difetto di conformità e del diritto di pentimento, si ritiene che producano un effetto 'correttivo' non riconducibile agli effetti del contratto²⁸. Nel caso delle nullità di protezione, il contratto viene modificato per conformare e ridefinire gli interessi protetti²⁹.

Nel caso del danno alla persona, si valorizza una più ampia considerazione degli interessi legati alla tutela della persona e non si circoscrive il risarcimento alla sequenza evento lesivo-conseguenze³⁰.

²⁶ Cfr. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti - Art. 2907*, in *Il codice civile - Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2020, 25-32.

²⁷ A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 341, 343, 349. L'autore rileva comunque (345) che il rimedio presuppone un interesse già protetto. Una posizione più esplicitamente dualista è sostenuta da G. SMORTO, *op. cit.*, 174-180.

²⁸ In questo senso A. DI MAJO, *op. cit.*, 360-362 (i rimedi comunitari per il difetto di conformità modificano la relazione contrattuale); ID., *Rimedi e dintorni*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 703, 708-711 (funzione correttiva del diritto di pentimento). Per la connessione fra metodo rimediale e interpretazione correttiva v. D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 612.

²⁹ A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 727 s.

³⁰ A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 717-720.

Queste interpretazioni sono di chiaro segno dualista perché riconoscono l'autonomia della fase decisoria *ex post*. Rischiano, però, di scivolare verso un approccio monista, con l'affermazione del primato del rimedio, allorché si limitano ad ammettere valutazioni collegate alla situazione giuridica di una sola parte (il consumatore o il danneggiato). Una visione genuinamente dualista richiede di considerare sia fattori attinenti al funzionamento del sistema giudiziario che fattori indipendenti dalle posizioni delle parti direttamente coinvolte.

Di un approccio monista può parlarsi per le ricostruzioni che considerano necessario definire il rimedio in stretto collegamento con il diritto sostanziale. Per esempio, si afferma che i rimedi per difetti di conformità possono essere ricostruiti nei termini di una coesistenza fra una norma primaria e una norma secondaria; che il diritto di pentimento è una regola di natura sostanziale diretta a favorire l'accesso ad alcune tipologie contrattuali; che l'aspetto più interessante delle nullità di protezione non è la loro dimensione rimediale, ma la loro estensione a ipotesi che non riguardano difetti strutturali; che l'adempimento in forma specifica serve a realizzare nel modo più efficace l'interesse protetto; che l'interpretazione estensiva dell'ingiustizia del danno finisce per produrre risultati redistributivi non giustificati in altri settori³¹.

Queste interpretazioni sono legate all'idea che il diritto soggettivo sia la categoria ordinante più efficace per descrivere il modo in cui gli stati moderni hanno definito i presupposti della tutela giurisdizionale e il ruolo coercitivo del potere pubblico³².

Ugualmente di tipo monista è la posizione di Mario Barcellona. Benché meno ancorata alla nozione di diritto soggettivo, la sua ricostruzione guarda alla continuità fra scelte legislative e interpretazione sistematica. Che si tratti del risarcimento del danno da perdita di chance o dei criteri di imputazione per la lesione del credito, l'obiettivo princi-

³¹ L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa e dir. privato*, 2015, 583. Cfr. anche A. PLAIA, *Giurisprudenza per principi ed effettività delle tutele*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 157, per l'osservazione che il 'rimalismo radicale' finisce per adottare soluzioni che selezionano interessi da proteggere in contrasto con, o in assenza di, previsioni legislative.

³² L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti: prolegomeni*, Torino, 2018.

pale è identificare le ragioni che giustificano l'estensione o la riduzione della tutela. Si tratta invariabilmente di ragioni collegate al modo in cui si interpretano le situazioni giuridiche protette. È in quella sede che l'ordinamento seleziona e definisce i problemi da risolvere. I tentativi di introdurre ragioni ulteriori per via rimediale interrompono la continuità che l'interpretazione sistematica cerca di salvaguardare³³.

Su una posizione intermedia sostiene di collocarsi Mazzamuto³⁴. Nella sua definizione di rimedio sono rintracciabili aperture in senso dualista. Per esempio, si osserva che il bisogno di tutela è collegato a interessi non necessariamente formalizzati in diritti soggettivi. Inoltre, si riconosce che i rimedi vengono giudizialmente somministrati sulla scorta di valutazioni e bilanciamenti che utilizzano i criteri della ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza. Di posizione intermedia può parlarsi sia perché si risponde alle critiche sugli eccessi della discrezionalità giudiziale con un più solido ancoraggio a previsioni normative che definiscano il perimetro delle valutazioni, sia perché si traccia una netta distinzione fra rimedi di diritto italiano e di diritto europeo.

La coesistenza di posizioni moniste e dualiste nel dibattito italiano non rappresenta di per sé un problema. Occorre, però, domandarsi se una maggiore complementarità fra le due visioni produca vantaggi apprezzabili.

Il principale vantaggio è una valutazione più trasparente dei fattori che entrano in gioco nella selezione dei rimedi. La varietà delle tecniche di tutela è solitamente connessa alla varietà delle possibili lesioni. Si tratta, però, di una connessione che privilegia la prospettiva del diritto sostanziale. Nella fase di applicazione del rimedio, ulteriori fattori influenzano sia la decisione di concedere o meno una tutela, sia il contenuto che tale tutela assume.

³³ M. BARCELLONA, *op. cit.* V. anche ID., *L'ottica rimediale e la morte della legge*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, 681, 683 (selezione dei problemi e previsione di un rimedio discendono dalle stesse considerazioni).

³⁴ S. MAZZAMUTO, *op. cit.* V. anche ID., *Esecuzione forzata (art. 2910-2933 c.c.)*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2020, 19 ss.

Come emerge dagli esempi richiamati in precedenza, l'interazione tra fattori sostanziali e rimediali è presente nei problemi di quantificazione del danno contrattuale ed extracontrattuale, nell'alternativa fra tutela specifica e per equivalente, nonché nel concorso di azioni. In ciascuno di questi casi, le ricostruzioni moniste fanno leva esclusivamente sulla natura del diritto sostanziale. Rimangono in ombra altri fattori che possono incidere sull'estensione della tutela. Oltre a offrire una ricostruzione parziale del funzionamento del sistema giuridico, l'approccio monista non consente di stabilire un ordine di priorità tra fattori sostanziali e rimediali.

I vantaggi di una maggiore complementarità possono essere illustrati tramite la giurisprudenza che definisce le modalità di applicazione dell'art. 2058 c.c. Ormai da tempo, la previsione in materia di risarcimento in forma specifica è stata estesa dalla responsabilità extracontrattuale all'ambito contrattuale e dei diritti reali. L'estensione è criticata da chi ritiene che per le obbligazioni contrattuali sia necessario tener distinto l'adempimento in natura con funzione reintegratoria dai rimedi risarcitori³⁵. L'applicazione dello stesso rimedio in diverse branche del diritto privato offre però la possibilità di mettere alla prova le visioni monista e dualista. Le modalità di applicazione dell'art. 2058 c.c. sono condizionate dalla natura dei diritti protetti: il limite dell'eccessiva onerosità è pienamente operante nel caso dei diritti contrattuali³⁶, è invece considerato incompatibile con l'assolutezza dei diritti reali³⁷.

³⁵ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*⁴, Torino, 2020, 337 ss.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 1282-1293; A. GNANI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2018, 207 ss.; D.M. FRENDI, *op. cit.*, 646-652.

³⁶ Per esempio, Cass. 25 giugno 2013, n. 15875, ritiene corretto applicare il solo risarcimento per equivalente, commisurato al valore del terreno dato in locazione e non restituito alla scadenza, invece del risarcimento in forma specifica, che avrebbe comportato opere di bonifica con costi superiori al valore del terreno.

³⁷ Per esempio, Cass. 23 settembre 2020, n. 19942, conferma l'obbligo di arretrare la costruzione realizzata in violazione delle distanze legali, nonostante lo sconfinamento fosse di soli 84 cm. Si noti, però, che gli attori vengono condannati a ridurre l'altezza del muro di confine. Inoltre, i rispettivi risarcimenti per le parti sono compensati.

Questo approccio è coerente con la visione monista: il rimedio è diretta conseguenza della situazione giuridica sostanziale. Tuttavia, la giurisprudenza deroga a questa simmetria in più di un'occasione. Per quanto riguarda i diritti contrattuali, il risarcimento in forma specifica può essere concesso anche quando comporta un notevole aggravio per il danneggiante³⁸, può essere escluso quando diventa incompatibile con altri rimedi³⁹ o quando il danno non sia dimostrato⁴⁰.

L'esclusione del limite dell'eccessiva onerosità ha più a che fare con la valutazione complessiva dei comportamenti delle parti che con la natura del diritto reale.

³⁸ Per esempio, la responsabilità dell'appaltatore per gravi difetti, prevista dall'art. 1669 c.c. e abitualmente considerata di natura extracontrattuale, consente di ordinare la completa ristrutturazione dell'immobile a titolo di risarcimento per equivalente, così escludendo l'applicazione dell'art. 2058 c.c. (Cass. 30 novembre 2021, n. 37508; Cass. 26 giugno 2017, n. 15846). V. però Trib. Cagliari 30 novembre 2015, che ritiene preferibile liquidare il risarcimento per equivalente, al fine di evitare complicazioni in fase esecutiva e consentire all'attore di scegliere l'appaltatore che provveda all'eliminazione dei danni. Cass. 21 gennaio 2020, n. 1270, in *Vita not.*, 2020, 921, in materia di responsabilità del notaio per non aver rilevato l'esistenza di un'ipoteca sul bene venduto, cassa la sentenza di appello, che aveva solo riconosciuto il risarcimento del danno ma non l'obbligo del notaio di procedere alla cancellazione dell'ipoteca. Benché il profilo dell'eccessiva onerosità non sia esplicitamente discusso, la corte ritiene possibile cumulare risarcimento per equivalente e in forma specifica. Esclude, invece, la restituzione del compenso pagato al notaio per mancanza di domanda di risoluzione. È stato rilevato che in questo caso la tutela specifica offre un rimedio con contenuto differente rispetto all'obbligazione primaria: cfr. i riferimenti in C. PRUSSIANI, *Il risarcimento in forma specifica dei danni da responsabilità contrattuale: lo spazio di operatività della tutela risarcitoria nei rapporti con l'adempimento coattivo e l'esecuzione forzata*, in *Contratto e impr.*, 2019, 1111, spec. 1140-1142.

³⁹ Per esempio, il risarcimento in forma specifica, che comporterebbe il diritto alla riparazione del bene, non è compatibile con le garanzie previste per la vendita dall'art. 1494 c.c. (Cass. sez. un. 13 novembre 2012, n. 19702, in *Giur. it.*, 2013, 2257, con nota di R. CALVO). Sulla possibilità di ammettere riparazione e sostituzione a titolo di adempimento in natura o di risarcimento in forma specifica le opinioni sono discordanti: v. C. PRUSSIANI, *op. cit.*, 1144-1150. Per un'altra ipotesi v. Cass. 15 maggio 2003, n. 7529, in *Contratti*, 2003, 1117, con nota di M. SANVITO (il risarcimento per equivalente commisurato alle spese necessarie per ottenere la licenza di abitabilità non è cumulabile con la condanna del venditore allo svolgimento delle attività necessarie per ottenere la licenza).

⁴⁰ Cass. 30 luglio 2004, n. 14599, nega la rimozione dell'opera non autorizzata per mancata dimostrazione del danno. Per chi ritiene che il rimedio sia l'adempimento in

Viceversa, la tutela specifica può essere esclusa per varie ragioni nel caso dei diritti reali: se lo stesso titolare del diritto reale chiede il risarcimento per equivalente⁴¹; se si tratta di interferenza con un diritto di superficie⁴²; se la tutela specifica è incompatibile con il consenso esplicito o implicito prestato dagli altri comproprietari alla costruzione di un'opera⁴³; se il giudice di merito concede il risarcimento per equivalente sulla base di valutazioni discrezionali non sindacabili in sede di giudizio di legittimità⁴⁴; se è disponibile uno specifico rimedio proprietario che può essere cumulato con il risarcimento per equivalente⁴⁵; se l'occupazione acquisitiva rende impossibile la tutela specifica⁴⁶; se la

natura e non il risarcimento in forma specifica, la prova del danno non è necessaria: cfr. G. AMADIO, *Azione di adempimento e risarcimento*, in *Lezioni di diritto civile*⁴, Torino, 2020, 69, spec. 85-89.

⁴¹ Per es., Cass. 20 gennaio 2017, n. 1607, conferma il diritto del proprietario di ottenere il valore del terreno occupato illegalmente, allorché constatati l'impossibilità di ottenerne la restituzione. Si noti, peraltro, che il risarcimento non comporta il trasferimento della proprietà agli occupanti illegittimi.

⁴² Cass. 19 febbraio 2008, n. 4072, esclude la rimozione delle opere perché non era stata accertata la violazione delle distanze legali.

⁴³ Cass., sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Foro it.*, 2018, I, 1200, con nota di C. BONA (se la rimozione dell'opera non autorizzata non è possibile o non è richiesta, gli altri comproprietari devono rimborsare le spese sostenute per la costruzione).

⁴⁴ In questo senso Cass. 21 novembre 2017, n. 27546 (conferma il risarcimento per equivalente stabilito dalla sentenza di appello in luogo dell'eliminazione delle opere difformi dal progetto); Cass. 29 settembre 2017, n. 22814 (conferma il risarcimento per equivalente richiesto in via subordinata dall'attore). V. anche Trib. Padova 30 maggio 2016 (in presenza di una sopraelevazione di 66 cm, esclusione del risarcimento in forma specifica perché eccessivamente oneroso e liquidazione del risarcimento per equivalente in misura pari al costo di eliminazione degli altri vizi); Trib. Messina 2 settembre 2015 (esclusione della rimozione di tubature per il riscaldamento e fognarie sia perché eccessivamente onerosa, sia perché interferisce con servizi essenziali).

⁴⁵ Cfr. Cass. 2 settembre 2022, n. 25935, che esclude l'applicazione dell'art. 2058 c.c. e conferma l'applicazione dell'art. 907 c.c. per l'arretramento delle costruzioni realizzate in violazione del diritto di veduta, cui si aggiunge il risarcimento del danno per limitazione del godimento e deprezzamento temporaneo dell'immobile.

⁴⁶ Cfr., per es., Cass. 6 giugno 2022, n. 18168 (l'impossibilità di ottenere la restituzione costringe il privato a chiedere il risarcimento per equivalente).

rimozione di un'opera richiede modifiche strutturali che presuppongono la partecipazione al giudizio di tutti i comproprietari⁴⁷.

La tutela specifica non può essere utilizzata con finalità restitutorie quando manchino i presupposti dell'azione di rivendicazione o di reintegrazione⁴⁸. Nel caso di immissioni, l'art. 2058 è applicato in presenza di danni alla salute⁴⁹, ma l'azione reale può consentire di ottenere misure che eliminano o riducono le interferenze intollerabili⁵⁰. La contemporanea presenza di danni alla persona e di violazioni del diritto di proprietà dovrebbe escludere il limite dell'eccessiva onerosità, ma accade talvolta di imbattersi in una sua applicazione mascherata⁵¹.

In una visione monista, le modalità di applicazione del risarcimento in forma specifica rimangono confinate alla riflessione di ciascuna area del diritto privato. In una visione dualista, c'è spazio per valutazioni che consentano di stabilire quando la tutela specifica debba dipendere da fattori che prescindono dalla natura della situazione protetta.

Come mostrano le sentenze riportate, può trattarsi di fattori che attingono al comportamento delle parti, alla presenza di altri rimedi, al tipo di contratto stipulato, ai criteri di proporzionalità, alla distribuzione dell'onere probatorio. Può anche trattarsi di regole processuali che facilitano o rendono più difficile passare dalla tutela specifica alla tutela per equivalente⁵².

⁴⁷ Cass. 9 ottobre 2018, n. 24926.

⁴⁸ App. Potenza 29 maggio 2017; Cass. 14 gennaio 2013, n. 705, in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, 733, con nota di F. BOTTONI.

⁴⁹ Cfr., per es., App. Torino 9 luglio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 3170 (rimozione di una banda rumorosa che provocava immissioni in grado di incidere sul diritto alla salute); Trib. Venezia 19 febbraio 2008 (messa in sicurezza di linee elettriche tramite interramento o delocalizzazione in caso di emissioni elettromagnetiche dannose).

⁵⁰ Sul cumulo di azione reale negatoria ex art. 844 c.c. e azione risarcitoria v. Cass. sez. un. 15 ottobre 1998, n. 10186, in *Foro it.*, 1998, I, 922, con nota di A. MOLITERNI; Cass. 6 settembre 2013, n. 20571, in *Foro it.*, 2013, I, 3456.

⁵¹ Per esempio, Cass. 6 aprile 1983, n. 2396, in *Arch. loc. e cond.*, 1983, 245, afferma che, una volta accertata la lesione del diritto alla salute, derivante dalla rumorosità della centrale termica condominiale, il giudice può sostituire la totale inibizione dell'uso dell'impianto con l'esecuzione di opere atte a eliminare i rumori o a ricondurli nei limiti della tollerabilità.

⁵² La giurisprudenza italiana facilita il passaggio dal risarcimento specifico al risarcimento per equivalente in corso di causa: cfr. Cass. 22 gennaio 2015, n. 1186 (se la ga-

Un approccio dualista non esclude che questi fattori siano valutati con riferimento al modo in cui dovrebbe essere definito il contenuto della situazione giuridica sostanziale. Il rimedio concesso può essere considerato inadeguato. Un rimedio alternativo (per esempio, l'adempimento in natura al posto del risarcimento in forma specifica) può essere proposto. Nello stesso tempo, l'approccio dualista riconosce che la selezione del rimedio da parte dei giudici non è circoscritta ad argomenti che considerano esclusivamente la situazione giuridica sostanziale. Il peso attribuito a quest'ultima può passare in secondo piano rispetto al comportamento delle parti e alla combinazione di diversi rimedi. La valutazione congiunta dei fattori relativi al diritto sostanziale e al rimedio offre una rappresentazione più realistica della tutela disponibile. Di complementarità è possibile parlare se tale valutazione consente di evitare sia una protezione insufficiente che un arricchimento ingiustificato del danneggiato.

Alla visione dualista può associarsi un ulteriore vantaggio. L'interazione fra rimedi di diritto italiano e di diritto europeo continua a essere problematica. La scelta del legislatore di mantenere separate la disciplina consumeristica e la disciplina di diritto comune alimenta la convinzione che i rispettivi strumenti rimediali rispondano a logiche differenti⁵³.

Mantenere questo doppio binario rischia di ridurre l'effettività della tutela, soprattutto quando il diritto europeo rinvii ai diritti nazionali per il completamento della disciplina. Adottando l'approccio dualista, le logiche che sorreggono i rimedi europei possono essere considerate insieme agli altri fattori che influenzano l'attuazione del diritto. Che si

ranza prevista dall'art. 1668 c.c. non può essere utilizzata prima del completamento dell'opera, rimane aperta la possibilità di invocare i tradizionali rimedi contrattuali e di passare da un'iniziale richiesta di eliminazione dei vizi a una richiesta di risarcimento per equivalente); Cass. 8 marzo 2006, n. 4925 (concesso il risarcimento per equivalente perché il lungo tempo trascorso rendeva impossibile l'eliminazione dei vizi). Cfr. F. PIRAINO, *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura e risoluzione del contratto*, in G. GRISI, *op. cit.*, 575-577 (ragioni di economia processuale). Il percorso inverso, dal risarcimento per equivalente al risarcimento in forma specifica, è generalmente escluso, ma è ammesso in materia ambientale: Cass. 10 dicembre 2012, n. 22382, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2013, 388, con nota di A.G. ANNUNZIATA.

⁵³ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Forme e tecniche di tutela/rimedi*, cit.; ID., *Il contratto*, cit., 202-218.

tratti di favorire l'integrazione dei mercati o di garantire la sostenibilità ambientale delle scelte di consumo, la prospettiva rimediale è in grado di collocare in un quadro teorico unitario sia i fattori derivanti dal diritto interno che dal diritto europeo.

Si considerino, per esempio, i rimedi della riparazione o sostituzione per i beni di consumo non conformi, ora disciplinati dagli art. 135-*bis* e 135-*ter* d.lgs. 206/2005. Uno o entrambi i rimedi possono essere rifiutati dal venditore se comportano costi sproporzionati, tenuto conto del valore che il bene avrebbe, dell'entità del difetto e della possibilità che il rimedio alternativo non crei notevoli inconvenienti per il consumatore. Questa previsione determina una riduzione delle scelte per il consumatore. Come rileva Mazzamuto, la sproporzione è determinata tenendo conto degli interessi di entrambe le parti. Si tratta, quindi, di una valutazione che differisce dall'eccessiva onerosità dell'art. 2058 c.c., riferita invece ai criteri di quantificazione del danno⁵⁴.

Occorre, però, rilevare che, sulla scorta della giurisprudenza europea, la riparazione include anche i costi di rimozione del bene difforme e di installazione del bene sostitutivo o riparato⁵⁵. Laddove questa componente assuma dimensioni significative, aumenta la probabilità che il venditore rifiuti riparazione e sostituzione. Il rischio è che questi rimedi non siano disponibili proprio nelle ipotesi in cui rappresentano la tutela più efficace per il consumatore. Né la risoluzione né la riduzione del prezzo possono collocare il consumatore nella medesima posizione, la prima perché costringe il consumatore a tornare sul mercato, la seconda perché non garantisce le funzionalità attese.

⁵⁴ S. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., 470 s., 515 s. Per chi ritenga che sia configurabile il rimedio dell'adempimento in natura, il limite dell'eccessiva onerosità non è compatibile con il diritto del consumatore alla prestazione: cfr. A. GNANI, *op. cit.*, 236-240. Sulla nuova disciplina introdotta dal d.lgs. 170/2021, in attuazione della dir. 2019/771, v. R. FADDA, *Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-bis e 135-ter cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, Torino, 2022, 281.

⁵⁵ Art. 135-*ter*, c. 3 cod. cons., che riprende le indicazioni di Corte di Giustizia dell'Unione europea 16 giugno 2011, cause C-65/09 e C-87/09, in *Foro it.*, 2011, IV, 442. Cfr. i commenti di A. JOHNSTON, H. UNBERATH, 49 *Comm. Mkt. L. Rev.*, 2012, 793; J. LUZAK, *A Storm in a Teacup? On Consumers' Remedies for Non-Conforming Goods After Weber and Putz*, 23 *Eur. Rev. Private L.* 689 (2015).

Per evitare questo esito, la valutazione della sproporzione nella fase esecutiva dovrebbe essere coordinata con la tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica⁵⁶. Se al consumatore sono negati i rimedi della riparazione e della sostituzione, di questa circostanza si dovrebbe tener conto allorché si quantifica il risarcimento. È plausibile ipotizzare che, se i costi di riparazione/sostituzione sono considerati sproporzionati in fase esecutiva, alla stessa conclusione debba pervenirsi in fase risarcitoria⁵⁷. L'eventuale risarcimento sarà solo per equivalente e dovrà compensare il consumatore per la differenza fra valore di mercato e valore del bene difforme. Dal risarcimento andrà sottratto il beneficio ottenuto con la riduzione del prezzo.

Come si vede, la continuità fra rimedi di diritto europeo e di diritto italiano è necessaria per garantire un adeguato livello di protezione dei consumatori.

Quale risposta dare a quanti temono che la prospettiva rimediale si traduca in un eccessivo allargamento della discrezionalità giudiziale? Anche qui, un approccio dualista ha il vantaggio di riconoscere che la discrezionalità può presentarsi in forme differenti.

⁵⁶ Il coordinamento è richiesto anche dall'armonizzazione massima della dir. 2019/771. Secondo A. VENTURELLI, *Risarcimento del danno e sospensione del pagamento del prezzo nella nuova disciplina dedicata alla fornitura di beni di consumo*, in *Contr. e impr.*, 2022, 813, il rimedio risarcitorio può essere esercitato solo nei termini e con gli oneri probatori previsti dalla disciplina europea. Nello stesso senso Trib. La Spezia 30 luglio 2020, che condanna il venditore alle spese necessarie per l'eliminazione dei difetti e applica i termini della disciplina consumeristica. Né l'art. 3.6 della dir. 2019/771, né l'art. 135-*septies* cod. cons. escludono l'applicazione della disciplina del Codice civile (cfr. F. PIRAINO, *La violazione della vendita di beni al consumatore per difetto di conformità: i presupposti della c.d. responsabilità del venditore e gli oneri probatori*, in G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 125). Con riferimento alla disciplina previgente, S. MAZZAMUTO, *Il contratto*, cit., 507-516, collega il rimedio risarcitorio alla garanzia specifica dovuta dal venditore e richiama la disciplina dell'art. 1494 c.c. La nuova disciplina consente di mantenere quella ricostruzione, ma non garantisce il coordinamento con la disciplina consumeristica.

⁵⁷ Cfr. Cass. 20 gennaio 2020, n. 1080, in *Foro it.*, 2020, I, 2033, con nota di P. SANTORO, per l'esclusione del risarcimento in forma specifica a causa dell'eccessiva onerosità dei lavori di sostituzione del tetto. La corte ritiene comunque che il risarcimento per equivalente debba includere i costi di ripristino.

Nei paesi di common law, tradizionalmente influenzati dalla dicotomia fra rimedi di diritto comune e rimedi di equity, si può considerare ormai superata l'opinione che ricollega solo ai secondi la discrezionalità del giudice. Gli spazi di manovra possono riguardare il peso da attribuire in ciascun caso ai diversi fattori, ma è solitamente prevedibile quali fattori incidano sulla concessione di ciascun rimedio⁵⁸.

Laddove si tratti di rimedi 'trasformativi' – e cioè con prevalenza di considerazioni non direttamente derivanti dal contenuto del diritto sostanziale – lo spazio di manovra giudiziale è solitamente maggiore⁵⁹. Sia i sistemi giuridici di common law che di civil law possono rifiutare la concessione di rimedi che deleghino un'eccessiva discrezionalità ai giudici. Ma non c'è motivo di ritenere che la prospettiva rimediale generi automaticamente una discrezionalità incontrollata. Al contrario, una visione dualista costringe a discutere la rilevanza di tutti i fattori che influenzano la concessione del rimedio. Grazie a questo approccio, diventa più facile stabilire quale forma di discrezionalità sia accettabile.

Per chi preferisca la prospettiva monista, i fattori discussi in questo paragrafo possono essere derubricati a ostacoli che si frappongono alla piena attuazione del diritto o del rimedio. Come tali, essi vanno eliminati o ridotti. Per chi preferisca la prospettiva dualista, tutti i fattori menzionati fanno parte di valutazioni e bilanciamenti che determinano se un rimedio debba essere concesso e quale rimedio sia preferibile. Sono, quindi, componenti ineliminabili del sistema giuridico. È possibile che questi fattori possano essere classificati sulla base di principi comuni⁶⁰.

Al di là di valutazioni di più ampio respiro, è sufficiente per il momento osservare che la sfida principale è saldare in una relazione di

⁵⁸ R. ZAKRZEWSKI, *op. cit.*, 92-97. Cfr. anche la discussione di H. DAGAN, A. DORFMAN, *op. cit.*, 540-545, sui criteri che possono guidare la discrezionalità dei giudici.

⁵⁹ R. ZAKRZEWSKI, *op. cit.*, 99-101. S.A. SMITH, *op. cit.*, 319-322, distingue fra discrezionalità nell'applicazione di rimedi non specifici, che richiede solo di verificare la presenza di determinate condizioni, e discrezionalità richiesta per i rimedi specifici, che presuppone il bilanciamento di diversi fattori.

⁶⁰ Cfr., con riferimento alle *remedial defences* (e cioè le ragioni che determinano perché un rimedio è negato), i principi generali individuati da S.A. SMITH, *op. cit.*, 274-277.

complementarità gli approcci sostanzialista e rimediabile. Mantenere separati i due versanti alimenta equivoci e non consente di cogliere né il reale campo di applicazione di ciascun rimedio, né i suoi rapporti con altri rimedi.

Il paragrafo successivo utilizza la celebre distinzione fra regole di proprietà e di responsabilità per evidenziare i rischi di una netta contrapposizione fra visione monista e dualista. È controverso se l'efficienza economica debba guidare la selezione dei rimedi. Ma il dibattito nato intorno alla distinzione fra regole di proprietà e di responsabilità aiuta a comprendere la varietà delle possibili interazioni fra diritti e rimedi.

3. *Crepe nella cattedrale dei rimedi*

La griglia analitica proposta da Guido Calabresi e Douglas Melamed ha generato un dibattito enorme, diffusosi ben oltre i confini statunitensi e gli studi di analisi economica del diritto⁶¹.

Ai fini di questo contributo, due aspetti vanno esplorati. Il primo riguarda il modo in cui i criteri di scelta dei rimedi individuati dai due autori definiscono il rapporto con le situazioni giuridiche sostanziali. Detto altrimenti, si tratta di verificare se Calabresi e Melamed siano più vicini alla prospettiva monista o dualista. Il secondo aspetto riguarda la compatibilità fra il quadro teorico proposto dai due autori e il funzionamento degli apparati rimediali nei paesi di common law e di civil law. Per molti autori, tale compatibilità è limitata o del tutto inesistente. In particolare, la distinzione fra regole di proprietà e di responsabilità non consentirebbe di apprezzare la complessità del rapporto fra diritti e rimedi.

Come noto, Calabresi e Melamed distinguono due fasi, la prima relativa all'assegnazione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva, la seconda relativa alla scelta del rimedio applicabile in caso di violazione. L'articolo approfondisce solo l'analisi della seconda fase.

⁶¹ G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

I rimedi individuati sono tre: la regola di proprietà, che garantisce al titolare il potere di impedire a terzi appropriazioni o interferenze non autorizzate; la regola di responsabilità, che consente al titolare di ottenere un risarcimento in caso di appropriazioni o interferenze di terzi non autorizzate; la regola di inalienabilità, che vieta a chiunque, compreso il titolare, di trasferire, appropriarsi o interferire con la situazione giuridica protetta.

Laddove la scelta sia limitata ai primi due rimedi, i costi transattivi sono il fattore decisivo: se elevati, la regola di responsabilità dovrebbe garantire che le attività più efficienti possano svolgersi anche se comportano una violazione non autorizzata dal titolare e nessun accordo fra danneggiato e danneggiante è possibile; se bassi, la regola di proprietà dovrebbe garantire gli usi efficienti delle risorse attraverso un negoziato fra le parti e senza alcuna violazione. Questa ricostruzione genera quattro diverse alternative, due a favore del titolare del diritto e due a favore del non titolare.

Il dibattito successivo ha ampiamente scandagliato gli aspetti principali della tassonomia. Numerose proposte sono state avanzate con riferimento a criteri alternativi per la scelta dei rimedi, al loro contenuto e al loro numero. Per quanto riguarda il rapporto fra diritti e rimedi, non sorprende che l'articolo di Calabresi e Melamed sia considerato espressione del modello che assegna il primato al rimedio⁶².

Più sorprendente è che tale primato sia stato oggetto di alcune delle critiche più radicali rivolte alla tassonomia. La prospettiva rimediale, tradizionalmente privilegiata dai sistemi di common law, non è stata solo contestata. Si è anche proposto di sostituirla con il modello opposto e cioè il primato del diritto sostanziale. Due lavori, scritti da prospettive teoriche differenti, mostrano chiaramente questa tendenza.

Il primo lavoro, di Jules Coleman e Jody Kraus, ribalta la prospettiva di Calabresi e Melamed⁶³. Invece di ritenere che i rimedi debbano essere separati dalle situazioni giuridiche sostanziali, Coleman e Kraus affermano che i rimedi contribuiscono a determinare il contenuto dei diritti. Solo le tre categorie di rimedi consentono di stabilire quali mo-

⁶² In questo senso D. FRIEDMANN, *op. cit.*, 6-8.

⁶³ J.S. COLEMAN, J.S. KRAUS, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 *Yale L.J.* 1335 (1986).

dalità di trasferimento dei diritti sono legittime. In questa prospettiva, la scelta dei rimedi passa attraverso la selezione degli obiettivi che ciascun ordinamento compie. Che si tratti di salvaguardare determinate libertà o di garantire un determinato livello di benessere, i rimedi devono necessariamente contribuire alla loro realizzazione. Attribuendo ai rimedi il compito di stabilire il contenuto dei diritti, Coleman e Kraus giungono a identificare il ruolo strumentale dei meccanismi di attuazione. Per esempio, la tutela inibitoria può essere associata alla regola di proprietà, se consente di realizzare gli obiettivi normativi selezionati dall'ordinamento. In termini analoghi, la regola di responsabilità può essere utilizzata per stabilire quando un trasferimento senza accordo è legittimo o per sanzionare un trasferimento illegittimo. In entrambi i casi, il rimedio identifica il contenuto del diritto⁶⁴.

Si tratta evidentemente di una prospettiva monista: il contenuto del diritto, definito sulla base delle tre categorie di rimedi, consente di stabilire quali meccanismi di attuazione siano preferibili. Nella fase di applicazione di tali meccanismi, non c'è spazio per ulteriori valutazioni.

Uno dei principali obiettivi di Coleman e Kraus è dimostrare l'errore dell'approccio giureconomico che equipara le regole di responsabilità a uno 'scambio forzato'. Per i due autori, questa interpretazione è possibile solo se il contenuto del diritto lo consente. Ma la regola di responsabilità può anche essere interpretata in modo opposto, e cioè come sanzione per la violazione di un diritto.

⁶⁴ Un approccio analogo è proposto da M. MORRIS, *The Structure of Entitlements*, 78 *Cornell L. Rev.* 822, 843 s. (1993): i tre rimedi di Calabresi e Melamed determinano la struttura dei diritti, non sono strumenti per proteggere diritti preesistenti. Per esempio, se sono proprietario di un bene che può essere espropriato per pubblica utilità, il mio diritto di proprietà non è limitato rispetto a un bene non espropriabile, ma è definito dalle regole che consentono di ottenere un'indennità per l'espropriazione. È il caso di osservare che le quattordici combinazioni rimediali identificate da Morris hanno conseguenze differenti sul piano dell'efficienza e della giustizia distributiva. Si può supporre che, almeno in alcuni casi, la selezione della combinazione preferibile in ciascuna situazione debba essere delegata ai giudici. Questa possibilità apre la strada a un approccio dualista.

Anche il secondo lavoro, di Daniel Markovits e Alan Schwartz, critica la distinzione fra rimedio e diritto di Calabresi e Melamed⁶⁵. A differenza di Coleman e Kraus, Markovits e Schwartz non ritengono che il tipo di rimedio definisca il contenuto del diritto. Una volta individuato il contenuto del diritto, il rimedio è una conseguenza automatica. Le tecniche di interpretazione devono essere utilizzate per stabilire quale rimedio corrisponda al contenuto del diritto che le parti (in ambito contrattuale) o il legislatore e le corti hanno definito. Si tratta, ancora una volta, di una prospettiva monista: nella fase di selezione dei rimedi, non c'è spazio per considerazioni di politica del diritto. La scelta è stata già compiuta in anticipo. Per esempio, in ambito contrattuale le parti possono scegliere un contratto che garantisca esattamente il bene promesso o un contratto che preveda l'alternativa fra trasferimento di beni e pagamento di una somma di denaro con una clausola penale. Il compito dei giudici è di concedere la tutela specifica nel primo caso e di riconoscere la legittimità della penale nel secondo caso. Nell'ambito della proprietà, definire il contenuto dei diritti spetta allo Stato.

Markovits e Schwartz affermano che tale contenuto dovrebbe essere stabilito in modo da ridurre il rischio di negoziazioni inefficienti. Per esempio, la regola statunitense che tutela il proprietario contro gli acquirenti in buona fede di beni mobili avrebbe il vantaggio di proteggere la parte che attribuisce un maggior valore al bene. Anche in questo secondo ambito, il rimedio deriva automaticamente dalla configurazione del diritto⁶⁶.

⁶⁵ D. MARKOVITS, A. SCHWARTZ, *Who Owns What? Re-thinking Remedies in Private Law*, working paper 17 gennaio 2019. Negli stessi termini J. MORGAN, *Contract Remedies as Default Rules*, in R. HALSON, D. CAMPBELL (eds.), *Research Handbook on Remedies in Private Law*, Cheltenham, 2018, 472, 478 s. ('Remedies are an inherent part of any obligation's definition [...] A sharp line between remedy and obligation cannot be maintained').

⁶⁶ La rilevanza della struttura dei diritti è sottolineata anche da H.E. SMITH, *Complexity and the Cathedral: Making Law and Economics More Calabresian*, 48 *Eur. J. L. and Econ.* 43 (2019): in un mondo con elevati costi transattivi, tale struttura deve tener conto della complessità delle relazioni da governare. I rimedi non possono essere selezionati in modo arbitrario, ma devono riflettere le ragioni che determinano la struttura dei diritti. Si noti, peraltro, che l'autore fa appello ai principi di equity per identificare i rimedi più coerenti con la struttura dei diritti (*Ibid.*, 59; H.E. SMITH, *Equity as*

Queste critiche aiutano a definire le implicazioni della tassonomia proposta da Calabresi e Melamed. Ma esse non dimostrano che una lettura monista sia l'unica possibile. Gli studi di Calabresi sull'allocazione di risorse con sistemi autoritativi o di mercato dimostrano che la fase in cui è stabilito il contenuto dei diritti può essere tenuta nettamente distinta dalla fase rimediale⁶⁷.

Chi, sulla scia di Coleman e Kraus, utilizza le regole di proprietà, responsabilità e inalienabilità per definire il contenuto dei diritti, non ha modo di identificare i criteri che dovrebbero presiedere alla selezione dei rimedi.

Questo aspetto è ben colto da Dale Nance. L'autore concorda con Coleman e Kraus sulla necessità di distinguere le regole che guidano i cittadini allorché abbiano la necessità di conoscere quale comportamento tenere (per esempio: 'è vietato guidare in modo imprudente') dalle regole rimediali (per esempio: 'chi guida in modo imprudente è tenuto a pagare i danni che ne derivano'). Nello stesso tempo, Nance riconosce che l'intera gamma dei rimedi va analizzata quando si tratti di decidere quale risposta dare alla violazione di una regola di comportamento. È un errore ritenere che un solo rimedio sia compatibile con ciascuna delle tre regole identificate da Calabresi e Melamed. Questa prospettiva è chiaramente dualista, perché accetta che considerazioni ulteriori siano richieste allorché si stabilisce la connessione fra diritto e rimedio⁶⁸.

Meta-Law, 130 *Yale L.J.* 1050, 1133 s. (2021)). Al contrario di quanto sostenuto da Markovits e Schwartz, per Smith la relazione fra diritti e rimedi è bidirezionale.

⁶⁷ G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York e London, 1978 (tr. it. *Scelte Tragiche*, II ed., Milano, 1996); G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven, Conn., 2016 (tr. it. *Il futuro del law and economics: saggi per una rimediazione ed un ricordo*, Milano, 2018).

⁶⁸ D.A. NANCE, *Guidance Rules and Enforcement Rules: A Better View of the Cathedral*, 83 *Va. L. Rev.* 837 (1997). Queste considerazioni hanno a che fare con le ipotesi riguardanti la disponibilità dei destinatari delle regole a seguirle spontaneamente, nonché con obiettivi di giustizia correttiva che si differenziano dagli obiettivi di efficienza e giustizia distributiva presi in considerazione nella fase di definizione del contenuto dei diritti.

In termini più generali, nei suoi scritti successivi all'articolo del 1972 Calabresi ha più volte ribadito la convinzione che non ci sia una sola modalità di interazione fra diritti e rimedi⁶⁹.

Per esempio, la scelta collettiva di ammettere o non ammettere un cambio di titolarità del diritto con un risarcimento può servire a incoraggiare o a scoraggiare tale trasferimento. Gli stessi criteri di determinazione del risarcimento (il versante rimediale) possono riflettere valutazioni relative alle preferenze che una determinata società esprime con riguardo ai meccanismi di allocazione delle risorse (il versante dei diritti). Uno dei fattori in grado di influenzare l'allocazione è rappresentato dai costi morali, che Calabresi collega all'avversione dei consociati per l'allocazione di beni meritori con meccanismi di mercato o criteri discriminatori. L'obiettivo di ridurre i costi morali può determinare la preferenza per una regola di responsabilità che quantifica il risarcimento con criteri notevolmente diversi dai valori di mercato⁷⁰.

Emerge, qui, l'interazione fra diritti e rimedi: la regola di responsabilità può determinare il trasferimento delle perdite derivanti dal fatto illecito al soggetto meglio in grado di prevenirle o di gestirle; nello stesso tempo, quali costi debbano essere trasferiti e quale debba essere la loro entità dipende dalle preferenze che una società esprime per la regolazione di ciascuna attività⁷¹.

Rispetto alla ricostruzione di Stephen Smith, il dualismo di Calabresi è meno radicale, perché riconosce che la struttura dei diritti influenza

⁶⁹ V. già, in risposta a Coleman e Kraus, G. CALABRESI, *Remarks: The Simple Virtues of The Cathedral*, 106 *Yale L.J.* 2201, 2205 (1997): 'property rules and liability rules do not attach to things – not to cars, watches, lands, or bodies – they only attach to things in particular circumstances, in a particular context'.

⁷⁰ G. CALABRESI, *Il futuro*, cit., 133-149. Per una discussione più ampia dei costi morali, v. G. BELLANTUONO, *Costi morali e diritto comparato*, in G. BELLANTUONO, U. IZZO (a cura di), *Il rapporto fra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto*, Napoli, 2022, 26.

⁷¹ Cfr. G. CALABRESI, S. SMITH, *On Tort Law's Dualisms*, 135 *Harvard L. Rev. Forum* 184, 191 (2022): 'what constitutes a civil wrong often derives from the regulatory needs of society, and hence often from a desire to place liability on the cheapest cost avoider, broadly defined. But what is "cheap" and what is "costly" derives from the tastes and values of society, which can be influenced by the current set of civil wrongs. In that way, tort law operates in *dual directions*'.

i rimedi. Ma è la griglia analitica proposta nel 1972 a far emergere il dualismo e le sue implicazioni⁷².

Una replica negli stessi termini può valere per Markovits e Schwartz. Si può riconoscere che il tipo di contratto stipulato dalle parti guida i giudici allorché si tratti di definire il contenuto delle prestazioni promesse. Ma tale contenuto non determina automaticamente il rimedio disponibile. Identificare il diritto con il rimedio non spiega la varietà di fattori che possono determinare divergenze fra l'uno e l'altro⁷³.

Come vedremo nel paragrafo successivo, la varietà di interpretazioni possibili per le clausole rimediali conferma la limitata utilità di un approccio che le consideri componenti del diritto sostanziale.

La lettura in chiave dualista di Calabresi e Melamed può servire a chiarire perché la distinzione fra regole di proprietà e regole di responsabilità sia stata spesso criticata per la sua inadeguatezza a spiegare il reale funzionamento dei rimedi nei sistemi di common law. Gli autori di alcuni fra i più diffusi manuali in materia di rimedi hanno osservato che i criteri utilizzati dalle corti per riconoscere o negare tutela non coincidono, o coincidono in parte, con le indicazioni dell'analisi economica del diritto. Per esempio, la giurisprudenza d'oltreoceano in materia di *undue hardship* mostra che il riconoscimento della tutela inibitoria non è determinato dalla valutazione dei costi e dei benefici relativi

⁷² La tassonomia di Calabresi e Melamed può essere applicata a casi in cui non cambia solo il rimedio applicabile, ma la stessa titolarità del diritto. Per esempio, l'usucapione può essere interpretata come il passaggio da una regola di proprietà a favore del titolare originario a una regola di proprietà a favore del possessore illegittimo. Nello stesso tempo, cambia il titolare del diritto. Cfr. A. BELL, G. PARCHOMOVSKY, *Pliability Rules*, 101 *Mich. L. Rev.* 1 (2002); T.A. RULE, *Entitlement-Shifting Rules*, 62 *B.C. L. Rev.* 1193 (2021). In termini più generali, il trasferimento della titolarità può essere favorito con rimedi che incorporino meccanismi di opzione con acquisto coattivo: cfr. A. NICITA e al., *Le opzioni nel mercato delle regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 239, 251. Questi casi rendono più difficile mantenere la distinzione fra situazioni giuridica sostanziale e rimedio. L'approccio dualista può essere difeso riconoscendo che il peso della dimensione sostanziale e rimediale è destinato a variare in base ai contesti di applicazione. Il dualismo serve a riconoscere tale variazione, non ad attribuire rilevanza esclusiva a una di esse. V. anche *infra* in questo paragrafo.

⁷³ V. le critiche di F. JIMÉNEZ, *op. cit.*, 1177-1186, riferite a precedenti lavori di Markovits e Schwartz.

all'utilizzazione delle risorse, ma da molti altri fattori, fra cui le situazioni giuridiche preesistenti, i comportamenti delle parti, le difficoltà derivanti dalla supervisione della tutela specifica, l'incertezza sulla quantificazione dei danni, l'entità della sproporzione fra i costi di ripristino e gli usi possibili⁷⁴.

All'articolo di Calabresi e Melamed si rimprovera di aver considerato la tutela inibitoria una conseguenza automatica della violazione di un diritto, laddove invece si tratta di un rimedio discrezionale⁷⁵. Inoltre, la terminologia introdotta da Calabresi e Melamed è criticata perché non distinguerebbe fra situazione giuridica sostanziale e rimedio⁷⁶. Come ricordato in precedenza, la critica opposta è stata tutt'altro che infrequente.

La mancanza di dialogo fra letteratura giuridica e giureconomica in materia di rimedi può avere molte cause⁷⁷. È sufficiente qui osservare che le critiche rivolte alla griglia analitica di Calabresi e Melamed possono considerarsi giustificate se intendono richiamare l'attenzione sulla varietà dei rimedi utilizzabili. Lo stesso Calabresi aderisce a questa impostazione. Regole di proprietà e di responsabilità sono contenitori da riempire. Occorre, però, riconoscere che la loro utilità si coglie proprio nei casi in cui la letteratura giuridica offre una visione più limitata dei rimedi. I fattori da considerare vanno oltre il contenuto del diritto sostanziale e non coincidono necessariamente con il ripristino dell'interesse leso. Il loro bilanciamento può essere più accurato se condotto

⁷⁴ D. LAYCOCK, *The Neglected Defense of Undue Hardship (and the Doctrinal Train Wreck in Boomer v. Atlantic Cement)*, 4(3) *J. Tort L. Art.* 3 (2012).

⁷⁵ S.L. BRAY, *Remedies, Meet Economics; Economics, Meet Remedies*, 38 *Oxford J. Legal Stud.* 71 (2018). V. anche D. RENDLEMAN, *Rehabilitating the Nuisance Injunction to Protect the Environment*, 75 *Wash. & Lee L. Rev.* 1859, 1928 ss. (2018) per l'osservazione che la cattedrale di Calabresi e Melamed ha troppe stanze quando considera rimedi che le corti non applicano, poche stanze quando non considera la varietà di soluzioni disponibili sia per la tutela inibitoria che per il risarcimento dei danni. Ancor più radicale la critica all'analisi economica di A. BURROWS, *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs*, IV ed., 2019, 16-18 (ipotesi su razionalità ed efficienza poco utili nel campo dei rimedi, più utili le nozioni di surplus del consumatore e l'attenzione alla negoziazione sui rimedi).

⁷⁶ D. RENDLEMAN, *op. cit.*, 1909.

⁷⁷ Cfr. S.L. BRAY, *op. cit.*, 85 s.

nella prospettiva rimediabile, che considera obiettivi generali come la deterrenza o gli incentivi all'investimento. Altri obiettivi possono assumere rilevanza, ma il punto cruciale è il loro bilanciamento in fase di applicazione dei rimedi.

Qual è la rilevanza di questo dibattito per il diritto italiano? Le indicazioni principali sono tre. In primo luogo, la tassonomia di Calabresi e Melamed non è identificabile con rimedi esistenti nel diritto italiano e non fornisce indicazioni di dettaglio sulla loro disciplina. Serve, però, a chiarire quali obiettivi possano essere perseguiti dalla disciplina dei rimedi e perché sia utile distinguerla dalla disciplina sostanziale.

Tornando alla giurisprudenza sull'art. 2058 c.c., discussa nel paragrafo precedente, la dimensione della regola di proprietà prevale quando la tutela è di tipo ripristinatorio⁷⁸. Laddove si configuri come un criterio alternativo di risarcimento, l'art. 2058 diventa una combinazione fra una regola di proprietà e di responsabilità⁷⁹, o ancora una regola di proprietà a favore del danneggiato associata a un'opzione di riacquisto esercitabile dal danneggiante⁸⁰. L'applicazione del criterio dell'eccessiva onerosità può essere interpretata come la trasformazione della regola di proprietà in regola di responsabilità. L'incertezza sulla sua applicazione potrebbe indurre le parti a negoziare come se fosse applicabile una regola di proprietà. In alternativa, l'eccessiva onerosità sposta a favore del danneggiante la trattativa, costringendo il danneggiato a esercitare un'opzione di riacquisto se vuole ottenere il ripristino. Nei casi di occupazione o trasformazione irreversibile, si può ritenere che si verifichi un vero e proprio cambio di titolarità, di fatto o di diritto.

Allargando l'indagine al diritto dei consumatori, si può ritenere che i rimedi della riparazione e della sostituzione assumano la funzione di regole di proprietà fino al limite della sproporzione dei costi. Oltre quel limite, la tutela del consumatore assume la forma della regola di re-

⁷⁸ In questo senso U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA (a cura di), *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001, 159 s.; A. CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica: indagine in tema di responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, 23-26.

⁷⁹ M.R. MARELLA, *op. cit.*, 163-176; P.G. MONATERI e al., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, 230 s.

⁸⁰ A. NICITA e al., *op. cit.*, 263-265.

sponsabilità tramite i rimedi della risoluzione e della riduzione del prezzo. Qualora sia possibile il risarcimento, la combinazione dei rimedi potrebbe essere letta nuovamente come un passaggio alla regola di proprietà con opzione di riacquisto coattivo: per evitare la condanna al risarcimento, il venditore accetta di sostituire il prodotto non conforme. In linea con gli obiettivi di protezione, si tratta anche della soluzione che avvantaggia il consumatore sul piano distributivo⁸¹. La giurisprudenza richiamata nel paragrafo precedente mostra la varietà di contesti in cui l'art. 2058 c.c. è chiamato a operare. Questo dato induce a preferire ricostruzioni in grado di spiegare il passaggio dall'una all'altra soluzione rimediale.

In secondo luogo, se si aderisce a una prospettiva dualista, non è possibile ritenere che a un particolare rimedio sia sempre attribuita priorità in ciascuna area del diritto privato. La molteplicità dei fattori presi in considerazione indica che la priorità di un rimedio è un dato provvisorio, non un requisito necessario per una specifica categoria di diritti.

In terzo luogo, ciascun rimedio può presentarsi con molteplici varianti interne (per esempio, con riferimento ai criteri di quantificazione del danno) e combinazioni con altri rimedi. Non tutte le varianti e le combinazioni sono disponibili in ogni ordinamento. Le differenze offrono spunti per comparare paesi di common law e di civil law. Ma qualsiasi ordinamento è in grado di contare su una gamma sufficientemente ampia di varianti e combinazioni. La prospettiva dualista consente di riconoscerle e classificarle.

4. *Negoziare i rimedi*

La seconda ragione a favore della prospettiva rimediale riguarda il modo di definire gli spazi di autonomia privata. La negoziazione sui rimedi può avvenire in sede di conclusione del contratto, durante una

⁸¹ Con un'opzione di vendita, il consumatore ottiene l'intero profitto; con un'opzione di acquisto, il profitto è suddiviso fra le parti. Cfr. A. NICITA e al., *op. cit.*, 276-279.

controversia o dopo una pronuncia giudiziale. L'autonomia privata guadagna terreno anche nella fase dell'autotutela esecutiva⁸².

Nella prospettiva della complementarità fra diritto e rimedio, la domanda da porsi è se restrizioni all'autonomia privata in qualcuno di questi casi siano giustificate. In molti ordinamenti, le vicende della clausola penale sono la più chiara conferma di una convinzione diffusa: in materia di rimedi, l'autonomia privata non può essere illimitata. Si tratta, però, di verificare anche in questo caso se le restrizioni riflettano un approccio monista, siano cioè legate principalmente al modo in cui si ricostruisce il contenuto della situazione giuridica sostanziale. Un approccio dualista non esclude restrizioni in sede di negoziazione dei rimedi. Diventano, però, rilevanti ulteriori fattori.

Consideriamo innanzitutto la negoziazione sulle clausole rimediali. Il loro obiettivo può essere la riduzione o l'estensione dei rimedi legali. In entrambe le ipotesi, molti ordinamenti prevedono restrizioni all'autonomia privata. Nel diritto dei consumatori, l'elenco di clausole che si presumono vessatorie ne include sette su ventidue relative ai rimedi (art. 33, c. 2 d.lgs. 206/2005). Fra le clausole sempre considerate nulle, una riguarda i rimedi (art. 36, c. 2, lett b) d.lgs. 206/2005). Sono inderogabili anche le regole sui rimedi nella vendita di beni di consumo (art. 135-*sexies* d.lgs. 206/2005) e nella fornitura di contenuti e servizi digitali (art. 135-*vicies bis* d.lgs. 206/2005).

Il carattere imperativo di queste previsioni riflette evidentemente le valutazioni relative all'asimmetria fra professionisti e consumatori. Si potrebbe ritenere un approccio monista: l'obiettivo di protezione determina l'esclusione di qualsiasi soluzione alternativa nella fase rimediale. Tuttavia, si è già notato nei paragrafi precedenti che lo spazio per valutazioni ulteriori in fase rimediale è previsto dalla stessa disciplina europea.

La medesima osservazione può ripetersi per i rimedi individuali introdotti dalla dir. 2019/2161 in materia di pratiche commerciali scorrette.

⁸² Cfr. G. D'AMICO e al., *I nuovi marciiani*, Torino, 2017; A. PURPURA, *Autonomia privata, responsabilità e attuazione coattiva del credito*, Torino, 2020; A. CHIANALE, *Alienazioni in garanzia e patti marciiani*, Milano, 2021.

te⁸³. L'imperatività non preclude una lettura dualista. Inoltre, le norme imperative pongono il consumatore nella migliore posizione per negoziare *ex post*. I dati raccolti dal *Consumer Conditions Scoreboard* della Commissione europea mostrano costantemente che i reclami nei confronti di venditori e produttori sono la soluzione più utilizzata e con i tassi di soddisfazione più elevati. Le azioni legali sono raramente utilizzate e gli esiti non sono giudicati soddisfacenti. La negoziazione *ex post* fra professionisti e consumatori solleva però due problemi: primo, nella maggior parte dei casi non garantisce la tutela che deriverebbe dall'applicazione dei rimedi legali; secondo, favorisce i consumatori più informati, ai quali i professionisti possono riservare condizioni migliori⁸⁴.

Sul piano dei rimedi individuali, l'unica soluzione percorribile per evitare transazioni sbilanciate è l'estensione dei casi in cui la tutela può essere attivata dal consumatore in via stragiudiziale e unilaterale⁸⁵. In termini più ampi, l'insufficienza dei rimedi individuali ha portato all'in-

⁸³ Art. 27, c. 15-bis, d.lgs. 206/05, introdotto dal d.lgs. 26/2023. Cfr. F. CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'applicazione del New Deal*, in P. IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, 2020, 295, 315-324; L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, c. 1, n. 5, dir. 2019/2161/UE*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 635; C. GRANELLI, *L'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE: "ratio", problemi interpretativi e margine di discrezionalità concesso agli Stati membri ai fini del recepimento*, in *Jus civ.*, 2022, 256; G. DE CRISTOFARO, *Rimedi privatistici "individuali" dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l'art. 11-bis dir. 2005/29/CE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei paesi UE*, in *Jus civ.*, 2022, 269.

⁸⁴ Cfr. le posizioni di Y.A. ARBEL, R. SHAPIRA, *Consumer Activism: From the Informed Minority to the Crusading Minority*, 69 *DePaul L. Rev.* 233 (2020) (la minoranza che si attiva con i reclami spinge le imprese a migliorare la qualità dei servizi per tutti i consumatori) con quelle di M. FURTH-MATZKIN, *The Distributive Impacts of Nudnik-Based Activism*, 74 *Vand. L. Rev. En Banc* 469 (2021) (le imprese modificano le loro strategie in modo da favorire solo alcuni gruppi di consumatori). Sui limiti delle sanzioni reputazionali v., in generale, E. ZAMIR, D. TEICHMAN, *Behavioral Law and Economics*, Oxford, 2018, 310-312.

⁸⁵ L'automazione dei rimedi potrebbe essere possibile con le tecnologie a registro distribuito, anche se questa soluzione sembra per il momento praticabile quando il rimedio possa essere direttamente connesso a uno specifico evento (per es. compensazione per ritardo: cfr. O. BORGOGNO, *Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions*, in L.A. DIMATTEO e al., *op. cit.*, 288, 295-299).

troduzione della tutela amministrativa e dei rimedi collettivi. Anche questi ultimi favoriscono la negoziazione *ex post*, ma per una platea più ampia di consumatori⁸⁶.

Nei contratti che non coinvolgono consumatori, la negoziazione sui rimedi è possibile, ma incontra spesso ostacoli. Nei paesi di common law, si tratta di solito di criteri di interpretazione che non escludono del tutto l'efficacia delle clausole rimediali, ma la condizionano a scelte esplicite compiute dalle parti. L'obiettivo è di evitare che la parte danneggiata resti totalmente priva di tutela⁸⁷.

Un esempio interessante è il ricorso a clausole che sostituiscono il risarcimento dei danni con la tutela specifica nei contratti di acquisizione societaria. Negli ultimi anni, la prassi americana documenta un ampio ricorso a tali clausole. Si tratta di un evidente rovesciamento della tradizionale priorità accordata alla tutela per equivalente. Non tutte le giurisdizioni statali accettano tali clausole. La loro applicazione può essere esclusa se le corti ritengono che siano incompatibili con i tradizionali criteri di equity, a cominciare dall'adeguatezza dei rimedi risarcitori. In mancanza di esplicite dichiarazioni delle parti, le clausole penali potrebbero essere applicate congiuntamente alla tutela specifica. Tuttavia, si registra il ricorso alle clausole di tutela specifica anche nelle giurisdizioni più restie ad ammetterne la validità⁸⁸.

⁸⁶ Sui limiti della tutela, risarcitoria o ripristinatoria, che può essere ottenuta con le azioni collettive, v. D.R. HENSLER, *Using Class Actions to Enforce Consumer Protection Law*, in G. HOWELLS e al. (a cura di), *Handbook of Research on International Consumer Law*, II ed., Cheltenham, 2018, 445; C. HODGES, *Evaluating Collective Redress: Models, Evidence, Outcomes and Policy*, in A. UZELAC, S. VOET (a cura di), *Class Actions in Europe*, Cham, 2021, 19; J.E. McNULTY, *Consumer Protection Settlements: Theory and Policy*, working paper 24.08.2021 (www.ssrn.com).

⁸⁷ Per riferimenti alle esperienze inglese, canadese e americana v. E. CICCONI, *Disponibilità ed esclusività dei rimedi contro l'inadempimento contrattuale*, Milano, 2020, 19-91.

⁸⁸ T. ARNOLD e al., *"Lipstick on a Pig": Specific Performance Clauses in Action*, 2021 *Wisc. L. Rev.* 359. La giurisprudenza sulle clausole di tutela specifica è discussa in E. YORIO, S. THEL, *Contract Enforcement: Specific Enforcement and Injunctions*, II ed., New York, 2020 Supplement, par. 19-1 ss., 20-3 ss. Le corti inglesi sembrerebbero restie ad accettare una clausola di tutela specifica: v. A. BURROWS, *op. cit.*, 436 s., 462.

I vantaggi che le parti ritengono di poter ottenere sono sufficientemente ampi da giustificare il rischio che la tutela specifica sia sostituita dalla tutela per equivalente. La celebre controversia sull'acquisizione di Twitter da parte di Elon Musk conferma questa indicazione. Dopo aver stipulato l'accordo nell'aprile 2022, Musk contestò la mancata comunicazione di informazioni relative al numero di account falsi e cercò di recedere. Twitter invocò la clausola di tutela specifica dinanzi alla Chancery Court del Delaware. La disponibilità di questa corte a concedere la tutela specifica potrebbe essere uno dei fattori che hanno indotto Musk a completare l'acquisto⁸⁹.

Nei paesi di civil law, emerge con maggiore frequenza l'idea che determinati rimedi siano indisponibili perché collegati a obiettivi di interesse generale, oppure perché direttamente riconducibili alla struttura del rapporto contrattuale. Per esempio, nel diritto francese, dubbi sono stati espressi sulla possibilità di escludere o modificare la tutela specifica, ma la giurisprudenza riconosce la validità della clausola che preclude la risoluzione⁹⁰.

Nel diritto italiano, la dottrina è prevalentemente orientata a riconoscere la validità delle clausole che escludono la risoluzione e altri rimedi, ma prospetta varie ricostruzioni sui rapporti con il risarcimento del danno, il divieto di limitare la responsabilità per dolo o colpa grave e la possibilità di vagliare le scelte delle parti sulla base della clausola gene-

⁸⁹ La clausola di tutela specifica lasciava aperti alcuni problemi interpretativi: cfr. R. ANDERSON, *Limited Specific Performance in the Musk-Twitter Case and Beyond*, working paper 22 settembre 2022, www.ssrn.com). Per un'analisi empirica sull'efficienza della tutela specifica nelle acquisizioni societarie v. Y. LISTOKIN, *Empirical Case for Specific Performance: Evidence from the IBP-Tyson Litigation*, 2 *J. Empirical Legal Stud.* 469 (2005).

⁹⁰ Cfr. Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 287-289 (la tutela specifica potrebbe essere esclusa se sono disponibili altri rimedi, più incerta la validità di clausole che ne modificano il funzionamento). La clausola che esclude la risoluzione è stata considerata valida da Cass. fr. 3 novembre 2011, n. 10-26.203, *JCP*, 2012, 63, n. 18, con commento di P. GROSSER; *Contrats, conc. consom.*, 2012, comm. 36, con commento di L. LEVENEUR. Dopo la riforma del 2016, la rinuncia alla risoluzione giudiziale esclude il potere del giudice di accertare la gravità dell'inadempimento, ma potrebbe lasciare al creditore il rimedio della risoluzione stragiudiziale: cfr. C.-É. BUCHER, *La clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire*, *Contrats, conc. consom.*, 2020, n. 6.

rale di buona fede⁹¹. Non manca, però, chi esprime riserve sulla compatibilità di alcune clausole con la struttura sinallagmatica del contratto⁹².

La giurisprudenza italiana non esprime indirizzi univoci, ma lascia trasparire la volontà di verificare la validità delle clausole rimediali. Per esempio, in un caso di vendita di impianti sportivi, il venditore si era obbligato a ottenere dalle autorità competenti le concessioni in sanatoria. I giudici ritengono che l'inadempimento a tale obbligo comporti la risoluzione del contratto. Benché il venditore sostenga la presenza di una clausola che avrebbe escluso la risoluzione e previsto solo il risarcimento del danno in caso di mancata sanatoria, tale affermazione è considerata infondata. La Cassazione aggiunge che una clausola di rinuncia alla risoluzione sarebbe in contrasto con l'art. 1229 c.c.⁹³. Si tratta evidentemente di un *obiter dictum*, ma la decisione segnala che i giudici italiani non intendono rinunciare a una valutazione complessiva dei rimedi concordati dalle parti. Una conferma in tal senso si ricava anche dalle pronunce che giudicano contrarie all'art. 1229 c.c. le clausole di limitazione della responsabilità⁹⁴.

⁹¹ Cfr. L. BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irresolubilità del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, II, 536; F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 569; A. GALLARATI, *Il contratto irresolubile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola "exclusive remedy" nell'economia delle parti*, in *Contr. e impr.*, 2016, 1022; E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (Brevi spunti di riflessione sulla clausola di exclusive remedy)*, in G. GRISI, *op. cit.*, 435; B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Padova, 2019; G. AMADIO, *Le deroghe convenzionali alla disciplina della risoluzione per inadempimento*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 160-2020/C; A. SPATUZZI, *L'esclusività del rimedio nella regolamentazione contrattuale*, in *Contratti*, 2020, 205; E. CICONI, *op. cit.* (disponibilità dei rimedi per l'esatto adempimento, risarcitori e risolutori); E. PESCE, *I rimedi dell'autonomia*, Pisa, 2022 (derogabilità dei rimedi nella vendita).

⁹² Con riferimento alla rinuncia alla risoluzione, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., Milano, 2011, 944 s.; U. CARNEVALI, *Brevi note in tema di disponibilità convenzionale della disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 2021, 598.

⁹³ Cass. 9 maggio 2012, n. 7054, in *Giur. it.*, 2012, 2255, con nota di G. SICCHIERO.

⁹⁴ Cfr., per es., Cass. 12 luglio 2018, n. 18388, in *Danno e resp.*, 2019, 79, con nota di V. BRIZZOLARI (nulla la penale che stabilisce un risarcimento pari a una mensilità del servizio di vigilanza in caso di furto).

La loro validità potrebbe essere affermata interpretandole come clausole di delimitazione dell'oggetto del contratto. Si tratterebbe, cioè, di valutare quale distribuzione dei rischi contrattuali sia compatibile con la struttura del contratto e il corrispettivo pattuito. In questa prospettiva, il contenuto del contratto indica quali rimedi sono richiesti. Quando i giudici non seguono questa strada, l'obiettivo sembra essere la ricerca di criteri per controllare direttamente il contenuto delle clausole rimediali. Si tratta, quindi, di una valutazione che separa contenuto del contratto e selezione dei rimedi.

Analoghe considerazioni possono farsi con riferimento al rapporto fra clausola risolutiva espressa e principio di buona fede. L'orientamento prevalente è di utilizzare la buona fede come requisito procedimentale, non per effettuare una valutazione sulla rilevanza dell'inadempimento⁹⁵. Per esempio, è possibile invocare la clausola risolutiva espressa anche se per un lungo periodo è stato tollerato il pagamento oltre i termini contrattuali. Ma la buona fede impedisce di utilizzare la clausola senza aver preventivamente richiesto il rispetto di tali termini⁹⁶. Anche in questo caso, si tratta di un controllo sugli effetti delle clausole rimediali. Una delle finalità potrebbe essere di evitare comportamenti opportunistici del creditore.

È possibile ritenere che questi orientamenti giurisprudenziali facciano emergere un trattamento differenziato delle clausole rimediali rispetto a tutte le altre clausole? La dottrina italiana nega che un trattamento differenziato sia giustificato⁹⁷. Questa posizione finisce però per coincidere con la prospettiva monista.

⁹⁵ In termini particolarmente chiari Cass. 27 ottobre 2016, n. 21740, che in un contratto di appalto pubblico ritiene necessario interpretare la clausola risolutiva espressa secondo il criterio della buona fede per tenere conto del ragionevole affidamento, ma esclude una distinta valutazione finalizzata a giustificare l'effetto risolutorio.

⁹⁶ Cfr., per es., Cass. 1° agosto 2022, n. 23822; Cass. 8 luglio 2020, n. 14240; Cass. 6 giugno 2018, n. 14508; Cass. 31 ottobre 2013, n. 24564; Cass. 14 febbraio 2012, n. 2111. Più ambigua Cass. 23 novembre 2015, n. 23868: in un caso relativo alla risoluzione di una licenza di marchio, i giudici ritengono che la buona fede possa essere utilizzata per stabilire l'esistenza dell'inadempimento, ma non la sua rilevanza. Il confine tra le due ipotesi è a dir poco sfumato.

⁹⁷ Cfr., per es., A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, 61-65; F.P. PATTI, *La modificazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 64 ss.

Per esempio, la ricostruzione di Schwartz e Markovits, richiamata nel paragrafo precedente, suggerisce che le clausole rimediale (in particolare, la clausola penale) definiscono il contenuto dei diritti contrattuali. Grazie a tali clausole, le parti ottengono scambi efficienti e investimenti efficienti. Ai giudici spetta solo il compito di identificare, attraverso i criteri di interpretazione, tale contenuto. Il rimedio contrattuale non deve essere scelto dai giudici, perché deriva automaticamente dal contenuto dei diritti contrattuali. Questo argomento monista offre un chiaro sostegno alla libertà delle parti di negoziare i rimedi. Più precisamente, in questa ricostruzione le clausole relative alle conseguenze dell'inadempimento non sono rimedi, ma componenti del diritto contrattuale.

In una prospettiva diametralmente opposta, è possibile sostenere che i rimedi siano espressione del potere dello Stato di stabilire quale debba essere la reazione appropriata a un comportamento illegale. Solo la valutazione imparziale dei giudici potrebbe garantire contro gli eccessi di una 'privatizzazione' dei rimedi. Si tratterebbe, quindi, di un potere non circoscritto al controllo della vessatorietà o abusività delle clausole. Anche laddove non vi siano asimmetrie di potere contrattuale, i principi dello stato di diritto richiederebbero valutazioni che vadano oltre gli interessi immediati delle parti. Per ragioni di parità di trattamento, si potrebbe ritenere che inadempimenti dello stesso tipo debbano ricevere dall'ordinamento risposte simili, anche quando le parti abbiano concordato clausole rimediale. In questa prospettiva, le clausole rimediale hanno caratteristiche profondamente diverse dalle altre clausole contrattuali. Queste ultime consentono alle parti di collaborare, sono cioè espressione della loro autonomia nella scelta delle forme di coordinamento fra soggetti indipendenti. A patto che non siano contrarie a norme imperative, le clausole relative al programma contrattuale non richiedono un ulteriore scrutinio giudiziale. Viceversa, le clausole rimediale abrogano o modificano i diritti previsti dall'ordinamento in presenza di un comportamento giudicato illegale. In virtù di questa caratteristica, un'ulte-

riore valutazione delle loro conseguenze può essere considerata necessaria⁹⁸.

Queste argomentazioni non portano necessariamente alla conclusione che tutte le clausole rimediali debbano essere vietate. Suggestiscono, però, un approccio dualista a tali clausole. Varie ragioni, non direttamente collegate ai diritti contrattuali delle parti, potrebbero giustificare una valutazione giudiziale in fase di applicazione delle clausole:

- (i) Nel caso di contratti dei consumatori, la valutazione giudiziale dovrebbe garantire che i rimedi previsti da regole imperative possano essere effettivamente attivati con costi limitati.
- (ii) Nei contratti che non coinvolgono consumatori, la valutazione giudiziale dovrebbe garantire che il rimedio concordato non produca un arricchimento ingiustificato, non sia irrisorio, non consenta comportamenti opportunistici di una delle parti, non comporti costi elevati di supervisione per il sistema giudiziario, non determini una combinazione irragionevole o sproporzionata di differenti rimedi, non si traduca nell'attribuzione ai privati del potere di erogare sanzioni con effetti punitivi.

L'ultimo aspetto da considerare è la negoziazione che potrebbe seguire l'applicazione di un determinato rimedio. Se la negoziazione è possibile, l'esito finale di una controversia potrebbe determinare l'allocazione efficiente delle risorse, o un'allocazione che le parti percepiscono come equa.

La domanda è se sia possibile facilitare una negoziazione efficiente o equa. Le indagini empiriche offrono risultati contrastanti. Nelle controversie di vicinato, la negoziazione è rara in alcuni casi, più frequente in altri. La scelta di negoziare può essere dovuta a valutazioni economi-

⁹⁸ S.V. SHIFFRIN, *Remedial Clauses: The Overprivatization of Private Law*, 67 *Hastings L.J.* 407 (2016). Una ricostruzione analoga è proposta, con riferimento al diritto inglese e canadese, da S. WADDAMS, *Sanctity of Contracts in a Secular Age: Equity, Fairness and Enrichment*, Cambridge, 2021, 7, 70, 91: l'attuazione dei diritti contrattuali non è assoluta, ma dipende dal modo in cui i poteri statali decidono di utilizzare gli strumenti coercitivi di cui dispongono. Il contenuto del contratto può essere modificato per evitare risultati considerati contrari a principi di giustizia o arricchimenti ingiustificati. È esplicito il collegamento con le posizioni del realismo giuridico americano che hanno sottolineato la dimensione pubblica del diritto contrattuale. Cfr. M.R. COHEN, *The Basis of Contract*, 46 *Harv. L. Rev.* 553 (1933).

che oppure essere influenzata da fattori emozionali legati alle relazioni interpersonali. Non è chiaro se la concessione della tutela inibitoria o della tutela risarcitoria faciliti o impedisca la negoziazione⁹⁹.

Anche in altri contesti, per esempio le violazioni della proprietà intellettuale, l'esito è del tutto indeterminato: la disponibilità di valutazioni economiche potrebbe determinare un esito efficiente, ma non può escludersi che fattori cognitivi, strategie negoziali e costi transattivi ostacolino la negoziazione¹⁰⁰.

Selezionare il rimedio sulla base della probabilità che le parti negozino è spesso impossibile. Più plausibile potrebbe essere una strategia che cerca di favorire la negoziazione prima che il giudizio si concluda. Questo risultato potrebbe essere ottenuto prospettando alle parti di una controversia un esito che non garantirebbe a nessuna di esse una piena soddisfazione¹⁰¹.

La principale incognita è la disponibilità di informazioni che consentano ai giudici di calibrare il rimedio. Qualora le informazioni non siano disponibili, il rimedio dovrebbe essere selezionato in modo da ridurre o eliminare la probabilità di ulteriori controversie, fra le stesse parti o fra parti che in futuro si trovino nella medesima situazione. Que-

⁹⁹ W. FARNSWORTH, *Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral*, 66 *U. Chi. L. Rev.* 373 (1999); ID., *The Economics of Enmity*, 69 *U. Chi. L. Rev.* 211 (2002); D. LAYCOCK, *op. cit.*, 32 s.; D. RENDLEMAN, *op. cit.*, 1914-1924; Y.-C. CHANG, C.-C. LIN, *Do Parties Negotiate After Trespass Litigation? An Empirical Study of Coasean Bargaining*, NYU Center for Law, Economics and Organization, Law & Economics Research Paper Series No. 19-06.

¹⁰⁰ Cfr., per es., M.A. LEMLEY, *Contracting Around Liability Rules*, 100 *Cal. L. Rev.* 463 (2012); T.F. COTTER, *On the Economics of Injunctions in Patent Cases*, 11 *Intellectual Property J.* 293 (2019); B. ARD, *More Property Rules than Property? The Right to Exclude in Patent and Copyright*, 68 *Emory L.J.* 685 (2019).

¹⁰¹ Si tratterebbe di una *penalty default rule*: il suo obiettivo è di penalizzare una o entrambe le parti per indurle a negoziare in modo efficiente. La prima discussione è dovuta a I. AYRES, R. GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 *Yale L.J.* 89 (1989). Per un'applicazione nel senso indicato nel testo in ambito contrattuale v. M.C. JENNEJOHN, *Contract Adjudication in a Collaborative Economy*, 5 *Va. L. & Bus. Rev.* 173 (2010). Con riferimento alla proprietà intellettuale v. K.A. GARCÍA, *Penalty Default Licences: A Case for Uncertainty*, 89 *N.Y.U. L. Rev.* 1117 (2014); ID., *Super-Statutory Contracting*, 95 *Wash. L. Rev.* 1783 (2020); B. ARD, *Taking Access Seriously*, 8 *Tex. A&M L. Rev.* 225 (2021).

sto tipo di valutazioni riflette un approccio dualista: il rimedio è selezionato sulla base di fattori che emergono *ex post* e non riguardano esclusivamente le situazioni giuridiche sostanziali.

5. Conclusioni: rimedi e cambiamento giuridico

La prima ragione a favore della prospettiva rimediale concentra l'attenzione sulle possibili interazioni fra diritti e strumenti di tutela. Invece di supporre che ciascun ordinamento rimanga fedele al primato storico di una delle due prospettive, è più utile andare alla ricerca dei fattori che determinano l'equilibrio tra fase *ex ante* (relativa alla definizione del contenuto sostanziale) e fase *ex post* (relativa alla selezione del rimedio).

Il modo in cui paesi di common law e di civil law interpretano la complementarità fra le due fasi offre preziose indicazioni per la ricerca di analogie e differenze. La prevalenza di una visione monista o dualista può determinare risposte diverse in materia di discrezionalità dei giudici e di individuazione di principi comuni a diverse aree del diritto privato. Le due visioni offrono anche indicazioni sul modo in cui ciascun ordinamento governa i rimedi in sistemi regolatori multilivello.

La seconda ragione a favore della prospettiva rimediale riguarda la possibilità di definire un regime differenziato per la negoziazione delle clausole rimediali. Se i controlli relativi agli squilibri di potere contrattuale sono comuni a tutte le clausole, valutazioni ulteriori sono spesso richieste allorché si deve vagliare la compatibilità fra clausole rimediali, interessi delle parti e interessi collettivi. Un regime differenziato per le clausole rimediali può essere considerato il riflesso di quella complementarità fra diritti e strumenti di tutela che ciascun ordinamento cerca faticosamente di costruire. Aderire a un approccio dualista non significa restringere gli spazi di autonomia privata, ma accettare l'idea che l'esercizio di quell'autonomia in materia di rimedi richieda solide giustificazioni.

La complessità delle interazioni fra diritti e rimedi rimanda ai processi di cambiamento giuridico. Spesso, il cambiamento abbraccia solo la dimensione sostanziale o solo la dimensione rimediale. Ciascun ordi-

namento deve attivare le soluzioni di cui dispone per mettere in dialogo e connettere le due dimensioni. Che si tratti di governare nuove relazioni commerciali, nuovi rischi tecnologici o nuovi interessi, l'efficacia delle risposte è direttamente collegata alla capacità di riconoscere le opportunità per rendere possibile tale connessione.

INTERPRETAZIONE FUNZIONALE E NUOVI RIMEDI NEL DIRITTO DEL LAVORO

Giorgio Bolego

SOMMARIO: 1. *Interpretazione funzionale e rimedi nell'epoca della Modernità.* 2. *L'interpretazione funzionale nel diritto del lavoro.* 3. *La prospettiva rimediale nel diritto del lavoro.*

1. Interpretazione funzionale e rimedi nell'epoca della Modernità

Le relazioni che abbiamo ascoltato in occasione di questa inaugurazione dell'anno accademico del dottorato trentino si sviluppano su temi e linee di ricerca diverse; tuttavia, presentano una certa convergenza su taluni punti di analisi.

Entrambe le relazioni, infatti, partono dalla considerazione che l'odierna configurazione degli ordinamenti giuridici è caratterizzata dal progressivo emergere e consolidarsi di uno spazio istituzionale e teorico specificamente rivolto ai problemi che si presentano nella realtà e all'individuazione dei modi per garantire la tutela giurisdizionale dei diritti. Ciò deriva dal fatto che il diritto della Modernità deve fare i conti con l'incessante mutare della vita, con i cambiamenti sociali ed economici, che il diritto è chiamato a governare, fornendo tutela ai bisogni emergenti¹.

In questa prospettiva il professor Mazzamuto ha esaminato il tema delle forme e delle tecniche di tutela, evidenziando che – attualmente – la questione più controversa attiene alla individuazione del rimedio di

¹ Secondo M. BARCELLONA, *Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto*, in questo Volume, § 4, «la Modernità, infatti, si distingue da ogni altra epoca del mondo per il carattere intrinsecamente evolutivo della sua struttura sociale e delle relazioni che disegna».

volta in volta adottabile al fine di garantire effettività alla tutela del bisogno fatto valere².

Il professor Barcellona, invece, ha sviluppato il proprio ragionamento in relazione alle tecniche di interpretazione del diritto, ma sempre al fine di individuare il rimedio applicabile al caso concreto. Egli ha rappresentato tale problematica come una sorta di triangolazione tra *caso – giustizia – rimedio*, sottolineando che questo tipo di ricostruzione supera la concezione kelseniana secondo cui la legge è composta da fattispecie e sanzione³. Infatti, la dottrina dei rimedi, alla quale si ispirano entrambe le relazioni, spezza il collegamento tra fattispecie e sanzione, per riconoscere il primato della giustizia, portando ad affermare che il diritto non si identifica con la legge, ma con la decisione del singolo caso⁴ o, per dirla con Mazzamuto, con il rimedio adottabile per dare soddisfacimento al bisogno fatto valere nel caso concreto: «la modalità concreta di soddisfacimento di tale bisogno»⁵.

Ciò significa che nell'epoca della Modernità si è radicalmente modificata la concezione, almeno maggioritaria, del diritto, che viene ora focalizzata assumendo il punto di vista del giudizio, sia in relazione alla fase dell'interpretazione, sia a quella di individuazione del rimedio applicabile.

Tale approccio, se comparato a quello delle epoche precedenti, presenta tratti di significativa innovatività. Se il giusnaturalismo guardava al diritto a partire dall'individuo e il positivismo muoveva dallo Stato legislatore, per la nuova prospettiva del giudizio – del diritto funzionale al governo del cambiamento –, il diritto del quale si invoca la tutela giurisdizionale pone al centro del ragionamento la relazione che concretamente intercorre tra le parti e, quindi, assegna al giudice un ruolo da protagonista.

Tale cambio di prospettiva ha contribuito in modo decisivo a superare il positivismo pandettista, che ingabbiava il ragionamento giuridico in una trama aprioristica di concetti. Ha inoltre contribuito a far venire meno la convinzione secondo cui l'interpretazione sarebbe un'attività

² S. MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi*, in questo Volume, § 5.

³ M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 2.

⁴ M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 4.

⁵ Così, S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, § 5.

puramente conoscitiva, essenzialmente rivolta a scoprire il vero significato delle disposizioni legislative e/o ad accertare la vera volontà o intenzione del legislatore.

Se si adotta la prospettiva del giudizio, o del processo, emergono due novità particolarmente rilevanti, le quali risultano, peraltro, collegate tra loro: la prima è che il diritto non si può più ricostruire semplicemente partendo dalla legge, poiché occorre muovere dai dati di realtà; la seconda è che l'interpretazione è sempre funzionale all'adozione di una decisione.

In relazione alla prima delle due novità, il metodo concettuale riteneva che i problemi concreti di cui la vita si compone rappresentassero i settori a cui applicare i concetti giuridici. Attualmente, invece, si prende atto che nel giudizio la dinamica si capovolge: l'esatta individuazione del problema di riferimento costituisce un *prius* logico rispetto alle scelte di ordine regolativo, perché è il problema stesso a porre al sistema le domande alle quali quest'ultimo deve rispondere⁶.

La questione di fondo esaminata da entrambi i nostri relatori attiene dunque al rapporto tra *problema* e *sistema*, che viene affrontata in due prospettive diverse, ma pur sempre rivolte a individuare i limiti al potere giudiziario, al fine di contenere il giudizio all'interno dei vincoli di sistema.

In quest'ottica Barcellona mette in luce la distinzione tra prassi *eversiva*, che si traduce in una «nuova scrittura» della norma giuridica ad opera del giudice e determina la giurisprudenza *usurpativa* istituendo nei fatti una regola diversa da quella in essa prima sancita⁷; e prassi *implementativa*, che consiste nella semplice «riscrittura» della norma⁸,

⁶ In tal senso v. L. NOGLER, *L'interpretazione giudiziale nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 117, argomentando sulla base della ricostruzione di L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3 ss. Secondo M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 1, «il diritto e le sue norme devono essere interrogati in modo appropriato, e cioè con domande che siano all'altezza della sua costruzione intrinsecamente funzionale e delle virtualità regolative che questa sua natura gli conferisce».

⁷ Così, M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 1.

⁸ M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 1.

per adattarla alla nuova realtà sociale, al mondo che cambia e si presenta sempre più complesso.

Ora, come rilevato da Barcellona, «ogni diritto in ogni epoca della società risponde alla comune funzione di dirimere i conflitti che ineriscono alla struttura sociale sua propria e risolvere i problemi che ne derivano»⁹. Tuttavia, nel diritto della Modernità e della complessità, questo compito è divenuto intrinseco del suo stesso modo di essere. Il diritto della Modernità si è andato delineando come diritto funzionale al governo del cambiamento, il cui compito consiste nell'adeguare i precetti ai mutamenti che intervengono nella società.

In quest'ottica l'interpretazione costituisce lo strumento con il quale il diritto si produce e continuamente si ridetermina per fronteggiare l'urgenza delle nuove complessità.

Per far questo, cioè per consentire al giudice di adeguare il diritto al mondo che cambia, occorre ricercare la *ratio* della norma e, sulla base di essa, procedere all'interpretazione, al fine di attribuirvi il significato corrispondente al governo del cambiamento, considerando la complessità, ma senza debordare nella prassi eversiva.

Attraverso questo tipo di interpretazione, la fattispecie, che delinea l'ambito di applicazione della norma, è oggetto di una rilettura che va oltre l'originaria rappresentazione dell'"espressione aritmetica" (la fattispecie come somma di elementi che la compongono), e considera la *ratio* sistemica alla quale essa risponde.

Sul piano delle conseguenze, invece, si tratta di individuare il giusto rimedio che possa garantire al soggetto la protezione del bisogno di cui invoca tutela, tenendo conto che il rimedio è il dispositivo tecnico che si pone a ridosso del bisogno di tutela¹⁰. Ciò, secondo Mazzamuto, è agevolato dalla stessa legge che con sempre maggior frequenza abbandona la logica puramente attributiva di nuovi diritti per dettare rimedi sostanziali e processuali, che si ricollegano a specifiche *ratio* di politica legislativa. Infatti, l'idea che va maturando è che la logica rimediabile sia una prospettiva che può essere adottata tanto dal legislatore in sede di normazione, quanto dalla dottrina in sede di ricostruzione del sistema,

⁹ Così, M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 4.

¹⁰ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, § 5.

ma anche dalla giurisprudenza in sede di decisione delle singole controversie, sia pur nei limiti di contesto previsti dal sistema ordinamentale preposto al governo del contesto economico-sociale¹¹.

Detto in altri termini, ai giorni nostri l'attività giuridico-interpretativa-rimediale è connotata da una *libertà limitata*, sia per quanto attiene alla valutazione delle premesse fattuali (fattispecie), sia in relazione alle conseguenze concrete che le scelte regolative impongono ai consociati (rimedi).

2. *L'interpretazione funzionale nel diritto del lavoro*

Tali ricostruzioni assumono fondamentale importanza nell'ambito del diritto del lavoro, che costituisce una disciplina estremamente dinamica e mutevole, soprattutto in ragione della sua esposizione ai cambiamenti economici, sociali, tecnologici e, non da ultimo, all'emergere dei nuovi bisogni delle persone che lavorano.

Provo ora a fare qualche esempio per dare senso pratico in ambito giuslavoristico alle considerazioni fin qui sviluppate.

L'attuale formulazione dell'art. 19 St. lav. stabilisce che

Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva nell'ambito delle associazioni sindacali che siano *firmatarie* di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva (*corsivo mio*).

Muovendo dal tenore letterale, la lettura data dalla Corte costituzionale a tale disposizione era nel senso che la facoltà di costituire le r.s.a. fosse riservata ai soggetti collettivi che, dopo aver partecipato attivamente alle trattative, avessero sottoscritto il contratto collettivo¹². Tuttavia, più

¹¹ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, § 5.

¹² In tal senso v. C. cost. 12 luglio 1996, n. 244, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 447, con nota critica di G. PERA, *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, il quale aveva ritenuto molto apprezzabile il passo della sentenza ove si precisa che, ai fini, non è sufficiente la mera adesione formale al contratto collettivo, «ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto» (*ivi*, 449).

recentemente, l'interpretazione del giudice delle leggi è andata nel senso di considerare anche le organizzazioni sindacali non firmatarie del contratto collettivo, ma che abbiano partecipato attivamente alle trattative, all'esito delle quali abbiano deciso di non sottoscrivere il contratto stesso¹³.

Partendo dall'ovvia considerazione che partecipare alle trattative non è sottoscrivere il contratto collettivo, ci si deve chiedere se questa linea interpretativa dia origine a una prassi eversiva, oppure implementativo-funzionale, cioè volta ad adattare la norma alle nuove problematiche emergenti dal sistema delle relazioni industriali. A me pare si tratti di una interpretazione funzionale, poiché si ispira alla *ratio* della disciplina che è quella di garantire il sostegno legislativo – attraverso il riconoscimento dei diritti sindacali – a quelle organizzazioni sindacali che si dimostrino rappresentative, cioè idonee a rappresentare gli interessi dei lavoratori.

In base al ragionamento svolto poc'anzi si può presentare la questione nei seguenti termini: l'analisi del problema fa emergere che l'idoneità a rappresentare può derivare anche dalla mancata sottoscrizione del contratto collettivo perché ritenuto svantaggioso per i lavoratori. L'interprete si pone allora il problema di valutare se sia possibile o no dare rilevanza a tale fatto, e la risposta positiva può essere giustificata sulla base della *ratio* dell'art. 19 st. lav., che è quella di sostenere, attraverso il riconoscimento dei diritti sindacali, le organizzazioni collettive idonee a rappresentare gli interessi dei lavoratori, tenendo presente che tale idoneità può risultare anche dal rifiuto di sottoscrivere un contratto collettivo ritenuto svantaggioso per i lavoratori.

Si tratta, dunque, di interpretazione funzionale, che consente al sistema di respirare, rendendolo mobile e aperto alle innovazioni, cioè capace di governare i problemi derivanti dai cambiamenti che si realizzano nel sistema di relazioni industriali.

Analoghe considerazioni si possono svolgere in relazione alla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Al riguardo, un orientamento dottrinale sostiene che la regola giurisprudenziale del *repêchage*,

¹³ Cfr. C. cost. 23 luglio 2013, n. 231, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 979, con nota di R. ROMEI, *L'art. 19 St. lav. è incostituzionale, ma nessuno lo sapeva*.

quale elemento costitutivo del g.m.o., sia frutto dell'attività creativa del giudice, fuori dalla portata normativa dell'art. 3 della l. n. 604/1966¹⁴. Tuttavia, in un sistema ispirato dai principi costituzionali il problema posto dalla regola giurisprudenziale della ri-adibizione del lavoratore non è più quello di stabilire se la *ratio* iniziale dell'art. 3, l. n. 604/1966 includesse o no la regola del licenziamento come *extrema ratio*. Il vero interrogativo da porsi è se la regola, ormai di diritto vivente, sia o meno riconducibile a una interpretazione conforme al quadro costituzionale e sia integrabile nel sistema funzionale al governo del cambiamento¹⁵.

Un terzo esempio può essere ricavato dall'evoluzione della nozione di orario di lavoro che la disciplina eurounitaria (direttiva UE n. 88/2003) e domestica (d.lgs. n. 66/2003) definiscono come «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio delle sue attività o funzioni». Invero, se le sentenze SIMAP¹⁶ e Jaeger¹⁷, risalenti alla fine del secolo scorso, hanno affermato che i tre criteri debbono ricorrere congiuntamente e che la nozione di orario va intesa come «disponibilità sul luogo di lavoro», le più recenti sentenze Tyco¹⁸, Matzak¹⁹, Radiotelevisione Slovenia e Offenbach²⁰ hanno avuto

¹⁴ Di interpretazione *praeter legem* parla M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 34 e, sulla sua scorta, M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005, 105; L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Napoli, 2009, 187.

¹⁵ In tal senso v. L. NOGLER, *op. cit.*, 119; in giurisprudenza v. ora C. cost. 19 maggio n. 150 che ricomprende nella nozione di g.m.o., quale fatto giuridico in senso stretto posto a fondamento del licenziamento, l'adempimento dell'obbligo di *repêchage*.

¹⁶ C. giust. 3 ottobre 2000, C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap)*, in *Foro it.*, 2000, IV, 12 ss.

¹⁷ C. giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, in *Lav. giur.*, 2003, 12, 1126 ss., con nota di A. ALLAMPRESE.

¹⁸ C. giust. 10 settembre 2015, C-266/14, *Tyco*, in *Lav. giur.*, 2016, III, 257, con nota di A. ALLAMPRESE, par. 29.

¹⁹ C. giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 1163 ss., con nota di M. MARINELLI.

²⁰ C. giust., Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *D. J. c. Radiotelevizija Slovenija*; C. giust., Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *R. J. c. Stadt Offenbach am Main*, entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, II, 309 ss., con nota di S. BELLOMO, L. ROCCHI,

modo di precisare che nella nozione di orario rientrano anche i periodi in cui il lavoratore si trova al di fuori dei locali aziendali, ma obbligato a presentarsi sul luogo di lavoro entro un breve lasso di tempo. In tal modo l'interprete, nel ricostruire la nozione di orario di lavoro, più che guardare al lavoro effettivo deve porre l'attenzione sull'effettività e la pienezza del riposo riconoscendo la giusta rilevanza alla finalità di preservare il tempo libero del lavoratore nella sua pienezza, nel perseguimento delle finalità di tutela del tempo di non lavoro, che è tale se può essere dedicato pienamente al soddisfacimento dei bisogni personali del lavoratore²¹.

3. La prospettiva rimediale nel diritto del lavoro

Mi avvio a concludere svolgendo qualche considerazione in ordine alle forme di tutela invocabili nell'ambito del diritto del lavoro, con particolare riferimento all'evoluzione che hanno avuto nel corso degli ultimi cinquant'anni.

Il diritto del lavoro, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha costituito il terreno privilegiato per l'affermarsi del *rimedio restitutorio* grazie allo Statuto dei lavoratori, che ha introdotto la c.d. tutela reale contro i licenziamenti illegittimi (art. 18) e il procedimento per la repressione della condotta antisindacale (art. 28).

Si tratta di due tecniche rimediali certamente diverse, ma che hanno in comune la tendenziale finalità a restituire il bene della vita compromesso dal datore di lavoro con il negozio di licenziamento illegittimo o con la condotta lesiva della libertà o attività sindacale o l'esercizio del diritto di sciopero.

Enfatizzando la terminologia impiegata dal legislatore – che parla di reintegrazione – la c.d. tutela reale statutaria ha portato a considerare il posto di lavoro come *new property* e la relativa disciplina come *proper-*

Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018.

²¹ In tal senso v. S. BELLOMO, *Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, n. 19/2022; P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, *ivi*, n. 9/2022.

ty rule, che è stata oggetto di severe critiche nel corso dei primi dieci anni di questo secolo²².

Così, sebbene la Cassazione a S.U. con l'importantissima sentenza n. 141/2006 abbia ricostruito la tutela reale contro i licenziamenti come forma di condanna al risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.)²³, che Mazzamuto riconduce a una tecnica di tutela *latu sensu* restitutoria²⁴, dalle critiche alla *property rule* sono derivate le importanti riforme del 2012 (c.d. riforma Fornero) e del 2015 (c.d. *Jobs Act*). La riforma Fornero, come noto, ha rotto un "tabù" e ha riscritto l'art. 18 st. lav., introducendo quattro diversi regimi protettivi, cioè quattro diversi rimedi, a seconda della gravità del vizio del negozio di licenziamento²⁵. Il *Jobs Act*, invece, ha superato l'art. 18 St. lav., sia pur per i soli rapporti di lavoro instaurati dal 7 marzo 2015, introducendo una tutela meramente indennitaria originariamente pensata come conseguenza di un calcolo aritmetico: due mensilità per ogni anno di anzianità di servizio con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità della retribuzione utile per il calcolo del TFR, elevate da sei a trentasei mensilità dal d.l. n. 87/2018 (c.d. decreto dignità), conv. dalla l. n. 96/2018.

In tal modo, la materia che è stata la culla della tecnica restitutoria si è avviata verso una progressiva deriva risarcitoria, se non addirittura indennitaria²⁶. Nel contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti, infatti, la reintegrazione nel posto di lavoro trova applicazione soltanto nei casi di licenziamento nullo (in quanto discriminatorio o negli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge) o in caso di insussistenza del fatto materiale contestato direttamente dimostrata in giudizio,

²² Cfr. P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Milano, 2012, 792 ss.

²³ Pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 440, con nota di A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*.

²⁴ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, § 4.

²⁵ Per l'individuazione dei quattro diversi regimi sanzionatori v. R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2014, 15 ss.

²⁶ In tal senso S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di Civil Law: il caso italiano*, in *www.juscivile.it*, 2019, fasc. 6.

mentre in caso di carenza delle ragioni giustificatrici trova applicazione una tutela indennitaria da calcolarsi, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 178/2018²⁷, in misura variabile tra le sei e le trentasei mensilità.

Analoghe considerazioni possono svolgersi per quanto riguarda la tutela della professionalità del lavoratore. Invero, in relazione a tale bene della vita, la protezione offerta dal legislatore – dopo le modifiche apportate all’art. 2103 c.c. dall’art. 2, d. lgs. n. 81/2015 – è ora nel senso di ammettere l’arretramento professionale di un livello in presenza di mutamento degli assetti organizzativi (art. 2103, co. 2, c.c.) o nei casi previsti dalla contrattazione collettiva (art. 2, co. 4, c.c.), a condizione che rimanga comunque invariata la categoria legale e la retribuzione. Si tutela dunque pienamente la posizione economica, non già quella professionale del lavoratore realizzando una inedita scissione tra inquadramento formale ed effettivo²⁸, che ammette il demansionamento del lavoratore, alterando però il «nesso di corrispettività a svantaggio del datore di lavoro»²⁹.

Non da ultimo, la tecnica della nullità di protezione, ampiamente utilizzata nel diritto del lavoro in ragione della sua funzione protettiva, presenta elementi di assoluta peculiarità, quanto meno in relazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Infatti, nonostante la contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni intervenuta nell’ormai lontano 1993, l’art. 36, co. 5 del d. lgs. n. 165/2001 (c.d. T.U. sul pubblico impiego) stabilisce che

in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo

²⁷ In *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 1031, con nota di P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l’indennizzo nella sentenza della Consulta*.

²⁸ M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, n. 48/2015, 52.

²⁹ R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 62/2015, 10.

indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione.

Si esclude dunque l'operatività della trasformazione del contratto di lavoro flessibile in contratto di lavoro normale, cioè l'applicazione dell'art. 1419, co. 2, c.c., e si riconosce al lavoratore interessato il «diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative».

Va peraltro osservato che a escludere l'operatività del rimedio ripristinatorio, con riconoscimento del solo risarcimento monetario, non sono le esigenze organizzative della P.A., bensì i vincoli di finanza pubblica e il principio del pubblico concorso, che trovano espressa tutela, rispettivamente, negli artt. 81 e 97 Cost.

LE “NUOVE” SENTENZE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO: L’ESITO NATURALE DI UN’INTERPRETAZIONE FUNZIONALE?

Antonio Cassatella

SOMMARIO: 1. *Il giudice amministrativo come interprete e creatore di diritto.* 2. *L’incidenza delle tesi di Barcellona e Mazzamuto sull’analisi delle “nuove” sentenze del giudice amministrativo.* 3. *La sentenza meramente conformativa.* 4. *Il prospective overruling.* 5. *La sentenza normativa.* 6. *Le ragioni della giurisprudenza e le necessità del sistema: per un uso adeguato delle interpretazioni funzionali.*

1. Il giudice amministrativo come interprete e creatore di diritto

Per quanto gli studiosi di ermeneutica si siano raramente occupati del fenomeno, i problemi sottesi all’interpretazione della disciplina amministrativa sono rilevanti sia sul piano quantitativo che qualitativo¹.

Sul piano quantitativo la mole delle disposizioni legali e regolamentari dedicate all’amministrazione rappresenta, secondo stime attendibili, la maggior parte del diritto positivo italiano. Si tratta di una legislazione frammentaria e instabile, priva di carattere sistematico e condizionata

¹ Restano essenziali, anche in chiave teorico generale, le riflessioni di M.S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo*, Milano, 1939, *passim*, cui hanno fatto seguito, nella letteratura successiva, i contributi di G. CORSO, *L’interpretazione della legge nel diritto amministrativo*, in A. PALAZZO, *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 251 ss.; L.R. PERFETTI, *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo e interpretazione delle norme*, in *Annuario Aipda 2004*, Milano, 2005, 37 ss.; S. VASTA, *Alcune riflessioni sull’interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 473 ss.

da fattori esogeni, quali la pluralità delle fonti dell'agire amministrativo e l'ineliminabile presenza di aporie e lacune².

Lo stesso compito del legislatore appare comunque improbo, a fronte della vastità dei fenomeni da regolare. La pretesa di codificare una parte generale del diritto amministrativo – alla stregua di quanto avviene per il diritto civile o penale – risulta quindi vana, come conferma la diffusione di instabili testi unici settoriali, dedicati ad ambiti di intervento come l'edilizia, l'ambiente, i beni culturali, i contratti pubblici³.

Sul piano qualitativo, tale disciplina incide marcatamente sul godimento dei diritti e sull'attrattività socioeconomica del Paese nell'ambito della circolazione globale di persone e capitali.

Se può sembrare enfatica la tesi per cui il diritto amministrativo sarebbe un diritto costituzionale calato in concreto, metro dell'effettività dei principi declamati nelle carte costituzionali, non è dubbio che, quando venga in gioco il problema della titolarità e dell'estensione dei diritti di fronte ai pubblici poteri, si pongano questioni interpretative di notevole delicatezza, sovente connotate da un'intrinseca politicità⁴.

Quantità e qualità dei problemi ermeneutici inerenti alle controversie amministrative spiegano perché si sia storicamente attribuita note-

² Fra i vari contributi tesi a mettere in rilievo cause e conseguenze di un problema endemico cfr. almeno S. CASSESE, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 389 ss.; B.G. MATTARELLA, *La fabbrica delle leggi*, Bologna, 2011, *passim*; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.; F. MERUSI, *Sulla decostruzione del diritto amministrativo*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 27 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 97 ss.

³ È appena il caso di osservare, per il lettore che non si occupa del tema, come il ruolo di codice della parte generale del diritto amministrativo non possa essere attribuito alla l. n. 241/1990. Essa disciplina segmenti dell'attività amministrativa mediante la fissazione di norme di principio suscettibili di integrazione nell'ambito dei singoli settori di riferimento. Sulla rilevanza della l. n. 241/1990 rispetto alla residua disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrativa cfr., da ultimi, i contributi raccolti in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, *passim*.

⁴ Circa i rapporti fra diritto costituzionale e amministrativo nel senso richiamato, e non integralmente condiviso, cfr. F. WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in *DVBl*, 1959, 527 ss.

vole importanza alla giurisprudenza quale fattore di integrazione e concretizzazione della disciplina di riferimento.

Si è osservato, a questo proposito, come in quest’ambito tendano ad assottigliarsi le differenze fra sistemi di *common* e *civil law*, dato che nell’Europa continentale è frequente la figura del *judge made law*. Basti l’esempio dell’opera di edificazione del diritto amministrativo francese da parte del *Conseil d’État*, per molti aspetti anticipatoria dell’attività svolta dal Consiglio di Stato italiano⁵.

Il dato trova conferma sul piano empirico. Non vi è istituto di diritto amministrativo che non sia stato prima elaborato dai giudici sulla base di argomentazioni di principio, per poi essere consolidato dal legislatore; o che, elaborato dal legislatore, non sia stato soggetto all’opera integrativa del giudice.

Su questo sfondo, una questione particolarmente interessante e attuale concerne l’interpretazione delle disposizioni di diritto processuale. Benché il processo codificato nel 2010 possa essere inteso come il risultato di prassi affinate nel corso dei decenni, è significativo osservare come l’intervento del legislatore non abbia avuto effetti stabilizzanti.

La causa più immediata dei fermenti interpretativi va rinvenuta nell’art. 1 c.p.a. e nell’introduzione del principio direttivo di effettività della tutela, da stabilire anche in rapporto agli artt. 24 Cost., 6 Cedu e 47 della Carta di Nizza. Per quanto una parte della dottrina critichi il principio, in quanto tautologico e privo di valore euristico⁶, la giurisprudenza ne ha fatto uso per ampliare le tutele disponibili e per ridefinire il ruolo del giudice nella gestione delle controversie.

L’aspirazione alla tutela effettiva è divenuta il viatico per giustificare fenomeni compositi, come l’atipicità delle azioni, la cognizione estesa all’intero rapporto controverso, l’ampliamento delle misure cautelari e degli effetti conformativi del giudicato, la necessaria integrazione fra giudizi di cognizione e di ottemperanza.

⁵ Si segnalano per tutti le considerazioni, realistiche e storicistiche, di S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.

⁶ Cfr. R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai “cavalieri dell’apocalisse”?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.

Si è dunque lontani dall'ispirazione chiovendiana per cui il processo dovrebbe garantire all'attore-ricorrente tutto (e solo) quanto gli spetti sulla base del diritto sostanziale. Rovesciando i termini del discorso, il processo sembra semmai garantire alle parti quanto rientri nella disponibilità del giudice quale "signore" della controversia⁷: in un sistema di *judge made law* non sorprende, del resto, che *remedies precede rights*.

Ai fini di questo scritto non interessa approfondire i percorsi intellettivi che consentono al giudice di pervenire a tali risultati, connessi all'ulteriore tema della sua legittimazione democratica quale creatore di nuovo diritto al posto di un legislatore inerte o contraddittorio. Si tratta di temi che fuoriescono dall'oggetto della scienza del diritto amministrativo, e che possono essere meglio affrontate da storici, sociologi, filosofi e teorici generali del diritto⁸. Ciò non esime l'amministrativista dal dovere di isolare i dati che possano essere proficuamente impiegati da altri nell'ambito di studi sul diritto e delle teorie generali che ambiscano a coglierne l'evoluzione.

Si terrà nondimeno conto delle elaborazioni teorico-generalì che conducono pure il fenomeno in esame entro un sistema di pensiero comune all'esperienza giuridica contemporanea, magistralmente compendiate nei saggi di Barcellona e Mazzamuto presenti in questo volume.

⁷ Si tratta, quindi, di prendere atto di quanto già desumibile dall'analisi compiuta da M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, Milano, 1967, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 693, dove incidentalmente si evidenziava come la signoria della prova non fosse «che un logico accessorio della funzione "inventiva" propria del giudice amministrativo sia sul terreno della individuazione (che spesso è appunto creazione) delle situazioni giuridiche soggettive, sia sul punto della stessa formazione della regola giuridica».

⁸ Sulle origini del problema cfr. G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*³, Torino, 1993, 26 ss. Nella letteratura recente, cfr. il dibattito a distanza, e su posizioni opposte, di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 113 ss., e L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, 14 ss. Con riferimento all'esperienza tedesca cfr. invece B. RUTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, trad. it. a cura di G. Stella, Modena, 2018, 89 ss.

2. *L'incidenza delle tesi di Barcellona e Mazzamuto sull'analisi delle "nuove" sentenze del giudice amministrativo*

Il contributo di Barcellona porta a interrogarsi circa le caratteristiche funzionali dell'interpretazione praticata dal giudice amministrativo⁹. Se bene si sono intesi i termini del discorso, l'interpretazione funzionale trascende l'analogia cui rinvia l'art. 12 delle preleggi – e, con essa, la ricerca dell'identità di *ratio* fra caso regolato e non regolato dalla legge – a favore di una ricerca delle relazioni e proporzioni fra caso regolato e caso non regolato. Questo implica una maggiore libertà dell'interprete nel colmare la lacuna e determinare un'evoluzione del sistema e il suo adattamento alle necessità scaturenti dalla prassi, giacché relazioni e proporzioni possono essere stabilite a partire da una pluralità di disposizioni e frammenti normativi esistenti.

Il discorso finisce quindi per confluire nel tema posto dal saggio di Mazzamuto¹⁰, imperniato sulla dimostrazione del nesso biunivoco sussistente fra diritto sostanziale e processuale, a partire dalle disposizioni dell'art. 2907 c.c. e dalla sua interpretazione costituzionalmente orientata. Tale relazione non deve tuttavia considerarsi statica, in quanto prestabilita da leggi e codici che consolidano la tradizione e ne irrigidiscono il portato, ma andrebbe intesa come dinamica, in quanto oggetto di un'interpretazione funzionale dei rimedi sostanziali e processuali garantiti dal sistema.

Sono fenomeni noti agli studiosi di diritto amministrativo, anche in considerazione del fatto che la materia non è codificata, né costretta nelle maglie di una rigida elaborazione dogmatica. Merita di essere richiamato per esteso, al riguardo, il pensiero di Nigro in ordine al ruolo del giudice amministrativo come interprete e creatore di norme fondate sulle esigenze funzionali cui fanno riferimento sia Barcellona che Mazzamuto.

Per Nigro, la creazione di norme nel processo

è un'opera delicata di estrazione della regola giuridica dalle particolarità stesse del fatto e dal continuo collaudo di tale regola attraverso le

⁹ Cfr. M. BARCELLONA, *Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto*, in questo volume.

¹⁰ Cfr. S. MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi: ultimi sviluppi*, in questo volume.

mutevoli fattispecie dell'esperienza amministrativa. Non basta parlare, al riguardo, di funzione normativa, occorre ricordare che si tratta di funzione normativa rispetto a cui il fatto è non solo l'occasione, ma anche la misura, sia sotto il profilo soggettivo che sotto il profilo oggettivo, della regola¹¹.

Entro questa cornice teorica sembra quindi possibile saggiare alcune ricadute delle menzionate tesi, soffermando l'attenzione su alcuni nuovi tipi di sentenza emersi nella prassi giudiziale dell'ultimo decennio, a integrazione del classico modello dell'azione e sentenza di annullamento¹².

Non è dubbia, almeno dall'istituzione della IV Sez. del Consiglio di Stato, la stretta relazione intercorrente fra interesse materiale alla rimozione degli effetti del provvedimento lesivo, azione di annullamento e sentenza volta a ripristinare lo *status quo* antecedente all'esercizio illegittimo delle prerogative della p.a. Il fenomeno può essere concettualizzato in molte maniere ma, nel suo nucleo fondante, non pare differire in maniera apprezzabile dall'archetipo della tutela ripristinatoria, finalizzata a restituire all'individuo ricorrente ciò che la p.a. gli abbia illegittimamente tolto, o a rimmetterlo nelle condizioni di ottenere quanto gli sia stato illegittimamente negato.

Questo schema entra in crisi non appena ci si ponga il problema delle conseguenze derivanti dal ripristino dello *status quo ante* sugli interessi pubblici sottesi all'attività amministrativa censurata e al sopraggiunto contesto entro cui si situano gli effetti del giudicato di annullamento.

Se, in una logica individualistica, si può ritenere che l'attribuzione del bene della vita atteso dal ricorrente sia l'unica misura dell'effettività della tutela garantita dagli artt. 2907 c.c. e 24 Cost., questa conclusione non pare adatta a una logica che tenga conto delle relazioni fra interessi privati e pubblici nella cornice valoriale dello Stato pluralista. Tradizionalmente, il problema si è posto in rapporto all'incidenza delle so-

¹¹ Cfr. M. NIGRO, *Il giudice amministrativo*, cit., 693 s.

¹² Non vengono in rilievo i problemi inerenti alla disciplina delle ulteriori azioni e sentenze di condanna dell'amministrazione al rilascio di provvedimenti o al risarcimento del danno, suscettibili di separata analisi. Si tratta, infatti, di rimedi e sentenze riferiti ad altri tipi di controversie, mentre, ai fini del discorso qui seguito, si considerano solo le pronunce originate da azioni di annullamento.

pravvenienze di fatto e di diritto sull'esecuzione della sentenza e sulla sua capacità di garantire effettiva soddisfazione delle pretese del ricorrente, ma svela ora nuove coloriture¹³.

Sono gli interessi generali espressivi di valori costituzionali ed europei, che trascendono una visione individualistica dei rapporti fra persona e Stato, a determinare una diversa concezione del diritto sostanziale e degli effetti delle sentenze del giudice amministrativo. Si pensi all'incidenza, nell'esercizio dell'azione amministrativa e nella stessa gestione del processo, di valori e interessi come tutela dell'ambiente, del paesaggio, del mercato concorrenziale¹⁴. Il tema va quindi approfondito attraverso la sua analisi ravvicinata.

3. *La sentenza meramente conformativa*

L'assunto per cui l'annullamento dei provvedimenti ha sempre efficacia retroattiva rappresenta un classico dogma della scienza del diritto amministrativo. Esso vale per l'annullamento d'ufficio o su ricorso gerarchico come per l'annullamento giurisdizionale¹⁵.

L'efficacia retroattiva dell'annullamento è usualmente giustificata in rapporto alla necessità di ristabilire l'ordine originariamente violato dall'atto illegittimo, così da riparare la lesione prodottasi in forza della sua emanazione ed esecuzione. Si resta, tuttavia, nell'ambito della fin-

¹³ Per una recente ricognizione delle questioni relative al rapporto fra giudicato e sopravvenienze – specie di fatto – cfr. F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 534 ss.

¹⁴ È appena il caso di osservare come l'incidenza di tali valori vada ben oltre il tema qui esaminato, riguardando fenomeni come la legittimazione al ricorso, l'intervento di terzi, l'efficacia *ultra partes* della sentenza e simili. Per gli aspetti correlati alla legittimazione e alle caratteristiche delle parti del giudizio cfr. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020, 53 ss.; M. MACCHIA (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, *passim*, e, da ultima, G. LIGUGNANA, *Contributo allo studio della legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, Napoli, 2022, 21 ss.

¹⁵ Per l'impostazione classica cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.

zione giuridica, tanto che la piena retroattività può essere inibita da sopravvenienze di fatto che impediscano di ristabilire la situazione violata. Se ne trova chiara traccia nel brocardo *factum infectum fieri nequit*, cui fanno rinvio i giudici per giustificare una limitazione dell'efficacia ripristinatoria delle sentenze di annullamento¹⁶.

Nessuna disposizione di legge fonda o corrobora il dogma della necessaria retroattività dell'annullamento. La stessa dottrina ha messo in discussione i suoi fondamenti in rapporto all'efficacia temporale dell'annullamento d'ufficio, su cui l'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 tace. Si è osservato – anche alla luce del diritto comparato – come la tutela dell'affidamento del destinatario dell'atto favorevole soggetto a ritiro possa determinare una limitazione dell'efficacia retroattiva del provvedimento di secondo grado, giustificando un peculiare annullamento *ex nunc*¹⁷.

Su questo sfondo non può dunque considerarsi davvero rivoluzionaria la giurisprudenza che, in materia di impugnative di atti amministrativi generali, ha ritenuto possibile scomporre gli effetti della sentenza di annullamento, limitando la portata di alcune pronunce alla mera conformazione della futura attività amministrativa. Si accerta l'illegittimità di un piano viziato da errori procedurali e si ordina alla p.a. di riesercitare il potere in conformità alla regola di diritto individuata dal giudice. Non si elimina il piano impugnato, che continua a essere efficace, in peculiare funzione di salvaguardia, fino alla nuova decisione dell'amministrazione¹⁸.

Si è già osservato, in altra sede, come la soluzione possa essere giustificata, sul piano tecnico, qualificando la sentenza di annullamento alla stregua di un accertamento costitutivo, rispetto al quale il giudice conserva il potere di modulare le conseguenze dell'accertamento del

¹⁶ Per una casistica sia consentito rinviare ad A. CASSATELLA, Sub art. 34 *c.p.a.*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI (a cura di), *Commentario al codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, 362 ss.

¹⁷ Cfr. G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, Padova, 2003, ora in ID., *Scritti scelti*, Padova, 2015, 475 ss.

¹⁸ Per una recente sintesi cfr. A. GIUSTI, *Tutela di (non annullamento) e principio di legalità*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 32 ss.

vizio sul piano degli effetti costitutivi della pronuncia. Se ne desume la possibilità di scegliere se determinare il ripristino della situazione originaria o limitarsi a conformare la successiva attività della p.a.¹⁹.

Non è qui necessario ribadire i dubbi che, sul piano dello stretto diritto positivo, si possono formulare nei confronti di questa soluzione²⁰. Basti qui osservare come manchi una previsione legale che consenta al giudice di giungere a questi risultati a fronte dell'art. 113, u.c., Cost., che pone una riserva di legge in materia di pronunce di annullamento, e dell'anodina formulazione dell'art. 34 c.p.a. Sul versante letterale e sistematico la questione resta quella di interpretare il contenuto della riserva di legge – inerente alla sola individuazione del giudice competente ad annullare, o estesa al tipo legale di annullamento – e, soprattutto, il silenzio del legislatore processuale sulla portata delle sentenze di annullamento: *ubi tacuit noluit* o *voluit*²¹.

Merita, piuttosto, di essere richiamata per esteso la tesi prospettata dal Consiglio di Stato per giustificare la modulazione conformativa della sentenza.

Premesso che

la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità

¹⁹ Sia consentito rinviare ad A. CASSATELLA, *La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento e i necessari limiti della formazione pretoria del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe Abbamonte*, I, Napoli, 2019, 231 ss.

²⁰ Dubbi che, in un'occasione rimasta isolata, sono stati prospettati anche dalla stessa giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

²¹ Come puntualmente rileva A. GIUSTI, *Tutela di (non annullamento)*, cit., 40, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza potrebbe contrastare con il nuovo art. 21 *decies* della l. n. 241/1990, che disciplina il procedimento semplificato di riedizione del potere successivo all'annullamento di autorizzazioni e valutazioni di impatto ambientale. Assunto che le misure semplificatorie riguardano determinati tipi di procedimento, si ritiene che la norma dia per presupposta l'efficacia retroattiva dell'annullamento, limitandosi a stabilire come vada riesercitato il potere di riforma dell'atto annullato.

nulla esclude misure atipiche. Infatti

quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi²².

Nel caso di specie, il Wwf aveva impugnato un piano faunistico nella parte in cui la sua approvazione non era stata doverosamente preceduta da una valutazione ambientale strategia preordinata a garantire una più intensa protezione delle specie animali. Secondo il Consiglio di Stato,

ove il Collegio annullasse *ex tunc* ovvero anche *ex nunc* il piano in ragione della mancata attivazione della Vas, sarebbero travolte tutte le prescrizioni del piano, e ciò sia in contrasto con la pretesa azionata col ricorso di primo grado, sia con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nel piano già approvato (retrospettivamente o a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza, nei casi rispettivamente di annullamento *ex tunc* o *ex nunc*).

Si possono tralasciare le considerazioni di diritto europeo sulla base delle quali il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter modulare gli effetti delle proprie sentenze, esercitando un potere analogo a quello della Corte di giustizia. Viene semmai in rilievo la considerazione, qui decisiva, per cui

sarebbe contrario al buon senso, oltre che in contrasto con l'interesse fatto valere in giudizio, disporre l'annullamento *ex tunc* o *ex nunc* delle misure di tutela già introdotte, sol perché esse siano risultate insufficienti (non essendovi, né essendo stata prospettata, una normativa suppletiva di salvaguardia). Per di più, nel caso di specie, lo strumento generale programmatico e di regolamentazione è risultato privo di specifici vizi sostanziali (pur se – per il procedimento seguito – è ragionevole supporre che la mancanza della Vas abbia inciso sul suo contenuto,

²² Cfr., anche ai fini delle citazioni immediatamente successive, Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2011, n. 2755.

per l’assenza di valutazioni degli ulteriori profili di tutela prescritti dalla normativa di settore).

Nel suo nucleo fondante – eliminati gli *obiter dicta* – la sentenza esprime un tipico ragionamento funzionalmente orientato alle conseguenze. Se si annullasse il piano impugnato si determinerebbe un arretramento della protezione degli interessi diffusi azionati in giudizio dal Wwf, e, con essi, una lesione dell’ecosistema. Più coerente con le esigenze di effettività della tutela di tutti gli interessi coinvolti – compreso l’interesse pubblico alla continuità della disciplina dei piani, di cui si fa carico il giudice – è l’integrazione istruttoria del procedimento di pianificazione mediante acquisizione di una Vas, cui si finisce per attribuire, in sostanza, un peculiare effetto “sanante”²³.

La soluzione è senza dubbio ingegnosa e non priva di razionalità, confermando le peculiarità degli effetti di una sentenza che non può ricondursi a una peculiare fattispecie di annullamento parziale, rientrando nel novero delle pronunce disciplinate dall’art. 34, comma 1, lett. a) c.p.a.²⁴.

L’effetto conformativo, con rinvio all’adozione di un atto sanante, appare l’effetto di un bilanciamento di interessi compiuto dal giudice, che non applica all’atto illegittimo la sanzione dell’annullamento, ma fissa ulteriori conseguenze, volte a tutelare sia gli interessi diffusi meritevoli di protezione che gli interessi pubblici emersi nel contesto della controversia. La soluzione, a ben vedere, è agevolata dal fatto che gli interessi diffusi e gli interessi pubblici sono espressione della medesima aspirazione alla tutela di ambiente ed ecosistema, cosicché la misura conformativa disposta dal giudice determina un risultato “a somma positiva” per tutte le parti.

²³ Benché non sia oggetto di espressa codificazione nella l. n. 241/1990, l’efficacia sanante dell’atto acquisito ora per allora viene usualmente riferita ad atti vincolati in concreto, e non discrezionali, come certamente deve ritenersi la Vas. Sul punto cfr. G. FALCON, *op. cit.*, 468 ss. e, nel senso appena indicato, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*², Torino, 2017, 708.

²⁴ Per questo tentativo cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

4. *Il prospective overruling*

Nel vigente sistema spetta all'Adunanza Plenaria la funzione nomofilattica altrimenti demandata alla Corte di Cassazione.

Le radici della nomofilachia sono note e vanno necessariamente correlate a una concezione dello Stato di diritto in cui legislatore e giudice devono concorrere nel garantire la certezza delle relazioni intersoggettive mediante la formulazione di regole chiare e suscettibili di applicazione uniforme e non contraddittoria.

Che si tratti di un'aspirazione ideale, smentita dalla prassi giudiziale degli ultimi decenni, non incide sulla portata precettiva delle disposizioni dell'art. 99 c.p.a., che affidano all'Adunanza Plenaria il compito di individuare e comporre i contrasti giurisprudenziali e di risolvere, mediante la «formulazione di principi di diritto nell'interesse della legge», le «questioni di massima di particolare importanza»²⁵.

Le funzioni demandate all'Adunanza Plenaria sottendono una concezione dichiarativa delle pronunce rese ai sensi dell'art. 99 c.p.a. Si assume, infatti, che, anche a fronte di contrasti giurisprudenziali o dubbi in ordine al significato della disciplina da applicare, l'Adunanza Plenaria disveli il significato originario delle regole, così da legittimare uno degli indirizzi divergenti emersi nella giurisprudenza.

Questo modo di interpretare la funzione nomofilattica impone di applicare la soluzione individuata dalla Plenaria alla controversia che ha originato la sua pronuncia. Anche in tal caso si può dunque affermare la retroattività degli effetti della sentenza, in coerenza con la necessità di garantire che vittoria e soccombenza in giudizio vadano determinate con riferimento alle norme vigenti al momento della proposizione del ricorso e della formulazione della domanda.

Si tratta, nondimeno, di un dato che stride con la formazione giudiziale del diritto amministrativo, e con il già rilevato assunto per cui sono spesso le caratteristiche dei rimedi a comportare un ampliamento

²⁵ Su tale disciplina cfr., tra gli altri, G. CORSO, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rass. forense*, 2014, 633 ss.; E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2015, 103 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, sempre in *Rass. forense*, 2014, 641 ss.

delle garanzie sostanziali nei confronti dell'amministrazione. La fisiologica creatività del giudice pone in crisi il dogma dell'efficacia dichiarativa dell'interpretazione sottesa all'accertamento giudiziale²⁶.

Ne è cosciente la stessa Adunanza Plenaria, che, in alcune occasioni, ha attribuito alle proprie sentenze un'efficacia interpretativa *pro futuro*, facendo applicazione della tecnica del *prospective overruling* elaborata nel sistema statunitense²⁷.

Il presupposto di questo tipo di sentenza è rappresentato dalle paventate ripercussioni derivanti dalla nuova interpretazione della Plenaria sull'esito della controversia o analoghe su controversie già pendenti, come pure sulla tutela degli interessi pubblici rilevanti²⁸.

Anche in tal caso, pertanto, la fissazione degli effetti sottende argomentazioni orientate alle conseguenze della pronuncia.

Nella sentenza che, per prima, ha sviluppato questo ordine di idee, l'Adunanza Plenaria era tenuta a interpretare il regime relativo alla decadenza delle proposte di costituzione di vincoli paesaggistici su un'area

²⁶ Il problema è, invero, più vasto e concerne i limiti dell'attività di qualificazione e interpretazione della domanda giudiziale da parte del giudice, entro la cornice rappresentata dalle previsioni dell'art. 32 c.p.a. e dal contrasto latente fra autoreponsabilità della parte nella fissazione dell'oggetto della controversia e principio dello *iura novit curia*. Il contrasto si è fatto palese soprattutto con riferimento alle c.d. sentenza di “terza via” o a sorpresa, connesse all'emersione di questioni rilevabili d'ufficio in corso di causa, su cui cfr. almeno G. CREPALDI, *Le pronunce della terza via. Difesa e collaborazione nel processo amministrativo*, Torino, 2018, *passim*; F. SAITTA, *La “terza via” e il giudice amministrativo: la “questione rilevata d'ufficio” (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 827 ss.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2021, n. 5556; Cons. Stato, Sez. VI, 23 dicembre 2020, n. 8285. Sulle matrici culturali del fenomeno cfr. U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 148 ss. Con riferimento all'applicazione di questa tecnica nelle sentenze della Plenaria cfr. A. DE SIANO, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1134 ss.

²⁸ Così argomentando, si assume che il precedente giudiziario, ancorché non vincolante, abbia una particolare efficacia persuasiva soprattutto nei confronti di privati e amministrazioni, ossia di soggetti e istituzioni che – ancorché in possesso di conoscenze giuridiche – possono ragionevolmente confidare sulla stabilità di determinati indirizzi. Per una ricognizione del dibattito cfr. A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della p.a.*, Napoli, 2018, 134 ss. e, in particolare, 166 ss.

destinata all'installazione di impianti energetici. Assunto che la soluzione proposta dalla Plenaria avrebbe avuto l'effetto di determinare la decadenza di una serie di proposte, lasciando prive di protezione numerose aree, il collegio osservava come il rischio potesse essere neutralizzato attraverso la modulazione degli effetti della propria pronuncia. Questo implicava che le proposte, da considerarsi decadute sulla base del nuovo indirizzo, conservassero provvisoriamente i propri effetti, destinati a venir meno allo scadere del termine di centottanta giorni successivi alla pubblicazione della sentenza in difetto di opposizione di vincolo²⁹.

Anche in tal caso occorre isolare, nell'articolata motivazione, gli *obiter dicta* dall'argomento da solo sufficiente a giustificare la soluzione proposta dalla Plenaria. Non si ritiene che abbiano reale incidenza sul risultato cui giunge il collegio né il paragone con la modulazione degli effetti dell'annullamento, né gli insistiti riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale³⁰.

Il passaggio più significativo attiene, piuttosto, all'individuazione degli effetti delle sentenze della Plenaria. Assunto il carattere interpretativo delle pronunce che dichiarano un principio di diritto, si avverte chiaramente come tali sentenze abbiano «efficacia retroattiva [trattandosi] di accertare il significato di un frammento dell'ordinamento giuridico qual era sin dal momento della sua venuta ad esistenza».

Tale retroattività non può, tuttavia, ritenersi assoluta. Ad avviso della Plenaria, infatti, può derogarsi alla retroattività delle sentenze interpretative in tutti i casi in cui lo esiga il

principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13, cui si rinvia anche per le successive citazioni.

³⁰ Anche sul punto sia permesso rinviare più diffusamente ad A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1134 ss.

normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni.

Ne discende «la possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata».

Queste valutazioni sottendono un bilanciamento fra interessi contrapposti, a differenza di quanto accaduto nel caso della pronuncia con meri effetti conformativi, e possono sovente favorire l'amministrazione resistente, il cui interesse concreto prevale sull'applicazione della legge al caso disputato³¹.

L'esito delle valutazioni discrezionali del giudice non è a somma positiva per tutte le parti, rischiando di penalizzare proprio chi ha propiziato il rovesciamento dell'indirizzo interpretativo prevalente, a detrimento della stessa strumentalità del processo alla tutela immediata di chi chieda l'applicazione di una norma a proprio vantaggio³².

5. *La sentenza normativa*

I due tipi di sentenza presi in esame esprimono, al di là delle evidenti differenze, una comune logica di fondo. A ben guardare, si tratta di pronunce parziali, in cui la decisione del giudice implica che il “più”

³¹ Per le questioni di diritto sostanziale sottese alla pronuncia della Plenaria cfr. C. PAGLIAROLI, *L'Adunanza plenaria interviene sull'efficacia delle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico in funzione nomopoietica*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 1045 ss.

³² Con tali argomenti la stessa ricorrente in primo grado aveva impugnato per Cassazione la pronuncia della Plenaria. Il ricorso veniva tuttavia dichiarato inammissibile in quanto la sentenza non si pronunciava nel merito della controversia, ma formulava un principio di diritto suscettibile di concreta applicazione da parte della Sezione remittente. Cfr. Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842. Va aggiunto come, nelle fasi successive del giudizio *a quo*, le proposte considerate non decadute – per effetto dell'interpretazione smentita dall'*overruling* – fossero state seguite dall'apposizione del vincolo, di nuovo impugnata dalla società. Il ricorso è stato accolto da Tar Molise, sez. I, 13 gennaio 2022, n. 3 per vizi relativi al difetto di istruttoria del procedimento di apposizione del vincolo.

contenga il “meno”, rispetto al contenuto della domanda di parte o dell’ordinanza di rimessione alla Plenaria.

L’annullamento si converte in un accertamento di illegittimità con effetto conformativo, da ritenersi implicitamente ricompreso nella richiesta di caducazione dell’atto; l’interpretazione dichiarativa si converte in un accertamento a effetti differiti, da ritenersi ricompreso nella richiesta di stabilire il principio di diritto applicabile alla controversia. Ragionando in questi termini, non potrebbero prospettarsi un’*ultra* o *extra* petizione del giudice né una palese violazione dei principî della domanda o di corrispondenza fra chiesto e pronunciato³³.

Vi sono, tuttavia, casi in cui il giudice sembra andare oltre le proprie prerogative, superando il carattere parametrico del giudizio di legittimità o quello interpretativo delle pronunce nomofilattiche e stabilendo una nuova regola di condotta idonea a risolvere la controversia e futuri casi analoghi. La sentenza ha esplicito carattere normativo.

Si fa riferimento alle vicende relative al rinnovo delle concessioni demaniali marittime e alle controversie originate dalla mancata prosecuzione di rapporti giunti a scadenza dopo numerose proroghe³⁴.

La Plenaria ha dovuto risolvere le controversie affrontando complesse questioni di diritto sostanziale. Si doveva stabilire in quale misura fosse effettivamente doveroso procedere allo svolgimento delle gare richieste dalle direttive unionali – previa disapplicazione della discipli-

³³ Le critiche della dottrina maggioritaria nei confronti della modulazione degli effetti attengono, non a caso, alla asserita violazione del canone generale stabilito dall’art. 112 c.p.c. e applicabile anche al processo amministrativo in forza dell’art. 39 c.p.a. Per questi rilievi, cfr. fra gli altri C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280 ss., A. TRAVI, *Accoglimento dell’impugnazione di un provvedimento e non annullamento dell’atto illegittimo*, in *Urb. app.*, 2011, 927 ss.

³⁴ Su questa giurisprudenza cfr., fra gli altri, M.P. CHITI, *Juger l’administration c’est aussi légiférer? L’Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 869 ss.; A. GIANNELLI, G. TROPEA, *Il funzionalismo creativo dell’Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l’esigenza del katékon*, in id., 2021, 723 ss. Per i profili sostanziali cfr. invece A. CLARONI, *Passato, presente e futuro (incerto) delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*, in *Dir. mar.*, 2022, 290 ss.

na interna – o esistessero margini per un’ulteriore proroga dei rapporti concessori in essere.

Per quanto la Plenaria affermi di muoversi nel solco del *prospective overruling*, l’aspetto più significativo della sentenza concerne il contenuto conformativo della pronuncia che si accompagna alla determinazione del principio di diritto. Ferma l’illegittimità della proroga delle concessioni e il dovere di affidare le future gestioni dei lidi mediante gara, si è ritenuto necessario differire all’inizio del 2024 l’applicazione del regime ricostruito in via interpretativa.

Secondo il collegio, infatti,

la graduazione degli effetti è resa necessaria dalla constatazione che la regola in base alla quale le concessioni balneari debbono essere affidate in seguito a procedura pubblica e imparziale richiede di prevedere un intervallo di tempo necessario per svolgere la competizione, nell’ambito del quale i rapporti concessori continueranno a essere regolati dalla concessione già rilasciata. Detto periodo deve essere congruo rispetto all’esigenza funzionale di espletare le gare e di evitare il significativo impatto economico e sociale che altrimenti deriverebbe dall’improvvisa decadenza dei rapporti concessori in essere. Allo stesso tempo, il lasso temporale non può essere elusivo dell’obbligo di adeguamento della realtà nazionale all’ordinamento comunitario³⁵.

Si è osservato, inoltre, come

l’intervallo temporale potrebbe altresì consentire a Governo e Parlamento di approvare doverosamente una normativa che possa finalmente riordinare la materia e disciplinare in conformità con l’ordinamento comunitario il sistema di rilascio delle concessioni demaniali.

Si è comunque chiarito come

le eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell’Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato

³⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, alle quali si rinvia anche per le citazioni successive.

a considerare, da quel momento, *tamquam non essent* le concessioni in essere³⁶.

Anche in tal caso, pertanto, la maggiore preoccupazione della Plenaria sembra rappresentata dalla necessità di contenere gli effetti economico-sociali della propria decisione, così da non generare ulteriori conflitti inerenti alla gestione dei rapporti concessori e delle successive gare, differendo a una data stabilita discrezionalmente l'applicazione del regime individuato su base interpretativa. Si noti, tuttavia, come la misura non sia relativa alla gestione delle sole gare oggetto di lite, ma a tutte le gare future, con moniti a carico di amministrazioni e legislatore che rendono plastica l'efficacia *ultra partes* del principio affermato e la sua funzione normativa.

La natura della sentenza incide anche sul tipo di bilanciamento di interessi effettuato dal giudice, che tende a premiare l'interesse pubblico all'apertura concorrenziale del mercato. Che l'interesse all'attuazione della concorrenza nel settore delle concessioni balnearie sia l'unico rilevante ai fini della valutazione della legittimità delle proroghe non pare in discussione. Le ragioni delle imprese concessionarie, e delle stesse amministrazioni tenute a indire le gare, sono contemplate ai soli fini dell'adeguata attuazione del principio di diritto.

6. Le ragioni della giurisprudenza e le necessità del sistema: per un uso adeguato delle interpretazioni funzionali

Tutti i casi menzionati denotano, in progressione, una marcata creatività processuale del Consiglio di Stato. Queste sentenze tratteggiano una specifica immagine del giudice amministrativo.

Dalle motivazioni emerge, infatti, la raffigurazione del giudice come soggetto istituzionalmente responsabile delle conseguenze economico-sociali delle proprie sentenze, specie se queste ridondano a danno di

³⁶ Sul punto si veda anche la recente Cons. Stato, Sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, dove si è ribadita la necessità di disapplicare le ulteriori proroghe automatiche delle concessioni in imminente scadenza disposte dal legislatore al fine di rimettere in discussione l'assetto di interessi delineato dalla Plenaria.

beni e valori tutelati da Costituzione e fonti sovranazionali, quali ambiente, paesaggio, concorrenza. La prevalenza accordata alla trama di valori che emerge dalla prassi delle relazioni economico-sociali finisce dunque per attenuare la soggezione del giudice alla legalità sostanziale e processuale che si desume dall'art. 101, comma 2, Cost., in coerenza con una concezione debole e relativistica della stessa cogenza del diritto positivo³⁷.

Si tratteggia, quindi, il profilo di un giudice proattivo nella ricerca del bilanciamento più adeguato di tutti interessi da tutelare “nel” processo e “dopo” la chiusura del processo, anziché di un giudice reattivo nel rispondere alla domanda della parte che chiede tutela.

Vi sono tuttavia dei confini fra fisiologia e patologia del sistema così determinato per opera del giudice.

Se i profili risultanti dalla prassi fossero quello di un bifronte giudice-amministratore, non vi sarebbe nulla di nuovo da discutere. Resterebbero attuali le parole di Nigro, che riteneva naturale e necessaria l'attività di composizione degli interessi ad opera del giudice amministrativo. Secondo Nigro, infatti, la speciale posizione istituzionale di quest'ultimo

dà sicurezza che la protezione della legalità non sarà mai assoluta e ciecamente consequenzialista, ma sempre coordinata con la tutela dell'efficienza dell'azione amministrativa, quanto meno nel senso che non sarà mai spinta così a fondo da compromettere seriamente e vitalmente l'efficacia di questa azione³⁸.

Per Nigro, non si sarebbe trattato di fenomeni episodici, ma di prassi decisionali espressive di una determinata filosofia politica del Consiglio di Stato, da ricondurre alla posizione istituzionale dello stesso organo e alla cultura diffusa fra i propri componenti, prima ancora che a opzioni esplicite dell'uno o dell'altro giudice. Ad avviso dello studioso

³⁷ Si tratterebbe di un corollario di una visione mite – ma, si reputa, non del tutto innocua – del diritto, nei termini, ormai classici, di G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 180 ss.

³⁸ Cfr. M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, (1974), in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1055.

il nucleo centrale [di questa filosofia] [...] nel senso che è lo stesso canone di legittimazione [del Consiglio di Stato] è che sia possibile la conciliazione fra gli interessi e i diritti dell'amministrazione e gli interessi e i diritti dei cittadini, fra la salvaguardia della libertà e il mantenimento dell'ordine statale, fra l'esigenza dell'imparzialità e quella dell'efficacia amministrativa³⁹.

Può discutersi attorno al fatto che la prassi osservata e stilizzata da Nigro corrisponda a quella attuale, a fronte della complessiva evoluzione del sistema e dell'integrazione fra diritto interno ed europeo. Si tratta, nondimeno, di una tesi che travalica l'epoca in cui fu formulata, nella parte in cui chiarisce come il processo amministrativo non sia finalizzato ad accertare solamente le ragioni e i torti delle parti, ma pure a orientare l'esercizio del potere, partecipando alla sua gestione.

Tralasciando i profili sociologico-politici dell'indagine necessaria al fine di individuare gli odierni caratteri dell'ipotizzata filosofia politica del Consiglio di Stato, ci deve semmai chiedere fino a quale soglia la prospettiva realistica di Nigro possa legittimare la creatività del giudice⁴⁰.

Nella cornice rappresentata dai contributi di Mazzamuto e Barcellona la questione può essere formulata chiedendosi fino a che punto l'interpretazione funzionale del diritto sostanziale e processuale praticata dai giudici amministrativi possa dirsi accettabile.

Nei suggestivi termini di Barcellona, si tratterebbe dunque di stabilire se, nei casi indicati, si sia in presenza di una «riscrittura» (implementativa) o «nuova scrittura» (eversiva) delle disposizioni degli artt. 34 e 99 c.p.a., che, nello stabilire i contenuti delle sentenze, fissano anche il perimetro dei poteri del giudice in ordine alla fissazione degli effetti delle singole pronunce.

Il tema si congiunge ai rilievi dello stesso Barcellona in ordine al rapporto fra interpretazione e principio di separazione dei poteri. Per quanto attenuato e di incerto fondamento costituzionale, il principio deve ritenersi operante anche nel sistema vigente, quantomeno nella

³⁹ *Ibid.*, 1076.

⁴⁰ Nella letteratura recente, il valore di una sorvegliata creatività giudiziale è stato efficacemente messo in luce, seppur ad altri fini, da P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021, 163 ss.

parte in cui si distinguono le funzioni spettanti a legislazione, amministrazione e giurisdizione e in cui si assume – ai sensi degli artt. 103 e 113 Cost. – che sia la legge a delimitare i confini della giurisdizione e gli effetti conseguenti all'accertamento dell'illegittimità.

Venendo ai punti controversi della prassi esaminata, vi è da chiedersi se la modulazione degli effetti delle pronunce di annullamento e delle stesse sentenze interpretative della Plenaria, cui consegua comunque un sindacato di legittimità dei provvedimenti impugnati e la loro possibile caducazione nel senso indicato dal Consiglio di Stato, trovino la propria fonte nell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. e nell'insieme di *rationes* che ne giustificano l'eccedenza di significato.

Può convenirsi circa il fatto che la norma consenta al giudice di anticipare, nella fase di cognizione della controversia, la fissazione dei parametri che permettono all'amministrazione di conformarsi in maniera più adeguata al giudicato, così da evitare la stessa apertura di un giudizio di ottemperanza. La linea di discriminazione fra fisiologia e patologia del sistema attiene, pertanto, alle caratteristiche dei parametri individuati in sede di cognizione orientata alle conseguenze esecutive della sentenza.

Da questa angolazione, l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. consentirebbe al giudice di arricchire l'effetto conformativo con prescrizioni inerenti alle modalità di riesercizio del potere, individuabili in norme vigenti o in principi generali relativi alla formazione delle decisioni discrezionali, come proporzionalità, precauzione, ragionevolezza. Sembra invece esclusa la possibilità di far leva sull'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a. per introdurre nuove regole dell'azione amministrativa, alternative a quelle già vigenti e di non dubbia applicazione. Il che sta a riportare la linea di discriminazione fra fisiologia e patologia del sistema entro i binari dell'interpretazione *praeter* o *contra legem*.

La patologia si riscontra in tutti i casi esaminati, nel momento in cui si inquadri l'effetto della sentenza in rapporto alla disciplina sostanziale di riferimento, che conferma l'operatività di regole di segno opposto a quelle formulate dal giudice. In tutti i casi esaminati, infatti, la controversia si poteva risolvere a favore dei ricorrenti sulla base di regole in

vigore e prassi interpretative non dubbie, ancorché criticabili in quanto inopportune ai fini della tutela di tutti gli interessi in gioco⁴¹.

L'acquisizione "ora per allora" della Vas non pare per esempio sostenibile, in quanto la sanatoria va riferita all'acquisizione tardiva di atti interni vincolati, inidonei a incidere sul contenuto dell'atto ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241/1990. Ne prendeva atto lo stesso giudice, ritenendo tuttavia secondario il problema in rapporto all'effetto pratico perseguito⁴². Così anche le decadenze delle proposte di vincolo paesistico o le cessazioni dei rapporti concessori non possono essere differite sulla base di scelte di mera opportunità, a fronte della natura perentoria dei relativi termini indicati *ex lege* o desumibili in via interpretativa⁴³.

Si tratta di ipotesi che lo stesso sistema processuale qualifica come anomale, giustificando l'impugnazione delle pronunce del Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore⁴⁴.

In questa chiave di lettura, il rapporto fra interpretazioni implementative ed eversive prospettato da Barcellona risulta meno drammatico di quanto potrebbe sembrare di primo acchito, risolvendosi nell'ambito

⁴¹ Critica che opera, tuttavia, sul differente piano delle politiche legislative e non al fine di attenuare gli effetti dell'applicazione della norma al caso concreto.

⁴² Così anche A. GIUSTI, *Tutela di (non annullamento)*, cit., 33. Si aggiunga come il criterio generale di formazione progressiva delle decisioni amministrative, desumibile dall'art. 3 della l. n. 241/1990, implichi che le risultanze dell'istruttoria idonee a incidere sulla ponderazione discrezionale di interessi debbano sempre precedere e mai seguire la decisione, incorrendosi altrimenti nel rischio di razionalizzare a posteriori scelte pregresse.

⁴³ Che i termini di decadenza delle proposte di vincolo o di durata delle concessioni debbano considerarsi perentori, in quanto posti da norme imperative nell'interesse pubblico, e non meramente ordinatori. La stessa dottrina evidenziava, in passato, come gli effetti derivanti dalla scadenza dei termini si producessero in via automatica, per effetto dell'applicazione delle norme di riferimento, senza il necessario intervento della p.a. e con esclusione di margini discrezionali per prolungare la durata temporale degli effetti degli atti, salvo esplicite disposizioni di segno contrario. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 285.

⁴⁴ Anche sul punto, quantomeno ai fini di una sintesi del dibattito, sia permesso un sintetico rinvio ad A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 635 ss.

dei rapporti fra le giurisdizioni di vertice e affidando alla Corte di Cassazione il ruolo di giudice ultimo del tipo di interpretazione praticabile, nei termini stabiliti dall'art. 111, comma 8, Cost.

Il giurista che ancora confidi nel positivismo e nel sistema integrato di tutele prestabilito dal legislatore potrebbe sentirsi tranquillizzato dall'esistenza di un rimedio contro i possibili arbitri interpretativi del Consiglio di Stato. Chi guardi anche alla prassi e all'ideologia dei giudici, oltre che alla storia delle relazioni fra i due alti consessi, potrebbe invece dirsi più scettico circa la tenuta complessiva del sistema, giacché il problema finisce per essere traslato su ideologie e tecniche interpretative del giudice di ultima istanza.

L'unico temperamento possibile, a diritto positivo invariato e a fronte della difficile configurazione di modelli alternativi a quello vigente, sembra rappresentato dalla diffusione di una cultura giuridica consapevole delle ricadute istituzionali di determinate interpretazioni. A questo riguardo, il dibattito originato dalle pronunce richiamate conferma, quantomeno, l'esistenza di un proficuo confronto fra giurisprudenza e dottrina circa l'impostazione e la soluzione delle singole questioni in rilievo.

Si potrebbe obiettare che il dialogo non porti a grandi risultati, posto che l'ultima parola spetterebbe comunque al giudice. Si tratta, invece, di un utile punto di partenza per garantire una visione plurale dei vari fenomeni, da vivificare anche attraverso un costante dialogo fra avvocati, giudici e studiosi. Riviste giuridiche tradizionali e *on line*, seminari universitari e altre occasioni di dibattito possono contribuire, in tal senso, a razionalizzare le inevitabili trasformazioni di uno Stato di diritto che non cessi di fondarsi sull'equilibrio fra poteri, siano essi separati o integrati.

LA RIVINCITA DEL TAFÀNO

OVVERO: IL SAPERE GIURIDICO TRA VERITÀ E NARRAZIONI

Maurizio Manzin

SOMMARIO: 1. La necessità di un quadro filosofico “di sfondo”. 2. Il superamento degli approcci “sostanzialisti” e “concettualisti”. 3. La “creatività interpretativa” come adattamento delle regole al mondo. 4. La “privatizzazione” della verità nella società “liquida” e globalizzata. 5. Realtà, verità, rappresentazione (con un protrettico conclusivo alla retorica).

1. La necessità di un quadro filosofico “di sfondo”

Era consuetudine nella Grecia antica che ai giovani si consigliasse di completare la loro formazione con gli studi filosofici, e a questo fine i filosofi componevano degli inviti (“protrettici”) destinati a valorizzare la ricerca della sapienza (*sophia*), ossia di un sapere che non si esaurisse in circoscritte e specifiche conoscenze, ma indagasse il fondamento stesso dell’atto razionale. Quella lontana civiltà, a cui tanto dobbiamo – e il cui ricordo speriamo non perisca, prima o poi, sotto la scure della “cultura (*sic*) della cancellazione” – riteneva, evidentemente, che il ciclo della *paideia* con il quale si addestravano i cittadini della *polis* alle future responsabilità dovesse culminare con una (‘la’) domanda di senso originaria, domanda senza la quale le diverse scienze particolari (i saperi pratici) non avrebbero dato frutti confacenti.

Lo stesso “maestro di color che sanno” s’impegnò nella redazione di uno di codesti protrettici, giunto (purtroppo mutilo) sino a noi grazie soprattutto ai lacerti testimoniali desumibili da Giamblico. Nella sua perorazione della filosofia – intesa sia come domanda sulla necessità del filosofare (in ciò la sua natura fondativa), sia come esercizio del filosofare stesso – Aristotele ne annotava la *molesta intoglibilità* (l’espressione è mia): talmente molesta da essere costata la cicuta al

maestro del suo maestro, accusato di ateismo e corruzione dei giovani. *Molesta*, perché costringe a rimanere desti sotto il pungolo del *daimon* invece di adattarsi sulle certezze acquisite (specie se corroborate da opportuni ricavi materiali); *intoglibile*, perché come scrive lo Stagirita¹:

chi pensa sia necessario filosofare, deve filosofare e chi pensa che non si debba filosofare, deve filosofare per dimostrare che non si deve filosofare; dunque si deve filosofare in ogni caso o andarsene di qui, dando l'addio alla vita, poiché tutte le altre cose sembrano essere solo chiacchiere e vaniloquio.

In sostanza, il rifiuto di un sapere *universale* che mantenga sempre aperta la domanda sul senso di ogni conoscenza e prassi *particolari* (la tentazione onnipresente di schiacciare il “tafàno” che era costata la vita a Socrate)² implica una convinzione negativa su tale sapere. Ma questa convinzione negativa, per essere giustificata, implicherebbe a sua volta un sapere *non* particolare (perché il particolare non può spiegare l'universale), sicché finisce per rientrare dalla finestra quello che si era voluto far uscire dalla porta. Naturalmente ci si può rifiutare di giustificare la propria posizione – si può negare il *dialogo*, che per Aristotele è l'essenza stessa dell'umanità: *ton zoon logon echon*³ – ma questo rifiuto comporta di fatto un “addio alla vita” (quella autentica) e la consegna al “vaniloquio” e alla “chiacchiera” (su cui bene dirà M. Heidegger in tempi più recenti)⁴.

Ora, anche il diritto consiste in un sapere e una prassi particolari (o meglio in un plesso di prassi e saperi particolari), epperò anche il diritto, per pagare il necessario (molesto e intoglibile) tributo alla sua *autenticità*, non può trascurare la radicalità dell'investigazione filosofica, pena il “vaniloquio” e la “chiacchiera” – quand'anche appulcrate da *review* benevole o da pubblicazione “in fascia A”.

¹ Per il testo greco e la versione italiana v. ARISTOTELE, *Protreptico: esortazione alla filosofia* (a cura di E. Berti), Torino, 2000.

² È notoriamente Socrate stesso ad attribuirsi quest'appellativo, secondo quanto riportato da PLATONE nell'*Apologia*, 30e.

³ ARISTOTELE, *Politica*, 1253a, 9-10.

⁴ Alludo alle riflessioni del Friburghese su *das Gerede* in M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 1988, 213 s.

È pertanto con grande soddisfazione che discutiamo oggi due lezioni magistrali, le quali hanno fatto proprie sino in fondo le avvertenze del protrettico aristotelico (come d'altronde ci si sarebbe aspettato per la notizia dei due nostri relatori – i chiarissimi Colleghi professori Mario Barcellona e Salvatore Mazzamuto – i quali in ogni momento della loro lunga e prestigiosa attività accademica hanno coltivato la domanda filosofica come cornice essenziale delle conoscenze e delle prassi giuridiche particolari legate alla disciplina civilistica, di cui sono eminenti specialisti).

Un fatto, questo, che emerge indubitabilmente dalle parole che abbiamo sentito oggi, tanto in merito al tema della “interpretazione funzionale” di Mario Barcellona, quanto a quello della “prospettiva rimediale” di Salvatore Mazzamuto. E non è certo *per accidens* che entrambi gli studiosi abbiano avuto dimestichezza personale e scientifica con il filosofo del diritto Bruno Montanari, già attivo nell’ateneo catanese e alla Università Cattolica di Milano (egli stesso, anni orsono, invitato a inaugurare il Dottorato in questa Facoltà con una *lectio* che toccò molti punti fra quelli discussi oggi)⁵.

Saluto perciò con particolare gratitudine i nostri due ospiti e il curatore dell’incontro, che hanno saputo interpretare alla perfezione lo spirito dei nostri corsi di Dottorato, intimamente teso a mantenere in contatto e le diverse discipline giuridiche fra loro, e le medesime con una riflessione teorica e filosofica, come dicono i costruttivisti, “di sfondo”.

Le mie osservazioni si porranno, perciò, come pure note a margine d’interventi (inclusi quelli degli altri illustri Colleghi chiamati a discutere con i nostri ospiti) che posseggono già *per sé* uno sguardo filosofico sugli argomenti.

2. Il superamento degli approcci “sostanzialisti” e “concettualisti”

Le due prolusioni che ci è stato chiesto di commentare condividono alcuni significativi punti. Innanzitutto, com’è stato anche affermato dai

⁵ Quella prolusione è divenuta in seguito un articolo: B. MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del post-pensiero*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, 423-474.

relatori, quello per cui le norme giuridiche sono pòste, attraverso l'opera congiunta della legislazione e della giurisprudenza di ceto, per regolare un mondo che, inevitabilmente, *cambia*. Secondariamente, e connesso al primo, quello per cui il diritto moderno rompe in modo “rivoluzionario” con la tradizione antica e medievale, nel senso che esso mira *ex professo* ad adattare costantemente le sue regole ai cambiamenti del secolo.

Sembra, insomma, ai nostri due ospiti che un tratto fortemente distintivo della Modernità giuridica consisterebbe nella consapevole *mobilità* delle regole che gli organi produttivi e applicativi realizzerebbero in parallelo con il mutare del mondo. Questo tratto sarebbe stato rilevato da gran parte della dottrina, ma considerato riduttivamente, ossia con riguardo al problema della *natura* (legislatore, giudici, Consulta, corti europee ecc.) o della *misura* (interpretazione “creativa”, “mediamente continua”, “eversiva” ecc.) di questo persistente adattamento, senza scavare più a fondo nella questione.

Non è mia intenzione riflettere in questa sede sulla congruità storica e filosofica dell'ipotesi di una *summa divisio* tra diritto comune e Modernità fondata sulla deliberata mobilità della seconda rispetto al primo (diciamo che avrei qualche riserva al riguardo). Più m'interessa, invece – considerando il focus argomentativo principale delle due relazioni e presumendo il carattere inevitabilmente corsivo dei riferimenti storiografici – l'idea che, rispetto agli approcci vetero-sostanzialisti e concettualisti alla questione della mobilità, ci si dovrebbe porre in una diversa prospettiva. D'altra parte, questo è anche il senso secondo cui, per espressa dichiarazione dei nostri ospiti, andrebbero lette le proposte teoriche che sono state oggetto precipuo della nostra discussione: quella riguardante la «struttura funzionale» del diritto (Mario Barcellona) e quella indicata come la “dottrina dei rimedi” (Salvatore Mazzamuto), entrambe ben note agli specialisti del diritto privato e civile e ai teorici del diritto più raffinati.

Che le due teorie offrano spiragli per mutare di prospettiva riguardo al tema del diritto come adattamento costante delle regole alle dinamiche sociali, è una possibilità strettamente collegata all'orizzonte filosofico sul quale si stagliano le singole questioni attinenti al diritto privato:

com'è il caso, per esempio, dell'interpretazione giudiziale, di cui ora brevissimamente dirò.

3. La “creatività interpretativa” come adattamento delle regole al mondo

La “creatività” della giurisprudenza in sede interpretativa e applicativa è, probabilmente, la prima questione che balza alla mente di esperti e *rudes* quando si affronta il tema dell'adattamento delle regole ai mutamenti del secolo⁶. Una questione che finisce spesso per avvitarsi intorno alle opzioni sulla latitudine semantica e pragmatica dell'interpretazione normativa: da un minimo che sfiora il letteralismo – quello alluso dall'art.12 delle nostre Preleggi – (designato da H.L.A. Hart come *formalismo interpretativo*), a un massimo coincidente con le diverse versioni del pan-interpretivismo postmoderno (per Hart: *scetticismo interpretativo*)⁷.

Tutta questa ‘metrologia ermeneutica’ (mi si passi l'espressione irriverente), sia essa di stretta osservanza non-cognitivista (*hard positivism*) o, al contrario, benignamente inclusiva (R. Dworkin ed epigoni neocostituzionalisti), assume senza particolari problematizzazioni l'assunto vetero-legalista: quell'*auctoritas non veritas facit legem* di hobbesiana memoria che di fatto consente di ritagliare la coerenza logico-argomentativa interna alla singola “narrazione” dalla sagoma del diritto⁸, inteso sempre e comunque come mero prodotto della o delle volontà di ‘autorità-autorizzate’. Alla *verità* veneranda e terribile, in sostanza, viene a sostituirsi la *credibilità* delle narrazioni (che hanno per oggetto la norma e il fatto) nel contesto di riferimento, e la *correttezza* della procedura con cui le narrazioni stesse siano state ricavate. La verità, se proprio se ne volesse tener conto, sarebbe al massimo un di più enfatico che nulla aggiungerebbe al *quantum* informativo fornito dalle

⁶ Cfr. *ex multis* M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sull'interpretazione creativa nella società pluralista*, Trieste, 2012.

⁷ Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino, 2004.

⁸ Così T. HOBBS nel suo *Leviatano*, 2, 26.

narrazioni – un po’ come quando si dice, per esempio, “fa veramente caldo” (nulla aggiungendo di sostanziale all’enunciato verofunzionale per il quale “fa caldo”)⁹.

Un siffatto primato della rappresentazione (narrativa) sul fatto – in linea con l’ideale, pretesamente nietzscheano, di una volontà *forte* e di un pensiero *debole* – costituisce, com’è noto, il sostrato di molta parte della critica antirealista ai ‘cercatori di sostanza’ e di quella antiformalista ai ‘cercatori di categorie e concetti’¹⁰.

Nel caso della prima (antirealismo), perché si ritiene che non ci sia nulla che possa essere considerato reale per autoevidenza; nel caso della seconda (antiformalismo), perché si ritiene che le forme concettuali vivano eternamente solo in un iperuranio mentale, mentre nelle situazioni concrete esse devono evolvere o perire.

In misura maggiore o minore, questi approcci antirealisti e antiformalisti pagano il loro tributo al nichilismo e allo scetticismo, perpetuando il paradigma moderno del primato della *res cogitans* individuale. Non altri, infatti, se non il singolo individuo (il soggetto) è l’autore responsabile della narrazione, la quale – dal momento che i *récit* non sono legati all’ancora di una realtà o di una forma stabili – può variamente mutare con il cangiare della volontà soggettiva. E questo sino al punto in cui, come ha scritto S. Fish¹¹, non vi sarà più alcuna trama narrativa la cui rappresentazione possa dirsi conclusiva: in effetti, sussisterà solo la caleidoscopia delle narrazioni prodotte dalle singole “comunità interpretative”¹².

In termini giuridici, la domanda vagamente provocatoria di Fish – *is there a text in this class?* – potrebbe essere parafrasata, dagli zelatori a

⁹ Vi è tutta una famiglia di teorie, in logica, dette “deflazioniste” perché considerano la verità una ridondanza del linguaggio. Per un’utile sintesi cfr. A. STROLLO, *Deflazionismo*, in *APhEx – Portale italiano di filosofia analitica*, 6, 2012, pp. 130-152, in rete: http://www.aphex.it/public/file/Content20141117_05.APhEx6,2012TemiStrolloDeflazionismo.pdf.

¹⁰ Cfr. V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Torino, 2012.

¹¹ S. FISH, *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge (Mass.)-London, 1982.

¹² Per una critica alla teoria di Fish dal punto di vista della *jurisprudence*, cfr. D. PATTERSON, *Diritto e verità* (ediz. it. a cura di M. Manzin), Milano, 2010, 161-204.

oltranza della “creatività interpretativa” dei giudici, come: *is there a text in this court?*

4. La “privatizzazione” della verità nella società “liquida” e globalizzata

È proprio il paradigma dell’*io penso - io sono* cartesiano (e il connesso privilegio del pensiero analitico proclamato nel *Discours de la méthode*) che ci aiuta a comprendere come l’ampio processo di secolarizzazione che ha caratterizzato la cultura occidentale moderna sino a identificarsi con essa, abbia prodotto una ‘grande divisione’ fra la dimensione *soggettiva* e quella *oggettiva*: la prima destinata a riassorbire tutte le modalità di conoscenza non-analitiche e non-tecniche (dialettica, retorica, poesia, arti ecc.), la seconda divenuta depositaria dell’unico senso possibile di razionalità (quella modellata sul formalismo matematico).

Nessuna sorpresa che, in una temperie razionalista di questo tipo, la *verità* sia stata oscurata dalla semplice *validità*, intesa come coerenza fra premesse e conclusioni. Sorvegliata dal principio logico di non contraddizione, la coerenza ‘vale’ – appunto – sempre e in ogni luogo, perché sempre e in ogni luogo non si può dire una cosa e il suo contrario senza cadere nell’insignificanza.

La verità, al contrario, è oggetto di continua ricerca e di infiniti dibattiti, di accordi e disaccordi anche profondi, sicché al pensiero moderno – liberale e “tollerante” – sembrò opportuno riservarle un apposito recinto nella coscienza individuale, dove (assieme alla morale) potesse pascolare tranquilla.

Questo processo di *addomesticamento* e *privatizzazione* della verità¹³, che fa da contrappunto all’oggettivazione della conoscenza fondata sulla validità, spiega in gran parte l’abito mentale del narrativismo e dell’interpretativismo contemporanei, rassegnati all’idea che la validità ci fornisca una sicura garanzia soltanto in merito alle connessioni fra le

¹³ V. in proposito, F. D’AGOSTINI, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino, 2010.

premesse e le conclusioni dei ragionamenti (ossia sulla loro forma), lasciando aperta la questione della qualità aletica delle loro premesse.

Un'apertura nella quale finiscono per insinuarsi le 'verità private', ricavate dai soggetti interpretando e narrando ciascuno secondo la propria (insindacabile) "libera coscienza". Rimane, insomma, razionalmente garantita la *sola certitudo* delle connessioni: quel "salvagente della forma"¹⁴, che, alla fin fine, non si sa bene cosa salvi (non la verità, "pluralisticamente" abbandonata all'arbitrio delle coscienze individuali; non la realtà, sostituita dalle rappresentazioni soggettive).

Connessioni, dunque. Rete. Forma. Ma connessioni, rete, forma di *cosa?*

È davvero paradossale che s'invochi la forma (la *procedura*) a garanzia di uguale trattamento in una società da tempo dichiarata "liquida"¹⁵, cioè *senza* forma: amorfa; che la verità *sulle cose* (connesse, in rete, incluse nella forma) possa scorgersi solo attraverso le sbarre dell'inviolabilità della coscienza e delle sue scelte o possa vagheggiarsi in iperurani suggellati dal dogma. Io credo, invece, che la verità *sulle cose* dovrebbe sfidarci, proprio come ho scritto all'inizio parlando della filosofia e dei protrettici. E spingerci a formulare domande *radicali* che non temano di violare i recinti delle private coscienze, proprio come fastidiosi "tafani".

Tornando, ora, alla critica al concettualismo e al sostanzialismo – come suggerito dai nostri due relatori – non è affatto inopportuno sporsarne gli assunti, purché nel gettare l'acqua si salvi il bebé, ricordando sempre che, mediante il concetto (*Begriff*), i nostri predecessori idealisti aspiravano ad 'afferrare' (*begreifen*) la realtà con il pensiero; e che la sostanza (*ypokeimenon*) voleva essere una risposta della metafisica realista all'apparente cangianza delle cose-che-sono (*ta onta*). Certo, l'idealismo tedesco finì per scambiare il dito con la luna, mentre dal canto suo il realismo metafisico pretese di abbigliarsi a religione (ottenendo, rispettivamente, i seguenti risultati: dal pensiero *delle cose* al pensiero *come cosa*, gli idealisti; dalla "filosofia perenne" a *una sola* filosofia perenne, i metafisici). Ma la reazione al concettualismo e al

¹⁴ Proprio come recita il titolo del volume di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

¹⁵ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011.

sostanzialismo (a tutti gli *ismi*) farebbe bene a non risolversi, riconoscendola come unica alternativa filosofica, nell'ermeneutica del nulla (in sostanza: se *non c'è un testo nella classe*, che cosa interpreto?).

La concettualizzazione (il dito) è lo strumento cognitivo di cui, direi *naturaliter*, disponiamo per approssimarci alla realtà (la luna), salvo che non si voglia – come paventato in questo stesso luogo e in una medesima occasione dal professor Bruno Montanari¹⁶ – rassegnarsi alla cultura dell'*impatto*, dell'impulso immediato: azione-reazione senza analisi, senza ricerca di fondamento, acritica. Velocissima, e nemica della *lentezza*. Urlata, e nemica del *silenzio*. Quella cultura (ma è davvero cultura?) che impera nei talk-show, nelle reti sociali, nelle fabbriche di fake-news.

L'allergia postmoderna ai concetti potrebbe anche esser spiegata, secondo me, come un effetto della globalizzazione. Così dicendo, non mi riferisco propriamente al piano sociologico, ma a quello logico. La globalizzazione (o mondializzazione) non è, in effetti, soltanto un fenomeno economico-commerciale, sociale e politico: ormai essa conosce precise espressioni culturali, in campo sia scientifico che artistico.

Dal punto di vista della geografia fisica e politica, la globalizzazione si manifesta come 'porosità' dei confini nazionali: merci, persone, idee filtrano attraverso gli stati e le culture nazionali con una facilità sconosciuta in passato (un passato che si misura in qualche decennio appena); un processo osmotico di dimensione e velocità crescenti, e dagli esiti largamente imprevedibili. Ebbene, mi pare che questa 'porosità' non riguardi soltanto i confini *fisici*, ma anche quelli *logici*.

Così come gli Stati nazionali, anche i concetti, nella misura in cui determinano qualcosa, hanno *confini*: confini che in molti casi sono divenuti 'porosi' e al limite evanescenti. Distinzioni concettuali un tempo ritenute stabili o addirittura *identitarie* sono ora messe in discussione: pensiamo alla distinzione fra diritto pubblico e privato, o a quella fra diritto processuale e sostanziale, o fra legislazione e giurisdizione – solo per fare qualche esempio che ci riguarda direttamente come giuristi.

Dove possa condurci questa frammentazione e commistione non è dato sapere: valga allora il consiglio per cui, quando non si hanno buo-

¹⁶ B. MONTANARI, *La figura del giurista*, cit.

ne risposte, occorre impegnarsi a formulare buone domande. E una buona domanda potrebbe essere: sino a che punto l'esistenza di confini è opera di arbitrio – un prodotto di vicissitudini storiche e della volontà di singoli e istituzioni – e quanto invece non vi è di necessario, d'inevitabile, e magari di utile in essa?

La 'fluidificazione' o dissoluzione dei *confini concettuali* patisce, innanzitutto, un paradosso. Quello per il quale qualsiasi discorso finalizzato a giustificare la deconcettualizzazione fa uso di concetti (la stessa deconcettualizzazione lo è, e così la "società liquida", la globalizzazione e via discorrendo). Parrebbe, insomma, che i 'confini logici' siano necessari alla comunicazione, anche se questo non significa che essi abbiano una natura ontologica o siano universali e immutabili. Esattamente come accade per i confini fisici, essi assolvono a numerose e utili funzioni: *in primis* quella di circoscrivere la *con-fusione* e regolare gli scambi. Secondariamente, anch'essi sono il prodotto di ragioni storiche e pratiche particolari (verrebbe da dire che, quanto più fondate sono queste ragioni, tanto più durevoli essi risulteranno, salvo il caso di un'eversione realizzata con la violenza).

I concetti rimandano pertanto alla qualità del loro fondamento, piuttosto che alla possibilità della loro negazione (vista la natura aporetica di qualsiasi tentativo in tal senso). Ossia rimandano a una dimensione dialogica – sociale, politica, giuridica – in cui interlocutori diversi possano sindacare ragioni e fondamenti delle determinazioni concettuali in vista di una decisione pratica. Cosa che, peraltro, normalmente avviene nell'ambito accademico e dottrinale. Una tipica "situazione retorica" – direbbe Lloyd Bitzer¹⁷ – cioè una circostanza caratterizzata dall'emersione di un problema o di un'esigenza concreti (*actual or potential exigence*), da un'*audience* e da un insieme di regole (*set of constraints*).

Qualcosa di radicalmente differente dall'accatastarsi di narrazioni e da intoccabili 'verità private'.

¹⁷ L.F. BITZER, *The rhetorical situation*, in *Philosophy & Rhetoric*, 1, 1968, 1-14.

5. *Realtà, verità, rappresentazione (con un protrettico conclusivo alla retorica)*

Nel narrativismo contemporaneo, la rinuncia alla *realtà* in favore della *rappresentazione* dipende, molto più che dalla volontà di potenza nietzscheana, dalla convinzione scettica per la quale una verità ‘assoluta’ non è razionalmente conseguibile, eticamente desiderabile, politicamente compatibile. Meglio dunque una scienza, un’etica, una politica, un diritto *senza verità*.

Anche nel campo delle teorie sull’argomentazione prevale l’idea per cui una razionalità *debole*¹⁸ (spesso impropriamente identificata con la *ragionevolezza*) sia l’unica fonte concorrente di accordo tra gli individui (accanto ovviamente alle dimostrazioni scientifiche)¹⁹, in quanto essa sarebbe capace di generare *consenso* entro uno spazio/tempo e una cornice di “credenze” (*background beliefs*) limitati²⁰.

Spazio, tempo e credenze che compongono ciò che, sotto il profilo linguistico e della comunicazione, è definito come il *contesto*. Le narrazioni sarebbero perciò rappresentazioni contestuali: nel caso che più ci riguarda, interpretazioni normative e fattuali che hanno luogo soprattutto nell’ambito dei processi giudiziari, della funzione amministrativa e della dottrina.

Il punto dolente, dal punto di vista filosofico (astruendo dalla pur spinosa – e connessa – questione della certezza del diritto), riguarda le conseguenze di questa separazione fra realtà delle cose e narrazione, la quale finisce per comprimere inevitabilmente la *ragionevolezza* argo-

¹⁸ Cfr. A. ROCCI, *Ragionevolezza dell’impegno persuasivo*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017, 88-115; F. PUPPO, *Retorica. Il diritto al servizio della verità*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, 293-318.

¹⁹ Un’idea di fondo presente già agli albori della “svolta argomentativa”: v. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2013 (ed. or. 1966), ribadita dallo stesso N. Bobbio nella sua *Prefazione* all’edizione italiana del *Trattato*.

²⁰ Sul ruolo di questi ultimi nella retorica v. recentemente S. TOMASI, *Argomentazione, educazione, diritto. La retorica forense come strumento di formazione*, Bari, 2022.

mentativa sull'*efficacia* persuasiva della narrazione, cioè sulla sua capacità effettuale di generare, appunto, consenso (nel contesto)²¹.

Abbandonata dalla ricerca filosofica e filosofico-giuridica, la verità (che inerisce il rapporto tra i discorsi e la realtà delle cose, e non la mera efficacia persuasiva del discorso stesso), quando non di sospetto, è divenuta, nella temperie postmoderna, oggetto d'indifferenza. Nessuno più pretende che le narrazioni siano *vere*, ma che siano *credibili*: anzi, *credute* (nel contesto, per esempio, di una chat). Un 'volontarismo cognitivo' che, a mio modo di vedere, è largamente responsabile della diffusione di assurdità evidenti e fake-news di ogni tipo.

La cosiddetta "età della post-verità"²², insomma, è meno la conseguenza della *negazione* della verità (la quale è una rispettabile posizione filosofica, a mio avviso criticabile, ma autorevolmente professata) che dell'*indifferenza* (talvolta della vera e propria *insofferenza*) al problema della ricerca della verità.

Se, a questo punto, richiamassimo le considerazioni iniziali sulla *paideia* dei Greci e sulla redazione dei protrettici, non potremmo – riferendoci alla nostra *post-truth era* – che virgilianamente sospirare: *quantum mutatus ab illo!* Ma non è mia intenzione concludere questa breve glossa alle prolusioni dei nostri due ospiti con una vena di pessimismo.

Vorrei, invece, additare una via che possa *invitare* (appunto) alla ricerca di un'alternativa al "nichilismo giuridico"²³, che è poi un ritorno alla *realtà* delle cose stesse²⁴, così adempiendo al mio dovere di "tafàno" in sedicesimo.

Nella sua dimensione storica, la filosofia (anche quella giuridica) è transitata dal pensiero sul mondo, al pensiero in sé stesso, al linguaggio, ai suoi moduli argomentativi, da ultimo ai meccanismi bio-psico-cogni-

²¹ Come si vede nel campo delle teorie argomentative, che quasi sempre considerano riduttivamente la retorica come un insieme di strumenti finalizzati all'ottenimento del consenso.

²² Cfr. L. MCINTYRE, *Post-verità*, Torino, 2019.

²³ Efficacemente descritto da N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

²⁴ Ho in mente, al riguardo, un antesignano come G. THIBON, *Ritorno al reale*, Milano, 1998. Sul versante della filosofia teoretica, cfr. invece F. D'AGOSTINI, *Realismo? Una questione non controversa*, Torino, 2013.

tivi. Ciò che mi sembra difettare è una prospettiva d’insieme che eviti d’isolare questi momenti in unità separate e autonome. Manca, in sostanza, un *principio* che possa tenerli insieme. Una *memoria* dell’identità (anamnesi, reminiscenza) che raduni di volta in volta le differenze²⁵. Una valorizzazione della razionalità come tematizzazione della domanda – e organizzazione logica delle risposte – sul perché e sul come della nostra esperienza di soggetti in relazione essenziale tra loro: di “animali sociali parlanti” (Aristotele).

Nel campo del diritto, quest’esperienza si sostanzia tanto nel confronto che si celebra nel processo giudiziale, quanto in quello che si realizza nel dibattito dottrinale. In ambedue i casi, domande e risposte implicano un contesto dialogico, meglio ancora *polilogico*²⁶, in buona misura istituzionalizzato, d’interlocutori che argomentano secondo ragioni, in un intreccio di operazioni (interpretative, giustificative) che implicano la, ma non si esauriscono nella, ricerca della persuasione.

Una condizione che ho indicato in chiusa al paragrafo precedente (citando L. Bitzer) come “retorica”: e la *retorica* è precisamente la disciplina che, nella tradizione del pensiero classico, assiste nelle evenienze di una decisione che impegna i diversi discorsi; laddove verità evidenti non appaiano *prima facie* e assiomi non si possano (o è opportuno che non si debbano) stipulare; in cui, perciò, il materiale a disposizione per costruire le “ragioni” (*argumenta*) è costituito da opinioni (auspicabilmente, ma non sempre) autorevoli; essendo l’uditorio non in tutti i casi, o non completamente, composto di esperti.

Alla *cacofonia* delle narrazioni che cercano di sopraffarsi a vicenda, insofferenti al vincolo con la realtà e tese esclusivamente alla supremazia delle volontà individuali (nella scettica e “sfiduciata” convinzione

²⁵ Cfr. M. MANZIN, *L’argomento della “terza via” e la disputa su identità e differenze*, in S. AMATO, A. ANDRONICO, G. BOMBELLI, A. LO GIUDICE (a cura di), *Diritto, potere e libertà. Scritti in onore di Bruno Montanari*, Milano, 2022, 317-330.

²⁶ Cfr. M. LEWIŃSKI, J.A. BLAIR, *Monologue, dialogue or polylogue: Which model for public deliberation?*, in *Scholarship at UWindsor – OSSA Conference Archive*, 9, 2011, in rete: <https://scholar.uwindsor.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1051&context=ossaarchive>.

che nessuna verità sia alla portata della ragione)²⁷, la retorica classicamente professata potrebbe sostituire la *polifonia* dei discorsi²⁸: porzioni di *logos* che, come le note di una composizione del Palestrina o di una fuga di Bach, si confrontano e s'inseguono, si sovrappongono e si distanziano, secondo una misura (o *principio*) che ne governa la fusione armonica.

Prima che il match o il talk-show finiscano per sostituire quello che per oltre due millenni abbiamo chiamato diritto.

²⁷ Sul rapporto fiducia/sfiducia nella dimensione giuridica cfr. T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

²⁸ Di "polifonia" dei discorsi parla Oswald Ducrot nella sua teoria linguistica: v. in prop. O. DUCROT, J.-C. ANSCOMBRE, *Argumentation in the language*, Bruxelles, 1983.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. *José Luis Guzmán D'Albora, Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)
14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)
15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)
16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)
17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)
18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)
19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)
20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)
21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)
22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione". La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)

37. *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)

38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)

39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)

40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)

41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)

59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)

60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)

61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)

63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)

64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)

65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULLIA (2022)

66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)

67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)

68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)

70. *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)

