



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Scritti scelti

Prima Serie – 3

La Direzione scientifica è lieta di presentare la sezione dedicata agli Scritti scelti che, accanto a I Quaderni, amplia le possibilità offerte dalla Collana del Dipartimento di Giurisprudenza, al servizio della più adeguata diffusione delle ricerche, delle idee e del sapere coltivati nel suo ambito.

La nuova sezione vuole ospitare studi dedicati e atti di convegno, che la Direzione scientifica si ripromette di pubblicare quale espressione celebrativa di risultati, figure o eventi significativi, a testimonianza della vivacità culturale del Dipartimento. L'inserimento in questa sezione della Collana avviene all'esito di un giudizio positivo della Direzione, la quale pertanto, in linea coi parametri vigenti, assume qui il ruolo e la funzione di Comitato scientifico valutatore non anonimo.

La particolare veste grafica, impreziosita dalla copertina rigida, dimostra la cura e l'apprezzamento dell'intero Dipartimento per queste peculiari iniziative editoriali, espressione dei sentimenti più nobili della comunità accademica.

Brescia, Gennaio 2020

LA DIREZIONE SCIENTIFICA

JUS BRIXIAE ET ALIBI

Scritti scelti offerti ad Alberto Sciumè

a cura di

Aldo Andrea Cassi e Elisabetta Fusar Poli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2186-7

ISBN/EAN 978-88-921-5991-4 (ebook - pdf)

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE-SOMMARIO

pag.

IRON MAN E ALTRE STORIE DEL DIRITTO (QUASI UNA PREFERAZIONE)

Aldo Andrea Cassi

1

PARTE I

UNA MATERIA NUOVA PER LA FORMAZIONE DEI GIURISTI NEL LOMBARDO-VENETO ZANARDELLI E L'INSEGNAMENTO DELLA STATISTICA

Aldo Andrea Cassi

- | | |
|---|----|
| 1. La statistica nella <i>ratio studiorum</i> giuridica | 11 |
| 2. Zanardelli docente privato (anche) di Statistica | 13 |
| 3. Nozioni preliminari | 15 |
| 4. Funzione e utilità dell'insegnamento statistico | 20 |

ALCUNE RIFLESSIONI (NON MELANCONICHE) SUGLI *IURA PROPRIA*

Elisabetta Fusar Poli

- | | |
|--|----|
| 1. Motivi, ragioni, <i>excusationes</i> | 25 |
| 2. Località e pluridimensionalità | 27 |
| 2.1. Statuti (rurali), corpi, spazi | 29 |
| 2.2. Dal <i>castrum</i> alla Serenissima: un percorso nelle fonti bre- sciane | 33 |
| 2.2.1. <i>Statuta et ordinamenta communitatis castris Sancti</i> <i>Georgii de Urceis et districtus</i> | 35 |
| 2.2.2. Territorio, Terraferma, terra | 40 |
| 3. Note in fine | 46 |

“MODESTA FORMA ... IMPORTANTE CONTENUTO”.
IL MASSIMARIO DI GIURISPRUDENZA DEI COLLEGI
DI PROBIVIRI DELLA PROVINCIA DI BRESCIA (1909)

Federica Paletti

- | | |
|--|----|
| 1. Premesse | 49 |
| 2. “Avranno a facile portata i principi informatori”. Il Massimario di Giurisprudenza dei collegi probivirali bresciani | 53 |
| 3. La disciplina del contratto di lavoro nelle industrie bresciane | 57 |
| 3.1. Il contratto individuale | 57 |
| 3.2. Il contratto collettivo | 61 |
| 4. Cenni conclusivi | 63 |

NOTE A MARGINE DI UN'IMMISSIONE NEL POSSESSO
NELLA BRESCIA DEL XV SECOLO

Alan Sandonà

- | | |
|---|----|
| 1. Formalità e contesto d'una <i>tenuta possessio</i> nella Brescia di fine Quattrocento | 65 |
| 2. I <i>signa</i> di “vera tenuta” | 69 |
| 3. Brevi conclusioni | 74 |

«IL MALE NON SI PERMETTE, MA SI TOLLERA»:
IL TRATTATO *DE TOLERANTIA ECCLESIASTICA ET CIVILI*
DEL GIANSENISTA PIETRO TAMBURINI

Alberto Carrera

- | | |
|---|----|
| 1. Il trattato <i>De tolerantia ecclesiastica et civili</i> del Tamburini | 79 |
| 2. I confini della tolleranza ecclesiastica: i «nemici della fede» | 85 |
| 3. La tolleranza civile: tutelare la religione e «punire gli eretici in- quieti» | 88 |
| 4. Cenni conclusivi: lo «spirito d'intolleranza» | 90 |

«IL CONCILIO DI TRENTO E DI PISTOJA SONO ALLE MANI»:
LA RIFORMA MATRIMONIALE DELLA REPUBBLICA BRESCIANA
NELLA *RERUM PERTURBATISSIMA CONVERSIONE*
DEL TRAMONTO DEL SETTECENTO

Marco Castelli

- | | |
|--|----|
| 1. Il diritto privato delle Repubbliche insurrezionali | 94 |
|--|----|

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 2. Tra contratto e sacramento: il dibattito sul matrimonio nel Settecento | 98 |
| 2.1. La via asburgica: il “giansenismo aulico” ed il riformismo illuminato | 102 |
| 2.2. Echi dei <i>philosophes</i> nella radicalità della via francese | 111 |
| 2.3. La laguna, il suo silenzio | 115 |
| 3. Il Vescovo ed i “turbolenti bresciani” | 117 |
| 4. La riforma matrimoniale della Repubblica Bresciana | 123 |
| 5. La reazione del clero locale: conformarsi alla legalità preservando la legittimità | 137 |
| 6. Conclusioni: «épouse et n'épouse pas ta maison» | 142 |

LA FORMA DEGLI ATTI NOTARILI NEL MANUALE DI UN NOTAIO BRESCIANO DEL XVI SECOLO

Luigi Maione

| | |
|--|-----|
| 1. Introduzione | 147 |
| 2. Le linee guida del formulario notarile | 150 |
| Forma instrumentorum noviter reperta. Ita taxa notario[rum] Anno M.D.L.V. | 152 |

PARTE II

ARGOMENTAZIONE «PER PRINCIPI» E INDIVIDUAZIONE DELLA FATTISPECIE «A POSTERIORI»

Fabio Addis

| | |
|--|-----|
| 1. I «principi» dell'art. 12, comma 2, disp. prel. c.c. del 1942 | 205 |
| 2. I principi «di nuova generazione» | 209 |
| 3. Le reazioni dottrinali | 212 |
| 4. La ricerca «a posteriori» della fattispecie | 217 |

QUEL CHE RESTA DELLA SOVRANITÀ STATUALE INTORNO ALLA CITTADINANZA

Adriana Apostoli

| | |
|--|-----|
| 1. La forma di Stato in evoluzione. Il territorio | 223 |
| 2. <i>Segue</i> : il popolo | 227 |
| 3. Il differente – e sempre più esigente – concetto di popolazione | 231 |
| 4. La <i>vexata quaestio</i> della cittadinanza | 235 |

**BREVE PREMESSA METODOLOGICA PER UNO STUDIO DELLA
SCHIAVITÙ ANTICA**

Antonello Calore

- | | |
|-----------------------------------|-----|
| 1. Per iniziare | 241 |
| 2. Prima dell'analisi del passato | 243 |
| 3. Per concludere | 249 |

**RELAZIONE INTRODUTTIVA ALL'AUDIZIONE NELL'AMBITO
DELL'INDAGINE CONOSCITIVA SULLA RIFORMA
DELL'IMPOSTA SUL REDDITO DELLE PERSONE FISICHE
(IRPEF) ED ALTRI ASPETTI DEL SISTEMA TRIBUTARIO**

Giuseppe Corasaniti

- | | |
|--|-----|
| 1. Premessa | 251 |
| 2. La necessità di razionalizzare e codificare la disciplina dell'attuazione e dell'accertamento dei tributi, della riscossione, delle sanzioni amministrative e del processo tributario | 255 |

**LE RADICI DELLA NOSTRA DEMOCRAZIA
E QUEL PASSATO CHE È BENE RIEVOCARE
ANCHE NEL TEMPO INCRESCIOSO DELLA PANDEMIA**

Antonio D'Andrea

- | | |
|---|-----|
| 1. La peculiarità della vicenda storica italiana e il superamento dello Stato autoritario | 261 |
| 2. I rischi (inevitabili) delle democrazie occidentali e la ricorrente tentazione di risposte autoritarie | 264 |
| 3. La riscoperta dei vincoli solidaristici interni (non solo la richiesta della solidarietà europea) | 266 |
| Post scriptum | 268 |

**ELOGIO DI UN CONTROVERSO
COSTITUZIONALISTA AMERICANO**

Matteo Frau

- | | |
|--|-----|
| 1. Celebrare Calhoun: una scelta scomoda | 271 |
| 2. La natura dell'Unione e la sovranità dei popoli | 273 |
| 3. Maggioranza concorrente e democrazia inclusiva | 276 |
| 4. Politica, diritto e Giustizia | 282 |

pag.

LA SOCIEDAD DE CAPITAL Y INDUSTRIA: L'INFLUENZA
DEL DIRITTO ROMANO SULLA LEGISLAZIONE ARGENTINA

Stefano Liva

- | | |
|--|-----|
| 1. La 'società di capitali e di industria' argentina | 287 |
| 2. La disciplina romanistica: il socio d'opera | 288 |
| 3. Il <i>Código Civil</i> 'velezano': il <i>socio industrial</i> | 291 |
| 4. La legislazione commerciale argentina | 294 |

LA DIMENSIONE AMMINISTRATIVA DELLA PAURA:
SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE

Paola Lombardi

- | | |
|--|-----|
| 1. Introduzione | 297 |
| 2. La normativa sulle ordinanze sindacali contingibili e urgenti | 299 |
| 3. Le ordinanze contingibili e urgenti sotto la lente della giurisprudenza | 302 |
| 4. Alcune fattispecie concrete: che cosa "fa paura"? | 305 |
| 5. Videosorveglianza ed edilizia di culto: tra religione e paura | 308 |
| 6. Conclusioni: ragionevolezza e proporzionalità quali argini della paura? | 312 |

«EASDEM RES IISDEM VOCIBUS»:

RATIONABILITAS E CODIFICAZIONE CANONICA ORIENTALE

Chiara Minelli

- | | |
|---|-----|
| 1. Il «trilemma» della codificazione orientale e la prudenza del legislatore | 322 |
| 2. Le proporzioni del CICO | 325 |
| 2.1. L'irriducibilità del diritto consuetudinario ovvero la sua <i>rationabilitas</i> | 327 |
| 3. Le verifiche del CCEO | 332 |
| 3.1. « <i>Bonum spirituale christifidelium est iusta et rationabilis causa</i> » | 335 |
| 4. « <i>Easdem res iisdem vocibus</i> »: l'eco sottile della <i>rationabilitas</i> | 341 |

FAMIGLIA E MATRIMONIO DA DOMAT ALLE CODIFICAZIONI

Mauro Paladini

- | | |
|--|-----|
| 1. Matrimonio e famiglia nel pensiero di Domat | 345 |
|--|-----|

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 2. L'evoluzione storica precedente al pensiero di Domat | 346 |
| 3. Il processo di laicizzazione del matrimonio nel XVIII secolo | 348 |
| 4. Il <i>Codé Napoléon</i> : falsi ritorni al passato e perseveranza laicista | 351 |
| | |
| VERSO UNA NUOVA IDENTITÀ PERSONALE? | |
| <i>Valerio Pescatore</i> | 353 |
| | |
| EUROPAE | |
| <i>Cosimo Risi</i> | 359 |
| | |
| LIBERTÀ VA CERCANDO | |
| <i>Carlo Alberto Romano</i> | 365 |
| | |
| LA REALITÀ DEI CONTRATTI REALI: CONSIDERAZIONI MINIME | |
| <i>Antonio Saccoccio</i> | |
| 1. La categoria del contratto reale di fronte agli attacchi di una falsa modernità | 371 |
| 2. La formazione della categoria | 374 |
| 3. Dai Glossatori alle codificazioni: linee di rottura nella continuità | 380 |
| 3.1. Il principio del consensualismo: dall'Europa ... | 380 |
| 3.2. ... all'America Latina: andata e ritorno | 382 |
| 3.3. Tempi moderni | 383 |
| 4. La realtà 'necessaria' dei contratti reali | 384 |
| 4.1. 'Rinunci al contratto reale? Non rinuncio' | 384 |
| 4.2. La possibilità di una scelta tra realtà e consensualità | 386 |
| 4.3. La realtà dei contratti reali evita l'insorgere di alcuni possibili problemi | 388 |
| 4.4. La realtà come esigenza logico-giuridica del sistema | 390 |
| | |
| LA NOZIONE DI «TRANSLATIO» TRA RETORICA E PROCESSO CIVILE ROMANO | |
| <i>Giovanni Turelli</i> | |
| 1. Premessa | 393 |
| 2. La dottrina | 394 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 3. Un termine versatile | 399 |
| 4. La <i>constitutio translativa</i> (cenni) | 403 |
| 5. La <i>contentio de constituendo iudicio</i> | 405 |
| 6. <i>Translatio iudicii</i> | 412 |
| 7. La 'meccanica dello spostamento' | 417 |

RISPETTO DELLE MISURE DI CONTENIMENTO
DELLA PANDEMIA E SOSPENSIONE DEL PAGAMENTO
DEL CANONE

Alberto Venturelli

| | |
|---|-----|
| 1. L'argomentazione «per principî» nella più recente evoluzione giurisprudenziale | 421 |
| 2. La riaffermazione della necessità per il conduttore di pagare il canone | 424 |
| 3. Il carattere «iniquo» della richiesta di pagamento del locatore | 433 |
| 4. Funzione integrativa della buona fede e obbligatorietà della rinegoziazione | 437 |
| 5. La sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione offerta dal locatore | 444 |

PRINCIPÎ E RIMEDI NELL'INDIVIDUAZIONE
DEL FONDAMENTO DELL'OBBLIGAZIONE

Massimo Zaccheo

| | |
|--|-----|
| 1. Il dovere di cooperazione | 453 |
| 2. La crisi della fattispecie e i principî | 455 |
| 3. L'approccio rimediale | 457 |

| | |
|---|-----|
| PUBBLICAZIONI DI ALBERTO SCIUMÈ AL 31.12.2021 | 463 |
|---|-----|

PRINCIPÎ E RIMEDI NELL'INDIVIDUAZIONE DEL FONDAMENTO DELL'OBBLIGAZIONE

Massimo Zaccheo

SOMMARIO: 1. Il dovere di cooperazione. – 2. La crisi della fattispecie e i principî. – 3. L'approccio rimediale.

1. Il dovere di cooperazione

Il fondamento esclusivamente positivistico dei «principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato», che il Collega ed Amico che qui s'intende onorare ha puntualmente individuato indagando il percorso storico che ha condotto all'introduzione della formula nel codice civile del 1942¹, ha per lungo tempo rappresentato motivazione sufficiente per identificare la finalità del vincolo obbligatorio nell'esigenza di cooperare per il soddisfacimento dell'interesse altrui.

Muovendo dalla rigida contrapposizione – insita nella ricostruzione del rapporto giuridico di derivazione pandettistica – tra diritti assoluti e relativi, il connotato caratterizzante la situazione giuridica soggettiva del creditore è stato tradizionalmente indicato nella pretesa al comportamento altrui, così da intendere il dovere di cooperazione non soltanto quale obbligo del debitore di tenere una certa condotta indirizzata a soddisfare l'interesse della controparte, ma quale adempimento di un dovere che consente al tempo stesso di esaudire anche l'interesse della società².

¹ Cfr. A. SCIUMÈ, *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002, p. 200 ss., spec. 212 s.

² Subito tornano alla mente le pagine di R. NICOLÒ, voce *Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 555 ss.; e in ID., *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1283 ss.; ID., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 24 ss. In una prospettiva più ampia e maggiormente attenta alla natura «relativa» della situazione giuridica soggettiva del creditore, cfr. A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 1 ss.; L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss.; e in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 53 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, I, rist., Milano, 1968, p. 194 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di di-*

In questa linea di pensiero una società efficiente si misura anche sulla condotta del debitore nell'esecuzione della prestazione lavorativa alla quale ciascun consociato è tenuto nel proprio ambito e attraverso la quale soddisfa non solo l'interesse particolare del proprio creditore ma l'interesse sociale dell'intera collettività. In tal guisa, se l'obbligazione, fondata sul dovere di cooperazione, è volta a soddisfare da ultimo un fine sociale, una società efficiente si fonda sull'esatto adempimento della prestazione da parte di ciascun consociato, il quale può essere chiamato a rispondere ove ponga in essere comportamenti idonei ad ostacolare l'adempimento altrui, senza che sia a tal fine indispensabile teorizzare un dovere di astensione simile a quello correlato ad una situazione giuridica soggettiva assoluta³.

L'operatività di principi e clausole generali nell'individuazione del fondamento del rapporto obbligatorio è in tal modo sensibilmente ridotta: la necessità che entrambe le parti si comportino secondo correttezza (art. 1175 c.c.) e la stessa enunciazione di un obbligo di collaborazione all'altrui adempimento derivante dall'affermazione della responsabilità per *mora accipiendi* (art. 1207 c.c.) degradano a mere manifestazioni del richiamato dovere di cooperazione, la cui finalità sociale si riflette, in via esclusiva, nella reiterazione della priorità dell'adempimento in natura⁴.

Già Emilio Betti nel 1953 sottolineava, tuttavia, la crisi della cooperazione, imputandone la responsabilità alla specializzazione degli studi e delle professioni e all'idea suprema che la tecnica, che perde di vista l'uomo nella sua totalità, non ha più funzione strumentale, ma è elevata a fine ultimo. In questa prospettiva l'uomo massa è vittima del pregiudizio edonistico e utilitario diffuso dall'individualismo moderno. L'uomo, per

ritto civile e commerciale, fondato e già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XVI, 2, Milano, 1984, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 72 ss.; C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.; F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 12 ss.

³Fondamentali sul punto rimangono i rilievi di F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 748 ss., spec. 755; e in ID., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 51 ss., spec. 60. Con particolare riguardo ai rapporti tra la natura relativa del credito e l'imposizione dell'obbligo risarcitorio in caso di sua violazione ad opera di un terzo, cfr. anche F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 3 ss.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 319 ss.; B. INZITARI, *Le mobili frontiere della lesione del credito ad opera di terzi: la responsabilità del terzo acquirente per la perdita della garanzia patrimoniale*, in *Riv. dott. comm.*, 1997, p. 635 ss.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 299 ss. (opera recensita da A. DI MAJO, *Della responsabilità civile «restaurata»*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 895 ss.); M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, VI, *Le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto*, 1, Torino, 2021, p. 82 ss.

⁴Torna da ultimo sul tema M. DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2019, p. 1 ss.

Betti, assillato da questo pregiudizio, «ha perso il gusto e il talento di cooperare con autentica dedizione ad opere che lo trascendono, destinate a durare oltre la sua effimera esistenza»⁵.

2. La crisi della fattispecie e i principî

Depurata dal linguaggio del tempo e anche da una certa venatura neo-idealista, la prospettiva bettiana coglie un profondo cambiamento della società. Il divenire della società (soprattutto con l'avvento del fenomeno più recente e sconvolgente della globalizzazione) impone risultati immediati. La velocità è il segno distintivo dei tempi: di pensiero, di azione, di risultati. Non è più tempo di riflessioni: il risultato deve essere qui e subito.

In questo contesto sociale la fattispecie sembra tramontare⁶, perché la cooperazione cede il passo ad un più ampio ed indefinito bisogno di giustizia, ricavato dalla proclamata primazia dei principî generali, che, essenzialmente attraverso il richiamo del ruolo gerarchicamente sovraordinato della Costituzione nel sistema delle fonti privatistiche, permette l'enucleazione di regole destinate ad acquistare una forza persuasiva pressoché assoluta, esprimendo gli obiettivi e i valori posti al vertice dell'ordinamento giuridico, perché verso di essi si indirizzi lo stile di vita della società⁷.

Il divenire non può più essere affrontato e risolto in una prospettiva logica, ma in un pensare ontologico, attraverso una categoria che possa investire qualsiasi oggetto. Così, i principî generali, intesi come espressione dei valori fondamentali della società, disvelano l'esigenza di giustizia che è propria dell'uomo contemporaneo.

Superata la stessa tecnica sussuntiva, inevitabilmente collegata all'enucleazione «a priori» di una fattispecie descritta nel dettato normativo, l'in-

⁵ Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 28 s., sulla cui posizione torna ora V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020, p. 33 ss.

⁶ Alle puntuali indicazioni svolte da N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41 ss.; e in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 75 ss., è sufficiente aggiungere quelle di G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 67 ss.; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1103 ss.; e in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 75 ss.; G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 32 ss.; M. TAMPONI, *Principî, principî generali, principî di diritto*, in *Principî, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2019, p. 107 ss.; M. ORLANDI, *Gnoseologia della fattispecie*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 95 ss.; ID., *Del significare*, in ID., *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, Torino, 2020, p. 5 ss., spec. 32 ss.; P. FEMIA, *Principî e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, p. 17 ss.

⁷ Cfr. F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 12 ss., spec. 18 e 23.

dividuazione del fondamento del vincolo obbligatorio muta sensibilmente, perché non conta più la primazia della prestazione, che consente essa sola di soddisfare l'interesse del creditore, né appare dirimente l'indagine sulla fonte che genera l'obbligazione, ma l'attenzione si concentra, in via esclusiva, sul bisogno immediato dell'uomo medio, che si esprime nella necessità di soddisfare il suo interesse purchessia, inteso quest'ultimo come esigenza di giustizia ove la cooperazione risulti inappagante o insufficiente.

I principî generali, che esprimono i valori fondanti della società, perseguono perciò lo scopo di consentire l'istantanea soddisfazione di quel bisogno di giustizia: l'attenzione, nel mondo delle obbligazioni, si sposta così dal rapporto di debito a quello di responsabilità⁸.

Non ha rilevanza il modo attraverso il quale l'interesse del creditore viene soddisfatto: è decisivo che quell'interesse sia soddisfatto comunque, per rispondere ad una esigenza di giustizia che si incarna nell'applicazione di principî che, esprimendo i valori della società, hanno la funzione di orientare lo stile di vita della società stessa.

Nel rapporto obbligatorio il profilo selettivo indicato si coglie più nitidamente, avuto riguardo all'insoddisfacente scelta del legislatore del 1942, che ha previsto un sistema risarcitorio che, in taluni casi, obiettivamente favorisce l'inadempimento del debitore a seguito di una analisi economica dei rischi e delle conseguenze, nonché allo spostamento dell'attenzione dal rapporto di debito a quello di responsabilità, dall'obbligo di cooperazione del debitore al diritto potestativo del creditore di soddisfare il proprio interesse primario, posto che in esso si incarna appunto il richiamato passaggio dalla logica della fattispecie all'argomentazione per principî generali⁹.

È agevole osservare un radicale rovesciamento di prospettiva: non è la cooperazione del debitore che rende efficiente la società, ma è l'applicazione dei valori, che si inverano nella società, che ne garantisce la produt-

⁸ Dà conto delle difficoltà di immaginare un vincolo obbligatorio slegato dalla responsabilità M. ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 447 ss.

⁹ Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 513 ss.; A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, *ivi*, 2018, p. 69 ss.; e in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal Convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, p. 197 ss.; A. NERVI, *Sul c.d. primato dell'adempimento in forma specifica*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 923 ss.; C. PRUSSIANI, *Il risarcimento in forma specifica dei danni da responsabilità contrattuale: lo spazio di operatività della tutela risarcitoria nei rapporti con l'adempimento coattivo e l'esecuzione forzata*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1111 ss.; A. DI MAJO, *Ascesa e declino dell'adempimento in forma specifica*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 117 ss.; M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 412 ss.; nonché, con specifico riferimento ai rapporti tra il rimedio risarcitorio e lo scioglimento del vincolo obbligatorio, A. MONTANARI, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 809 ss.; ID., *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, p. 113 ss. (opera recensita da A. GENTILI, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 273 ss.); F. PIRAINO, *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura e risoluzione del contratto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, *cit.*, p. 549 ss.

tività. Se si assume che l'esigenza di giustizia sorregge l'obbligazione nel suo nascere e nel suo svilupparsi, la posizione del creditore inevitabilmente si rivela più articolata, perché la pretesa alla cooperazione cede il passo ad un diritto al rimedio prima ancora del male o al bisogno di elementi correttivi idonei ad assicurare l'attuazione anche in assenza della prestazione originariamente dovuta.

È chiaro che, in questo modo di procedere, assume rilievo decisivo l'intervento del terzo, del giudice, che si caratterizza per ampi spazi di discrezionalità valutativa. È il giudice che deve selezionare i principî da applicare; trattandosi di una espressione di umana volontà il giudice, scegliendoli e preferendoli ad altri, cala alcuni valori al rango di principî fondamentali, con la funzione di indirizzare, attraverso la loro concreta applicazione, lo stile della società.

Ne discende che il volere del terzo è il valere della società¹⁰.

3. L'approccio rimediale

La prospettiva tracciata richiede nuovi strumenti cognitivi.

Il volere che vale non ha bisogno di teorie generali, di principî dogmatici immutabili nel tempo, ma solo della giustificazione della decisione.

Lo stesso fondamento positivo dei principî torna ad essere incerto: se le disposizioni costituzionali non hanno fattispecie e la tecnica sussuntiva non può servire a ricavare da esse regole di condotta verificabili *a posteriori*, la produzione del diritto oggettivo resta affidata solo all'impiego dell'argomentazione, che si sostituisce alla stessa teoria generale¹¹.

Ho già avuto occasione di evidenziare che un principio, a ben vedere, non è assoluto o in sé, frutto di conoscenze puramente razionali, ma rimane *intra ius* sebbene *extra legem*¹². Nella logica dei valori assoluti questi coniugano in sé due aspetti apparentemente antitetici: l'assolutezza e la relatività; il primo è il modo di essere dei valori in sé, il secondo il modo di essere nel divenire, riprodotto attraverso i principî generali, i quali possono dunque mutare con il divenire della storia, pur rimanendo espressione di valori connotati da margini di assolutezza.

¹⁰ Cfr. N. IRTI, *Il terzo decide la causa*, in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 65 ss.; ID., *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, p. 129 ss.; F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 93 ss.

¹¹ Cfr. A. GENTILI, *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 578 s.; e in ID., *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2013, p. 11 (da cui la successiva citazione).

¹² Sia consentito il rinvio a M. ZACCHEO, *Valori e principî*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 86 ss., spec. 88.

In questa prospettiva, il rischio della «tirannia dei valori» è già stato opportunamente denunciato¹³.

Se il significato giuridico dei fatti dipende da chi comanda, la questione di metodo è attirata sul piano della tecnica argomentativa per giustificare una decisione: giudicare e decidere si separano se il caso concreto è risolto in base a una volontà di valori¹⁴.

Scarsamente utile si rivelerebbe, almeno in questa occasione, una più ampia disamina critica o adesiva alla teoria dei valori.

Si deve semplicemente ribadire che la teoria dei valori si fonda sull'agire razionale; e l'agire razionale dovrebbe inverarsi nel rimedio che assicura la giustizia e che è strumento che si colloca fuori del rapporto obbligatorio e deve misurarsi proprio con quel rapporto¹⁵.

Ciò riesce a spiegare la ragione per la quale alla già denunciata crisi della fattispecie numerosi interpreti pretendano di reagire attraverso l'adesione alla teorica rimediale, che, avuto specifico riguardo al vincolo obbligatorio, si traduce nell'affermazione della garanzia del contraente (non inadempiente) di ottenere lo stesso risultato che avrebbe ottenuto se la prestazione promessa fosse stata adempiuta¹⁶. Risultato che il contraente

¹³ Cfr. F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 93 ss., spec. 95; M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica. Uno studio del diritto privato*, Bologna, 2021, p. 150 ss., spec. 151 s. e 207 s., in consapevole dissenso con la conclusione di F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principî*, in *Giurisprudenza per principî e autonomia privata*, Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 30 ottobre 2015, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, p. 219 ss.; ID., *Sulla distinzione tra norme e principî*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.; e col titolo *Il valore «normativo» dei principî*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, a cura di C. Cicero e G. Perlingieri, I, Napoli, 2017, p. 1 ss., secondo il quale il controllo dogmatico dei risultati sottesi all'applicazione di un principio potrebbe essere assicurato dall'individuazione «a posteriori» della fattispecie.

¹⁴ Così N. IRTI, *Il terzo decide la causa*, cit., p. 65 ss.

¹⁵ Cfr. G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, spec. p. 135 ss.

¹⁶ Cfr. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, p. 67 ss.; ID., *I rimedi giuridici tra ideologia e tecnica*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 825 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, *ivi*, 2005, p. 605 ss.; ID., *La sistemica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 11 ss.; e in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 103 ss.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 53 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, spec. p. 21 ss.; ID., *Dialogo tra le Corti e tecnica rimediale*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 280 ss.; ID., *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo tra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 237 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, *ivi*, 2007, p. 585 ss.; in *Remedies in Contract*, cit., p. 149 ss. (da cui la successiva citazione); e, con il titolo *La nozione di rimedio*, in ID., *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, p. 19 ss.; ID., *La prospettiva dei rimedi in un sistema di «civil law»: il caso italiano*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 831 ss.; e in *Jus civ.*, 2019, p. 720 ss.; F. PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Giureta*, 2010, p. 35 ss.; ID., *La categoria del rimedio nel sistema del diritto civile*, in *Ann. SISDIC*, (2) 2018, p. 199 ss.; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 157 ss.; e in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*,

potrebbe ottenere appunto attraverso la c.d. tutela rimediale, che consiste nella pretesa all'adempimento purchessia, anche *invito debitore*¹⁷.

Al carattere «relativo» della situazione giuridica soggettiva creditoria si affianca un connotato apparentemente nuovo, che autorizza a configurare l'interesse del creditore alla stregua di un diritto potestativo rispetto al quale il debitore viene a trovarsi in una posizione di mera soggezione. Il metodo, ovviamente antiformalistico, che sposta l'attenzione dal rapporto di debito a quello di responsabilità, deve avere la pretesa di soddisfare comunque l'interesse primario del creditore.

La prospettiva indicata, venata di ontologismo, non sfugge tuttavia alla distinzione logica possibilità-impossibilità: la prima indica l'area di soddisfazione dell'interesse del creditore assicurata con ogni mezzo; la seconda, le sole ipotesi nelle quali quell'interesse, nonostante ogni sforzo e ogni strumento, non può più essere soddisfatto. La logica rimediale accennata non sfugge a questa ripartizione; anzi muove proprio da quella, nel tentativo di ampliare il più possibile la sfera della possibilità: così, nell'area della possibilità, accanto all'adempimento del creditore in senso tecnico, si colloca anche l'adempimento *invito debitore*; e solo all'area residuale dell'impossibilità si riconduce l'inadempimento in senso tecnico, dove l'interesse del creditore, definitivamente deluso, palesa la necessità, dovuta proprio all'impossibilità, di assicurargli il ristoro del pregiudizio subito attraverso l'obbligazione, sussidiaria, di natura risarcitoria.

A ben vedere, da questo punto di vista, non si tratta di una grande novità rispetto al passato. Già all'indomani della pubblicazione del codice civile si era affermato, a chiare lettere, che nel rapporto obbligatorio la posizione del creditore si atteggiava come un potere sul patrimonio del debitore, il quale era soggetto all'azione esecutiva sui propri beni¹⁸.

Ne discendeva che il soddisfacimento dell'interesse del creditore poteva essere raggiunto sia attraverso l'adempimento del debitore, sia mediante l'esecuzione forzata o ancora attraverso l'adempimento del terzo, essendo i tre strumenti indicati perfettamente fungibili.

cit., p. 319 ss.; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045 ss.; e in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 149 ss.; M. BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, *ivi*, p. 681 ss.

¹⁷ Osserva S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit., p. 154, che «il rimedio non sempre si atteggia come stato allotropico della norma attributiva di un diritto soggettivo coincidente con l'epilogo della sua attuazione invita altera parte e neppure che il rimedio sia necessariamente la proiezione *in executivis* di una situazione giuridica soggettiva poiché dalla situazione giuridica soggettiva il rimedio può anche prescindere e riconnettersi piuttosto alla formulazione astratta di una norma generale».

¹⁸ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, p. 19 ss., il quale riprende e sviluppa quanto già evidenziato, sotto il vigore del c.c. del 1865, in ID., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 1 ss.; e in E. BETTI-F. CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo*, con presentazione di N. Irti, Milano, 2006, p. 1 ss.

Se dunque l'adesione alla teoria rimediale si risolve nella reinterpretazione del binomio interesse-rimedio e nel suo appiattimento sull'immediatezza del rapporto tra la pretesa del creditore e la sua soddisfazione, la teoria non acquista contenuti nuovi e si limita, con altro linguaggio, a riproporre istituti propri del codice civile, evocando strumenti che nulla aggiungono e nulla tolgono al creditore rispetto a ciò che il legislatore ha già apprestato in suo favore.

Non è in altri termini spostando il fulcro del problema dal debito alla responsabilità, dall'elemento personale a quello patrimoniale che si crea una nuova categoria ordinante.

Semplicemente si abbandona la cooperazione in favore della soddisfazione: dal dovere di cooperazione del debitore alla soddisfazione immediata del creditore. Diverso formalmente l'approccio: identici gli strumenti.

Occorre allora domandarsi se, accanto e oltre ad una nuova terminologia, la c.d. teoria rimediale aggiunga un *quid pluris* rispetto a ciò che già è.

Si potrebbe ragionare sulla diretta applicazione dei principî attraverso lo strumento della interpretazione costituzionalmente orientata, con una nuova funzione della buona fede che, non più sovrapposta alla mera moltiplicazione delle prestazioni dovute, assumerebbe contorni correttivi, rivelandosi idonea, a certe condizioni, ad assicurare una tempestiva reazione alle sopravvenienze e ad impedire una rigida applicazione del *strictum ius* altrimenti destinato ad imporre un dovere di adempimento incondizionatamente legato alla mera possibilità materiale dell'esecuzione¹⁹.

In questa prospettiva, ben si comprende perché il richiamo della solidarietà costituzionale abbia indotto parte della dottrina a porre l'accento sull'esigenza di preservare le ragioni e i bisogni delle generazioni future, così da delineare una valutazione di sostenibilità dell'adempimento che, superando la disamina della sua esattezza puramente quantitativa o qualitativa, autorizza ad avviare più ampie considerazioni sistematiche in ordine all'idoneità dell'esecuzione del singolo rapporto obbligatorio ad attuare interessi sociali che non sarebbero più declinabili in una prospettiva solo individualistica²⁰.

¹⁹ Sia consentito il rinvio, con specifico riferimento all'incidenza che tale affermazione può avere nell'interpretazione ed applicazione della normativa emergenziale correlata all'attuale situazione pandemica, a M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giust. civ. com.*, 21 aprile 2020; ID., *Il controllo delle sopravvenienze nell'età della crisi*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 51 ss.; ID., *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, III, p. 1 ss.; ID., *Rischio e risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Trento, 2021, p. 18 s.

²⁰ Cfr. G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 334 ss.; D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, *ivi*, 2021, p. 189 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 216 ss.; ID., voce *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. dir.*, I tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 313 ss.; nonché, con specifico riferimento alla valutazione della vincolatività derivante dall'adozione di codici etici di condotta, F.

Non si tratterebbe, a tal stregua, di prospettare, attraverso la buona fede, una sorta di amoroso paternalismo giudiziario, che rischia di rappresentare, nella prospettiva della giustizia, la negazione della libertà, assicurata da uno scambio a condizioni concordate quali che siano²¹.

Occorre, più esattamente, interrogarsi sulla cooperazione che, pur continuando a rappresentare l'unico convincente fondamento giustificativo del vincolo obbligatorio, non può più avere come esclusivo termine di riferimento esterno il singolo creditore, né tantomeno autorizzare un'incondizionata tutela di quest'ultimo, ma legittima un più articolato contemperamento di interessi, dalla cui individuazione dipende il richiamo del rimedio.

Se dunque si vuole provare ad elaborare una teoria «ontologica» dei rimedi sarà necessario, in un onesto esercizio intellettuale, abbandonare la fonte (cioè il presupposto) e fermare l'attenzione solo sull'interesse, superando la stessa distinzione tra interesse primario e sussidiario, nella consapevolezza che, nell'odierna società, il bene da conseguire non è quasi mai infungibile e il suo conseguimento assicurato dall'adempimento può avere riflessi e costi sociali che non debbono essere ignorati.

Il rimedio, cioè la decisione del giudice del caso singolo, dovrebbe essere al tempo stesso regola di decisione e di condotta perché deve indirizzare lo stile di vita della società verso i valori che 'qualcuno' presceglie come fondanti dell'ordinamento. Una rigorosa tecnica rimediale dovrebbe fondarsi su questi elementi, senza elusioni e senza infingimenti: in una prospettiva ontologica dove il rimedio non è né norma né sanzione.

Ma è possibile tutto ciò, al di là delle parole?

La esperienza dovuta alla recente vicenda legata alla crisi epidemiologica in materia di sopravvenienze, che è stata certamente un banco di prova significativo, anche per i teorici del 'rimedio', non sembra offrire ri-

BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 286 ss.

²¹ In questa prospettiva si spiegano le perplessità sollevate, nei confronti della possibilità di far discendere dal principio di buona fede un obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali «inique», da F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione*, in *Dizionario del diritto privato*, coordinati da N. Irti, *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, Milano, 2011, p. 1518 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 411 ss.; e in *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti in onore del prof. Lucio Valerio Moscarini*, a cura di N. Corbo, M. Nuzzo e F. Ricci, I, Roma, 2016, p. 699 ss.; E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, p. 29 ss., spec. 56 ss. (opera recensita da F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 585 ss., spec. 610 ss.); A. VENTURELLI, *Contrattazione internazionale e «obbligatorietà» della rinegoziazione*, in *Il contratto 'apolide'. La contrattazione transnazionale nel mercato globale*, a cura di M. Foglia, Pisa, 2019, p. 87 ss.; ID., *Note critiche sulla rinegoziazione «obbligatoria»*, in *Liber amicorum per Paolo Pollice*, Scritti raccolti da C. Fabricatore, A. Gemma, G. Guizzi, N. Rascio, A. Scotti, II, Torino, 2020, p. 1069 ss.; S. MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna-Roma, 2020, p. 867 ss.

sposte tranquillizzanti; non solo nell'uso dei rimedi, molteplici e diversi tra loro, ma nella reazione dei giudici alla diversità di interessi delle parti agitati dalla crisi. Un ondeggiamento di prospettiva che sinora ha reso del tutto inefficace la logica rimediale, ma anche il dovere di cooperazione del debitore, troppo stesso oggetto di esclusiva valutazione egoistica, apprezzata dai giudici a scapito di una reale portata sociale del dovere stesso.