University of Haifa

From the SelectedWorks of Yehuda Adar Dr.

2012

La Prospettiva Dei Rimedi Nel Diritto Privato Europeo (Remedies as An Emerging Concept In The European Private Law)

Dr. Yehuda Adar, *University of Haifa*
Prof. Pietro Sirena, *University of Siena*

Available at: http://works.bepress.com/yehuda/11/

SELECTEDWORKS™

ISSN 0035-6093

ANNO LVIII N. 3 MAGGIO-GIUGNO 2012

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI (1955-1968) E ALBERTO TRABUCCHI (1968-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI
ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO
VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI ERIK JAYME DENIS MAZEAUD
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

CEDAM

CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
PADOVA

Pubbl. bimestrale - Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.a. - Sped. in abb. post. - D. L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

Pietro Sirena
Prof. ord. dell'Università di Siena

Yehuda Adar
Prof. dell'Università di Haifa

LA PROSPETTIVA DEI RIMEDI NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO (*)

Sommario: 1. La crescente centralità dei rimedi nel diritto privato europeo. — 2. Il concetto di rimedio in senso lato: il recesso di pentimento contrattuale del consumatore contraente e la nullità delle clausole abusive, in particolare. — 3. Il concetto di rimedio in senso stretto. — 4. La tendenza verso un'autonoma e unitaria formalizzazione dei rimedi privatistici: l'azione di risarcimento del danno. — 5. *Segue*: l'azione di esecuzione di doveri e quella inibitoria della violazione di diritti. — 6. *Segue*: le azioni di restituzione dell'arricchimento senza causa. — 7. L'unificazione dei principî generali applicabili ai rimedi. — 8. Una proposta di riforma del codice civile italiano.

1. — Com'è stato lucidamente avvertito (1), l'europeizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali esige un impegno della dottrina civilistica che non sia limitato alla esegesi immediata dei nuovi dati legislativi, ma che assuma un carattere propriamente sistematico, ossia si proponga di verificare criticamente se le categorie concettuali finora elaborate dalla scienza giuridica siano adeguate alla realtà normativa attuale, ovvero se quest'ultima non imponga una loro modificazione dall'interno.

È infatti indubbio che un diritto privato europeo potrà considerarsi esistente, solo se l'attività legislativa del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo e quella giurisprudenziale della Corte di Giustizia saranno razionalizzate e formalizzate concettualmente da una vera e propria scienza giuridica europea (2): finché essa non sarà abbastanza robusta e consapevole dei propri compiti, la stessa europeizzazione degli ordinamenti giuridici nazionali, e tanto più la eventualità di un codice civile europeo assumeranno pur sempre i tratti angoscianti di un vuoto tecnicismo legalitario, il quale minaccia di soppiantare dal nulla le tradizioni giuridiche nazionali (3).

(*) Gli autori desiderano dedicare il loro comune lavoro ad Alfredo M. Rabello, per il contributo impareggiabile che ha dato alla conoscenza e alla diffusione della cultura civilistica italiana in Israele, e di quella israeliana in Italia.

(1) Lipari, *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato europeo*², a cura del medesimo, I, Padova, 2003, p. 1 ss., seguito da Macario, *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III/2, Milano 1998, p. 483 ss.

(2) Sull'insufficienza del positivismo giuridico a edificare il diritto privato europeo, v. Sirena, *L'Europa del diritto e la crisi del positivismo giuridico nel pensiero di Paolo Grossi*, in *L'Europa del diritto. Discutendo con Paolo Grossi*, a cura di Gatt, Napoli 2010, p. 25 ss.

(3) Risuonano quanto mai attuali le accorate parole di Schmitt, *La condizione della*

Una delle caratteristiche salienti della scienza privatistica europea sarà verosimilmente costituita dall'integrazione della dogmatica civilistica tradizionale con il punto di vista dei rimedi ([4]), la quale corrisponde del resto a una ineludibile esigenza di dialogo tra l'elaborazione pandettistica del diritto romano-comune e l'impostazione più caratteristica del *common law* anglosassone ([5]).

Per quanto il concetto dei rimedi risulti tuttora vago dal punto di vista della sua definizione teorica ([6]), è significativo in tal senso che le fonti più recenti del diritto privato europeo abbiano cominciato non solo a menzionarlo espressamente, ma anche a utilizzarlo come criterio di organizzazione testuale e di ripartizione tematica delle loro disposizioni.

Nell'àmbito del diritto privato europeo oggi vigente, il quale si identifica sostanzialmente con il diritto europeo dei contratti che è stato emanato dalla Comunità (oggi, Unione) Europea, i rimedi hanno fatto la loro comparsa terminologica nella direttiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio « su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo » del 25 maggio 1999: sebbene tale direttiva abbia senz'altro ricompreso la riparazione e la sostituzione del bene non conforme al contratto di vendita fra i « diritti del consumatore » (art. 3), essa non si è infatti peritata di qualificarle più specificamente come rimedi, e soprattutto di assoggettarle ai limiti di impossibilità ovvero di eccessiva onerosità che sono caratteristici appunto di tali strumenti di tutela (art. 3, paragrafo 3, e 11° considerando) ([7]).

Ancora più evidente è l'importanza sistematica della prospettiva dei rimedi nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law*, nel prosieguo CESL) dell'11 ottobre 2011 ([8]), la quale fa seguire alla disciplina

---

scienza giuridica europea, trad. it. di Cimmino, Roma 1996 e il suo richiamo al luminoso pensiero del von Savigny.

([4]) Tale integrazione è stata concepita dalla dottrina civilistica che maggiormente si è occupata dei rimedi come un distacco dalla (logica della) fattispecie (Di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europ. e d. priv.*, 2008, p. 301 s.; Mazzamuto, *I rimedi*, in Castronovo-Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, p. 739 ss.). Movendo dalla teoria generale della componente di fatto dell'effetto giuridico (Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. d.*, XIV, Milano 1965, p. 473 ss.), è stato peraltro sostenuto che la logica della fattispecie non dovrebbe essere abbandonata, ma raddoppiata: i diritti costituirebbero allora il medio logico e valoriale tra la prima fattispecie (del fatto accaduto) e la seconda (del fatto che deve accadere) (Orlando, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.).

([5]) In generale, v. David, *A Law of Remedies and a Law of Rights*, in Id., *English Law and French Law: A Comparison in Substance*, London 1980, p. 1 ss.

([6]) V. *infra*, n. 3.

([7]) Per tutti, v. C.M. Bianca, *sub* art. 3, in *EU-Kaufrechts-Richtlinie. Kommentar*, hrsg. von Grundmann u. Bianca, Köln 2002, p. 166 ss., spec. p. 178 ss.

([8]) COM(2011) 635 definitivo, il quale è stato accompagnato dalla *Comunicazione del-*

delle « obbligazioni del venditore » (capo 10 della parte III) quella dei « rimedi esperibili dal compratore » (capo 11 della parte III), e, a sua volta, alla disciplina delle « obbligazioni del compratore » (capo 12 della parte III) quella dei « rimedi esperibili dal compratore » (capo 13 della parte III) (9). Così facendo, il CESL non si è limitato a seguire chiaramente il modello della Convenzione di Vienna del 1980 (10), ma lo ha reso ancora più incisivo dal punto di vista che qui interessa, accentuando il significato sistematico delle discipline dei rimedi esperibili da ciascuna delle parti contraenti (11).

Rispetto alla Convenzione di Vienna del 1980, inoltre, il CESL si preoccupa non solo di disciplinare più dettagliatamente le restituzioni conseguenti alla risoluzione (ovvero all'annullamento) del contratto (parte VI), ma anche di introdurre una amplissima disciplina della prescrizione (parte VII), la quale, sebbene non attenga propriamente ai rimedi in quanto tali, assume una preminente importanza pratica dal punto di vista della tutela delle parti contraenti.

Se si passa poi a quel monumentale *restatement* del diritto comune europeo che è costituito dal *Draft Common Frame of Reference* (nel prosieguo, DCFR) (12), la rilevanza della prospettiva dei rimedi è accentuata dal fatto

---

la Commissione al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale Europeo e al Comitato delle regioni. Un diritto comune Europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico, COM(2011) 636 definitivo, anch'essa dell'11 ottobre 2011. Per alcune prime osservazioni esegetiche, v. Hesselink, *How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation*, n. 2011-15 della *Working Paper Series* del Centre for the Study of European Contract Law.

(9) Riguardo ai contratti di servizi connessi (parte V del CESL), i rimedi esperibili da ciascuna delle parti contraenti sono invece più rapidamente disciplinati nella sezione 4 del capo 15 (« Obbligazioni e rimedi delle parti »).

(10) Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, ratificata e resa esecutiva in Italia mediante la l. 11 dicembre 1985, n. 765. Al riguardo, v. il classico *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, ed. by C.M. Bianca and Bonell, Milano 1987.

(11) Nella Convenzione di Vienna, la disciplina dei « rimedi per l'inadempimento del venditore » è inserita in una sezione del capitolo relativo alle « obbligazioni del venditore » (sezione III del capitolo II), e analogamente quella dei « rimedi per l'inadempimento del compratore » è inserita in una sezione del capitolo relativo alle « obbligazioni del compratore » (sezione III del capitolo III). Nel CESL, invece, la *sedes materiae* dei rimedi esperibili da ciascuna delle parti contraenti è non solo collocata in una posizione pariordinata rispetto a quella delle rispettive obbligazioni contrattuali, ma anche (e soprattutto) in un ordine inverso rispetto a quello della Convenzione di Vienna: i rimedi esperibili dal compratore sono disciplinati subito dopo alle obbligazioni del venditore, e viceversa. Ciò si spiega in quanto i rimedi esperibili dal compratore servono appunto a tutelarlo dall'inadempimento del venditore, e viceversa: pertanto, l'ottica prevalente nel CESL non è più quella strutturale della fattispecie, bensì quella funzionale della tutela.

(12) V. la versione definitiva (*Outline Edition*) in *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, ed. by von Bar *et al.*, München 2009. Sebbene non possa ovviamente costituire un diritto vigente in senso positivistico, il DCFR non può neppure essere

che, prendendo in considerazione tutte le principali tematiche privatistiche, esso disciplina non solo la responsabilità da inadempimento di una obbligazione (13), ma anche la responsabilità da atto illecito (14), nonché l'intero àmbito dell'arricchimento senza causa (15).

Inoltre, il DCFR prevede alcune specifiche sottodiscipline organiche dei rimedi a proposito della vendita (16), del *leasing* (17), della donazione (18).

Non stupisce pertanto che i « *remedies* » siano menzionati dal DCFR per non meno di ottantotto volte. Non si tratta soltanto di una esigenza redazionale, ma della consapevolezza che la disciplina dei rimedi costituisce una autonoma e unitaria partizione dell'ordinamento giuridico, la quale è ormai suscettibile di essere formalizzata separatamente rispetto alle tradizionali aree tematiche del diritto privato (l'obbligazione, la proprietà, ecc.): si manifesta così in modo evidente l'influenza della cultura giuridica anglo-sassone, la quale, anche per ragioni storiche, ha da sempre avuto familiarità con il concetto dei rimedi (19).

D'altro canto, la disciplina dei rimedi che è dettata dal DCFR si caratterizza per quella tensione alla razionalizzazione unitaria e all'organizzazione sistematica che è innegabilmente propria della cultura di *civil law*.

---

degradato al rango di una pura e semplice esercitazione accademica; come si è accennato nel testo, esso costituisce piuttosto un *restatement* di quel diritto comune europeo (o *ius commune* in senso moderno) che, nonostante lo scetticismo di parte della dottrina (Gentili, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di Sirena, Milano 2006, p. 94 ss., spec. p. 97 ss.), è dotato di una propria autonoma giuridicità, non soltanto dal punto di vista della libertà di scelta delle parti contraenti (c.d. *soft law*), ma anche da quello della integrazione dell'ordinamento dell'Unione Europea da parte della Corte di Giustizia (Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, trad. it. di Sirena, in questa *Rivista*, 2002, I, p. 365 ss., spec. p. 374 ss.).

(13) Capo 3 (*Remedies for non-performance*) del Libro III sulle obbligazioni e i corrispondenti diritti (*Obligations and corresponding rights*).

(14) Capo 6 (*Remedies*) del Libro VI sulla responsabilità non contrattuali derivante dal danno cagionato ad altri (*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*)

(15) Libro VII (*Unjustified enrichment*).

(16) Capo 4 (*Remedies*) della parte A (*Sales*) del libro VI sui contratti tipici e i diritti e le obbligazioni che ne derivano (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*).

(17) Capo 4 (*Remedies of the lessee: modifications of normal rules*) e capo 6 (*Remedies of the lessor: modifications of normal rules*) della parte B (*Lease of goods*) del libro VI sui contratti tipici e i diritti e le obbligazioni che ne derivano (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*).

(18) Sezione 2 (*Remedies of the donee*) e sezione 4 (*Remedies of the donor*) del capo 3 (*Obligations and remedies*) della parte H (*Donation*) del libro VI sui contratti tipici e i diritti e le obbligazioni che ne derivano (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*).

(19) V. anche *infra*, n. 3.

Anche se in questa sede non è possibile entrare nei dettagli ([20]), si deve rilevare che un'analoga tendenza può ravvisarsi in tutti i codici civili più recenti, in particolare quelli dell'Olanda (1992) e del Québec (1994), nonché nei grandi *restatements* del diritto europeo e anche mondiale che sono stati elaborati verso la fine del secolo scorso: i Principî UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali (PICC) ([21]), i Principî di Diritto Europeo dei Contratti (PECL) ([22]), i Principî di Diritto Europeo dell'Illecito Civile (PETL) ([23]).

2. — È piuttosto frequente che il nucleo essenziale del diritto europeo dei contratti oggi vigente, ossia l'insieme delle discipline giuridiche che sono state emanate dal legislatore europeo per armonizzare la disciplina del contratto preveduta dagli ordinamenti giuridici nazionali, sia concepito come un insieme di strumenti a tutela del consumatore, e pertanto come un insieme di rimedi.

In particolare, si può dire che, al di là degli obblighi di informazione precontrattuale che sono stati posti massicciamente a carico del professionista contraente ([24]), la parte generale del diritto europeo dei contratti sia caratterizzata dai seguenti contenuti precettivi ([25]): 1) quando il contratto è stato concluso a distanza ovvero al di fuori dei locali commerciali del professionista contraente, il consumatore ha il diritto di recedere entro un breve termine, « pentendosi » così dell'affare concluso ([26]); 2) quando il contratto è stato unilateralmente predisposto dal professionista contraente (o anche da un terzo), le clausole abusive nei confronti del consumatore sono nulle e possono essere inibite dal giudice a seguito di un'azione collettiva; 3) quando il professionista abbia consegnato beni non conformi al contratto di alienazione che

([20]) Per i quali, v. comunque Adar-Shalev, *The Law of Remedies in a Mixed Jurisdiction: The Israeli Experience*, in *Tulane European and Civil Forum*, vol. 85, 2008, Estratto, p. 17 ss.

([21]) Bonell, *Un « Codice » Internazionale del Diritto dei Contrati. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano 1995 e 2ª ed., *Aggiornata ai Principi UNIDROIT 2004*, Milano 2006.

([22]) Castronovo (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano 2001.

([23]) Nell'edizione ufficiale, pubblicata a Vienna nel 2005, il testo dei *Principles* (consultabile anche sul sito Internet *www.egtl.org*) è accompagnato da un esaustivo commento.

([24]) Per tutti, v. Roppo, *L'informazione precontrattuale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, cit., p. 141 ss.; Grundmann *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Europ. d. priv.*, 2001, p. 278 ss.

([25]) Sulla formalizzazione concettuale di una parte generale e di una parte speciale del diritto europeo dei contratti, v. Sirena, *La dialettica parte generale-parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano 2007, p. 493 ss.

([26]) Per un'analisi essenziale dell'istituto e i principali riferimenti dottrinali, v. Sirena, *I recessi unilaterali*, in *Tratt. Roppo*, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano 2006, p. 119 ss.

ha stipulato con il consumatore, quest'ultimo può pretendere la loro sostituzione ovvero riparazione, e in subordine la risoluzione del contratto.

Al riguardo, si deve preliminarmente rilevare che il diritto europeo dei contratti è stato progettato e realizzato al fine di instaurare il mercato interno unico e di assicurare il suo funzionamento ottimale, costituendo così, anche in senso storico, il naturale complemento del diritto europeo della concorrenza ([27]).

Si spiega pertanto che tale diritto sia costituito anzitutto dalle regole necessarie per rimuovere gli ostacoli frapposti all'esercizio transfrontaliero della libertà di autonomia contrattuale: si tratta delle norme inderogabili le quali, tenuto conto dei principî costituzionali di sussidiarietà e di proporzionalità di cui all'art. 5 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, sono giustificate dall'interesse generale alla prevenzione e alla neutralizzazione dei fallimenti paradigmatici del mercato, segnatamente quando essi sono determinati da quella strutturale asimmetria (informativa) tra le parti che si rinviene nei contratti tra un professionista e un consumatore ([28]).

Poiché l'economia di mercato costituisce la manifestazione necessaria e più evidente di una società basata sulle libertà private, e poiché la costituzione dell'Unione Europea è basata sulla « scelta di sistema » a favore di una società siffatta, gli ostacoli all'esercizio transfrontaliero della libertà di autonomia contrattuale sono rimossi dal diritto europeo dei contratti non già mediante un intervento amministrativo di tipo autoritario, bensì mediante un intervento legislativo (o paralegislativo) di tipo regolatorio, ossia finalizzato a creare le regole del gioco grazie alle quali ciascuna delle parti contraenti possa adeguatamente agire per la tutela dei propri interessi. In altri termini, l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno unico sono perseguiti dal legislatore europeo principalmente tutelando la libertà di autonomia contrattuale della parte « debole » nei confronti di quella « forte », e segnatamente prevenendo o almeno neutralizzando quei casi paradigmatici di fallimento del mercato che di fatto impediscono l'esercizio effettivamente libero (ossia, consapevole e informato) dell'autonomia contrattuale del consumatore ([29]).

Tuttavia, se è vero che le azioni di sostituzione ovvero di riparazione del

---

([27]) Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. Lipari*, III, Padova 2003, p. 3 ss.

([28]) Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 787 ss. Com'è noto, è ampiamente discusso se la logica normativa della asimmetria di potere contrattuale possa e debba essere estesa anche alla disciplina dei contratti tra imprenditori (v. soprattutto il dialogo tra Roppo, *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino 2011, p. 65 ss. e Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2008, I, p. 515 ss., nonché più in generale i saggi raccolti in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna 2008; da ultimo, v. inoltre Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli 2011, spec. p. 215 ss.).

([29]) Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit.

bene difettoso, nonché quella di risoluzione del contratto per la sua violazione da parte del venditore, rilevano senz'altro come rimedi ([30]), è viceversa assai dubbio che quest'ultimo concetto possa essere appropriatamente e utilmente impiegato a proposito del recesso c.d. di pentimento del consumatore e della nullità delle clausole abusive.

Quale che sia la nozione (più o meno ristretta) che sul piano della teoria generale si voglia dare del concetto di rimedio, esso assume una autonoma rilevanza dogmatica solo se l'attuazione di una tutela giuridica è ricollegata alla libera iniziativa del soggetto che è portatore dell'interesse protetto dall'ordinamento giuridico, ossia se è realizzata mediante l'esercizio di una sua pretesa ([31]). La nullità delle clausole abusive non è invece rimessa alla libera iniziativa della parte tutelata (ossia, del consumatore), ma è automaticamente comminata dalla norma giuridica che la prevede ed è rilevabile dal giudice anche d'ufficio. Essa costituisce dunque una sanzione ([32]), laddove rileveranno piuttosto come rimedi l'azione individuale di accertamento ovvero quella collettiva di inibitoria ([33]).

Movendo dallo stesso punto di vista, risulta invece più problematico l'inquadramento del recesso di pentimento contrattuale, posto che, esso sì, costituisce un diritto esercitabile non solo liberamente, ma addirittura arbitrariamente.

È stato sostenuto che, mentre il recesso per giusta causa potrebbe essere considerato come un rimedio perché formalizza un conflitto e impone lo scan-

---

([30]) V. anche *supra*, n. 1.

([31]) V. anche *infra*, n. 3.

([32]) Al riguardo, cfr. il classico saggio di Irti, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 541 ss.

([33]) Movendo dal presupposto secondo cui la caratteristica effettuale dei rimedi si otterrebbe mediante una modificazione materiale della realtà (D. Messinetti, *Processi di formazione della norma e tecniche « rimediali » della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea, Messina, 4-7 giugno 2012, a cura di Scalisi, Milano 2004, p. 228), è stato messo in dubbio che le azioni di mero accertamento (o meramente dichiarative) abbiano una natura rimediale, in quanto esse hanno una sostanziale portata ricognitiva dell'assetto di interessi che è già puntualmente fissato dalle norme giuridiche applicabili alla fattispecie (sul punto, v. in generale Mazzamuto, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europ. d. priv.*, 2007, p. 591 s.). Senza voler qui prendere pregiudizialmente in considerazione la tesi secondo cui l'azione di nullità sarebbe (non meramente dichiarativa, ma) costitutiva (Palermo, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano 1974, p. 76 s., nt. 108), si deve rilevare che la teoria generale del diritto ha già da tempo superato il paradosso dell'efficacia dichiarativa, chiarendo che essa determina pur sempre una novità nel mondo del diritto: si tratta più precisamente di una trasformazione interna delle situazioni giuridiche soggettive, la quale, senza modificarne il contenuto o gli elementi strutturali, determina il loro rafforzamento (Falzea, *op. cit.*, p. 492 ss.). A tale proposito, v. recentemente Pagliantini, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in questa *Rivista*, 2011, I, p. 753 ss.; Id., *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2011, p. 407 ss.; Caponi, *L'azione di nullità*, in questa *Rivista*, *Suppl. ann. di studi e ricerche*, p. 59 ss.

daglio del giudice, quello *ad nutum* costituirebbe invece un potere privo di risvolti rimediali: il giudice sarebbe chiamato infatti a verificare soltanto il suo presupposto, che si colloca nella struttura della fattispecie, ma non a ricercare la giustificazione dell'atto mediante il quale lo si esercita ([34]). Tale argomentazione muove dal presupposto secondo cui il rimedio si caratterizzerebbe proprio perché le ragioni del suo esercizio sarebbero in concreto assoggettate a un controllo del giudice (anche solo in via eventuale e successiva).

In realtà, un controllo giudiziale siffatto si rinviene infatti in istituti giuridici che, per quanto possano presentare una intuitiva similarità con i rimedi, non sembrano propriamente avere la loro stessa natura. Proprio restando nell'àmbito tematico che è stato preso in considerazione dalla tesi dottrinale sopra esposta, è ad es. indubbio che, per quanto qui rileva, il recesso per giustificato motivo oggettivo sia assoggettato a un controllo giudiziale che non è diverso da quello che si rinviene nel recesso per giusta causa: qualificarlo come un rimedio sarebbe tuttavia certamente discutibile, non trattandosi qui, per definizione, della violazione di un obbligo contrattuale da parte del lavoratore dipendente, né più generalmente della lesione da parte sua di un interesse giuridicamente protetto del datore di lavoro.

Movendo da queste ultime considerazioni, si deve piuttosto mettere in evidenza che, come si cercherà di chiarire nel prosieguo ([35]), una definizione sufficientemente specifica del concetto di rimedio deve presupporre non solo che sia stato leso un interesse giuridicamente protetto del soggetto tutelato, ma anche che tale lesione sia imputabile proprio al soggetto responsabile. È appunto per questa ragione che il recesso contrattuale di pentimento non può essere appropriatamente qualificato come rimedio, considerato che esso non solo non è funzionalmente giustificato, ma non è neppure strutturalmente ricollegato alla lesione di un interesse del consumatore che sia imputabile al professionista contraente.

In realtà, il recesso di pentimento che la legge attribuisce al consumatore dà luogo agli stessi effetti giuridici della clausola che, in generale, può essere volontariamente apposta dalle parti contraenti per riservare al compratore il non gradimento del bene consegnato dal venditore, secondo quanto prevede l'art. 1520, comma 3°, c.c. ([36]). Proprio perché « si riconosce all'acquirente la pretesa di procedere ad un preventivo "assaggio" » ([37]), non si tratta di un rimedio ([38]), ma di un vero e proprio contenuto programmatico del contratto

---

([34]) Mazzamuto, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit., p. 595.

([35]) V. *infra*, n. 3.

([36]) Sirena, *I recessi unilaterali*, cit., p. 120.

([37]) C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, 2ª ed., I, Torino 1993, p. 356.

([38]) A meno di non voler impiegare tale termine in una accezione (se non atecnica, quanto meno) fortemente innovativa, tanto da farne una sorta di neologismo (Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europ. d. priv.*, 2010, p. 601 ss.; Id., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit., p. 596).

stipulato dalle parti, ossia di un punto che a tutti gli effetti entra a far parte dell'affare divisato dalle parti contraenti (che poi esso sia individualmente negoziato, come accade generalmente secondo la disciplina del codice civile italiano, ovvero imposto dalla legge, come accade invece nella disciplina di derivazione europea, poco importa).

3. — Le considerazioni che sono state svolte a proposito del diritto europeo dei contratti mostrano che il concetto di rimedio è tuttora piuttosto vago nella dottrina civilistica, e comunque che esso è suscettibile di essere impiegato secondo una molteplicità di significati.

In realtà, il metodo « essenzialistico » che ha caratterizzato la scienza giuridica dell'Europa continentale non ha tradizionalmente consentito alcuna significativa distinzione concettuale tra i rimedi e i diritti che essi sono finalizzati a tutelare, rendendo anzi incomprensibile una nozione di rimedio che fosse autonoma da quella di diritto ([39]).

Si spiega pertanto che una vera e propria formalizzazione concettuale dei rimedi abbia costituito piuttosto una caratteristica peculiare della dottrina anglo-sassone, ricollegandosi, fra l'altro, alle stesse origini storiche del *common law* nel Regno Unito ([40]).

Ciò non significa peraltro che nella cultura giuridica anglo-sassone il concetto di cui si tratta sia stato definito in termini chiari e univoci: nonostante il termine « *remedy* » sia largamente impiegato nel linguaggio giuridico e abbia costituito oggetto di una letteratura amplissima ([41]), il suo esatto significato resta tuttora piuttosto incerto, tant'è che esso è non infrequentemente definito in termini tanto ampi, da ricomprendere qualsiasi azione giudiziale e qualsiasi strumento di tutela predisposto dall'ordinamento giuridico.

([39]) È particolarmente significativo al riguardo che, chiamato in un congresso internazionale a esporre il punto di vista francese sui *remedies*, Tallon abbia avvertito la necessità di porre il seguente interrogativo preliminare: « [*T*]*he French reporter is confronted with a terminological difficulty which, as always, reflects a more fundamental problem: what is a remedy?* » (in *Contract Law Today — Anglo French Comparisons*, ed. by Harris and Tallon, 1989, p. 263). André Tunc ha suggerito di risolvere la difficoltà posta dalla traduzione del termine di « *remedy* » in francese facendo ricorso a « *remède* » (letteralmente, medicina).

([40]) Com'è ovvio, ci si riferisce qui al sistema dei *writs* che ha caratterizzato il processo civile inglese per circa settecento anni, fino al diciannovesimo secolo (v. Baker, *An Introduction to English Legal System*, 4ª ed., Oxford 2002, p. 53 ss.).

([41]) Prescindendo dalla messe dei manuali di *Cases&Materials*, possono essere menzionate soprattutto le seguenti opere monografiche: per il Regno Unito Lawson, *Remedies of English Law*, 1ª ed., 1972, e 2ª ed., 1980, nonché per la Scozia Walker, *The Law of Civil Remedies in Scotland*, 1974; per gli Stati Uniti d'America Dobbs, *A Handbook on the Law of Remedies*, 1ª ed., 1973, e 2ª ed., con il titolo *Law of Remedies, Damages-Equity-Restitution*, in tre volumi, 1993. Fra le opere più recenti, v. Laycock, *Modern American Remedies — Cases&Materials*, 1ª ed., 1985, seguita dalla 2ª ed., 1994, dalla 3ª ed., 2002 e dalla 4ª ed., 2010; Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 1987, seguita dalla 2ª ed., 1994 e dalla 3ª ed., 2004; Harris, *Remedies in Contract and Tort*, 1ª ed., 1988, e 2ª ed., 2002 (con Campbell e Halson); Tilbury, *Civil Remedies*, Sydney, 1990.

Si può quindi spiegare che, sebbene abbia espressamente definito termini altrettanti basilari della teoria generale come « diritto », o « contratto », il DCFR si sia peritato di dettare una nozione di rimedio.

Se è inteso in un senso vago ovvero eccessivamente ampio, il concetto di rimedio perde tuttavia la sua stessa ragione dogmatica, identificandosi in qualsiasi strumento mediante il quale l'ordinamento giuridico tutela i diritti che riconosce e attribuisce ai soggetti.

In definitiva, si può dire che per qualsiasi ordinamento giuridico valga il brocardo secondo cui quando c'è un diritto, c'è anche un rimedio, e che solo se c'è un rimedio, allora un diritto esiste (*ubi ius ibi remedium, ubi remedium ibi ius*).

In un senso così ampio, tuttavia, i rimedi non costituiscono altro che la manifestazione pratica e percettibile dei diritti, ai quali attribuiscono forza e, in ultima istanza, significato ([42]). Un diritto che non sia protetto e tutelato dall'ordinamento giuridico non sarebbe dunque un diritto, ma solo il suo simulacro, perché si esaurirebbe in un interesse soggettivo o in una aspirazione ideale privi di qualsiasi forza giuridica.

In un senso specifico, tuttavia, i rimedi possono essere definiti come le pretese che il titolare di un interesse giuridicamente protetto può esercitare nei confronti di chi lo abbia leso o stia per lederlo, affinché tale lesione sia prevenuta *ex ante* ovvero riparata *ex post* (in forma specifica ovvero, se ciò non è possibile, per equivalente monetario).

Secondo i termini di tale definizione, affinché si abbia un rimedio è essenziale che una pretesa presupponga la lesione di un interesse giuridicamente protetto del soggetto che la esercita ([43]), essendo precisamente finalizzata a tutelarlo. Chi è legittimato a esercitare il rimedio, può dunque essere appropriatamente qualificato come il soggetto tutelato.

Per quanto sia necessario, tale requisito non è tuttavia sufficiente. Il soggetto che abbia subìto un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., ad es., può pretendere di essere indennizzato dalla società assicuratrice dal danneggiante, ovvero eventualmente da un fondo pubblico istituito a tale scopo, ma questo non significa che tali pretese indennitarie possano essere qualificate come rimedi.

A tal fine, è altresì essenziale che la lesione dell'interesse del soggetto che esercita la pretesa sia imputabile proprio al soggetto nei confronti del quale essa è esercitata, cosicché il concetto di rimedio è coestensivo rispetto a quello di responsabilità. Chi è legittimato a subire l'esercizio del rimedio può essere dunque appropriatamente qualificato come il soggetto responsabile.

([42]) Com'è stato icasticamente rilevato, le azioni civili non servono a comprovare eleganti teorie, ma a soddisfare l'esigenza concreta di tutelare chi ha subito, o teme di subire, un'ingiustizia (Wright, *The Law of Remedies as a Social Institution*, in *University of Detroit Law Journal*, vol. 18, 1955, p. 377).

([43]) Una classica distinzione nei diritti in primari (*primary*) e secondari (*sanctioning*) si rinviene in Austin, *Lectures on Jurisprudence. Or the Philosophy of Positive Law*, 5ª ed., London 1885 (rist. 1911, ed. by Campbell), p. 760 ss.

Com'è evidente, l'àmbito più naturale e caratteristico dei rimedi è pertanto caratterizzato dalla antigiuridicità del comportamento del soggetto responsabile e può essere delimitato mediante i tradizionali concetti civilistici di inadempimento di un'obbligazione ovvero di violazione di un contratto (responsabilità c.d. contrattuale) e di atto illecito (responsabilità c.d. extracontrattuale o aquiliana).

L'àmbito dei rimedi si estende tuttavia anche al vasto e per certi versi ancora inesplorato territorio dell'arricchimento ingiustificato: come si vedrà nel prosieguo, infatti, le azioni che sono finalizzate alla sua restituzione presuppongono anch'esse una vera e propria responsabilità del soggetto passivo, sebbene a tal fine sia necessaria una importante precisazione preliminare (44).

Uno dei compiti più affascinanti che si propongono alla scienza giuridica europea è ora costituito dalla progressiva formalizzazione concettuale dei rimedi in termini unitari e, proprio per questo, autonomi rispetto ai diritti (45).

La cultura civilistica italiana ha già dato alcuni contributi importanti in tal senso, se è vero che essa può vantare una pioneristica trattazione monografica del tema (46), nonché alcuni importanti lavori successivi (47). Ancora più significativo in tal senso è che in una delle trattazioni sistematiche più autorevoli del diritto civile italiano l'esposizione dell'inadempimento dell'obbligazione, dell'atto illecito e dell'arricchimento senza causa (ivi compreso il pagamento dell'indebito) sia stata separata da quella dell'obbligazione in generale e collocata in unico volume intitolato alla responsabilità (48): è infatti evidente che il filo logico di tale scelta espositiva e sistematica sia costituito proprio dalla prospettiva dei rimedi, la quale consente di legare tra loro gli istituti giuridici di cui si tratta e di distinguerli dal resto della disciplina generale dell'obbligazione.

È tuttavia auspicabile uno sforzo ulteriore della scienza giuridica nella direzione qui auspicata di una formalizzazione unitaria e autonoma dei rime-

---

(44) V. *infra*, n. 7.

(45) In senso contrario, cfr. tuttavia Birks, *Rights, Wrongs and Remedies*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, p. 1 ss., il quale, adottando la prospettiva tradizionale di *civil law*, prospetta l'assorbimento della disciplina dei rimedi in quella dei diritti sottostanti.

(46) Ci si riferisce ovviamente a Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Milano 2003.

(47) Fra gli altri, v. Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europ. d. priv.*, 2005, p. 341 ss.; Mattei, *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in *Quadr.*, 1987, p. 341 ss.; Id., *I rimedi*, in Alpa-Graziadei *et al.*, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino 2001, p. 105 ss.; Mazzamuto, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit.; Mazzamuto-Plaia, *I rimedi*, in Castronovo-Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, cit.; D. Messinetti, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, in *Europ. d. priv.*, 2005, p. 605 ss.; Id., *Processi di formazione della norma e tecniche « rimediali » della tutela giuridica*, cit.; Orlando, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit., nonché i saggi raccolti in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova 2008.

(48) C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano 1994.

di, perché essa consentirebbe una sicura razionalizzazione degli strumenti di protezione degli interessi privati, eliminando così alcune ingiustificate disparità di trattamento e colmando anche alcuni vuoti di tutela. Proprio per questa ragione, l'adozione di tale programma culturale non costituisce semplicemente una scelta di metodo o addirittura di gusto dell'interprete, ma corrisponde all'esigenza di rendere effettiva la garanzia dell'art. 24, comma 1°, Cost., secondo cui « tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi » (49).

Un radicale passo in avanti nella direzione qui auspicata può essere suggerito dal progetto di un codice civile israeliano (50), il quale, ha dedicato un capitolo alla disciplina unitaria dei rimedi, spingendosi a definire l'inadempimento di una obbligazione (*breach of an obligation*) in termini comprensivi della violazione del dovere di non commettere un atto illecito (*duty to refrain from committing a wrong*) (51).

È evidente che, così facendo, il progetto israeliano si propone di ampliare notevolmente il concetto di obbligazione che è conosciuto dal diritto privato europeo e, in definitiva, di superarlo, prendendo atto che la distinzione tra i diritti di credito e quelli reali, la quale peraltro è stata già da tempo assoggettata dalla dottrina italiana a una revisione critica, è tendenzialmente irrilevante dal punto di vista dei rimedi (52).

4. — Il diritto privato europeo non si è spinto così avanti come quello israeliano, ma ha comunque compiuto passi importanti sulla strada della unificazione dei rimedi.

In primo luogo, è stata generalmente riconosciuta dagli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale l'opportunità di disciplinare unitariamente i rimedi esperibili a causa dell'inadempimento di un'obbligazione, quale che sia la sua fonte.

Al riguardo, gli artt. 1218-1229 del codice civile italiano possono essere considerati esemplari per la loro semplicità e chiarezza, tanto più se si tiene presente che, per quanto il principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c. abbia indotto la dottrina italiana a formalizzare la categoria concettuale dei contratti a effetti reali (53), non si è generalmente dubitato che le medesime

---

(49) V. anche *infra*, n. 8.

(50) Per tutti, v. Lerner, Rabello, *The (Re) Codification of Israel Private Law: Support for, and Criticism of the Israeli Draft Civil Law Code*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, p. 763 ss.; Id., *The Project of the Israeli Civil Code: The Dilemma of Enacting a Code in a Mixed Jurisdiction*, in *Liber amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, ed. by Andenas *et al.*, London 2007, p. 771 ss.

(51) Art. 445.

(52) Adar-Shalev, *op. cit.*, p. 21 ss.

(53) Per alcuni riferimenti al riguardo, v. Sirena, *L'effetto traslativo*, in *I contratti di vendita*, I, a cura di Valentino, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino 2007, p. 385 ss.

disposizioni legislative siano applicabili anche al risarcimento del danno per i vizi della cosa venduta, che è preveduto dall'art. 1494 c.c. ([54]): se è vero infatti che la diretta produzione contrattuale dell'effetto reale, escludendo il *medium* del rapporto obbligatorio, a rigore esclude anche che, per quanto qui rileva, si possa parlare di un inadempimento da parte del venditore ([55]), è altresì vero che tale divaricazione rileva a proposito della fattispecie genetica dell'azione di risarcimento del danno (la quale, anziché dall'inadempimento di un'obbligazione, sarebbe integrata dalla violazione del contratto in quanto tale) ([56]), ma non (necessariamente) a proposito del rimedio in se stesso considerato.

Nei codici civili degli altri principali ordinamenti giuridici europei, i quali, essendo più risalenti nel tempo, si sono originariamente mantenuti più fedeli alla tradizione del diritto romano comune, l'unitarietà della disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni non è stata prevista fin dall'inizio, ma costituisce comunque un risultato che è stato più di recente realizzato, o almeno perseguito dal legislatore nazionale.

Nel *Code Civil* francese, i rimedi contro l'inadempimento contrattuale sono tuttora disseminati tra le sezioni, e anche tra i capi del titolo III (*Des contrats ou des obligations conventionelles en général*) del libro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*) ([57]); tale insoddisfacente imposta-

---

([54]) Per tutti, v. C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, 2ª ed., II, cit., p. 978.

([55]) Al riguardo, restano fondamentali i classici studi di Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Scritti in onore di De Gregorio*, II, Città di Castello, s.d., p. 129 ss. e Id., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 168 ss. Cfr. tuttavia Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1952, p. 1292 ss.

([56]) È peraltro noto che tale divaricazione non solo è stata relativizzata dall'orientamento dottrinale che ha ricostruito il fondamento della responsabilità contrattuale del venditore per i difetti della cosa nei termini di una violazione del suo impegno traslativo (Bianca, *La vendita e la permuta*, 2ª ed., II, cit., p. 698 ss.), ma è stata soprattutto messa in crisi dall'avvento della direttiva 1999/44/CE, poiché quest'ultima è stata (impropriamente) intesa nel senso che essa abbia arricchito o alterato gli effetti giuridici del contratto di cui si tratta, facendo gravare sul venditore un'obbligazione di conformità dei beni al contratto, ovvero un'obbligazione di consegnare beni conformi al contratto, ovvero ancora un'obbligazione di verificare ed eventualmente ripristinare la conformità dei beni al contratto (per un quadro critico d'insieme, v. Luminoso, *La compravendita*, 7ª ed., Torino 2011, p. 317 ss.; Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europ. d. priv.*, 2004, p. 1029 ss.). In realtà, come si è già rilevato *supra*, n. 2, si tratta di una disciplina dei rimedi (di sostituzione o di riparazione della cosa difettosa, ovvero di risoluzione del contratto per la sua violazione da parte del compratore) e la trasposizione di essa sul piano della fattispecie contrattuale e dei suoi effetti giuridici costituisce pertanto una impropria ipostatizzazione (v. Sirena, *Il diritto europeo dei contratti e la costruzione delle categorie civilistiche*, in *Remedies in Contract*, a cura di Vettori, cit., p. 254 s.).

([57]) Secondo Tallon, *op. cit.*, p. 264 ss., la disciplina dei rimedi contrattuali dettata dal *Code civil* sarebbe sconcertante per la sua mancanza di rigore. Per un esame comparatistico, v. Marsh, *Comparative Contract Law: England, France Germany*, Aldershot 1994, p. 319 ss.

zione sistematica è tuttavia destinata a essere radicalmente superata dalla futura approvazione dell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, presentato al Ministro della giustizia il 22 settembre 2005 (nel prosieguo, progetto Catala).

Tale progetto di riforma legislativa ha infatti proposto non solo di inserire nel *Code Civil* una sottopartizione specificamente dedicata all'inadempimento delle obbligazioni e alla risoluzione del contratto (*De l'inexécution des obligations et de la résolution du contrat*) (58), ma soprattutto di creare nel libro III (fra l'altro, più modernamente ridenominato *Des obligations*) un nuovo sottotitolo relativo alla responsabilità civile (*De la responsabilité civile*) (59), intendendo quest'ultima come comprensiva tanto di quella contrattuale, quanto di quella extracontrattuale (60).

È poi noto che il codice civile tedesco (nel prosieguo, BGB) non ha originariamente formalizzato un concetto unitario di inadempimento delle obbligazioni, ma ha piuttosto alternativamente considerato la mancata esecuzione della prestazione dal punto di vista della mora del debitore (*Verzug*, § 275 vecchio testo), ovvero da quello dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (*Unmöglichkeit*, § 284 vecchio testo) (61). Al fine di coprire anche le ipotesi di inesattezze della prestazione eseguita dal debitore (*Leistungsstörungen*), la dottrina degli inizi del Novecento fu pertanto costretta a elaborare la ciclopica costruzione delle *positive Vertragsverletzungen* (62). Questa anacronistica e inefficiente complicazione del sistema della tutela civile è stata non a caso spazzata via dalla riforma del diritto delle obbligazioni del 2001 (63), la quale ha introdotto nel BGB una disciplina unitaria dell'inadempimento delle obbligazioni, basandola sul concetto di violazione di un obbligo (*Pflichtverletzung*, § 280 nuovo testo) (64); il legislatore ha inoltre semplificato la forma-

---

(58) Si tratterebbe della sezione 5, capo III (*De l'effet des conventions*), sottotitolo I (*Du contrat et des obligations conventionelles*), libro III (*Des obligations*), articoli dal 1157 al 1160-1.

(59) Si tratterebbe degli articoli dal 1340 al 1386.

(60) V. anche *infra*, n. 5.

(61) Il legislatore tedesco recepì così la dottrina di Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853 e III, *Die Lehre von der* « Mora » *nebst Beiträgen zur Lehre von der* « Culpa », Braunschweig 1855.

(62) Com'è noto, essa fu principalmente dovuta a Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, Berlin 1913 (rist. Goldbach 1997). Sulla sua inadeguatezza terminologica, prima ancora che concettuale, cfr. comunque Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I[14], *Allgemeiner Teil*, München 1987, p. 367 s.

(63) *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, del 26 novembre 2001, in *BGBl*, I, p. 3138 ss. Per tutti, v. Di Majo, *La* Modernisierung *del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europ. d. priv.*, 2004, p. 353 ss.; Canaris, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova 2003.

(64) Lorenz, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in questa *Rivista*, 2010, I, p. 104 ss.

lizzazione dei rimedi esperibili, che sono stati ricondotti a tre modelli di base, ossia l'azione di esatto adempimento ([65]), il risarcimento del danno (*Schadensersatz*) ([66]), la risoluzione del contratto (*Rücktritt*) ([67]).

L'istanza di semplificazione e di razionalizzazione unitaria della disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni ha trovato accoglimento nel DCFR, il quale, nel libro III relativo alle obbligazioni e ai corrispondenti diritti (*Obligations and corresponding rights*), ha dedicato il capo 3 ai rimedi contro l'inadempimento (*Remedies for non-performance*), non distinguendo tra i vari tipi di obbligazione, segnatamente per quanto riguarda la loro fonte ([68]). Tale disciplina è pertanto applicabile all'inadempimento tanto delle obbligazioni contrattuali, quanto di quelle extracontrattuali (derivanti, ad es., da un atto illecito ovvero dall'arricchimento senza causa).

Movendo dalla distinzione tra il contratto e l'atto illecito che generalmente caratterizza gli ordinamenti giuridici europei ([69]), il DCFR ha peraltro disciplinato i rimedi esperibili a causa dell'inadempimento di un'obbligazione separatamente da quelli esperibili nell'àmbito della « responsabilità non contrattuale derivante dal danno cagionato ad altri », come recita la rubrica del suo libro VI (*Non-contractual liability arising out of damage caused to another*).

Se si adotta il punto di vista della fattispecie, non vi è dubbio che la di-

---

([65]) Sebbene il BGB non abbia fatto alcun riferimento letterale a tale concetto, esso può essere chiaramente desunto dal § 241, *Absatz* 1, il quale definisce il diritto del creditore di pretendere l'adempimento (« *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern* »). Per una discussione sulla nuova previsione relativa all'azione di esatto adempimento e ai suoi limiti, v. R. Zimmermann, *Remedies for Non-Performance: The Revised German Law of Obligations Viewed Against the Background of the Principles of European Contract Law*, in *Edinburgh Law Review*, 2002, p. 280 ss.

([66]) §§ 280-285 e 287-288. Per un esame di queste disposizioni, v. Zimmermann, *op. cit.*, p. 286 ss.; Grundmann, *Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag*, in *AcP*, 2004, p. 569 ss.

([67]) §§ 323-236. Al riguardo, v. Zimmermann, *op. cit.*, p. 301 ss. e nella letteratura italiana Di Majo, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello* Schuldrecht, in *Europ. d. priv.*, 2004, p. 13 ss.; Sirena, *La risoluzione del contratto come sanzione dell'inadempimento: il problema dei rimedi risarcitori e restitutori*, in *Annuario del contratto. 2009*, diretto da D'Angelo e Roppo, Torino 2010, p. 135 ss., spec. p. 139 ss.

([68]) Tale capo contiene complessivamente quarantaquattro articoli ed è suddiviso in sette sezioni: si tratta della disciplina dei rimedi più dettagliata che sia prevista dal DCFR. Per quanto qui rileva, sono disciplinati in particolare: l'azione di esatto adempimento (*right to enforce performance*), l'eccezione di inadempimento (*withholding performance*), la risoluzione del contratto (*termination*), la riduzione del prezzo (*price reduction*), il risarcimento del danno e gli interessi moratori (*damages and interest*).

([69]) Per una esame delle zone di confine, v. soprattutto Busnelli, *Itinerari europei nella « terra di nessuno » tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impr.*, 1991, p. 539 ss.; Castronovo, *Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione*, ora in Id., *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano 2006, p. 443 ss. e già Id., *Liability between Contract and Tort*, in *Perspectives of Critical Contract Law*, ed. by Wilhelmsson, Aldershot 1993, p. 273 ss.

stinzione di cui si tratta abbia un proprio nucleo ineludibile di razionalità oggettiva e sia perciò destinata a resistere ai ricorrenti tentativi di superarla ([70]): di riflesso, la struttura formale del giudizio di responsabilità da inadempimento delle obbligazioni è inequivocabilmente diversa da quella del giudizio di responsabilità da atto illecito ([71]), segnatamente per quanto riguarda la distribuzione dell'onere della prova. Ma se si adotta il punto di vista dei rimedi, la distinzione tende inevitabilmente a sbiadire e, in definitiva, costituisce una complicazione inutile.

Ciò è particolarmente evidente per quanto riguarda il risarcimento del danno, come risulta del resto evidente proprio dal codice civile italiano, il quale, ancora una volta, ha svolto un ruolo pionieristico dal punto di vista che qui interessa.

Infatti, dopo aver dettato la disciplina del risarcimento del danno nella *sedes materiae* dell'inadempimento delle obbligazioni, l'art. 2056 c.c. ha espressamente richiamato le sue disposizioni più significative a proposito degli atti illeciti, facendo pertanto sì che, sul piano della disciplina dei rimedi, non sussista alcuna distinzione significativa tra i due tipi di responsabilità civile ([72]). Sia pure senza ricorrere alla tecnica legislativa del rinvio, tale solu-

---

([70]) Al riguardo, v. le considerazioni di Castronovo, *Tra contratto e torto*, cit., p. 449 ss., il quale, nella nota 31, prende posizione critica nei confronti di Giardina, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano 1993.

([71]) Sirena, voce *Illecito (diritto civile)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, diretta da Patti, VII, Milano 2007, p. 243.

([72]) In senso nettamente critico nei confronti di tale scelta legislativa, cfr. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in questa *Rivista*, 2006, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, p. 81 ss., il quale, movendo dal presupposto di una diversità ontologica del danno nei due tipi di responsabilità civile, propone *de iure condendo* di suddividere la disciplina del risarcimento. In particolare, l'a. sostiene che, da un lato, l'art. 1223 c.c. non sarebbe applicabile alla responsabilità extracontrattuale, se non a costo di spezzare innaturalmente il rapporto di causalità in due segmenti, separando la causalità del fatto da quella dell'evento (p. 90); dall'altro, che, dovendosi prendere sul serio il dato letterale dell'art. 2058 c.c., non sarebbe concepibile nell'àmbito della responsabilità contrattuale alcun risarcimento del danno in forma specifica, il quale, non sussistendo qui per definizione alcunché da ripristinare, coinciderebbe necessariamente con l'esatto adempimento della prestazione dovuta dal debitore (p. 92 s.). Sotto il primo profilo, si deve rilevare che è senz'altro condivisibile l'esigenza di evitare una duplicazione del nesso di causalità, ma il problema deve essere risolto non già negando l'applicabilità dell'art. 1223 c.c. alla responsabilità extracontrattuale, bensì tenendo fermo (secondo l'insegnamento di Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: « fatto dannoso e conseguenze »*, in *R. d. comm.*, 1951, I, p. 407 ss., seguito dallo stesso Castronovo, *op. ult. cit.*, p. 87 s.) che, a dispetto delle ambiguità terminologiche che la caratterizzano, tale disposizione legislativa non inerisce alla causalità del danno, ma ai criteri della sua valutazione economica: proprio per questa ragione, il danno risarcibile ai sensi dell'art. 1223 c.c. non costituisce un'entità giuridicamente separabile dal danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., ma si esaurisce nella sua valutazione economica secondo un criterio tipologico di normalità, cosicché la distinzione stessa tra c.d. danno-evento e cc.dd. danni-conseguenza può avere soltanto un significato pratico e non è suscettibile invece di alcuna inopportuna dogmatizzazione (v. anche Bianca, *Diritto civile*, V, cit., p.

zione era stata peraltro già accolta dall'art. 1151 del codice civile italiano del 1865 ([73]), cui pertanto spetta la primogenitura europea della unificazione della responsabilità civile dal punto di vista del risarcimento del danno: si deve peraltro riconoscere all'art. 42 del codice svizzero delle obbligazioni del 1911 il merito di essere stato più esplicito al riguardo, prevedendo espressamente (forse con qualche ingenuità di troppo) che: « *Del resto le disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti sono applicabili per analogia agli effetti della colpa contrattuale* » (art. 99, comma 3°) ([74]).

E anche al di là di questo, si riconosce ormai ad es. che il problema della validità delle clausole di esonero dal risarcimento del danno, che è stato disciplinato dall'art. 1229 c.c. a proposito della responsabilità da inadempimento delle obbligazioni, si ponga negli stessi termini anche a proposito della responsabilità da atto illecito ([75]), così come si ritiene ormai che, sebbene siano stati disciplinati dall'art. 2059 c.c. solo a proposito della responsabilità da atto illecito, i danni non patrimoniali sono risarcibili anche a titolo di responsabilità da inadempimento delle obbligazioni ([76]).

Nel *Code civil*, libro III (*Des différentes maniere dont on acquiert la proprieté*), invece, non solo la responsabilità extracontrattuale è disciplinata separatamente nel titolo IV (*Des engagements qui se forment sans convention*), e in particolare nel suo capo II (*Des délits et des quasi-délits*), ma non è neppure espressamente disposto un collegamento con le disposizioni che disciplinano l'inadempimento delle obbligazioni nel titolo III (*Des contrats ou des obligations conventionelles en général*). Una parziale unificazione è stata tuttavia conseguita dalla giurisprudenza francese, la quale ha ormai da tempo chiarito che le norme giuridiche che governano il risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento delle obbligazioni (artt.

114). Sotto il secondo profilo, si deve rilevare che, proprio perché il risarcimento del danno per equivalente ricomprende « così il danno emergente come il lucro cessante, così confermando il suo appartenere allo stesso *genus* del risarcimento per equivalente » (Castronovo, *Risarcimento in forma specifica e risarcimento del danno*, in Id., *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., cit., p. 817 s.), esso è suscettibile di essere impiegato anche laddove non si tratti di ripristinare uno stato di cose che è stato alterato dalla lesione di un interesse protetto, ma di realizzare l'interesse che è rimasto insoddisfatto a causa dell'inadempimento da parte del debitore, anzitutto, com'è ovvio, nell'ipotesi in cui esso sia costituito dalla esecuzione di una prestazione inesatta (sul problema, v. comunque D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova 2002).

([73]) Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 83, il quale aggiunge che la medesima scelta sarebbe stata poi operata in termini sistematicamente più espliciti dal BGB.

([74]) Sul progetto di riforma del 2000, v. Busnelli, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in questa *Rivista*, 2006, *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, p. 442 s.

([75]) Per tutti, v. Bianca, *Diritto civile*, V, cit., p. 70 s.

([76]) Per tutti, v. Bianca, *Diritto civile*, V, cit., p. 170 s.

1146-1156) si applicano per analogia alla responsabilità extracontrattuale ([77]).

Tale tendenza è stata recepita e amplificata dal progetto Catala ([78]), il quale non si è peritato di prospettare una autonoma partizione codicistica in materia di responsabilità civile (sottotitolo III, *De la responsabilité civile*), la quale si articola in alcune disposizioni preliminari (capo I, *Disposition prélimaires*), nella disciplina dei presupposti della responsabilità (capo II, *Des conditions de la responsabilité*) e in quella dei suoi effetti (capo III, *Des effets de la responsabilité*). Una limitata diversificazione è stata mantenuta soltanto a proposito del capo riguardante i presupposti della responsabilità, in cui alle disposizioni comuni alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (sezione 1, *Dispositions comune aux responsabilità contractuelle et extra-contractuelle*) fanno seguito quelle specifiche della responsabilità extracontrattuale (sezione 2, *Dispositions propre à la responsabilità extra-contractuelle*) e poi quelle specifiche della responsabilità contrattuale (sezione 3, *Dispositions propre à la responsabilità contractuelle*) ([79]).

Dal punto di vista dei rimedi, e anzitutto per quanto riguarda il risarcimento del danno, si deve tuttavia prendere atto che l'inadempimento delle obbligazioni e l'atto illecito pongono fondamentalmente gli stessi problemi e si prestano evidentemente a essere disciplinati in termini unitari ([80]), com'è del resto dimostrato dall'esperienza giuridica italiana e da quella di altri ordinamenti giuridici europei ([81]).

([77]) Al riguardo, v. Tallon, *op. cit.*, p. 273; Tunc, *The Twentieth Century Development and Function of the Law of Tort in France*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, p. 1090. In senso radicalmente critico, cfr. Rémy, *La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss.

([78]) Per un'ampia analisi, v. Busnelli, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, cit., p. 441 ss.

([79]) È significativo che nell'*Exposé des motifs*, Viney affermi che: « *Sur le fond, les membres du groupe n'ont pas cherché à innover systématiquement. Au contraire, ils ont consacré la plupart des solutions qu'a dégagées la jurisprudence pour compléter le dispositions très elliptique qui figuraient dans le code civil* ».

([80]) Cfr. tuttavia Castronovo, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 81 ss., il quale muove dall'assunto secondo cui nella responsabilità contrattuale il danno sarebbe costituito dalla perdita puramente economica sofferta dal debitore per la mancata attuazione del suo interesse, laddove in quella extracontrattuale sarebbe costituito dalla perdita conseguente alla lesione di un interesse protetto, ossia alla distruzione o al deterioramento di un bene giuridico (p. 83 s.). Per quanto qui rileva, e ferma restando la delicatezza della questione relativa alla risarcibilità del danno meramente patrimoniale a titolo di responsabilità extracontrattuale, si deve rilevare che, proprio perché tale distinzione è stata storicamente ricavata proiettando sulla sfera del danneggiato la alternativa tra *culpa in non faciendo* e *culpa in faciendo* (p. 84), essa è stata messa in crisi dall'estensione della responsabilità contrattuale a veri e propri comportamenti commissivi (p. 85).

([81]) L'art. 420, comma 1°, del codice civile della Repubblica Ceca del 1964, ad es., detta la regola unitaria secondo cui chiunque abbia violato un dovere giuridico, è obbligato al risarcimento del danno che ha cagionato.

5. — Se si prescinde dal risarcimento del danno, tuttavia, è generalmente accettato ed è anzi considerato addirittura ovvio e inevitabile che i rimedi predisposti dall'ordinamento giuridico a tutela dei diritti di credito e quelli predisposti a tutela dei diritti assoluti siano ontologicamente diversi. Ma, per quanto qui rileva, la differenza è assai meno significativa di quanto possa sembrare a prima vista, non sussistendo ragioni convincenti per non unificare la disciplina giuridica dei rimedi indipendentemente dal tipo di situazione giuridica soggettiva che essi sono preordinati a tutelare.

Certo, la risoluzione (del contratto), la riduzione del prezzo e l'eccezione di inadempimento non sono concepibili per la tutela dei diritti assoluti, ma ciò è tanto ovvio, quanto irrilevante ai fini della suddetta unificazione, in quanto tali rimedi non sono esperibili (non solo laddove si tratti di atti illeciti, ma) neppure laddove si tratti dell'inadempimento di obbligazioni derivanti da una fonte diversa dal contratto. Ciò significa che il limite alla loro applicabilità non è propriamente costituito dalla diversa struttura della situazione giuridica soggettiva tutelata (diritti di credito vs. diritti reali e della personalità), bensì dal fatto che quest'ultima non sia stata volontariamente creata mediante un accordo con l'altra parte; non si tratta dunque di una buona ragione per dubitare della più generale opportunità di tendere verso una unificazione dei rimedi di diritto privato ([82]).

Tanto per l'inadempimento delle obbligazioni, quanto per l'atto illecito, l'ordinamento giuridico predispone lo stesso tipo di tutela: l'esecuzione e il risarcimento. I corrispondenti rimedi sono finalizzati a mettere il soggetto tutelato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se non avesse dovuto subire l'illecito e trovano pertanto il loro comune fondamento nel principio della *restitutio in integrum* ([83]).

Dal punto di vista della politica del diritto, la ragione che giustifica tali rimedi è infatti costituita dall'esigenza di ristabilire normativamente l'equilibrio tra chi cagiona e chi subisce l'illecito, realizzando così la giustizia correttiva (o commutativa).

Il rimedio dell'esecuzione realizza questo risultato garantendo al soggetto tutelato ciò che gli spetta, e impedendo così che altri soggetti possano violare la sua libertà personale e patrimoniale; il risarcimento del danno realizza lo stesso fine, ma in un modo diverso (e sub-ottimale), perché garantisce al soggetto tutelato una riparazione della perdita che ha subìto a causa dell'altrui atto illecito.

Inoltre, l'applicazione di entrambi i rimedi comporta una restrizione della libertà del soggetto responsabile, e quindi solleva gli stessi problemi di fon-

---

([82]) Adar, *Why Unify Contract and Tort Remedies? A Reply to Professor Dagan*, in *Mishpatim — Hebrew University Law Review*, 2006, p. 357 ss. (in ebraico); Id., *Legal Engineering in Israel Law: Codification and Unification of the Law of Remedies*, in *Publications of the Swiss Institute of Comparative Law*, Zürich 2010 (anche all'indirizzo di Internet *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1308269*).

([83]) Adar, *op. loc. ultt. citt.*.

do — anzitutto, quello di bilanciare la tutela di chi li esercita con il rispetto della dignità umana del soggetto responsabile ([34]).

Come si riconosce la pretesa all'adempimento di un'obbligazione, nei limiti in cui esso è possibile e ragionevole, così si dovrebbe generalmente ammettere la pretesa del titolare di un diritto nei confronti di qualsiasi altro soggetto, affinché si astenga dalla sua violazione (che si accolga o meno la controversa costruzione concettuale che la riconduce alla inosservanza di un generale dovere negativo di *alterum non laedere*).

Anche a questo proposito, il contributo delle punte più avanzate della dottrina italiana può considerarsi indubbiamente pionieristico per il futuro del diritto privato europeo. Secondo l'opinione di uno dei suoi più illustri esponenti, infatti, « l'inibitoria non ha bisogno di essere di volta in volta prevista da specifiche disposizioni normative, poiché il giudice può sempre imporre l'osservanza di ciò che è già imposto dalla legge, e il giudice applica la legge convertendone il precetto astratto in precetto concreto rivolto alle parti. Se, dunque, la legge vieta l'illecito, ben può (e deve) il giudice vietare il compimento di determinati fatti illeciti, conformemente alla legittima domanda degli aventi diritto » ([35]).

6. — Se si accoglie la nozione specifica di rimedio che è stata sopra proposta ([36]), non può darsi per scontato che vi rientrino le azioni finalizzate alla restituzione dell'arricchimento senza causa (o ingiustificato), sebbene la soluzione inclusiva sia suggerita già da una consolidata tradizione in tal senso.

Da un lato, occorre infatti mettere in evidenza che la restituzione dell'arricchimento senza causa può costituire la conseguenza non solo di un comportamento del soggetto obbligato, ma anche di un comportamento del soggetto impoverito, e addirittura di un evento naturalistico determinato da caso fortuito o forza maggiore (ad es., l'avulsione di cui all'art. 944 c.c.) ([37]). Dall'altro lato, anche laddove si tratti dell'arricchimento senza causa derivante da un comportamento del soggetto obbligato, la dottrina continentale ha ormai superato l'impostazione teorica che ravvisava il fondamento della sua restituzione nella violazione di un diritto del soggetto tutelato (c.d. teoria dell'antigiuridicità) ([38]).

Ciò tuttavia non toglie che la restituzione dell'arricchimento senza causa

---

([34]) Adar, *op. loc. ultt. citt.*

([35]) Bianca, *Diritto civile*, V, cit., p. 785, seguito da Belleli, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 607 ss.

([36]) V. *supra*, n. 3.

([37]) Sirena, *L'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano 2009, p. 555.

([38]) Per tutti, v. Larenz-Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/2[13], München 1994, p. 168 ss.

sia dovuta proprio dal soggetto il quale, senza esservi legittimato, gode di un'utilità che l'ordinamento giuridico ha attribuito ad altri, così come accade quando è esercitata quella azione di rivendicazione che è predisposta dagli ordinamenti giuridici continentali quale principale strumento di tutela del diritto di proprietà. Quando il proprietario abbia subito la perdita del suo diritto, anzi, l'azione di restituzione dell'arricchimento senza causa costituisce proprio il surrogato di quella di rivendicazione ([89]).

La restituzione dell'arricchimento senza causa realizza pertanto un vero e proprio strumento di tutela che è esercitato nei confronti di chi, trovandosi senza titolo nel godimento di un'utilità che l'ordinamento giuridico attribuisce ad altri, è responsabile della lesione dell'interesse giuridicamente protetto, sebbene la regola generale di tale responsabilità sia, com'è ovvio, più mite di quella risarcitoria che incombe su chi abbia compiuto l'atto illecito.

La suddetta ricostruzione concettuale delle azioni di restituzione dell'arricchimento senza causa si dimostra particolarmente significativa al fine di assoggettarle ai principî generali relativi ai rimedi ([90]), soprattutto laddove si ponga il problema del loro concorso con l'azione di risarcimento del danno ([91]).

La prospettiva dell'unificazione dei rimedi consente inoltre di mettere in evidenza che, sebbene i codici civili europei tendano a distinguere le restituzioni c.d. extracontrattuali da quelli c.d. contrattuali, entrambe si basano sul principio generale dell'arricchimento senza causa.

Se è vero infatti che il codice civile italiano e quello francese disciplinano una autonoma azione di restituzione delle prestazioni non dovute ([92]), la quale prende il nome di ripetizione dell'indebito e deriva storicamente dalla *condictio indebiti* romana, è altresì vero che l'obbligazione restitutoria dell'*accipiens* non è più subordinata al presupposto che il pagamento sia stato eseguito dal *solvens* per errore ([93]): l'evoluzione storica del diritto romano comune ha semplificato il sistema estremamente complicato delle *condictiones* del periodo post-classisico, facendolo convergere nella sola *condictio sine causa generalis* ([94]). L'elemento della mancanza di causa si è pertanto imposto come il

---

([89]) Sirena, *L'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., p. 555.

([90]) V. *infra*, n. 7.

([91]) Per gli opportuni riferimenti, v. Sirena, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in questa *Rivista*, 2009, I, p. 65 ss.; Id., *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2005, I, p. 105 ss.

([92]) Artt. 2033-2040 c.c. (ripetizione dell'indebito); art. 1376-1381 *Code civil* (*répétition de l'indu*).

([93]) Kupisch, *op. cit.*, p. 433 ss. Per quanto i codici civili più risalenti nel tempo, come quello francese (art. 1376), rechino ancora una traccia dell'antica regola romanistica della *condictio indebiti*, basata su un errore del *solvens*, questo presupposto è stato generalmente eliminato in via interpretativa dalla giurisprudenza (Schlechtriem, *Restitution and unjustified Enrichment in Europa*, I, Tübingen 2000, p. 112 ss.).

([94]) Kupisch, *op. cit.*, p. 433 ss.

presupposto essenziale e sufficiente di qualsiasi pretesa restitutoria, facendo sì che per la *condictio indebiti* venisse meno il requisito dell'errore da parte del *solvens* ([95]). È stato poi uno dei grandi meriti dottrinali del von Savigny quello di aver concettualizzato il fondamento dell'azione nei termini dell'ingiustificato arricchimento ([96]).

Com'è noto, l'impostazione del diritto inglese è stata tradizionalmente assai diversa, in quanto una pretesa restitutoria è stata riconosciuta al *solvens* nel solo caso in cui egli potesse dare la prova che il pagamento era inficiato da uno specifico fattore di ingiustizia (*unjust factor*), e anzitutto un errore del *solvens* in ordine alla sua responsabilità in caso di mancato pagamento ([97]). La differenza rispetto all'impostazione basata sulla mancanza di una causa giustificativa dell'arricchimento dell'*accipiens* ha avuto scarsa rilevanza nel caso in cui fosse stato eseguito un contratto valido, perché da entrambi i punti di vista non era ovviamente dovuta alcuna restituzione della prestazione ricevuta ([98]). Ma quando un contratto nullo era eseguito da entrambe le parti contraenti, le due impostazioni divergevano radicalmente: se nel *civil law* non sussiste generalmente alcuna ragione per negare al *solvens* una pretesa restitutoria ([99]), la teoria della *consideration* ha indotto invece il *common law* ad

---

([95]) Zweigert-Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., Tübingen 1996, p. 568 ss.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-New York 1990-1996, p. 841 ss.

([96]) Questo non significa che nel diritto francese e italiano la relazione tra la *répétition de l'indu*/ripetizione dell'indebito e il principio generale dell'arricchimento senza causa sia ormai univocamente chiarita. Dal punto di vista comparatistico, v. Visser, *Unjustified Enrichment*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. by Reimann and Zimmermann, Oxford-New York 2006, p. 975 ss.; nella letteratura italiana, v. soprattutto Moscati, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni* (Art. 2028-2042), Bologna-Roma 1981, p. 91 ss.; Breccia, *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, p. 13, p. 488 ss.

([97]) A tale proposito, v. Meier, *Irrtum und Zweckverfehlung: Die Rolle der* unjust-*Gründe bei rechtsgrundlosen Leistungen im englishen Recht*, Tübingen 1999, *passim*.

([98]) Secondo Schlechtriem-Cohen-Hornung, *Restitution and unjustified enrichment in Europe*, in *Europ. rev. priv. law*, 2001, p. 384 ss., il divario tra le due tradizioni giuridiche tende a svanire, riducendosi, in definitiva, a una questione inerente alla distribuzione dell'onere della prova (in tal senso, v. già Schlechtriem, *Restitution and unjustified Enrichment in Europa*, I, cit., p. 135, nota 390). Per una critica radical a tale punto di vista, cfr. tuttavia R. Zimmermann, *Bereicherungsrecht in Europa: eine Einführung*, in *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts*, ed. by R. Zimmermann, Tübingen 2005, p. 32 ss., nt. 96, il quale reputa che la diversità sia tuttora rilevante: nel diciannovesimo secolo l'impostazione inglese ha logicamente condotto alla conseguenza secondo cui solo l'esistenza di un'obbligazione può essere invocata dall'*accipiens* per escludere la sua responsabilità restitutoria; al contrario, l'impostazione continentale ha sempre ammesso che essa sia esclusa da qualsiasi giusta causa del suo arricchimento, e segnatamente da un dovere morale o sociale (la *naturalis obligatio* della tradizione romanistica).

([99]) L'obbligo restitutorio è tuttavia escluso in casi particolari, e segnatamente quando la prestazione è immorale (*contra bonos mores*) per entrambe le parti (*in pari causa turpitudinem melior est condicio possidentis*), com'è ad es. statuito dall'art. 2035 c.c. (Sirena, *La ripe-*

affermare tradizionalmente la regola secondo cui nessuna restituzione era dovuta quando un contratto nullo fosse stato eseguito da entrambe le parti, a meno che non fosse sussistito qualche specifico fattore di ingiustizia dell'arricchimento, come la violenza o il dolo contrattuale.

Questa tradizione soluzione del *common law* inglese è stata tuttavia recentemente sovvertita dalla giurisprudenza in materia di contratti di *swap* stipulati dagli enti pubblici territoriali: premesso che è stata affermata la nullità di tali contratti (in quanto stipulati *ultra vires*) ([100]), la House of Lords ha infatti deciso che le prestazioni eseguite dovessero essere reciprocamente restituite dalle parti contraenti ([101]). Sebbene si intendesse tenere fermo che la restituzione presuppone un errore del *solvens*, identificando la ragione giustificativa della decisione nella vecchia regola secondo cui non è a tal fine rilevante un errore di diritto (*error iuris non excusat*) ([102]), la dottrina più autorevole ha potuto affermare che il diritto inglese delle restituzioni ha così definitivamente abbandonato l'impostazione puntualistica basata sui fattori di ingiustizia dell'arricchimento, adottando invece inequivocabilmente il presupposto della mancanza di una giusta causa che ha caratterizzato il *civil law* ([103]).

La giurisprudenza inglese sui contratti di *swap* ha pertanto definitiva-

---

tizione dell'indebito, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 524 ss.). Una regola analoga è prevista dal *common law* a proposito della illegalità della prestazione (Swadling, *The Role of Illegality in the English Law of Unjust Enichment*, in *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, ed. by Johnston and Zimmermann, Cambridge 2001, p. 289 ss.; Dannemann, *Illegality as defence against unjust enrichment claims*, in *op. ult. cit.*, p. 310).

([100]) Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council [1992] 2 AC 1.

([101]) Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council [1998] 2 All ER 513. Al riguardo, v. Lorenz, *Wandlungen des englishen* Law of Restitution, in *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, hrsg. by Holoch, Franck u. Schlechtriem, Tübingen 2001, p. 251 ss.; Schlechtriem, *Restitution and unjustified Enrichment in Europa*, I cit., p. 269 ss.; Meier, *Restitution after Executed Void Contracts*, in *Lessons from Swap Litigation*, ed. by Birks and Rose, London 2000, p. 168 ss.; Ead., *Bereicherungsrechtliche Abwicklung nichtiger Verträge in England: Die* Swap-*Rechtsprechung*, in *ZEuP*, 1998, p. 716 ss.

([102]) Nella giurisprudenza inglese questa regola del *ius commune* fu per la prima volta recepita da Bilby v. Lumley (1802) 2 East 469, 102 ER 448. Al riguardo, v. R. Zimmermann, Hellwege, Error iuris non excusat *und das* law of restitution: *Zur Karriere einer gemeintrechtlichen Maxime in der Welt des* common law, in *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, hrsg. by Hübner u. Ebke, Heidelberg 1999, p. 1371 ss.

([103]) Birks, *Unjust Enrichment*, 2ª ed., Oxford 2005, p. 40 ss.; Zimmermann, *Bereicherungsrecht in Europa: eine Einführung*, cit., p. 33 ss.; Meier, *Unjust Factors and Legal Grounds*, in *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, ed. by Johnston and Zimmermann, cit., p. 37 ss. Cfr. tuttavia Burrows, *Absence of Basis: The New Birksian Scheme*, in *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, ed. by Burrows and Lord Rodger of Earlsferry, Cambridge 2001, p. 33 ss.; Krebs, *In Defence of Unjust Factors*, in *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, ed. by Johnston and Zimmermann, cit., p. 76 ss.; Id., *Restitution at the Crossroads*, London 2000, *passim*; Sheehan, *Unjust Factors or Restitution of Transfer* sine causa, in *Oxford U Comparative Law Forum* 1.

mente determinato la nascita di un diritto europeo dell'arricchimento ingiustificato, il quale in definitiva si basa sulla celebra massima di Pomponio secondo cui *aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* ([104]). Dal canto suo, la Corte di Giustizia europea ha più volte affermato che (la restituzione de) l'arricchimento senza causa è un principio generale che è comune agli ordinamenti giuridici degli Stati Membri ([105]).

Proprio per questa ragione, si deve considerare sicuramente infelice la scelta del DCFR di introdurre nella materia di cui si tratta la distinzione di fondo tra la restituzione (*restitution*) e l'arricchimento senza causa (*unjustified enrichment*) ([106]).

Per quanto qui rileva, le regole dell'« *unjustified enrichment* », che sono dettate nell'omonimo libro VII nel DCFR, disciplinano infatti le restituzioni extracontrattuali e la pretesa di ciascuna parte a riavere la prestazione che ha eseguito in base a un contratto nullo (*void*) o annullato (*avoided*); le regole della « *Restitution* », che sono dettate nel libro III del DCFR (*Obligations and corresponding rights*), disciplinano invece la pretesa di ciascuna parte a riavere la prestazione che ha eseguito in base a un contratto perfettamente valido, ma successivamente risoluto per inadempimento (*terminated for fundamental non-performance*).

Questa spaccatura della disciplina applicabile alle restituzioni contrattuali è largamente dovuta all'esigenza di governare adeguatamente il problema della impossibilità di restituire la prestazione in forma specifica, in particolare laddove l'*accipiens* abbia ricevuto un bene che è stato poi distrutto ovvero è stato trasformato ([107]).

Si riconosce subito lo stile tedesco di pensiero, che è stato recepito nel *BGB* e che, a partire dalla tesi di dottorato che negli anni venti Heinrich Stoll

---

([104]) D. 12, 6, 14. In una formulazione linguistica leggermente diversa, la massima è ripetuta in D. 50, 17, 206: « *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem* ». Per maggiori dettagli, v. Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., p. 852 ss.

([105]) ECJ, Grand Chambre, 16 december 2008, C-47/07 P, Masdar (UK) Ltd v. Commission of the European Communities: « *44. According to the principles common to the laws of the Member States, a person who has suffered a loss which increases the wealth of another person without there being any legal basis for that enrichment has the right, as a general rule, to restitution from the person enriched, up to the amount of the loss*; [...] *47. Given that unjust enrichment, as defined above, is a source of non-contractual obligation common to the legal system of the Member States, the Community cannot be dispensed from the application to itself of the same principles where a natural or legal person alleges that the Community has been unjustly enriched to the detriment of that person* ».

([106]) Sirena, *Arricchimento senza causa e gestione di affari nel DCFR*, in *Il* Draft Common Frame of Reference *del diritto privato europeo*, a cura di Alpa *et al.*, Padova 2009, p. 247 ss.; Id., *The DCFR — Restitution, unjust enrichment and related issues*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 445 ss.

([107]) Per un'analisi generale, v. Büdenbender, *The Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge*, in *AcP*, 2000, p. 627 ss.

dedicò agli effetti della risoluzione (« *Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts* »), è formalizzato concettualmente in questi termini: la risoluzione (*der Rücktritt*, in tedesco), pur avendo generalmente effetti retroattivi, non cancella o rimuove il contratto, ma fa sì che esso produca effetti giuridici invertiti o simmetrici rispetto a quelli originari, obbligando reciprocamente le parti a restituirsi le prestazioni eseguite — molto espressiva a questo proposito è l'immagine del « *contrat synallagmatique renversé* » o « *contrat à l'enverse* » che ne ha ricavato la dottrina francese e che poi è stata fatta circolare anche nella letteratura giuridica italiana ([108]).

Secondo tale impostazione, la restituzione delle prestazioni eseguite non può essere ricondotta all'istituto dell'arricchimento ingiustificato, posto che il contratto risoluto continua a sussistere come « giusta causa » degli spostamenti patrimoniali tra le parti, salvo obbligarle appunto a neutralizzarli mediante altrettanti atti di ritrasferimento dei benefici ricevuti. Al contrario, la nullità ovvero l'annullamento del contratto escludono proprio l'esistenza di tale giusta causa e obbligano quindi le parti a restituire le prestazioni che hanno ricevuto a titolo di arricchimento ingiustificato (art. II.-7:303 DCFR).

La scelta fatta dal DCFR di esasperare la distinzione tra « *restitution* » e « *unjustified enrichment* » è dovuta alla fascinazione ipnotica che è stata esercitata sui suoi redattori dal c.d. modello binario del BGB, il quale tuttavia, com'è stato del resto rilevato proprio dai più autorevoli studiosi tedeschi, non ha certamente dato buona prova di sé: è sufficiente ricordare qui le veementi critiche ai previgenti §§ 346 ss. BGB che il von Caemmerer ebbe a formulare in un suo celeberrimo saggio ([109]), né si può dire che la loro modernizzazione abbia determinato un miglioramento, dato che la dottrina specialistica non si è peritata di ribadire le accuse di incoerenza e di confusione del legislatore ([110]).

Molto più convincente appare pertanto la scelta del CESL, il quale, dal punto di vista delle azioni restitutorie conseguenti alla risoluzione (*termination*) ovvero all'annullamento del contratto (*avoidance*), ha unificato la disciplina della risoluzione del contratto e quella del suo annullamento ([111]). Un precedente al riguardo è costituito dal progetto Catala, il quale si è proposto di introdurre nel *Code Civil* una nuova partizione dedicata alle restituzioni conseguenti alla caducazione del contratto (*Restitution après annéantisse-*

([108]) Da ultimo, v. Bargelli, « *Sinallagma rovesciato* » *e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della* restituito in integrum *nella prassi giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2008, I, p. 87 ss., e più ampiamente Ead., *Il sinallagma rovesciato*, Milano 2010, *passim*.

([109]) Von Caemmerer, Mortuus redhibetur. *Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53,144 und 57,137*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München 1973, p. 621 ss.

([110]) R. Zimmermann, *Restitution after Termination of Contract: German Law after the Reform of 2002*, in *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, ed. by Burrows a. Lord Rodger of Earlsferry, Oxford-New York 2006, p. 323 ss.

([111]) Sirena, *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law*, in *Europ. rev. priv. law*, 2011, p. 977 ss.

ment du contrat): essa è finalizzata infatti a disciplinare unitariamente le conseguenze restitutorie tanto dell'annullamento (*annulation*), quanto della risoluzione (*resolution*), i quali sono stati appunti presi congiuntamente in considerazione mediante il concetto di caducazione del contratto (*annéantissement*).

Poiché la proposta di regolamento ha tuttavia compiuto la scelta (infelice) di non prendere affatto in considerazione la nullità del contratto (di vendita) ([112]), resta tuttavia incerto se le stessa disciplina delle azioni restitutorie sia applicabile anche quando le prestazioni sono state eseguite dalle parti contraenti di un contratto nullo. La soluzione negativa, la quale è stata accolta dal progetto Catala, non è meritevole di essere approvata ([113]).

Anche quando il contratto è nullo, in realtà, la razionalità oggettiva e la coerenza sistematica delle restituzioni contrattuali non sono diverse da quelle che caratterizzano generalmente la disciplina dell'arricchimento ingiustificato, perché quest'ultima, quando è applicata alle prestazioni previste da un contratto sinallagmatico, pone problemi che sono esattamente dello stesso tipo. Ed è proprio l'esperienza giuridica tedesca a essere particolarmente significativa al riguardo, se si prende in considerazione quella straordinaria costruzione dogmatica che essa ha elaborato ed etichettato come *Saldotheorie* e che ha consentito di applicare alle *Leistungskondiktionen* reciproche quelle stesse soluzioni operative che hanno peculiarmente caratterizzato la disciplina dettata dal *BGB* a proposito della risoluzione del contratto (in particolare per quanto riguarda il rischio di perimento della cosa, e più in generale l'impossibilità sopravvenuta della restituzione).

Si può quindi rilevare che non è l'esistenza di un contratto valido, per quanto risoluto, a spiegare l'esigenza di una particolare articolazione dei rimedi restitutori, bensì proprio la reciprocità delle prestazioni che devono essere restituite: se è così, è evidente che tale esigenza resta ferma non solo nell'ipotesi in cui, anziché essere risoluto, il contratto a prestazioni corrispettive sia stato annullato, ma anche nell'ipotesi in cui esso sia nullo senz'altro.

Per la stessa ragione, è dubbio che sia realmente necessario, o anche solo opportuno che sia prevista un'ulteriore e specifica disciplina delle restituzioni contrattuali conseguenti al recesso di una delle parti contraenti, come fa l'art. 44 della proposta di regolamento. Dal punto di vista che qui rileva, infatti, il recesso non è diverso dalla risoluzione del contratto e deve essere pertanto disciplinato unitamente a quest'ultima, ferma restando l'eventuale introduzione di alcune (marginali) diversificazioni specifiche.

([112]) De Cristofaro, « *Invalidity* » *of Contracts and Contract Terms in the Feasibility Study on a Future Instrument for European Contract Law*, in *Towards a European Contract Law*, ed. by Schulze and Stuyck, München 2011, p. 97 ss.

([113]) Sirena, *The DCFR — Restitution, unjust enrichment and related issues*, in *European Review of Contract Law*, cit.

7. — Proprio perché il diritto dei rimedi costituisce ormai un settore organicamente e coerentemente disciplinato dall'ordinamento giuridico, esso è costituito non soltanto da regole puntualistiche, ma anche da principî generali, i quali stanno alla sua base e lo unificano.

Se si prende in considerazione uno dei principî generali più importanti e più caratteristici dell'intero diritto privato, ossia quello di buona fede, si può rilevare che esso è stato formalizzato dal DCFR in termini tali da estenderne espressamente l'applicazione ai rimedi, prevedendo che esso debba essere rispettato sia da chi esercita un rimedio, sia da colui contro il quale è esercitato. La disposizione che prevede tale principio generale è stata tuttavia collocata nel libro III ([114]), cosicché è piuttosto evidente che l'intenzione dei suoi redattori fosse quella di escludere la sua applicazione ai rimedi della responsabilità da atto illecito e dell'arricchimento senza causa, proprio in quanto essi sono disciplinati in altri libri del DCFR (il VI e, rispettivamente, il VII). In ogni caso, un'interpretazione strettamente letterale della disposizione di cui si tratta, la quale tenga soprattutto conto della sua collocazione all'interno delle partizioni del DCFR, può senz'altro condurre a delimitare in senso restrittivo il suo àmbito di applicazione.

Una analoga considerazione vale per gli altri principî generali che sono stati enunciati dal libro III del DCFR in materia di rimedi. Ci si riferisce in particolare al principio di concorso dei rimedi, il quale è formulato dall'art. III.-3:102 (*Cumulation of remedies*), nonché a quello che limita la validità di clausole che escludono la responsabilità di chi abbia agito con dolo o colpa grave, il quale è formulato dall'art. III.-3:105 (*Term excluding or restricting remedies*).

Inoltre, altri principî generali in materia di rimedi sono previsti nel libro VI, dedicato alla responsabilità non contrattuale derivante da un danno cagionato ad altri (*Non-contractual liability arising out of a damage caused to another*), e non hanno alcun collegamento formale con la disciplina dei rimedi che è prevista dal libro III. In particolare, ciò vale per la c.d. *de minimis rule* (art. VI.-6:102) e per la *compensatio lucri cum damno* (art. VI.-6:103, il quale vi si riferisce nei termini di una *Equalisation of benefits*).

Tuttavia, i suddetti principî generali sono riferibili a entrambe le categorie della responsabilità civile, e anche alle azioni di arricchimento senza causa.

Per quanto tale estensione possa essere conseguita già in via interpretativa, è allora evidente che il DCFR non ha percorso fino in fondo la strada della unificazione della disciplina dei rimedi e che ulteriori passi in tal senso sono possibili, e anche auspicabili.

8. — L'analisi del diritto privato europeo, sia nella parte in cui esso si è concretizzato nell'esercizio dell'attività legislativa della Comunità (oggi,

([114]) Si tratta dell'art. III.1:103.

Unione) Europea (*ius communitatis*), sia nella parte in cui è costituito dal patrimonio giuridico comune agli ordinamenti degli Stati Membri (*ius commune*), ha messo in evidenza che la prospettiva di una formalizzazione unitaria e, proprio per questo, autonoma dei rimedi costituisce una tendenza in atto, la quale è, fra l'altro, basata su un crescente dialogo tra il *civil law* e il *common law*. Proprio per questa ragione, è particolarmente significativa l'esperienza al riguardo degli ordinamenti giuridici c.d. misti, come quello di Israele ([115]).

Le trasformazioni (recentemente realizzate, o anche solo progettate) dei grandi codici civili nazionali e il DCFR dimostrano che tale tendenza fa ormai parte del diritto che è comune agli ordinamenti giuridici degli Stati Membri dell'Unione Europea.

Il prossimo passo potrà allora essere costituito dal superamento della distinzione tra i diritti relativi (*rights in personam*) e i diritti assoluti (*rights in rem*) dal punto di vista dei rimedi applicabili (anche se non da quello delle loro rispettive fattispecie), e anche dal definitivo riconoscimento di alcuni principî generali che li riguardano tutti.

Il codice civile italiano è stato all'avanguardia in questo settore, ma in una prospettiva di riforma legislativa esso potrebbe svolgere un ruolo ancora più incisivo.

Esso ha infatti un significativo vantaggio strategico rispetto ai suoi potenziali concorrenti, perché è l'unico a essere dotato di un libro, il sesto, che è specificamente dedicato alla « tutela dei diritti ». Ove questa materia non fosse ristretta nei confini angusti che la caratterizzano attualmente, ma fosse concepita dal punto di vista dei rimedi, potrebbe trovare futura collocazione in quel libro una disciplina unitaria del risarcimento del danno, della esecuzione dei doveri, della prevenzione della violazione dei diritti e della restituzione dell'arricchimento senza causa (in tutte le sue complesse ramificazioni), e anche una enunciazione dei principî generali che stanno alla base delle loro specifiche discipline e le unificano dal punto di vista sistematico.

Il DFCR ha dato un significativo contributo in tal senso, il quale deve essere tuttavia completato dal riconoscimento che, dal punto di vista dei rimedi, è tendenzialmente irrilevante il tipo e la struttura della situazione giuridica soggettiva protetta a livello primario. In particolare, sebbene questa prospettiva possa senza dubbio suscitare un certo istintivo scetticismo, un'analisi più attenta rivelerà che non sussistono ragioni convincenti per mantenere la distinzione tra i rimedi a tutela dei diritti di credito (*rights in personam*) e quelli a tutela dei diritti assoluti, siano essi reali (*rights in rem*) ovvero della personalità.

Nonostante le apparenze, una simile prospettiva non provocherebbe una

---

([115]) V. *supra*, n. 3.

complicazione dell'ordinamento giuridico, ma consentirebbe anzi di semplificarlo e anche di comprenderne meglio le ragioni sistematiche.

Le forme sono certamente essenziali nel diritto, ma tralasciare quelle non necessarie significa dedicare più energie alla sua sostanza, ossia alla tutela degli interessi, la quale, in definitiva, si identifica con il nucleo centrale della giustizia ([116]).

([116]) Per il raccordo con l'art. 24 Cost., v. *supra*, n. 3.