

**UNICA**

UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO  
DI ECCELLENZA

 23  
27

*Giurisprudenza*

# STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

Semestrale

ISSN 1971-5692

VOLUME LXV  
2024/1

Estratto



**JOVENE**

## STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

ISSN 1971-5692

ISBN 978-88-243-2857-9

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari  
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile  
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

**Direttore responsabile:** CRISTIANO CICERO (cicero@unica.it)

**Comitato di direzione:** Aldo Berlinguer - Marco Betzu - Valeria Caredda - Corrado Chessa Pietro Ciarlo - Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro Riccardo Fercia - Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) - Margareth Helfer (Universität Innsbruck) - Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) - Giuseppe Lorini Angelo Luminoso - Anna Maria Mancaloni - Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu - Francesco Sitzia - Marek Smolak (Adam Mickiewicz University) - Anna Paola Ugas Stephan Wolf (Universität Bern)

**Comitato scientifico nazionale:** Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti Roberto Bin - Roberto Calvo - Andrea Cardone - Raffaele Caterina - Fulvio Cortese - Vincenzo Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Paolo Di Lucia - Iole Fagnoli - Vincenzo Ferrari (Università di Milano) - Giampaolo Frezza - Matilde Girolami - Antonio Incampo - Sara Landini Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico Minervini - Andrea Nervi - Stefano Pagliantini - Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Claudio Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

**Comitato scientifico internazionale:** Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo) Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne) - Avocate générale à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard (Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München) Laura Sautonie Laguionie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of Cambridge) - Constantijn Willems (Philipps Universität Marburg)

**Comitato esterno di valutazione:** Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Ettore Battelli - Gabriele Carapezza Figlia - Francesca Carimini - Marina Castellaneta - Alessandro Ciatti Càimi - Claudio Colombo - Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari - Arianna Fusaro - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva - Claudia Irti - Paola Lambrini Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Antonio Musio - Luigi Nonne - Vittorio Occorsio Massimo Palazzo - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti Massimo Proto - Maddalena Rabitti - Iliaria Riva - Roberto Senigaglia - Aziz Tuffi Saliba (Federal University of Minas Gerais) - Loredana Tullio - Giovanni Maria Uda - Abel Benito Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) - Vincenzo Zeno Zencovich

**Comitato editoriale:** Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Fabrizio Calisai - Alessandra Camedda - Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo Alice Cherchi - Gabriele Civello - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi Silvia Corso - Carlo Dore - Rossella Fadda - Maurizio Ferrari - Silvia Izzo - Alessandra Leuzzi Olimpia Giuliana Loddo - Giovanni Manca - Anna Maria Mandas - Enrico Maria Mastinu Lorenzo Moroni - Federico Omnis Cugia - Daniela Pappadà - Carlo Pilia - Elisabetta Piras Alessandra Pisu - Stefania Puddu - Marianna Rinaldo - Luca Sitzia - Silvia Viaro

### Sede del comitato editoriale:

Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Cagliari  
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari - Italia  
email: studicagliari@unica.it

### Sede amministrativa:

JOVENE EDITORE  
Via Mezzocannone 109  
80134 Napoli - Italia  
www.jovene.it info@jovene.it

## INDICE

*gennaio - giugno 2024*

### STUDI

ROBERTO CALVO

Stato, positivismo e antivallori: un monito coscienziale..... p. 3

CRISTIANO CICERO

Le direttrici di evoluzione del sistema successorio..... » 15

CARLO DORE

Il “contratto estorto” al vaglio della più recente giurisprudenza:  
spunti di riflessione sulla tutela del minacciato..... » 23

EDOARDO FERRANTE

L'interesse di classe..... » 43

MAURIZIO FERRARI

Danno alla persona, rendita vitalizia e neutralizzazione dell'alea » 71

MARCO IEVA

L'autotutela del testatore mediante la forma volontaria del te-  
stamento: inerzia del legislatore e interpretazione evolutiva ..... » 83

OLIMPIA GIULIANA LODDO

Artefatti regolativi digitali ..... » 113

GIUSEPPE LORINI

Immagini della normatività in Norberto Bobbio. Rileggendo  
*Scienza giuridica tra essere e dover essere* (1968) ..... » 131

DANIELA PAPPADÀ

L'avamprogetto sull'introduzione del trust in Svizzera: quali  
risvolti per l'Italia? ..... » 139

GABRIELE RACUGNO

- Società di persone e distribuzione di acconti sugli utili prima dell'approvazione del rendiconto. Un rigido revirement non condivisibile della Cassazione..... p. 177

#### APPROFONDIMENTI TEMATICI

ROBERTA ALFANO

- Politiche tributarie sostenibili per la promozione decentrata del turismo ..... » 193

MARCELLA MARTIS

- Spunti ricostruttivi in tema di economia circolare..... » 225

ROSSELLA MICELI

- Politiche fiscali e decarbonizzazione..... » 245

#### ORIENTAMENTI

GIULIANO MATTACE

- Il trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e la tutela dei legittimari ..... » 276

LUIGI NONNE

- Nomina del notaio quale esecutore testamentario e responsabilità disciplinare del professionista..... » 298

#### RILETTURE DEL PASSATO

GIOVANNI COCCO

- (Nino Levi: formidabile e tragica figura di professore di diritto penale nel ventennio) ..... » 323

*rilegge*

NINO LEVI

- Dolo e coscienza dell'illiceità nel diritto vigente e nel Progetto. » 365

RICCARDO FERCIA

- L'offerta reale tra deposito e sequestro nell'esordio degli Studi economico-giuridici cagliaritari..... » 469

*rilegge*

ROBERTO DE RUGGIERO

Note sul cosiddetto deposito pubblico o giudiziale in diritto romano ..... p. 473

## RECENSIONI

ROBERTO CALVO (a cura di)

*Sapere e pensiero critico. Per un'idea di università* [Cristiano Cicero] ..... » 541

TEREZA PERTOT

*L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutivi* [Mauro Grondona]..... » 551

MARIA PIA PIGNALOSA

*Giochi autorizzati. Contratti deboli, interessi forti, tutele* [Marianna Rinaldo] ..... » 561

GIOVANNI TARELLO

*La disciplina costituzionale della proprietà* [Mauro Grondona] .. » 567

AUTORI ..... » 581

TEREZA PERTOT, *L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutivi*, Napoli, Esi, 2021, pp. 460.

1. Ogni libro ben fatto (e per ben fatto si intende che riflette intorno a un problema, o a più problemi, con accenti innovativi, non temendo di assumere, quando occorra, anche i rischi che ogni vera ricerca comporta) prima o poi rivela la cifra intellettuale e la sensibilità politica dell'autore o dell'autrice, cioè rivela la concezione del mondo giuridico che sta dietro l'opera.

A mio avviso, nel libro di Tereza Pertot, questa rivelazione si ha alla pagina 228 (significativa, *ivi*, anche la nota 498, ove una netta presa di distanza da una prospettiva dottrinale che, è vero, non ha avuto fortuna, ma che, in realtà, in un contesto giusteorico e anche applicativo, quale quello attuale, non certo ostile alla prospettiva fattualista e alla sensibilità ermeneutica – anzi, potremmo dire orientato all'ermeneutica del fatto e della fattualità –, avrebbe forse meritato un maggior successo: alludo alla tesi di Pier Giuseppe Monateri e di Alessandro Somma, risalente al 1999, circa l'utilizzo del diritto straniero e della comparazione da parte del giudice italiano<sup>1</sup>): «Non si ritiene [...] che sia compito dell'interprete quello di sostituirsi al legislatore, estendendo discrezionalmente la produzione di esiti perentori immediati, destinati a prodursi per volontà unilaterale del contraente, al riscontro di fatti non contemplati fra quelli ritenuti idonei a giustificare sì gravi conseguenze; ciò indipendentemente dal tipo contrattuale concretamente prescelto, sul solo presupposto che quegli accadimenti possono compromettere, a loro volta, la fiducia sulla quale si fonda il rapporto, adducendo per giunta, quale argomento a sostegno della tesi, che i legislatori stranieri hanno ritenuto di compiere una scelta analoga».

---

<sup>1</sup> P.G. MONATERI, A. SOMMA, «*Alien in Rome*». *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 47 ss.

Un passaggio significativo sotto vari profili; ma soprattutto perché esso esprime molto bene, almeno a prima vista, la generale linea metodologica lungo la quale Tereza Pertot si è mossa nel corso della sua indagine. Una linea metodologica nel segno della prudenza concettuale e della cautela dogmatica: ma vedremo, alla fine di questa breve segnalazione, che, in realtà (e certo non vorrò dire ‘contro le intenzioni dell’autrice’), gli spazi per una apertura rimediale alla flessibilità, nella chiave (pensando qui in particolare all’aspetto metodologico) di una competizione cooperativa tra dottrina e legislatore ci sono, e non sono affatto marginali (il che, a mio avviso, è un bene).

2. Il problema affrontato dall’autrice emerge pianamente fin dal titolo: che cosa può fare, a propria tutela, il contraente fedele, non già di fronte alla certezza che l’adempimento non ci sarà («[a]nche in Italia la certezza del futuro inadempimento o della prossima inattuazione dello scambio giustifica [...] lo scioglimento anticipato del contratto: quest’ultimo può risolversi, prima del tempo, quantomeno se la relativa realizzazione sia già sicuramente esclusa in ragione della concreta ed attuale impossibilità di una delle prestazioni corrispettive», p. 263), ma di fronte – diciamo così – ai primi segnali (primi, sì, ma significativi, dunque necessariamente oggettivizzabili, onde formulare un giudizio circa la serietà della pretesa rimediale del creditore – e ferma restando «[l]a difficoltà pratica di distinguere tra plurimi [...] livelli di prevedibilità dell’inadempimento [...], p. 90) di un probabile, verosimile inadempimento?

Si è prigionieri del contratto in forza dell’art. 1372 c.c.? La forza giuridica del vincolo contrattuale prevale su ogni considerazione giuridico-economica? Fedeltà al contratto significa forse anche irrazionalità e irragionevolezza economica? Osserva infatti al proposito, ma con qualche giusta distanza, Tereza Pertot: «Non è un caso che la previsione dell’inadempimento anticipato fra i presupposti della risoluzione (per atto unilaterale) del contratto, avvenuta di recente in taluni Paesi europei, sia finora mancata, per lo più, in quegli ordinamenti, nei quali il principio *pacta sunt servanda* è tradizionalmente espresso in termini più rigidi. Così è, ad esempio, in Italia, dove la lettera dell’art. 1372 c.c. parrebbe appunto spiegare la propensione del sistema e, soprattutto, del giurista che vi opera a preferire strumenti rimediali di natura conservativa» (p. 49).

Si è prigionieri del «principio dell'adempimento in natura, in forza del quale il creditore ha diritto o, perfino, è tenuto ad esigere, *in primis* ed ove possibile, l'esecuzione materiale della prestazione dedotta in obbligazione» (p. 52)?

Si può, al contrario, pensare a un quadro rimediale duttile, e cioè che parli, se non in più lingue, con diversità di intonazione e di accenti, a seconda degli interessi in gioco, cioè dei fatti a partire dai quali costruire il caso di specie da qualificare in senso giuridicamente rilevante, sì che possa essere risolto non, in generale, il problema dell'adempimento, ma, in particolare, quello specifico problema? (Con l'avvertenza, peraltro, che «l'assenza di disposizioni, corrispondenti a quelle rinvenibili negli ordinamenti stranieri e nelle compilazioni elaborate a livello sovranazionale, non significa che, ai sensi del diritto interno, il contraente sia del tutto sprovvisto di una tutela attivabile in via preventiva o, comunque, anticipata. Il legislatore italiano ha predisposto, infatti, una serie di strumenti, attivabili allorquando sia minacciata l'attuazione del rapporto fra le parti», p. 172).

Non sono affatto domande retoriche, e il volume qui segnalato si occupa *ex professo* di tutto ciò: e lo fa con una minuziosità – rivolta anche alla disciplina dei contratti tipici, nel segno di una 'caccia alla norma' che per l'autrice è essenziale, ai fini della ordinata e coerente costruzione, o in parte del rinnovamento, di una teoria dei rimedi sistematicamente lineare, sì, ma un po' più elastica, e in questo senso davvero utile ai fini di una tutela effettiva delle ragioni del contraente fedele – che colpisce favorevolmente chi lo legga.

E si tratta di un volume assai equilibrato: dunque, l'ampia parte della trattazione dedicata alla *literature review*, e cioè alla ricostruzione, con ampio respiro comparatistico, del dibattito dottrinale, sfocia poi nella *research question*, che appunto attiene alla riflessione circa l'ammissibilità, nell'ordinamento italiano, di un trattamento giuridico dell'inadempimento anticipato che consenta una ragionevole e razionale tutela degli interessi economici del creditore, alla luce del concreto assetto dell'operazione negoziale.

Si può aggiungere che il dibattito dottrinale viene passato in rassegna con acribia e sobrietà, sia quando l'autrice condivide, sia quando dissenta; alla giurisprudenza – in particolare, ma certamente non solo, quella italiana – è dedicata attenzione nella parte finale del lavoro, in particolare nella sezione seconda del terzo capitolo, ai

§§ 34-36: e non può essere una sorpresa (o se lo è, è una lieta sorpresa: «Da una lettura integrale dei provvedimenti reperiti si evincerebbe la reale volontà dei giudici, da un lato, di dare rilievo rimediabile direttamente alla manifestazione oppositiva e, dall'altro, di ricondurre alla nozione di rifiuto, giuridicamente rilevante, una pluralità di dichiarazioni rese dal debitore prima del tempo stabilito per il suo adempimento: rileverebbero, in particolare, tutte quelle esternazioni che, sebbene rivolte a contestare la legittimità della pretesa altrui, svelerebbero, benché solo indirettamente, l'intenzione del dichiarante di sottrarsi ai propri impegni», p. 303; e cfr. anche pp. 308-309: «Le sentenze edite rivelano [...] una tendenza del diritto vivente a riconoscere rilievo alla condotta di una delle parti che declini l'attuazione del contratto; più in generale, a fare discendere conseguenze caducatorie da circostanze che, sebbene non integranti un inadempimento definitivo, siano comunque idonee a fondare la ragionevole certezza del relativo verificarsi») che la giurisprudenza, fin dal codice del 1865, abbia attribuito «rilievo rimediabile a condotte latamente antidoverose della parte contrattuale, poste in essere prima del tempo fissato per l'esecuzione della prestazione, o precedenti al momento stabilito per la produzione degli effetti (finali) dell'atto di privata autonomia» (p. 299).

3. Come sempre, quando ci si imbatte nella giurisprudenza quale trasparente (ovvero, quando sia trasparente) e inevitabile fonte del diritto, emerge la questione della relazione e della eventuale differenza – da ultimo tratteggiate, da par suo, da Natalino Irti, in occasione del recente (28 novembre 2023) convegno dedicato ai cento anni della Cassazione 'unica'<sup>2</sup> – tra fatto e caso: il fatto è sempre muto – ci dice Irti –; il caso no, proprio perché il fatto diviene caso grazie a un criterio di qualificazione (in questo caso giuridica) esterno a esso; con il che, ovvio, ogni criterio giuridico, ogni regola giuridica, e direi, *a fortiori*, le disposizioni a fattispecie aperta e i principi generali, hanno (devono avere) un contenuto predeterminato, prestabilito, preesistente al lavoro ermeneutico dell'interprete.

<sup>2</sup> Chi voglia, può rivederlo e riascoltarlo integralmente, come sempre grazie alla sensibilità culturale di Radio Radicale: <https://www.radioradicale.it/scheda/714498/i-cento-anni-della-corte-di-cassazione-unica?fbclid=IwAR2vF6L2yY7MZ-QLDDEnq9dBzNwGvsO7JqgbIMr926WYl-McHDclzNbiN-Lk>.

È una prospettiva piuttosto diffusa ancora oggi (soprattutto da parte degli avvocati, tendenzialmente timorosi, quando non diffidenti, nell'attribuire al giudice un ruolo costruttivo in senso forte): essa guarda al diritto, cioè all'ordinamento giuridico, quale luogo della certezza delle regole (intese in senso forte quali criteri di giudizio) e della prevedibilità delle decisioni. Si tratta di valori che nessuno mette in discussione, come ovvio, ma ciò che è decisivo è il punto di osservazione prospettica: se si adotta la prospettiva del monismo ordinamentale – ovvero: c'è un diritto precostituito all'interprete –, è evidente che tutte le volte in cui il fatto, o, se si preferisce, il problema, richiede, o richiederebbe, per ragioni, non già di equità, ma di razionalità economica e forse anche di moralità tra contraenti, un criterio di qualificazione giuridica che invece manca, l'interprete dovrebbe arrendersi di fronte alla lacuna, o comunque di fronte all'assenza di una regola di giudizio capace di ordinare un rapporto e il suo contenuto economico.

Del resto, economia e moralità non necessariamente sono disgiunte, come emerge proprio dalle pagine di Tereza Pertot dedicate all'inadempimento efficiente (cfr. in particolare p. 39), che non ha avuto successo all'interno del mondo giuridico statunitense, e per una ragione che ha a che fare con l'economia e l'etica: il senso del vincolo contrattuale si indebolisce irragionevolmente, se l'uscita dal contratto è programmata per ragioni di convenienza individuale senza tener conto (e anzi espressamente contrastando con esso) dell'assetto economico elaborato dalle parti.

Ma di fronte alla teoria dell'*efficient breach of contract*, e sempreché, come ovvio, le parti stesse non abbiano previsto clausole, appunto, sull'uscita programmata, non siamo certo di fronte a quella flessibilità rimediale che prima ho richiamato adesivamente contro una eccessiva rigidità del vincolo contrattuale: se ragioniamo nella prospettiva economica, alla luce, però, del principio di correttezza che, ormai da tempo, guarda appunto più al versante economico che non a quello etico (come invece nel passato accadeva, così inevitabilmente sterilizzandolo e comunque depotenziandolo), e che, così facendo, estende il contenuto del rapporto obbligatorio, anche il contenuto della nozione di adempimento si amplia, in parallelo, «fino a comprendervi ogni contegno che, ancorché posto in essere dal debitore nella fase *ante diem*, appaia idoneo a pregiudicare l'attuabilità

del programma negoziale» (p. 352). E la nostra autrice, certamente prudente, molto equilibrata, molto rispettosa dell'elemento sistematico-legislativo (non a caso, ad es. a p. 397, viene formulato l'espresso «auspicio di un ripensamento legislativo»), non rinuncia a mettere pienamente a frutto la buona fede (cfr. p. 371 ss.) per affermare, con cauta fermezza, l'opportunità e la ragionevolezza di un impiego rimediabile (al di là dell'ovvio risarcimento del danno, «il rimedio tipico contro la violazione contrattuale *ante diem*», p. 398), in presenza di «una violazione attuale, ancorché riferita ad un obbligo diverso da quello principale [...]» (p. 373), che legittimi il contraente fedele all'impiego dei necessari mezzi di difesa: «Fra questi rientrano, accanto alla risoluzione del contratto, relegata ad ruolo meramente residuale e sussidiario, circoscritto ai casi più gravi, anche ulteriori rimedi, diretti a preservare, anzitutto, la possibilità di dare piena attuazione al contratto e di soddisfare così gli interessi delle parti» (pp. 373-374).

4. All'interno di una prospettiva che si muove nel segno di una progressiva costruzione di una flessibilità rimediabile funzionale alla tutela delle concrete (e dunque accertabili) ragioni economiche sottostanti al vincolo giuridico (come del resto è perfettamente comprensibile e condivisibile, se si ragiona sul piano del concreto rapporto negoziale e della funzione economico-individuale di esso, in un'ottica di massima valorizzazione dell'autonomia privata – anche in prospettiva rimediabile, s'intende), il riferimento – direi, di nuovo, molto equilibrato – che Tereza Pertot fa «al principio, di rilevanza costituzionale *ex art. 24 Cost.*, di effettività ed efficacia della tutela» (p. 435; ma cfr. anche p. 441, ove, incisivamente, viene indicata una strategia alternativa, di fronte a «un auspicato, ma certo non prossimo, intervento legislativo e di fronte agli ostacoli nei quali sembra incorrere un'estensione in via esclusivamente interpretativa delle norme di legge attualmente vigenti»: e tale strategia alternativa «potrebbe consistere – oltretutto, eventualmente, in una diretta valorizzazione del principio costituzionale di cui all'art. 24 Cost. – nella prevenzione delle patologie del rapporto mediante una sapiente gestione delle sopravvenienze già in sede di conclusione del contratto: precisamente, attraverso un'estensione pattizia degli strumenti di reazione previsti dalla legge», *ivi* – con apprezzabile fiducia nell'or-

dine giuridico dei privati) può essere ulteriormente valorizzato, e proprio in prospettiva giuseconomica, a partire dal rilievo che «dovrebbero comunque tracciarsi i confini, entro i quali la reazione della parte – soprattutto se diretta a provocare conseguenze caducatorie *ante diem* – sia da considerarsi giustificata alla luce degli interessi in gioco» (p. 269), appunto perché una tutela contrattuale effettiva, e quindi un quadro rimediabile effettivo (tanto legislativo quanto pattizio), devono essere rimedi per forza di cose economicamente efficienti, nel rispetto della logica dell'operazione economica. Un rispetto che non significa, ovviamente, cieca fedeltà all'equilibrio contrattuale originario, ché sarebbe allora una tutela solo apparente, ma che invece significa razionale amministrazione del rischio economico – ponendo grande attenzione, altrettanto ovviamente, alla dinamica e non già alla statica delle vicende economiche che hanno riguardato il contratto, e che hanno appunto fatto sorgere il problema dell'amministrazione del rischio –, con l'obiettivo della massimizzazione delle utilità economiche che, come tale, il contratto esprime: in questo senso, la giustizia, la ragionevolezza, nonché l'equità contrattuale – certo considerate da Tereza Pertot in più punti del suo lavoro, e senza alcuna ostilità – non potranno essere qualificate, con un'efficace espressione di G.H. Treitel ricordata da Mario Bessone<sup>3</sup>, come un modo per contestare che occorra invece una regola e una tecnica onde potere amministrare razionalmente ogni problema di funzionamento contrattuale, e dunque ogni problema rimediabile.

5. Del resto, la linea di una costante rielaborazione e ricostruzione del quadro rimediabile, tutto proiettato sul contratto in quanto operazione economica (da cui quella duttilità e mobilità rimediabile che sono l'attesa conseguenza di un'impostazione giuseconomica di un qualunque problema contrattuale), emerge pianamente dal primo capitolo, dedicato al *common law*: ogni problema rimediabile è un problema economico, dunque comanda la *ratio* economica della pattuizione, e la tecnica giuridica seguirà. Difficile negare la verità di questo assunto (si potrà invero discutere sull'opportunità politica di favorire l'uno o l'altro interesse, ma che il pensare al contratto, e

---

<sup>3</sup> M. BESSONE, *Impossibilità «economica» della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 49 ss., a c. 53, testo e nota 37.

soprattutto alla patologia del contratto, in potenza o già in atto, significativi necessariamente pensare al programma economico che le parti hanno elaborato, o che comunque risulta dal regolamento, è del tutto evidente).

Osserva però la nostra autrice – è una citazione non breve ma rilevante –: «Fra i motivi alla base della minore disponibilità dei *civil lawyers* a superare le obiezioni che si frappongono alla configurabilità (logica, oltreché concettuale) di un inadempimento *ante diem* ed al riconoscimento del rimedio risolutorio anticipato, occorre evidenziare, anzitutto, la tradizionale estraneità dei sistemi continentali alla c.d. vocazione rimediale. Nei Paesi di *civil law* l'ordinamento è “fonte dell'effetto” nella sola misura in cui riconnette rilevanza giuridica al riscontro di un fatto o di una condizione che siano legalmente previsti; di talché, normalmente, il riconoscimento del diritto non può che precedere il conferimento del rimedio. Un tanto non esclude che, in via eccezionale, determinate situazioni, ancorché non espressamente previste, possano essere “create” per soddisfare bisogni di tutela considerati rilevanti; ciononostante, la capacità creativa del giudice sul piano rimediale incontra diversi limiti, *in primis* quello della legge, cui l'autorità giudiziaria è notoriamente soggetta. È innegabile, ed altresì comprensibile, quindi, la propensione dei *civil lawyers* – destinata per vero ad affievolirsi col penetrare nel diritto interno di soluzioni elaborate a livello sovranazionale – ad ancorare la tutela giuridica alla logica dei diritti, previamente individuati, e delle relative azioni.

Diversa è la prospettiva nei sistemi di *common law*: connotati dall'assenza di un diritto codificato e dalla conseguente maggiore autonomia dei giudici nell'elaborazione degli strumenti di tutela – accentuata, nel contesto statunitense, dall'esistenza di un controllo di costituzionalità diffuso – essi si caratterizzano per un approccio tipicamente rimediale. L'individuazione dell'interesse meritevole di tutela non dipende da una previa individuazione di specifiche situazioni soggettive, ma è affidata al rimedio stesso, che assume, in tale guisa, il significato di strumento di “giuridicizzazione dei bisogni dei privati”, ponendosi “a stretto ridosso della loro violazione” [citt. di S. Mazzamuto e A. Plaia]. Ne consegue che la protezione, benché non anticipatamente predicata, può nascere con l'emergere dell'interesse meritevole di tutela e la contestuale attribuzione del relativo

mezzo di soddisfacimento a chi ne sia portatore; con la conseguenza che i diritti, anziché precedere i rimedi, vengono, in definitiva, a cristallizzarsi intorno ai medesimi. [...] Nei Paesi di tradizione *common law*, la tecnica rimediale ha trovato terreno fertile anche in ambito contrattuale, ove l'atto di privata autonomia non costituisce una mera fonte di diritti ed obblighi, assistiti dai tipici strumenti di tutela, ma è considerato appunto quale "programma negoziale costellato di rimedi", attribuiti di volta in volta, anche a prescindere dalla spettanza di specifiche situazioni giuridiche soggettive, per consentire ai contraenti di risolvere i conflitti sorti nella fase della formazione e dell'esecuzione del vincolo» (pp. 44-46).

Tuttavia, se il punto prospettico da cui osservare il contratto è oggi quella del rapporto (del rapporto contrattuale, certo, ma in senso più ampio del rapporto obbligatorio, appunto pensando all'obbligazione in termini di 'Organismus', p. 352) – e così altresì recuperando, in qualche misura, un significativo insegnamento di Mario Allara<sup>4</sup>, di cui, peraltro, nel 2023 è caduto il cinquantesimo dalla morte (come pure di Kelsen) –, e se, come Tereza Pertot infatti sottolinea, l'autonomia privata potrebbe fare molto (cfr. in particolare il § 48, che chiude il libro, pp. 441-446), nella chiave di una costruzione razionale e ragionevole dei rimedi (onde evitare abusi rimediali: cfr. p. 445), ciò che, sotto il profilo metodologico, emerge da questo volume è anche una fiduciosa apertura al lavoro costruttivo della dottrina, che molto può fare, ai fini di un complessivo ripensamento delle tecniche rimediali, nel segno della flessibilità: una dot-

---

<sup>4</sup>M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5<sup>a</sup> ed. riv., vol. I, Torino, Giappichelli, 1958, spec. pp. 171-172: «Alla sistemazione pandettistica [e non è del resto un caso che Monateri e Somma, nell'intervento cit. *supra*, nota 1, si rivolgano criticamente ai «tardi epigoni italiani della pandettistica», c. 55] del diritto civile noi sostituiamo una sistemazione diversa, la quale ha come elemento-base costante ed esclusivo il *rapporto giuridico*. La individuazione del campo del diritto civile non può essere fatta se non in base all'elemento del rapporto giuridico; esiste cioè un *rapporto di diritto civile*, che è caratterizzato [...] dal fatto che *esso è diretto alla soddisfazione di un interesse privato* [...]. Ciò posto, lo studio del rapporto giuridico presenta due campi ben distinti, a seconda che si consideri il *contenuto* del rapporto ovvero le *vicende* o *movimenti* di esso. Con linguaggio figurato si potrebbe dire che lo studio del rapporto giuridico è costituito di due parti, una di carattere *statico* e l'altra di carattere *dinamico*» (corsivo orig.).

trina cooperativa, rispetto alla giurisprudenza, certo, ma, prima ancora, rispetto alle multiformi esigenze della prassi; del resto, non si dà mai un rinvio in bianco all'autonomia privata, che è davvero tale solo se affidata al sapere tecnico del giurista; altrimenti diventa una formula vuota, quando non pericolosa.

Orbene, e per chiudere tornando al cenno con cui avevo aperto questa segnalazione, proprio il capoverso finale del libro è particolarmente significativo: se il legislatore entra in gioco, sul terreno rimediabile, anche (o soprattutto?) per impedire «alla parte contrattuale forte di abusare della posizione di debolezza dell'altra al fine di ottenere l'inserimento nel contratto di clausole che ad essa soltanto attribuiscono un potere di incidere unilateralmente ed arbitrariamente sull'evoluzione della vicenda contrattuale» (p. 446), ciò non esclude affatto che una raffinata e aggiornata tecnica giuridica trasparentemente orientata a tutelare certi valori (nel nostro caso, ovvero nell'ambito contrattuale, la massima potenzialità dell'autonomia privata) possa conseguire egregi risultati anche (o soprattutto?) nel caso di inerzia del legislatore.

In questa prospettiva, la consapevolezza comparatistica e una rinnovata sensibilità giuseconomica (pensiamo oggi, in particolare, agli *Empirical Legal Studies*) sono sicure guide dalle quali derivare indicazioni metodologiche e linee di ricerca assai utili, se non addirittura fondamentali, da un lato, per adottare, nei confronti del legislatore, un atteggiamento di 'cooperazione competitiva', e, dall'altro, per rivitalizzare una certa tradizione dogmatica, sì da evitare che la dogmatica si riveli più un impaccio che non un sostegno al lavoro del giurista.

Il volume di Tereza Pertot si muove, con prudenza, lungo questa apprezzabile traiettoria, certamente innovativa.

MAURO GRONDONA