

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 giudiziari 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 giudiziari.

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 'rimedialismo 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 rimediale. 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 determina 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-*VICES 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 rimediale, 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 irrisolvibilità 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 irrisolvibile 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.