

**Cracks in the Cathedral:
Legal Remedies Between Common Law and Civil Law**

Giuseppe Bellantuono

giuseppe.bellantuono@unitn.it

Abstract

Calabresi and Melamed's theoretical framework has been hugely influential. But did it affect the development of remedial law in common law and civil law countries? Apparently, the answer is no. In common law countries, experts of remedies reject the property rule-liability rule dichotomy. In civil law countries, the taxonomy is often said not to reflect legal traditions. This disjunction between the theoretical framework and the law in action is ironic, in view of Calabresi's own plea for a Law and Economics approach fully aware of the dynamics driving the evolution of legal systems.

This paper argues that, to appreciate the influence of Calabresi and Melamed's framework, attention must be paid to the complex interplay between rights and remedies. In no legal system such interplay follows a single model. Several models co-exist and compete at the same time. Most models are monist: they assume that a right perspective, a remedial perspective or an integrated perspective shall prevail. Though, the possibility for a dualist model to emerge is not excluded. The hallmark of a dualist view is that it lends the same relevance to factors connected to substantive rights and factors connected to different interests. It is submitted that only when a dualist approach is embraced, the framework proposed by Calabresi and Melamed has the chance to influence the selection of remedies.

The paper first discussed the co-existence of different rights-remedies models in common law and civil law countries. It then reviews the criticisms levelled at the Calabresi-Melamed framework

Due buone ragioni per la prospettiva rimediale

Giuseppe Bellantuono

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. Invece di considerarle alternative, la ricerca di soluzioni che ne garantiscano la complementarità è la strada che permette di ottenere significativi vantaggi sotto il profilo di una tutela effettiva. 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. L'ipotesi da cui partire è che un'attenzione esclusiva ad 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 ad una sola delle due prospettive³. Attraverso una visione dualista, dovrebbe essere possibile 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 ad 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 collocazione di nuovi rimedi e la loro coesistenza con i rimedi esistenti. 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

¹ S. MAZZAMUTO, *Forme e tecniche di tutela/rimedi*, in questo volume.

² M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche: giurisprudenza usurpativa e interpretazione funzionale*, in questo volume.

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, p. 90. La distinzione è ripresa 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 e Portland, Or., 2004, p. 11; E. BANT, *Remedies: Reflections and Perspectives*, 28 *Singapore Acad. L. J.* 731 (2016).

la gestione dell'emergenza. 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 rimediabile. 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. 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. La negoziazione sui rimedi segue regole specifiche, differenti da quelle che si applicano alla negoziazione di altre clausole contrattuali. 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. Lo spazio dei rimedi

Daniel Friedmann propone quattro modelli per descrivere il rapporto fra diritti e rimedi⁴:

- 1) Primato del rimedio
- 2) Primato del diritto
- 3) Integrazione fra rimedio e diritto
- 4) 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. Due aspetti di questa tassonomia vanno sottolineati.

In primo luogo, i diversi modelli possono coesistere senza particolari problemi nello stesso ordinamento. La tradizionale contrapposizione fra common law e civil law sulla prospettiva rimediabile non impedisce ai giudici di alternare argomenti associati al primato del diritto e argomenti associati al primato del rimedio. Una delle ragioni della coesistenza è la possibilità di utilizzare sia la nozione di rimedio che la nozione di diritto 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 soggettivo⁵. Le due prospettive vengono 'addomesticate' e rese compatibili con l'approccio dominante. Ad 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 rimedi⁶. Nella letteratura tedesca e

⁴ D. FRIEDMANN, *Rights and Remedies*, in N. COHEN e E. MCKENDRICK (a cura di), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford e Portland, Or., 2005, p. 3.

⁵ H. DEDEK, *From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law*, 56(1) *McGill L.J.* 77 (2010).

⁶ Cfr. R. ZAKRZEWSKI, *Remedies Reclassified*, Oxford, 2005, p. 13-17 (ruolo della distinzione fra diritti primari e secondari nella giurisprudenza inglese); D. NOLAN e A. ROBERTSON, *Rights and Private Law*, in D. NOLAN e A. ROBERTSON (a cura di), *Rights and Private Law*, Oxford e Portland, Or., 2012, p. 18-21 (l'analisi dei diritti ha un impatto significativo sulla

francese, la prospettiva rimediale trova spazio in ricostruzioni che mantengono il linguaggio dominante dei diritti⁷. Il passaggio da un primato all'altro non avviene mai, in parte perché richiederebbe revisioni radicali del linguaggio e delle classificazioni, ma soprattutto perché la coesistenza dei linguaggi rende un tale rovesciamento non necessario. Si consideri, ad 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 sanzione⁸. La riforma ha però aperto la strada ad una discussione centrata sul modo di interpretare la discrezionalità riconosciuta ai giudici in fase di applicazione dei rimedi contrattuali⁹. Anche se l'ordinamento francese rimane fortemente ancorato al primato del diritto sostanziale¹⁰, la coesistenza con la prospettiva rimediale può essere assicurata.

È bene precisare che 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 induttivi¹¹. Inoltre, i giuristi che utilizzano il rimedio come categoria ordinante sono più disponibili ad individuare principi comuni nelle diverse aree del diritto privato, nonché a riconoscere l'utilità del confronto fra rimedi privatistici e pubblicistici¹². Si tratta di differenze non secondarie, ma non necessariamente ancorate ad 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 ed 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, considerata 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

tassonomia dei rimedi); J.C.P. GOLDBERG e 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, p. 366 (connessione fra pretese di diritto sostanziale e potere di richiedere un rimedio nella tassonomia hohfeldiana).

⁷ Cfr. J.F. HOFFMANN, *Remedies in Private Law from a German Perspective*, in F. HOFMANN e F. KURZ (a cura di), *Law of Remedies: A European Perspective*, Cambridge, 2019, p. 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, p. 255; ID., *Remedies*, 66(1) *McGill L. J.* 153 (2020) (linguaggio dei rimedi nel diritto francese influenzato dalla natura del rapporto obbligatorio).

⁸ P. OUDOT, *Des remèdes aux sanctions: le retour de la faut au galop!*, *Sem. Jur. Éd. Gén.*, n. 26, 27 giugno 2016, p. 1313 s..

⁹ 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, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles*, in J. CARTWRIGHT E AL. (a cura di), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Paris, 2018, p. 271; G. LARDEUX, *Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle*, *Sem. Dr.*, n. 18, 3 maggio 2021, p. 880. Nella letteratura italiana v. F. PIRAINO, *L'adempimento in natura alla luce della riforma del code civil*, *Giur. it.*, 2018, p. 1273; D.M. FRENDA, *'Exécution forcée en nature' tra vecchi e nuovi modelli italo-francesi*, *Jus Civile*, 2022, p. 642.

¹⁰ 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, p. 211).

¹¹ Cfr. G. SAMUEL, *Rethinking Legal Reasoning*, Cheltenham, 2018, p. 111-114.

¹² Cfr. T.A. THOMAS E AL., *Remedies, Public and Private*, 6° ed., S. Paul, MN, 2016; E. SHERWIN e S. BRAY, *Ames, Chafee and Re on Remedies: Cases and Materials*, 3° ed., New York, NY, 2020, p. 959 ss. (rimedi contro il governo).

giudiziali (*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 sostanziale¹³. Smith adotta una prospettiva più radicale e afferma che il nuovo rapporto si instaura fra il giudice e le parti¹⁴.

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'¹⁵. Ad 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. Ad esempio, Smith osserva che le cause di giustificazione, dalla legittima difesa al consenso del danneggiato allo stato di necessità, sono difese 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 rimedio¹⁶.

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. Ad esempio, la rilevanza delle situazioni giuridiche di diritto sostanziale è considerata essenziale per comprendere il nesso che le lega alle forme di tutela¹⁷. 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 giudizio¹⁸, la continuità presuppone che il rimedio sia giustificabile sulla base delle caratteristiche della situazione soggettiva¹⁹. 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

¹³ ZAKRZEWSKI, cit., p. 45-47.

¹⁴ S.A. SMITH, *Rights, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law*, Oxford, 2019, p. 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 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.

¹⁵ ZAKRZEWSKI, cit., p. 203-217 (I rimedi trasformativi modificano il rapporto giuridico che esisteva tra le parti prima del giudizio); SMITH, cit., p. 77-80, 97-103 (i rimedi creativi stabiliscono nuove obbligazioni, diverse da quelle che derivano dal diritto sostanziale).

¹⁶ SMITH, cit., p. 274-277.

¹⁷ V., ad 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').

¹⁸ D. WINTERTON e T. PILKINGTON, *Examining the Structure of Remedial Law*, 84 *Mod. L. Rev.* 1137, 1145-1150 (2021).

¹⁹ Ad 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.

determinato con riferimento al diritto sostanziale²⁰. 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 risposta dell'ordinamento è l'unica, imperfetta tutela disponibile per il titolare del diritto²¹. 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. Ad esempio, il danneggiato dovrebbe avere diritto al risarcimento del danno alla persona senza limitazioni derivanti dal genere, dall'appartenenza ad 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, ad 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 controversia.

Quale spazio esiste per una visione dualista nella dottrina e nella giurisprudenza italiane? Una prima osservazione è che identificare i rimedi con i provvedimenti giudiziali può essere una strada percorribile per un sistema a formazione giurisprudenziale, ma non per un sistema che codifica la definizione dei diritti²². 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 persona²³. 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 diritti²⁴. 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 contratto²⁵. Nel caso delle nullità di protezione, il

²⁰ 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.

²¹ H. DAGAN e A. DORFMAN, *Substantive Remedies*, 96 *Notre Dame L. Rev.* 513 (2020).

²² Cfr. già SEFTON-GREEN, *Why Are Remedies*, cit., p. 269 ('A Civil Code clearly does prescribe, in a way that the common law does not, or at least not explicitly'). Anche SMITH, cit., p. 113-117, afferma che una regola contenente un obbligo (ad esempio, gli impegni contrattuali devono essere rispettati) non coincide con un ordine giudiziario che applica un rimedio.

²³ 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, p. 25-32.

²⁴ A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 341, 343, 349. L'autore rileva comunque (p. 345) che il rimedio presuppone un interesse già protetto.

²⁵ In questo senso DI MAJO, cit., p. 360-362 (i rimedi comunitari per il difetto di conformità modificano la relazione contrattuale); A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 703, 708-711 (funzione correttiva del diritto di

contratto viene modificato per conformare e ridefinire gli interessi protetti²⁶. 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-conseguenze²⁷. 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. Ad 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 ad 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 settori²⁸. 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 pubblico²⁹. 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 principale è identificare le ragioni che giustificano l'estensione o la riduzione della tutela. Si tratta, però, 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 salvaguardare³⁰.

Su una posizione intermedia sostiene di collocarsi Mazzamuto³¹. Nella sua definizione di rimedio, aperture in senso dualista sono rintracciabili nell'osservazione che il bisogno di tutela è collegato ad interessi non necessariamente formalizzati in diritti soggettivi, così come nel riconoscimento 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.

pentimento). Per la connessione fra metodo rimediale e interpretazione correttiva v. D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 612.

²⁶ DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., p. 727 ss..

²⁷ DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., p. 717-720.

²⁸ L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, *Europa e dir. privato*, 2015, p. 583. Cfr. anche A. Plaia, *Giurisprudenza per principi ed effettività delle tutele*, in S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 157, per l'osservazione che il 'rimalismo radicale' finisce per adottare soluzioni che selezionano interessi da proteggere in contrasto con, o in assenza di, previsioni legislative.

²⁹ L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti: prolegomeni*, Torino, 2018.

³⁰ BARCELLONA, 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, p. 681, 683 (selezione dei problemi e previsione di un rimedio discendono dalle stesse considerazioni).

³¹ MAZZAMUTO, 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, p. 19 ss..

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 di tali vantaggi è la possibilità di 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. 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 così in ombra altri fattori che possono incidere sull'estensione della tutela. Oltre ad 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. A titolo puramente esemplificativo dei vantaggi di una maggiore complementarità, consideriamo 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 reali³². 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 risarcitori³³. 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: nel caso dei diritti contrattuali, il limite della eccessiva onerosità è pienamente operante³⁴; è escluso nel caso dei diritti reali³⁵. 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 danneggiante³⁶, può essere escluso quando diventa incompatibile con altri rimedi³⁷ o quando il danno non sia dimostrato³⁸. Viceversa, la tutela specifica può essere esclusa per

³² A. Gnani, ..., Milano, 2018; M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, ..., Bologna, 2020, p. ...

³³ Cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, 4° ed., Torino, 2020, p. 337 ss.; Piraino, cit., p. 1282-1293; Frenda, cit., p. 646-652.

³⁴ Ad 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.

³⁵ Ad 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. 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.

³⁶ Ad 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. 26 giugno 2017, n. 15846, ...). Cass. 21 gennaio 2020, n. 1270, ..., 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.

³⁷ Ad 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, ...); 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 (Cass. 15 maggio 2003, n. 7529, ...).

varie ragioni nel caso dei diritti reali: se lo stesso titolare del diritto reale chiede il risarcimento per equivalente³⁹, se si tratta di interferenza con un diritto di superficie⁴⁰, se la tutela specifica è incompatibile con il consenso esplicito o implicito prestato dagli altri comproprietari alla costruzione di un'opera⁴¹, se il giudice di merito concede il risarcimento per equivalente sulla base di valutazioni discrezionali non sindacabili in sede di giudizio di legittimità⁴², se è disponibile uno specifico rimedio proprietario che può essere cumulato con il risarcimento per equivalente⁴³.

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 attengono al comportamento delle parti, alla presenza di altri rimedi, ai criteri di proporzionalità, alla distribuzione dell'onere probatorio. Questi fattori possono essere 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 (ad esempio, l'adempimento in natura al posto del risarcimento in forma specifica) può essere proposto. Nello stesso tempo, occorre riconoscere che le critiche rivolte alla selezione del rimedio da parte dei giudici non possono essere circoscritte ad argomenti che considerano esclusivamente la situazione giuridica sostanziale.

Alla visione dualista può associarsi un ulteriore vantaggio. L'interazione fra rimedi di diritto italiano e di diritto europeo continua ad 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 differenti⁴⁴. Mantenere questo doppio binario rischia di ridurre l'effettività, 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 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.

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. 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 solo i secondi attivino 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

³⁸ Cass. 30 luglio 2004, n. 14599, ..., nega la rimozione dell'opera non autorizzata per mancata dimostrazione del danno.

³⁹ Ad es., Cass. 20 gennaio 2017, n. 1607, ..., conferma il diritto del proprietario ad ottenere il valore del terreno occupato illegalmente, allorché constati l'impossibilità di ottenerne la restituzione. Si noti, peraltro, che il risarcimento non comporta il trasferimento della proprietà agli occupanti illegittimi.

⁴⁰ Cass. 19 febbraio 2008, n. 4072, ..., esclude la rimozione delle opere perché non era stata accertata la violazione delle distanze legali.

⁴¹ Cass. sez. un. 16 febbraio 2018, n. 3873, 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).

⁴² In questo senso Cass. 16 gennaio 2007, n. 866, ... (il giudice del merito aveva concesso la tutela specifica).

⁴³ 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, a cui si aggiunge il risarcimento del danno per limitazione del godimento e deprezzamento temporaneo dell'immobile.

⁴⁴ Cfr. Mazzamuto, *Forme e tecniche di tutela/rimedi*, cit.; Mazzamuto, *Il contratto*, cit., p. ...

concessione di ciascun rimedio⁴⁵. 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 maggiore⁴⁶. 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.

Uno dei campi in cui il problema dei confini della discrezionalità rimediale è emerso con maggiore forza è il dibattito sull’efficienza economica dei rimedi. Il paragrafo successivo utilizza la celebre distinzione fra regole di proprietà e di responsabilità per chiarire l’alternativa fra visione monista e dualista, nonché per individuare i criteri che aiutino a governare la discrezionalità.

3. Crepe nella cattedrale dei rimedi (da completare)

L’articolo di Guido Calabresi e Douglas Melamed ha generato un enorme dibattito, ben oltre i confini statunitensi e gli studi di analisi economica del diritto⁴⁷. Ai fini di questo contributo, interessa soprattutto indagare 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 molto 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. Questo paragrafo concentra l’attenzione sulle critiche che si occupano di tale rapporto. Attraverso la loro analisi, è possibile chiarire il ruolo dell’efficienza economica in una visione dualista.

La prima riguarda il significato del principio di effettività. Ritenere che la sua concreta applicazione passi esclusivamente attraverso la delimitazione del perimetro della situazione giuridica tutelata rischia di produrre uno scollamento fra regole declamate e diritto applicato. Viceversa, la prospettiva rimediale introduce valutazioni ulteriori sul costo della tutela per i titolari dei diritti e sugli ostacoli all’applicazione di ciascun mezzo di tutela. In particolare, è possibile collegare il principio di effettività e la letteratura empirica sugli effetti delle regole giuridiche. Laddove quella letteratura dimostri la scarsa efficacia della protezione accordata ad una situazione giuridica, il significato di quest’ultima deve essere riconsiderato.

4. Negoziare i rimedi (da completare)

La negoziazione sui rimedi può avvenire in sede di conclusione del contratto o dopo una pronuncia giudiziale. In entrambe le fasi, le parti si confrontano con significative restrizioni alla loro autonomia. Nella prospettiva della complementarità fra diritto e rimedio, la domanda da porsi è quali di queste restrizioni siano giustificate.

5. Conclusioni: (da completare)

Per quali ragioni è opportuno identificare un’area denominata diritto dei rimedi? La prima ragione identificata in questo contributo riguarda la possibilità di stabilire quale relazione intercorra fra ciascun diritto sostanziale e ciascun rimedio. La prevalenza di una visione monista o dualista può influenzare la

⁴⁵ ZAKRZEWSKI, cit., p. 92-97.

⁴⁶ ZAKRZEWSKI, cit., p. 99-101.

⁴⁷ G. Calabresi e A. D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

valutazione del tipo di discrezionalità di cui i giudici possono disporre nell'applicazione di ciascun rimedio, nonché la possibilità di identificare principi comuni a diversi rimedi, o perlomeno giustificare le differenze fra rimedi applicati in diverse branche del diritto privato. La seconda ragione individuata in questo contributo riguarda la possibilità di definire un regime differenziato per la negoziazione delle clausole contrattuali riguardanti i rimedi.