

Paolo Pardolesi

Analisi gius-economica degli strumenti rimediali da inadempimento contrattuale

Abstract

This paper presents the results of a concise investigation of remedies available for breach of contract, making use of the Economic Analysis of Law (EAL). An exemplar is also provided of EAL's functional potentialities as a research tool for intercultural law. The prevalence of multiculturalism in today's global social-economic experience finds legal operators in the position of having to interpret the constant transformations of the contemporary world, if they are to accurately meet the needs of their clients. Meanwhile, these clients must navigate the often confusing legal and geographical boundaries of domestic law as they attempt to manage their personal and economic activities. An EAL approach does not offer all the answers; but it helps to raise the questions that really matter.

Keywords: Breach of Contract, Remedies, Economic Analysis of Law, Intercultural Law.

Abstract

Il saggio espone i risultati di una succinta ricerca in chiave di *Economic Analysis of Law* (EAL) sugli strumenti rimediali da *breach of contract*, fornendo uno spaccato delle sue potenzialità funzionali come strumento d'indagine del diritto 'interculturale'. La multiculturalità che connota l'esperienza socio-economica globale fa sì che gli operatori del diritto siano chiamati ad interpretare le continue trasformazioni del mondo contemporaneo al fine di rispondere adeguatamente alle esigenze provenienti dai soggetti che pianificano la propria attività personale ed economica oltrepassando i confini geografici e giuridici degli ordinamenti nazionali. L'EAL non fornisce tutte le risposte, ma aiuta a formulare le domande che contano.

Keywords: Inadempimento contrattuale, Rimedi, Analisi economica del diritto, Diritto interculturale.

Sommario: 1. Profili introduttivi. - 2. Analisi comparativa degli strumenti rimediali da inadempimento contrattuale nelle esperienze giuridiche nordamericana e nostrana. - 2.1. La triade rimediale classica e l'art. 1223 c.c. - 2.2. I *disgorgement damages* e la retroversione degli utili (nell'ambito del danno da svalutazione monetaria ex art. 1224 c.c.). - 2.3. La *specific performance* e l'esecuzione in forma specifica. - 2.4. Le *liquidated damages clauses* e la clausola penale. - 3. Analisi gius-economica degli strumenti rimediali: il caso della cd. circostanza fortunata in assenza di costi transattivi. - 3.1. Osservazioni sulle soluzioni rimediali prospettate in assenza di costi transattivi. - 3.2. Il caso della circostanza fortunata in presenza di costi transattivi. - 3.2.1. Osservazioni sulle soluzioni rimediali prospettate in presenza di costi transattivi. 4.- Riflessioni conclusive.

1. Profili introduttivi

La multiculturalità che contraddistingue (*rectius* connota) il presente dell'esperienza socio-economica globale (sicché “persone e interessi, nello spostarsi lungo le coordinate geografiche, pongono in comunicazione differenti sistemi di valori e di norme”) fa sì che gli operatori del diritto siano chiamati ad interpretare le continue trasformazioni del mondo contemporaneo al fine di rispondere adeguatamente alle esigenze provenienti dai soggetti che pianificano la propria attività personale/economica oltrepassando i confini geografici e giuridici degli ordinamenti nazionali: “[s]uperare le barriere cognitive poste dalla differenza culturale è indispensabile per evitare clamorosi errori nell'applicazione della legge, risposte istituzionali difettive, discriminazioni e ingiustizie”¹. In questa prospettiva, però, occorre rilevare come i tradizionali strumenti internazional-privatistici e giudico-comparatistici (sebbene imprescindibili per affrontare le cennate esigenze) possano rivelarsi ‘manchevoli’ allorquando l'accento venga posto sulla necessità di comprendere i reali bisogni dei soggetti che si muovono nel mercato globale (nonché il significato dei loro atti comunicativi e dei loro comportamenti).

Per questa via, l'*Economics Analysis of Law* (d'ora in avanti EAL, in omaggio al celebre acronimo statunitense), avvalendosi di un criterio di efficienza per valutare, spiegare e prescrivere regole giuridiche in qualsiasi campo del diritto, rappresenta una differente chiave di lettura dell'agire dei singoli individui. Più in chiaro, il gius-economista – attraverso l'impiego del testé richiamato criterio efficientistico – ha la possibilità di farsi interprete della volontà delle parti di massimizzare i profitti veicolandole verso soluzioni giuridiche in grado di rispondere alle implicazioni individuabili nelle pieghe delle loro scelte comportamentali. In altre parole, attraverso la lente privilegiata (anche se monocolora) dell'efficienza economica, appare possibile apprestare percorsi ermeneutici in grado di fornire agli operatori del diritto (di oggi e di domani) gli strumenti per svolgere al meglio la propria attività.

Le potenzialità interpretative sottese ad un approccio di EAL (a maggior ragione qualora si immagini di poter allargare il compasso alle difficoltà sottese ai processi di globalizzazione dell'esperienza giuridica) derivano dalla consapevolezza che le parti di un contratto negoziano tra di loro prima che sorga una qualsiasi disputa² e vanno ad appuntarsi sulla prospettiva efficientistica sottesa alle regole giuridiche che governano il contenzioso contrattuale di qua e di là dall'Atlantico. Più nello specifico, prendendo le mosse dall'esame comparativo degli strumenti rimediali operanti nella *common law* statunitense e nel nostro sistema giuridico, si provvederà ad esaminarne l'efficienza economica facendo tesoro della premessa (fondante nella teoria gius-economica classica) secondo cui, in linea di principio, non solo ogni bene tende a ‘gravitare’ verso il soggetto che gli attribuisce il valore più alto, ma i fattori di produzione dovrebbero a loro volta essere impiegati in maniera tale da

¹ Ricca, Sbriccoli (2015: 3): “[d]ecifrare correttamente i significati articolati da persone provenienti dall'estero o di diversa cultura – (...) – è il presupposto per identificare quale diritto, quali norme, applicare alle situazioni di vita incarnate dai singoli”.

² Polinsky (1992: 35 s.): “[s]i può ritenere che il diritto dei contratti sia inteso a riempire queste <<lacune>> nel contratto: tentare di riprodurre l'accordo cui le parti sarebbero pervenute se avessero potuto, senza aggravii, pianificare fin dall'inizio l'evento. Poiché le parti avrebbero incluso termini contrattuali che massimizzano i loro benefici congiunti al netto dei loro costi congiunti – così facendo entrambi le parti si troverebbero in una situazione migliore – quest'approccio è equivalente a disegnare il diritto dei contratti in conformità col criterio efficientistico”.

ottenere la massimizzazione della produzione³. Sulla scorta di siffatte considerazioni – come pure presupponendo, con qualche consapevole semplificazione, un consumatore razionale in grado di massimizzare il suo *welfare* (ragion per cui è dato supporre che il nostro si rifiuterà di concludere qualsiasi tipo di accordo contrattuale che possa mettere in pericolo o, comunque, danneggiare i suoi interessi)⁴ –, la linea da seguire è obbligata: entrambe le parti, nel momento in cui concludono un accordo contrattuale, sono spinte dalla convinzione che quest'ultimo assicurerà loro un profitto (ciò che, come si dirà, innesca una presunzione di massimizzazione del valore congiunto). Nondimeno, la cruda realtà degli scambi economici mostra come – anche al di là delle ipotesi in cui si verificano vizi della volontà (quali errore, dolo e violenza) – le aspettative possano andare deluse. Del resto, non è raro che possa verificarsi una trasformazione delle circostanze inizialmente favorevoli (o anche l'ipotesi di preventivo errore nel calcolo delle aspettative di guadagno prefigurate da una delle due parti): si che, per uno dei paciscenti, il contratto, inizialmente vantaggioso, diventa *unprofitable*.

Ora, la teoria che assume a stella polare l'efficienza economica affronta tali problematiche rimarcando come la mancata esecuzione della prestazione comporterebbe un risultato economicamente apprezzabile solo se il vantaggio conseguito dalla parte inadempiente fosse maggiore della perdita patita dalla controparte⁵. A ben vedere, realizzandosi siffatte condizioni, si perviene al 'controintuitivo' esito in cui si sostanzia la teoria dell'inadempimento efficiente: essa non solo avalla, ma nei fatti incoraggia l'inadempimento contrattuale al fine di assicurare una migliore ri-allocazione delle risorse⁶. Ne consegue che, da un punto di vista economico, la problematica relativa al

³ Sul punto occorre rimarcare come negli scambi di tutti i giorni accada spesso che i beni (nonché le risorse) siano acquisiti da chi vi conferisce un valore inferiore rispetto a quello attribuito agli stessi da altri soggetti. Sicché, almeno sotto un profilo più prettamente pragmatico, la finalità di efficienza allocativa incontra non poche difficoltà; anche se si concede che, in parte almeno, tali attriti vengano superati attraverso gli accordi contrattuali in forza dei quali gli individui scambiano beni in loro possesso con altri cui attribuiscono un valore maggiore [in tal senso cfr. Farnsworth (1990: 816)]. Per una prima ricostruzione dell'*economic theory of efficient breach* cfr. la classica esposizione di Posner (1992: 117 ss.). Le variazioni (critiche) sul tema si sprecano: per un primo inventario, cfr. MacNeil (1982: 947); O'Dair (1993: 113); Cender (1995: 697 ss.); Cooter, Ulen (2011, 276); Warkol, (1998: 321); Craswell (1988: 629); Friedman (1989: 1); Mc Camus (2003: 950 ss.); Weinrib (2003: 70 ss.); Siems (2004: 27).

⁴ Sul punto cfr. Warkol (1998: 343 ss.), a cui dire proprio l'esistenza di un consumatore razionale rappresenta una delle principali motivazioni da porre alla base della cd. "judicial rejection" della teoria dell'*efficient breach*. A suo dire, tale scelta "is not without cause", ma si radica in almeno tre ulteriori ordini di considerazioni: I) la teoria è "shortsighted" (miope) perché omette di prendere in considerazione il valore della moralità; II) ha il limite di non riconoscere come la natura dei contratti sia sostanzialmente quella di strumenti di allocazione del rischio; ed infine III) non riesce a spiegare l'esistenza di danni non economici, la cui quantificazione e compensazione determinerebbero non pochi problemi. In senso conforme cfr. Edelman (2002: 163), che, per parte sua, denuncia l'opinabilità della base economica della teoria, esprime perplessità in ordine alla sua "perceived application" alle sole ipotesi di inadempimento contrattuale e rincara concludendo "as an absolute proposition it has never been accepted by the common law". La stessa dottrina, peraltro, non manca di metter in rilievo come tali considerazioni critiche fossero state formulate quarant'anni prima da Coase (1960: 1).

⁵ Su tale punto v. Farnsworth (1990: 817 s.), secondo cui, "if non performance of the agreement would result in a gain by the reluctant party at the expense of a loss by the other party, the result of nonperformance is economically efficient only if the value of the gain to the reluctant party is greater than the value of the loss to the other party".

⁶ Cfr. Goff, Jones (2002: 517), che mettono in risalto come "economic resources should be moved to their most efficient use. The innocent party is adequately protected by his action for damages for loss suffered, which makes him whole. For that reason a party should not be deterred from breaching when it is efficient to do so"; Farnsworth (1990: 817), il quale sottolinea che "if this is so, nonperformance and the consequent reallocation of resources is socially desirable, and economic theory not only sanctions but encourages breach". In senso conforme cfr., anche, Gallo (1997: 54 ss.). Per

coordinamento tra restituzione e risarcimento si risolve nell'individuazione delle regole che assicurino un'adeguata internalizzazione dei costi ovvero nella possibilità che tali regole (o criteri, che dir si voglia) collochino i contraenti in una posizione di assoluta indifferenza tra adempimento ed inadempimento⁷. Ciò nonostante, la linearità teorica del ragionamento non può oscurare il fatto che, aderendo a quest'impostazione, vengono messi in discussione la certezza e la stabilità degli scambi economici. Costatazione inquietante, cui si aggiungono altri dubbi, di carattere più marcatamente morale: come impedire il propagarsi di *bad behaviours*? In quale maniera potrà essere disincentivata la tendenza – tra i 'contraenti razionali' – a non adempiere in forza di un più allettante vantaggio? Potrà davvero affermarsi il principio che la realizzazione dell'efficienza economica – ovvero della più proficua allocazione delle risorse – permette di sacrificare la buona fede e la fiducia nell'adempimento dell'*injured party*⁸?

Proprio tali interrogativi – accentuati dalle difficoltà sottese ai costi transattivi – ci spingeranno a ricercare e, per quanto possibile, prospettare soluzioni alternative, volte ad assicurare esiti più affidanti.

2. Analisi comparativa degli strumenti rimediali da inadempimento contrattuale nelle esperienze giuridiche nordamericana e italiana

Nel quadro complesso dell'esperienza giuridica statunitense, le corti adite possono fronteggiare le ipotesi di inadempimento contrattuale ricorrendo ad un ventaglio di differenti strumenti rimediali caratterizzati da una natura alternativa/concorrente: pertanto, operando sullo stesso piano come elementi di un medesimo insieme rimediale, tali strumenti consentono agli organi giudicanti di articolarne la loro applicazione con una ricca gamma di sfumature. In altre parole, a seconda delle peculiarità della controversia in oggetto, il giudice potrà ricorrere non solo alla cd. triade rimediale classica [ossia alle celebri voci rimediali di 1) *expectation damages*, 2) *reliance damages* e 3) *restitutory damages*]⁹, ma anche 4) ai *disgorgement damages* (strumento rimediale volto a fronteggiare le ipotesi di

l'analisi di posizioni fortemente critiche verso una prospettiva di tal fatta si rinvia a Weinrib (2003: 73 s.), che – pur osservando come sotto il profilo economico “no reason exists for the law to discourage such a breach” – pone l'accento sul fatto che la teoria dell'inadempimento efficiente (procedendo in tal guisa) guarda all'inadempimento contrattuale non già come una ingiustizia nei confronti del promissario, ma come “an option available to the promisor within the system of incentives that the law makes available for the forwarding of efficiency”; Mc Camus (2003: 950), che mette in risalto come i supposti guadagni efficienti siano illusori perché nel provvedere alla loro quantificazione si omette di prendere in considerazione “the potential costs of resolving the seller's likely dispute with the first purchaser, as well as the more general point that the theory fails to accommodate the need to encourage contractual performance”.

⁷ Sul punto cfr. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen (2006b: 138).

⁸ In senso conforme cfr. Jaffey (2000: 399).

⁹ Sul finire degli anni trenta Fuller e Perdue cercarono di razionalizzare l'insieme degli strumenti rimediali, partendo dalla fondamentale presa di coscienza che il *reliance interest* costituiva una realtà rimediale implicitamente radicata nel *contract law*. Alla luce di tale intuizione, gli AA. giunsero a (ri)costruire un sistema rimediale incentrato sulle innovative – almeno dal punto di vista positivo – figure dell'*expectation*, *reliance* e *restitution interest* [cfr Fuller, Perdue (1936: 373)]. Partendo dalla necessità di prevenire l'arricchimento della parte inadempiente e prendendo in considerazione l'ipotesi in cui, al tempo dell'inadempimento, il *plaintiff* avesse conferito alcuni benefici (a sue spese) al *defendant* nell'aspettativa di ottenere un profitto dall'accordo, gli AA. rimarcarono come il risarcimento del danno fosse posto a tutela di tre tipologie di

arricchimento da fatto illecito conferendo alla vittima la possibilità di ottenere un risarcimento basato non già sulla perdita subita, ma sui profitti che la controparte abbia realizzato in virtù del comportamento illecito)¹⁰; 5) alla *specific performance* (in forza della quale un contraente è tenuto ad eseguire la prestazione se l'altra parte glielo chiede) e, infine, 6) alla *penalty rule* (per mezzo della quale la parte inadempiente deve pagare alla vittima dell'inadempimento un ammontare predeterminato e specificato nel contratto).

In questa prospettiva, adottando un'impostazione comparativa dalla marcata inclinazione omologativa con l'esperienza giuridica nostrana¹¹, vien fatto di chiedersi se l'idea di individuare sostanziali punti di contatto con il complesso mondo rimediabile del *breach of contract*, nonostante di primo acchito possa apparire uno sforzo vano, risulti tutt'altro che peregrina: del resto, occorre rimarcare come, accogliendo una prospettiva più 'elastica', sia possibile pervenire alla definizione di un sistema rimediabile che (sebbene non 'gemello') presenta preziose affinità con quella operante nella realtà giuridica a stelle e strisce¹².

Nei prossimi paragrafi, prima di procedere all'analisi in chiave di EAL, la sfida sarà quella di individuare, per un verso, le principali peculiarità funzionali delle cennate categorie rimediali e, per l'altro, le eventuali (quanto affascinanti) affinità strutturali.

2.1. La triade rimediabile classica e l'art. 1223 c.c.

La nostra (volutamente sintetica) ricognizione omologativa degli strumenti rimediali nordamericani e nostrani prende le mosse dall'analisi della cennata triade rimediabile classica.

Sebbene tali strumenti affondino le loro radici nel rigido modello divisato negli anni '40 da Fuller e Perdue¹³, si può convenire che la svolta sotto il profilo di un maggiore elasticità/dinamismo strutturale si verificò con l'avvento del *Restatement [Second] of Contracts*: non a caso, gli *expectation*, i *reliance* e i *restitutory damages* non vennero più avvertiti come rigide *overlapping parts* di uno stesso insieme, bensì come strumenti alternativi e concorrenti che, potendo sovrapporsi l'uno all'altro nella

interessi del promissario, collegati tra di loro in maniera inscindibile (appunto l'*expectation*, il *reliance* e il *restitution interest*). Ora, se fosse risarcito del profitto che avrebbe ottenuto qualora il contratto fosse stato correttamente adempiuto (*expectation damages*), il *plaintiff* vedrebbe al contempo rifuse non solo le spese sostenute in affidamento dell'adempimento della controprestazione (*reliance interest*), ma anche la prestazione fornita alla controparte (*restitutory interest*). A ben vedere, quello divisato da Fuller e Perdue si pone come un sistema concentrico, dove l'*expectation interest* comprende al suo interno il *reliance* e il *restitutory interest*. In un disegno siffatto, il *restitutory interest* potrebbe eguagliare ma non superare il *reliance interest*, così come quest'ultimo non potrebbe mai eccedere l'*expectation interest*. Si era ancora lontani dall'idea di rimedi concorrenti e alternativi che si affermeranno solo con il *Restatement [Second] of Contracts*.

¹⁰ Per una ricognizione delle peculiarità funzionali dell'istituto in oggetto v., *infra*, paragrafo 2.2.

¹¹ Sul concetto di omologazione (inteso come "opera di riduzione delle categorie di un ordinamento alle categorie di un'altra area culturale") cfr. Sacco (1992: 40 s).

¹² Certamente molte più di quante ne possa intravedere il giurista municipale restando legato alle posizioni che tradizionalmente ne contraddistinguono la formazione. Sulle problematiche individuabili nelle pieghe di tale approccio v., per tutti, cfr.. R. Sacco (1992).

¹³ Per un'analisi (volutamente sintetica) del quale v., *supra*, quanto menzionato nella nota 8.

quantificazione dei danni derivanti dall'inadempimento, sono impiegati dalle corti con non poche sfumature¹⁴.

I primi – ossia gli *expectation damages* (i cd. danni da aspettativa) – sono quelli in forza dei quali la vittima dell'inadempimento contrattuale viene risarcita in misura tale da essere collocata allo stesso livello di *welfare* (gli economisti preciserebbero: sulla stessa 'curva di indifferenza') in cui si sarebbe venuta a trovare qualora il contratto avesse avuto una tempestiva ed adeguata esecuzione. Attraverso tale rimedio contrattuale, quindi, si assegna al promissario l'equivalente monetario del vantaggio che la prestazione promessa gli avrebbe conferito¹⁵.

Con i *reliance damages*, invece, il promissario deluso ottiene un risarcimento corrispondente non solo all'ammontare delle spese sostenute dal creditore per la fiducia nella promessa della controparte, ma anche alle perdite subite per aver perso un'occasione favorevole (cd. costo opportunità)¹⁶; e ciò significa che il criterio mira a collocare la parte che ha subito la lesione dell'affidamento nella posizione in cui si sarebbe venuta a trovare qualora non avesse contrattato.

Talvolta, però, la corte potrà riconoscere e, quindi, risarcire un terzo tipo di interesse (ovvero il *restitutory interest*). Siffatto rimedio – assumendo come punto di riferimento il guadagno dell'inadempiente piuttosto che la perdita subita dal contraente debole – non si limita a garantire al promissario deluso la restituzione di quanto prestato in funzione della promessa; mira, piuttosto, alla prevenzione di un *unjust enrichment*¹⁷, spostando l'attenzione sulla parte rea di aver posto in essere l'inadempimento; in virtù di detto rimedio contrattuale, l'inadempiente verrà collocato nella stessa posizione in cui si sarebbe venuto a trovare qualora il contratto non fosse stato posto in essere¹⁸.

Ciò che, peraltro, preme evidenziare (dopo aver esaminato, anche se brevemente, i rimedi da inadempimento) è il fatto che le corti statunitensi sono messe nelle condizioni di adottare uno dei su menzionati criteri per quantificare i danni, scegliendo quello che ritengono più opportuno (alla luce delle circostanze, della convenienza e delle minori o maggiori difficoltà di calcolo) secondo uno

¹⁴ Per un'approfondita ricognizione di tali rimedi contrattuali v., orientativamente, Farnsworth (1990: 871 ss.); Calamari, Perillo (1998: 543 ss.); e, naturalmente, Fuller. Perdue (1936: 373 ss.). Sul versante della *law and economics*, cfr. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen (2006b: 129 ss.), nonché cfr. Cooter, Ullen (2011: 287 ss.). Per una critica della terminologia e del principio fondamentale affermato da Fuller e Perdue, cfr. Friedmann (1995: 628).

¹⁵ Per una ricognizione critica sul ruolo degli *expectation damages* e sulla conformità di tali strumenti rimediali ai principi di *corrective justice* si rinvia a Weinrib (2003: 62 ss.).

¹⁶ Un'analisi del ruolo giocato dal costo opportunità nei *contractual remedies* in Pardolesi (2001: 1658 ss.); nonché Pardolesi (2004: 3009 ss.).

¹⁷ Sul rapporto intercorrente tra *restitution* e *unjust enrichment* – nonché sulle problematiche individuabili nelle sfumature di tale rapporto – cfr., orientativamente, Goff, Jones (2002: 13 ss.); Giglio (2003: 455); McInnes (2002: 63), nonché (1999: 118); Birks (2001: 1767 ss.); Gernen (2001: 1927); Friedmann (2001: 1879); Smith (2001: 2115); Dagan (2001: 1795); Grosskopf (2001: 1981); Grantham, Rickett (2000: 273); Burrows (2000: 257); Wonnell (1996: 153). Johnoston, Zimmermann (2002: 1 ss.).

¹⁸ Sul punto cfr. Farnsworth (1990: 814), che rileva come la parte inadempiente “is required to disgorge what he has received in money or services by, for example, returning the benefit to the injured who conferred it on him”. In senso conforme cfr. anche Calamari, Perillo (1998: 543 ss.), secondo cui il *restitution interest* altro non rappresenta che i benefici conferiti alla controparte.

schema che vede collocato il *reliance interest* in posizione intermedia rispetto all'*expectation* e al *restitutory interest*¹⁹.

Sulla scorta di considerazioni di tal fatta (nonché volgendo lo sguardo alla realtà giuridica nostrana) non appare possibile prospettare nel nostro ordinamento un 'paracadute rimediale' in grado di consentire alle corti di muoversi con maggiore destrezza e libertà al fine di determinare lo strumento più opportuno in relazione alle peculiarità della singola controversia esaminata. Non a caso, l'unico punto di contatto con l'esperienza giuridica di *common law* sembrerebbe essere fornito dall'art. 1223 c.c., che, in linea di massima, conferisce al promissario deluso uno strumento paragonabile agli *expectation damages* (ovvero a quello strumento rimediale in forza del quale la vittima dell'inadempimento contrattuale viene risarcita in misura tale da essere collocata allo stesso livello di 'benessere' in cui si sarebbe trovata se il contratto avesse avuto tempestiva esecuzione). Del resto, il legislatore del 1942, nell'affrontare la problematica legata alla quantificazione del danno da inadempimento contrattuale, aveva individuato due voci chiave: la perdita subita (ossia il cd. danno emergente) e il mancato guadagno (ovvero il cd. lucro cessante)²⁰. Dati questi elementi, l'interesse contrattuale positivo (ossia l'interesse relativo alla prestazione contrattuale di cui si è acquisito il diritto in virtù del contratto validamente concluso) si risolve nei vantaggi che sarebbero stati ottenuti e nei danni che sarebbero stati evitati se il contratto fosse stato regolarmente eseguito. Per questa via, l'affinità con gli *expectation damages* operanti nei sistemi di *common law* è lampante: in entrambi i casi, si tratta di assicurare al promissario l'equivalente monetario del vantaggio che tale prestazione gli avrebbe conferito.

Ciò nonostante, come rimarcato in alcuni precedenti lavori²¹, adottando la prospettiva più dinamica (articolata sulla pragmaticità del *law in action*)²², appare possibile prospettare strade 'alternative' a quelle che sogliono segnare il raffronto tra le due esperienze giuridiche. Non sorprende allora che, seguendo tale traiettoria concettuale, ci si interroghi sulla reale possibilità di reperire nelle pieghe dell'art. 1223 c.c. (ma soprattutto sul piano pratico della quantificazione del danno da inadempimento contrattuale) indici, normalmente trascurati, di epifanie giuridiche suscettibili di essere ricondotte al paradigma dei *reliance e restitutory damages*²³. In questa ottica, l'idea da verificare è se l'art. 1223 c.c. non possa essere inquadrato come una 'sineddoche', enunciante la parte per il tutto. Mi spiego: l'articolo in oggetto, nel delineare gli strumenti per la quantificazione del risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale, testimonierebbe la volontà del legislatore di

¹⁹ In tal senso cfr. Farnsworth (1990: 817); Calamari, Perillo (1998: 545), osservano come "our legal system starts from the premise that the expectation interest of contracting parties is the primary interest deserving protection. In order to protect it to the fullest - that is, in order to put the aggrieved party in the same economic position the party would have attained upon full performance of the contract - the restitution and reliance interests need to be protected as well". Una posizione contrastante viene sostenuta da Mather (1982: 21 ss.); l'A., pur rilevando come l'orientamento dottrinario dominante sia propenso a ritenere che i *restitution damages* siano meno efficienti degli *expectation damages*, precisa che tale affermazione vale per il solo caso in cui vengano ignorati i costi di transazione. Qualora siffatti costi transattivi fossero presi in esame, gli *expectation damages* potrebbero rivelarsi non più efficienti del rimedio della *restitution*. Per un'incisiva analisi dell'efficienza individuabile nelle pieghe della triade rimediale classica cfr. Polinsky (1992: 35 ss.).

²⁰ Per un'analisi delle problematiche legate alla quantificazione del danno da inadempimento contrattuale cfr. Pardolesi (2001: 1658 ss.). Più di recente, Gallo (2004: 487) e Pardolesi (2004: 3009 ss.).

²¹ Sul punto si rinvia a Pardolesi (2005a: 138 ss.); nonché, (2003: 748 ss.). Più di recente cfr. Pardolesi (2009: 117 ss.).

²² Cfr. R. Sacco (1992: 11 ss.).

²³ In senso conforme cfr. Pardolesi (2009: 117 ss.).

concentrare l'attenzione sullo strumento risarcitorio che (facendo riferimento al lucro cessante e al danno emergente) sia in grado di offrire alla vittima dell'inadempimento le maggiori garanzie economiche (ovvero i danni da aspettativa), lasciando, però, ai giudici (sul piano pratico) una sostanziale libertà e discrezionalità nel provvedere alla quantificazione del danno stesso. In altre parole: il fatto che il legislatore preveda, nell'art. 1223 c.c., un risarcimento corrispondente ai danni da aspettativa non significa che le altre misure di ristoro (comunque contenute all'interno degli *expectation damages*) non abbiano modo di ricorrere nel nostro ordinamento. Non a caso, se fosse possibile prendere coscienza dei criteri di valutazione del danno adottati in sede giudiziale (cioè, qualora fosse possibile effettivamente passare in rassegna ed individuare, in concreto, le regole operazionali adottate dai giudici in sede di quantificazione del danno), c'è da credere che non si stenterebbe a trovare traccia di misure di risarcimento più contenute dei danni da aspettativa²⁴: l'impossibilità pratica di quantificare, in determinate circostanze, la perdita o il mancato guadagno costringerà l'organo giudicante a ricalcare (inconsapevolmente) i tratti dei *reliance* o dei *restitutory damages*²⁵.

Quella che a prima vista poteva apparire un'eresia (ovvero ipotizzare la presenza nella nostra esperienza giuridica di strumenti rimediali sconosciuti quali i danni da affidamento o restitutori) si trasforma nella presa di coscienza che – a differenza di quanto accade nei sistemi di *common law*, dove tutti gli strumenti rimediali hanno, per così dire, un nome ed un cognome (*expectation*, *reliance* e *restitutory damages*) – nel nostro ordinamento le stesse tecniche, pur 'trascurate' dai formanti dottrinale e legislativo, sono più che operative sul piano giudiziale²⁶.

2.2. I disgorgement damages e la cd. retroversione degli utili (nell'ambito del danno da svalutazione monetaria ex art. 1224 c.c.)

Il quadro rimediale testé illustrato (ossia quello articolato intorno alla cd. triade rimediale classica e alla interpretazione estensiva dell'art. 1223 c.c.), tuttavia, incontrando una rilevante lacuna allorché si trovi a fronteggiare le 'complesse' ipotesi del cd. arricchimento derivante da fatto illecito (per intenderci: quelle in cui a rilevare non sia tanto il danno sofferto dal titolare del diritto, quanto il vantaggio economico conseguito da chi, attraverso una condotta *contra legem*, abbia realizzato un risultato di gran lunga più vantaggioso – in termini di profitto – di quanto non sia il

²⁴ A tale proposito Pardolesi (2009: 123) rimarca come: “[i]n sostanza il giudice, nel migliore interesse del destinatario della promessa inadempita, ricorrerà, pur senza dichiararlo, al criterio dell'interesse negativo ogni volta che sia provvido porvi mano. Se le spese sostenute sono più ingenti di un mancato guadagno inapprezzabile, il giudice ragionerà in termini di *reliance damages*; e altrettanto farà nel caso di restituzioni nell'ambito della risoluzione per inadempimento”.

²⁵ Al fine di approfondire le peculiarità sottese al 'convincimento' in commento si rinvia a Pardolesi (2015a: 93 ss.).

²⁶ Di là dalla lettura 'alternativa' dell'art. 1223 c.c., appare appena il caso di menzionare la possibilità di prospettare un'altra via attraverso cui individuare una sostanziale affinità della struttura rimediale nostrana con quella operante nella realtà giuridica nordamericana. Mi riferisco, in particolare, all'analisi concernente gli istituti che governano (nell'esperienza giuridica italiana) la 'crisi del contratto': 1) il risarcimento del danno da inadempimento; 2) il risarcimento del danno ex art. 1338 c.c. (ovvero nell'ipotesi in cui una delle due parti, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità, non ne ha dato notizia alla controparte, determinando la lesione del suo affidamento); e, infine, 3) gli effetti (restitutori) della nullità. Per un approfondimento di tale 'percorso' si rinvia a Pardolesi (2005: 146 ss.).

detrimento patito dalla vittima dell'illecito)²⁷, ha spronato i formanti dottrinale e giurisprudenziale nordamericani (ma, come vedremo *infra*, anche quelli nostrani) a riconoscere l'applicabilità di uno strumento innovativo (perlomeno nell'ambito del *breach of contract*) in forza del quale alla vittima dell'inadempimento possa essere riconosciuta la facoltà di agire per ottenere un risarcimento basato non già sulla perdita subita ma sui profitti realizzati dalla parte inadempiente²⁸: i cd. *disgorgement damages*²⁹. Cerchiamo, per quanto possibile, di fare chiarezza sul punto. A tal fine prendiamo le mosse dalla considerazione che le difficoltà in commento sono venute accentuandosi per via del successo arriso alla teoria dell' "inadempimento efficiente" (uno fra gli apporti più significativi dell'analisi economica del diritto) articolata sul celebre monito di Oliver Wendell Holmes, a tenore del quale il dovere di rispettare il contratto significa pagare i danni se non lo si fa, e nulla più³⁰. In altre parole, partendo dal presupposto per cui ogni bene dovrebbe approdare idealmente al soggetto che gli attribuisce il valore più elevato, la teoria in parola rileva che l'inadempimento della prestazione promessa può assicurare un risultato economicamente efficiente allorché il vantaggio conseguito dalla

²⁷ Sul concetto di arricchimento da fatto illecito cfr. Pardolesi (2013: 11); nonché, (2012: 129 ss.); Trimarchi (2010: 104 ss.); Pardolesi (2006: 523); nonché (2003: 713 ss.); Trimarchi (1994: 1147).

²⁸ Negli ambienti dottrinali di *common law*, la necessità di replicare a tali esigenze ha dato il là ad una ridda di *escamotage* finalizzati a riconoscere l'applicabilità dello strumento *quasi-punitive* dei *disgorgement damages* come rimedio da inadempimento contrattuale (per una prima analisi dei percorsi teorici di applicazione dei *disgorgement damages* cfr. Pardolesi (2005: 114 ss.). In questo quadro la palma dell'attenzione (quantomeno per il riscontro conseguito) spetta a due affascinanti percorsi teorici: 1) il primo, articolato intorno alla forzatura del concetto di *restitution* [elaborato da Kull (2001: 2021)]; 2) il secondo, incentrato sull'interpretazione estensiva della *section 344* del *Restatement [Second] of Contracts* [formulato da Eisenberg (2006: 560 ss.)]. In particolare, mette conto osservare come le preziose osservazioni di Eisenberg (ma, soprattutto, l'interrogativo sollevato da Kull circa la possibilità che i *disgorgement damages* possano costituire un valido strumento per fronteggiare le ipotesi di inadempimento contrattuale) sembrerebbero aver trovato una decisa conferma nel *Restatement [Third] of Restitution and Unjust Enrichment* recentemente elaborata dall'ALI [*Restatement (Third) of Restitution and Unjust Unrichment*, American Law Institute, St. Paul MN, 2011]. Più nello specifico, nell'ambito di questo lavoro ricognitivo (condotto proprio da Kull e dal *Restitution Working Group* con l'obiettivo di sostituire l'originale *Restatement of Restitution* del 1937), assoluto rilievo merita la *section 39*, che espressamente prevede la concessione del rimedio dei *disgorgement damages* per fronteggiare le ipotesi in cui si verifichi un "profit derived from opportunistic breach". In altre parole, la *section* in parola – "although not without precedent" – cristallizza un *bold remedy*, da attuare in determinati casi di inadempimento contrattuale, fissando un presupposto cruciale – il *disgorgement* opera al cospetto di un inadempimento consapevole e volontario, e perciò connotato da opportunismo ("deliberate and profitable breach where the promisee's entitlement is inadequately protected by a damage remedy") – e suggerendo un *practical test* per la definizione dell'*inadequacy of damages* [Roberts (2008a: 1ss)].

Per una attenta ricognizione dei casi giurisprudenziali in cui i *disgorgement damages* dovrebbero trovare applicazione nel *contract law* al fine di fornire un efficiente incentivo all'adempimento contrattuale (oltre che di prevenire la realizzazione di un *unjust enrichment*) si rinvia a Eisenberg (2006: 580 ss.).

²⁹ Per un'analisi approfondita dell'istituto in oggetto cfr. , orientativamente, Thel, Siegelman (2011: 1181); Engler, Heyman (2001: 3 ss.); Roberts (2009: 991); nonché (2008a: 113); ID. (2008b: 945); Eisenberg (2006: 559); Brooks (2006: 568); Siems (2004: 27); Weinrib (2003: 55); Mc Camus (2003: 943); Whitty (2002: 678 ss.); Kull (2001: 2021ss.); Jaffey (2000: 363 ss.); Smith (1995: 121); Barkholz (1991: 540 ss.); Farnsworth (1985: 1339).

Nella letteratura italiana cfr. Pardolesi (2015b: 139); ID. (2012: 53 ss.); nonché (2011: 15); ID. (2006: 1); ID. (2005: 15 ss.); nonché (2003: 717).

³⁰ Holmes (1897: 457). Per una prima ricostruzione dell'*economic theory of efficient breach* cfr. la classica esposizione di Posner (1992: 117 ss.). Le variazioni (critiche) sul tema si sprecano: per un primo inventario, cfr. MacNeil (1982: 947); O'Dair (1993: 113); Cender (1995: 697 ss.); Cooter, Ulen (2011: 238); C. S. Warkol (1998: 321); Craswell (1988: 629); Mc Camus (2003: 950 ss.); Weinrib (2003: 70 ss.); Siems (2004: 51 ss.).

reluctant party risulti maggiore della perdita sofferta dalla controparte³¹. Nella sostanza, si potrebbe affermare che le condizioni imposte dall'efficienza consistono nel far sì che il risarcimento assicuri la "completa internalizzazione" dei costi proiettati all'esterno dall'inadempimento: quanto dire che una persona razionale – qualora i costi vengano riportati alla sfera da cui promanano e non vi siano ostacoli all'attuazione di determinati comportamenti – recherà pregiudizio alla controparte solo nel caso in cui il beneficio che ne ricava sia "abbastanza ampio da consentirle di pagare un adeguato risarcimento e tenere qualcosa per sé"³². Verificandosi tali circostanze, si arriva alla 'paradossale' conclusione in cui si sostanzia la teoria dell'inadempimento efficiente: essa non solo avalla, ma nei fatti incoraggia l'inadempimento contrattuale al fine di garantire una migliore ri-allocazione delle risorse³³. Sotto il profilo economico, pertanto, la problematica relativa al coordinamento tra restituzione e risarcimento sembrerebbe potersi risolvere nell'individuazione delle regole che assicurano un'adeguata internalizzazione dei costi ovvero nella possibilità che tali regole (o criteri, che dir si voglia) collochino i contraenti in una posizione di assoluta indifferenza tra adempimento e inadempimento.

Il grande fascino sotteso a tale approccio si misura con obiezioni nient'affatto marginali. Non è punto scontato che il risarcimento dei danni valga ad assicurare la benigna neutralità del promissario deluso; è vero, anzi, il contrario, perché la prassi della rilevazione oggettiva del pregiudizio finisce col sottostimarla già per il fatto di ignorare sistematicamente i valori idiosincratici³⁴. Nemmeno si può accedere a cuor leggero all'idea che il promittente abbia contezza dell'entità del vantaggio che controparte si aspetta dalla corretta esecuzione dell'impegno contrattuale (tanto più che la scelta consapevole di non adempiere rischia di declinarsi in chiave di dolo, facendo venir meno il limite della prevedibilità)³⁵. Di là dai rilievi tecnici, s'intravede comunque una più generale linea di resistenza, alimentata dal disagio nei confronti di quello che, per ogni altro verso, si presenta come premio paradossale ad un comportamento riprovevole. Gli interrogativi si moltiplicano: come assicurare la certezza e la stabilità degli scambi economici? come impedire il propagarsi di *bad*

³¹ "[I]f non performance of the agreement would result in a gain by the reluctant party at the expense of a loss by the other party, the result of nonperformance is economically efficient only if the value of the gain to the reluctant party is greater than the value of the loss to the other party": così, Farnsworth (1990: 817 s.).

³² Cfr Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen (2006b: 136 ss.).

³³ Goff, Jones (2002: 517): "economic resources should be moved to their most efficient use. The innocent party is adequately protected by his action for damages for loss suffered, which makes him whole. For that reason a party should not be deterred from breaching when it is efficient to do so". In questa prospettiva, Farnsworth (1990: 817), osserva come "if this is so, nonperformance and the consequent reallocation of resources is socially desirable, and economic theory not only sanctions but encourages breach". In senso conforme cfr., anche, Gallo (1997: 54 ss.). Per l'analisi di posizioni fortemente critiche verso un approccio di tal fatta si rinvia a Weinrib (2003: 73 s.), che – pur rimarcando come sotto il profilo economico "no reason exists for the law to discourage such a breach" – pone l'accento sul fatto che la teoria dell'inadempimento efficiente (procedendo in tal guisa) guarda all'inadempimento contrattuale non già come una ingiustizia nei confronti del promissario, ma come "an option available to the promisor within the system of incentives that the law makes available for the forwarding of efficiency"; Mc Camus (2003: 950) che rileva come i supposti guadagni efficienti siano illusori perché nel provvedere alla loro quantificazione si omette di prendere in considerazione "the potential costs of resolving the seller's likely dispute with the first purchaser, as well as the more general point that the theory fails to accommodate the need to encourage contractual performance".

³⁴ *Amplius*, sul punto, Eisenberg (2005: 975).

³⁵ Per la prima formulazione di questo argomento critico cfr. Rudden, Juillard (1986: 1015).

behaviours? in quale maniera disincentivare la tendenza, tra ‘contraenti razionali’, a non adempiere in forza di un più allettante vantaggio? si può sacrificare la buona fede e la fiducia nell’adempimento dell’*injured party* in omaggio al fine ultimo del perseguimento dell’efficienza economica?

Ecco, allora, che – riconoscendo diritto di cittadinanza ai *disgorgement damages* nella ridda degli strumenti rimediali da inadempimento contrattuale – si accorda alla vittima uno strumento in grado di ‘colpire’ l’autore dell’illecito in quello che potrebbe rivelarsi il suo tallone d’Achille, poiché l’espone al rischio di dover riversare il guadagno derivante dalla sua attività. Per questa via, tale istituto rimediale – imponendosi come ‘*legal response*’ alle cennate ipotesi di arricchimento derivante da fatto illecito – tradisce una natura ‘*quasi-punitiva*’, a forte valenza sanzionatoria, desumibile dal fatto che la sua commisurazione costituisce un elemento del *punishment* (ossia dello strumento che, rispondendo alla finalità di colpire la violazione di un obbligo, viene quantificato in modo tale da coprire – e talora anche eccedere – l’ammontare di qualsiasi beneficio ricevuto dal *wrongdoer*)³⁶.

Alla luce di un quadro di tal fatta, non resta che domandarsi se non sia possibile compiere un ulteriore sforzo (in chiave omologativa) con la nostra esperienza giuridica. In particolare, occorre verificare se nel nostro sistema giuridico sia possibile individuare una disciplina che (in qualche maniera) ripercorra e riproduca i tratti salienti dei *disgorgement damages*. A tal fine – muovendo dal presupposto che l’affermazione di uno strumento rimediale in grado di ricalcare i profili funzionali della categoria rimediale in oggetto ha visto inizialmente la luce in un settore (quello del diritto industriale) da sempre volto alla ricerca e allo sviluppo di soluzioni giuridiche innovative (mi riferisco alla cd. ‘retroversione degli utili’ ex 125 C.P.I.)³⁷ – è bene analizzare una recente decisione presa dalla Corte di Cassazione (nella sua articolazione più autorevole, le sezioni unite) nelle pieghe della quale – sebbene fosse stata chiamata a pronunciarsi non già sulla misura del ristoro, quanto sull’onere probatorio da integrare per farne richiesta – razionalizza in maniera radicale i criteri inerenti la determinazione del maggior danno da svalutazione monetaria ex art. 1224, 2° comma, c.c.³⁸. Sovvertendo due celebri pronunce del passato³⁹, le sezioni unite scelgono di riscrivere l’intera disciplina dell’inadempimento dei crediti di valuta facendo implodere il regime che – con non poche difficoltà⁴⁰ – aveva tenuto banco per un quarto di secolo.

Più nello specifico, prendendo le mosse dalla constatazione che gli orientamenti operazionali sviluppatasi a seguito delle due risalenti pronunce risultano disallineati rispetto all’intendimento

³⁶ “[D]amages awards that give the victim more than he lost or is expected to lose and that take into consideration the seriousness of the wrongful act are likely not purely compensatory but instead influenced by punitive purposes”: Bher (2003: 109 ss.). L’espressione ‘*quasi punitive*’ viene utilizzata anche nel paragrafo 7.18 della *Law Commission* (1993).

³⁷ Per una recente ricognizione sull’evoluzione della figura rimediale della retroversione degli utili cfr., orientativamente, Pardolesi (2005: 153 ss.); Id. (2013: 129 ss.); Floridia (2012: 5); Vanzetti (2006: 323).

³⁸ Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.*, 2008, I, 2786 [con nota di Pardolesi (2008: 2786)].

³⁹ Mi riferisco a Cass., sez. un., 4 luglio 1979, n. 3776, in *Foro it.*, 1979, I, 1668 [con nota di Pardolesi (1979: 1668)] e a Cass., sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368, in *Foro it.*, 1986, I, 1265 [Pardolesi (1986: 1265)] con cui il Supremo collegio italiano – cercando, per un verso, di porre fine ad un acceso scontro dialettico e, per l’altro, di riassorbire l’evidente imbarazzo della giurisprudenza di merito rispetto ad un orientamento che, improntato al rigore probatorio a carico del creditore deluso, finiva con il togliere dal giro il danno da svalutazione – aveva dettato le condizioni di esercizio del “maggior danno” di cui al 2° comma dell’art. 1224 c.c., per il caso di svilimento del potere di acquisto della moneta.

⁴⁰ Per un’incisiva analisi delle quali si rinvia, ancora una volta, a Pardolesi (2008: 2789 s.).

originario⁴¹, le sezioni unite aggiornano il quadro dei dati finanziari rilevanti. È vero, infatti, che, a partire dal raddoppio del tasso legale, nel 1990, e dalla successiva introduzione di una metodica di fissazione imperniata sulla flessibilità, a partire dal 1° gennaio 1997, il suo livello è sempre stato superiore al tasso ufficiale di aumento dei prezzi al consumo (con l'eccezione del 2000 e quella che va a prefigurarsi per l'anno in corso). Ma è altrettanto evidente che il rendimento lordo delle più comuni forme d'investimento – esemplificate dal rendimento medio lordo dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi – è risultato costantemente più elevato del tasso legale (con l'isolata eccezione del 1994). Ecco, allora, prospettarsi il concreto pericolo che, per il debitore, continui a risultare proficua la scelta di differire per quanto possibile l'adempimento⁴². Contro questo incentivo perverso le Sezioni unite riscoprono il valore deterrente della responsabilità contrattuale: al creditore insoddisfatto va riconosciuto un maggior importo corrispondente quanto meno all'utile economico minimo che il debitore ha tratto o avrebbe potuto trarre dalla conservazione, medio tempore, del denaro che doveva dare e che non ha dato. Utile minimo che, sulla base del testo novellato dell'art. 1284 c.c., viene per l'appunto rapportato al rendimento annuo netto (dedotta l'imposta) dei titoli di Stato (parametro che il ministro del tesoro deve utilizzare, tenendo altresì conto del tasso inflazionistico, per determinare il tasso legale). Sempre che – precisa la motivazione senza che la specificazione rimbalzi nel dispositivo – il tasso d'inflazione non risulti superiore, come avvenuto nel solo 1994, caso in cui si dovrà aver riguardo a quest'ultimo parametro. In breve – superando la tradizionale impostazione in forza della quale il risarcimento da inadempimento contrattuale mira a porre il promissario deluso nella stessa curva d'indifferenza in cui si sarebbe collocato se l'impegno fosse stato puntualmente rispettato –, le sezioni unite invitano, invece, con la mediazione tardiva del richiamo alla valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., ad assumere come termine di riferimento del ristoro dovuto l'utile che l'autore dell'illecito ha ritratto (o avrebbe, secondo normalità minimale, dovuto ritrarre) dalla sua scelta di dilazionare l'adempimento e trattenere per sé la somma dovuta.

L'impatto di una decisione di tal fatta è di tutta evidenza: i *disgorgement damages* (o, più precisamente, lo strumento rimediabile della 'retroversione degli utili') in materia contrattuale non sono più un miraggio; anzi, per questa via, l'idea, che l'arco dei rimedi disponibili in materia possa estendersi, sulla scorta delle suggestioni provenienti dall'esperienza di *common law*, sino a ricomprendere la retroversione del profitto illecito viene avallata senza esitazioni dal supremo organo giudiziario italiano.

⁴¹ “Quello che chiede all'imprenditore di allegare il verosimile impiego del denaro, perché ricade nel vizio primigenio di dar luogo ad una prova difficilmente sostenibile. Quello che fa leva esclusiva sull'appartenenza alle categorie creditorie, perché dimentica le prescrizioni specifiche dettate per il caso dell'imprenditore. E quello che, indipendentemente dalla riconducibilità del creditore all'una o all'altra categoria ideal-tipica, riconosce comunque il danno da svalutazione eccedente la soglia dell'interesse legale (salva prova specifica di un pregiudizio più consistente), perché decisamente lontano dall'impianto concettuale divisato, a suo tempo dalle sezioni unite. Sennonché, quest'ultima soluzione – proprio perché difficilmente riconducibile all'apparato tassonomico utilizzato come scorciatoia per un'altrimenti inattuabile personalizzazione del credito – si rivela, agli occhi del collegio giudicante, meno inappagante”: Pardolesi (2008: 2789).

⁴² Sul punto cfr. Pardolesi (1979: 2624 ss.).

2.3. La *specific performance* e l'esecuzione in forma specifica

Accanto alle quattro categorie rimediali testé esaminate, esiste un ulteriore rimedio alternativo (che affonda le sue radici nell'*equity* e viene concesso a discrezione della corte)⁴³ rappresentato dalla cd. *specific performance*. A ben vedere, in presenza di alcune specifiche circostanze di fatto, il mancato rispetto di un impegno assunto –non rappresentando una sicura fonte del risarcimento di una somma di denaro– potrebbe spingere il promissario a chiedere/ottenere dal giudice una sentenza che disponga alla parte inadempiente di eseguire la prestazione dedotta nel contratto.

In questa prospettiva, però, “il passo più arduo che l'attore deve compiere al fine di ottenere l'esecuzione specifica è la dimostrazione che un risarcimento pecuniario è insufficiente a compensarlo per la perdita dell'adempimento”⁴⁴. Non a caso, di là dalla visione tradizionale (secondo cui tale rimedio dovrebbe trovare applicazione nell'ipotesi in cui un venditore inadempiente abbia promesso la cessione di un bene unico)⁴⁵, l'organo giudicante dovrà “accertare che l'attore non possa ottenere una giustizia piena ed adeguata con un giudizio che gli riconosca i danni monetari subiti a seguito dell'inadempimento”⁴⁶. Sicché il rimedio sarà inadeguato solo nell'ipotesi in cui l'unicità dell'oggetto del contratto non consenta di tradurlo in termini quantitativi⁴⁷ oppure in quella in cui la soluzione del risarcimento dei danni risulti impraticabile a causa della impossibilità di arrivare ad una misura legale di danni⁴⁸.

Sulla scorta di tali considerazioni, mette conto evidenziare come l'obiettivo della *specific performance* sia di raggiungere “la completa, esatta e ragionevole realizzazione delle aspettative giustificabili del promissario: tutto questo si attuerà attraverso un ordine che imponga al promittente la specifica esecuzione della prestazione promessa con l'accordo. Se sarà possibile raggiungere lo scopo per cui il contratto è stato stipulato diversamente che con la prestazione personale del promittente, la Corte non esiterà ad utilizzare un metodo alternativo. Se il dovere che deve essere adempiuto appartiene all'insieme degli obblighi di astensione, l'ordine assumerà la forma di ingiunzione; se, invece, la prestazione comporta un'azione positiva, rivestirà la forma di un ordine di esecuzione specifica”⁴⁹.

Volgendo lo sguardo all'esperienza giuridica nostrana, l'opera di omologazione con l'esecuzione in forma specifica (almeno per quel che riguarda il piano funzionale) risulta notevolmente più semplice rispetto a quella concernente le quattro categorie rimediali testé esaminate. Ciò nondimeno,

⁴³ In tal senso cfr. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 148).

⁴⁴ Bitetto (2013, 55).

⁴⁵ Mahoney (1999: 125). A tale proposito Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 148), pongono l'accento sull'imprescindibile ruolo ricoperto “dalla sostituibilità dei beni oggetto della prestazione. In linea di principio, se il contratto riguarda terreni, case, opere d'arte e in genere beni per i quali non esistano sostituti perfetti, il creditore sarà interessato a domandare l'adempimento. Al contrario, la possibilità di procurarsi altrove beni dello stesso genere indurrà il promissario a evitare le difficoltà dell'esecuzione forzata e a richiedere il risarcimento per equivalente”.

⁴⁶ Bitetto (2013 55 s.). Per la giurisprudenza v., da ultimo, *Lucente v. International, Business Machine Corp.*, 117 F. Supp. 2 ed. 336 (S.D.N.Y 2000); *Kessker v. Tortoise Development Inc.*, 134 Idaho 264, 1 P.3d. 292 (2000).

⁴⁷ In senso conforme v. *Sheet Metal Workers' Intern Ass'n Local 19 v. Herre Bros. Inc.*, 201 F.3d 231 (3d Cir. 1999); *Whalehead Properties v. Coastland Corp.*, 299 N. C. 270, 261 S. E. 2d 899 (1980).

⁴⁸ *Allegheny Energy Inc v. DQE Inc*, 171 F3d 153 (3d Cir. 1999); *St. Regis Paper Co. v. Santa Clara Lumber Co.*, 173 N. Y. 149, 65 N.E. 976 (1903).

⁴⁹ Bitetto (2013: 57 s.).

occorre rimarcare come nell'ambito di tale categoria rimediale sia riscontrabile un'affascinante (quanto complessa) dicotomia concettuale in relazione al rapporto intercorrente in materia di inadempimento contrattuale tra l'esecuzione in forma specifica (ex art. 2930 c.c.) e la reintegrazione in forma specifica (di cui all'art. 2058 c.c.)⁵⁰. In particolare, l'orientamento dottrinale maggioritario – prendendo le mosse dall'idea che la reintegrazione in forma specifica si riduce pur sempre ad un risarcimento del danno (la cui commisurazione, essendo rapportata alle somme necessarie per eliminare gli effetti della lesione e ripristinare la situazione preesistente, viene quantificata in misura differente dal risarcimento per equivalente) – rileva come nelle ipotesi in cui “al fine di reintegrare la sfera del soggetto leso non vi sia necessità di aggredire la sfera possessoria dell'obbligato, il soggetto che agisce in giudizio non potrà chiedere la condanna ad un *facere* specifico diretto ad eliminare le conseguenze di quell'adempimento (da eseguirsi, in caso di mancata ottemperanza, nelle forme dell'esecuzione forzata in forma specifica) ma potrà – in alternativa al risarcimento per equivalente – chiedere la reintegrazione in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c., ossia la condanna al pagamento di una somma di denaro commisurata al costo necessario per eliminare le conseguenze di quell'inadempimento”⁵¹. Ora, di là dalla consapevolezza della posizione contraria di quella parte della dottrina che inquadra la reintegrazione in forma specifica come rimedio generale a carattere restitutorio al cui interno andrebbe ricondotta anche l'esecuzione forzata in forma specifica, l'unica certezza in questo “braccio di ferro concettuale (...) fonte di ogni emicrania del privatista da quel dì” parrebbe attestarsi sulla ‘semplice’ considerazione che “[n]essuno, comunque, riuscirà a dimostrare che i giudici non vi fanno ricorso al fine di liquidare il risarcimento, anche superiore all'interesse contrattuale positivo, quante volte venga richiesto a titolo di spese sostenute dalla vittima per rimediare al pregiudizio. Sicché l'unico limite sembra essere rappresentato, ex 2058 c.c., dalla sua eccessiva onerosità per il debitore”⁵².

2.4. Le *liquidated damages clauses* e la clausola penale

Al fine di concludere questa (volutamente sintetica) ricognizione a carattere comparativo volta ad individuare i punti di contiguità tra la realtà rimediale nordamericana e nostrana, appare giocoforza porre l'accento sull'analisi degli strumenti rimali delle *liquidated damages clause* e della clausola penale.

Le *liquidated damages clauses* rappresentano un'area alternativa (rispetto al risarcimento dei danni e all'esecuzione in forma specifica) caratterizzata dal fatto che le parti stabiliscono

⁵⁰ Sul risarcimento del danno in forma specifica e sulle problematiche ad esso sottese si rinvia, orientativamente, a Di Majo (1993: 228 ss.); Mandrioli (1991: 551 s.); Ebene Cobelli (1991: 485 ss.); Ceccherini (1989: 10 ss.); ID. (1990: 240 ss.); nonché (1991: 784 ss.); Nivarra (1989: 510 ss.); Salvi (1989a: 1092 ss.); ID. (1989b, I, 575 ss.); Castronovo (1989: 481 ss.); Barcellona (1989: 615 ss.); Libertini (1987: 85 ss.); Mocchiola (1984: 367 ss.); Proto Pisani (1983: 127 ss.); Bianca (1979: 268 ss.); Sforza (1978: 614 ss.); Bellelli (1977: 1293 ss.); Borré (1966: 125); Scognamiglio (1957: 201 ss.).

⁵¹ Fabiani (1999: 2645).

⁵² Pardolesi (2009: 124). A tale proposito Fabiani (1999: 2636), rileva come “[l]a giurisprudenza, pur aderendo in linea di principio alla posizione prevalente in dottrina, tende poi ad utilizzare tale rimedio per i fini più svariati (si pensi, in particolare, all'utilizzo diretto a consentire l'emanazione di una condanna a contenuto inibitorio o all'utilizzazione diretta a consentire una tutela dei diritti reali là dove le azioni tipiche, per diversi motivi, non possono operare)”.

preventivamente qual è il limite dell'esposizione risarcitoria⁵³. In via di principio, infatti, il diritto dei contratti negli Stati Uniti – privilegiando, di primo acchito, la tutela delle aspettative del promissario (generate dalla stipulazione del contratto) e, in seconda battuta, l'esecuzione in forma specifica della prestazione contrattuale da parte del promittente (qualora il risarcimento risulti di difficile monetizzazione) – attribuisce alla categoria rimediale in commento un ruolo del tutto subordinato e marginale: “[q]uando a seguito dell'inadempimento di una parte il rimedio del risarcimento dei danni risulta inadeguato e l'esecuzione specifica rappresenta l'unica alternativa equa, una clausola contrattuale di liquidazione anticipata e forfetaria dei danni da inadempimento non potrà operare come sbarramento all'esecuzione specifica di quanto promesso attraverso un ordine positivo o un'ingiunzione di astensione che si dimostrino appropriate”⁵⁴. Ciò nonostante, la legge consente alle parti di specificare nel contratto una somma di denaro che il promittente è tenuto a versare in caso di inadempimento: la somma può essere inferiore, ma non può superare, una misura ragionevole stimata *ex ante* dei danni da aspettativa del promissario⁵⁵.

Per questa via, posto che la *liquidated damages rule* proibisce le determinazioni di penali per il risarcimento o il mancato adempimento⁵⁶, sono due gli elementi imprescindibili al fine di stabilire se

⁵³ “Questo rimedio differisce dagli altri per il fatto che esso è conformato dalle stesse parti prima che si verifichi l'inadempimento o che si prospetti una tale eventualità. Se la loro unica preoccupazione concerne l'allocatione dei rischi, (...) esse sceglieranno un pagamento, a titolo risarcitorio, che allochi il rischio in conformità alla loro relativa avversione rispetto al rischio stesso. In linea di principio, quindi, la forfetizzazione anticipata dei danni allocherebbe il rischio contrattuale sempre in maniera ottimale perché la clausola penale equivarrebbe al pagamento ottimale dei danni”: Polinsky (1992: 83 ss). Nondimeno, la stessa autorevole dottrina, muovendo dalla considerazione che una clausola penale possa allocare i rischi contrattuali tra le parti in conformità alla loro relativa avversione al rischio, rimarca come una clausola penale risulti “equivalente al rimedio dei danni da aspettativa quando il compratore nutre avversione al rischio e il venditore è ad esso neutrale; ed è preferibile al rimedio dei danni da aspettativa quando è vero il caso opposto, vale a dire quando entrambe le parti provano avversione nei confronti del rischio. Si noti, comunque, che una clausola penale richiede negoziazioni ulteriori tra le parti quando stipulano il contratto, poiché esse devono accordarsi anche sull'ammontare del pagamento da farsi in caso di inadempimento. Così, i benefici potenziali di una clausola penale in termini di allocatione del rischio devono essere soppesati rispetto al costo addizionale della trattativa contrattuale. Se i benefici da allocatione del rischio non giustificano la sopportazione di questi costi aggiuntivi, allora un rimedio imposto dalla corte, come i danni da aspettativa, sarebbe da preferire”.

⁵⁴ Bitetto (2013: 60): “Il principio basilare sancito dalle Corti, pur ponendo sullo stesso piano la legalità del privilegio concesso alle parti in un contratto di compravendita immobiliare di ottenere l'esecuzione come essenza del loro accordo e la facoltà di accordarsi preventivamente sull'ammontare dei danni che vanno riconosciuti in caso di inadempimento, stabilisce che, nel rispetto delle pattuizioni delle parti, quando le circostanze di fatto rendano i danni pattuiti una ‘penalty’ irragionevole, l'equità debba intervenire per concedere un giusto ristoro”. Sul punto cfr. *Howard v. Bar Bell Lnad & Cattle Co.*, 81 *Idaho* 189, 340 P. 2d 103 (1959); *Beery v. Plastridge Agency Inc.*, 142 *So. 2d* 332 (*Fla Dist. Ct. App. 2d Dist.* 1962); *Miller v. Remior*, 86 *Idaho* 121, 383 P.2d 596 (1963); *Simenstad v. Hagen*, 22 *Wis.2d* 653, 126 N.W. 2d 529(1964).

⁵⁵ Per un'incisiva riflessione sul punto si rinvia a Edlin, Schwartz (2003: 33).

⁵⁶ A tale proposito vi è stato chi [Bitetto (2013: 78) osserva come “[l]e Corti di sovente si appigliano all'intento delle parti come chiave di distinzione tra liquidazioni forfetarie dei danni e penali. Secondo la normativa vigente, i contraenti che vengono chiamati in giudizio per ottenere l'esecuzione di una penale possono difendersi percorrendo tre differenti strade: a) la dimostrazione che la previsione della penale è il frutto di dolo, violenza o errore; b) la prova che la clausola penale costituisce una restrizione della concorrenza perché parte integrale di uno schema atto a impedire l'ingresso a nuovi operatori economici; c) l'affermazione che la previsione di quell'ammontare di danni non può essere richiesta in quanto sin dall'inizio costituiva penale ovvero un meccanismo sanzionatorio dell'inadempimento, sovracompensatorio in relazione alle perdite prevedibili”.

una *liquidated damages clause* in caso di inadempimento debba essere considerata eccessiva (ossia alla stregua di una penale)⁵⁷: 1) innanzitutto, occorre volgere lo sguardo alla perdita prevista/attuale frutto dell'inadempimento (pertanto, l'ammontare predeterminato si considera ragionevole nel caso in cui si avvicini alle perdite attuali causate dall'inadempimento o dal danno che poteva prevedersi al momento in cui è sorta l'obbligazione)⁵⁸; 2) in subordine, l'accento dev'essere posto sulla difficoltà di dare prova della perdita patita a causa dell'inadempimento (sicché l'ammontare preordinato è tanto più ragionevole quanto più grande è la difficoltà di provare che si è verificata una perdita o di stabilire il suo reale ammontare). Ecco, allora, che "la decisione sull'ammontare prefissato come penale dipende dalla combinazione di questi due fattori. Se la difficoltà di provare la perdita è grande, un considerevole spazio è concesso nelle determinazioni preventiva o attuale del danno. D'altro canto, se la difficoltà di provare il danno è esile, rimane pochissima libertà nell'approssimazione della perdita. Per fare un esempio estremo, nel caso in cui non si è verificata nessuna perdita, la somma sostanziale prefissata come risarcimento del danno non è esigibile"⁵⁹.

Passando all'analisi dell'esperienza giuridica nostrana, si osserva come la clausola penale (che si impone, *ex art. 1382 c.c.*, come uno strumento caratterizzato dalla possibilità per le parti di determinare preventivamente e forfeziariamente il limite dell'esposizione risarcitoria), a seconda delle circostanze, possa operare, da un lato, in pro del promittente (limitandone l'esposizione debitoria laddove sia escluso il risarcimento del danno ulteriore) e, dall'altro, in favore del creditore (non solo sollevandolo da ogni onere della prova circa la consistenza del pregiudizio, bensì riconoscendogli la liquidazione della somma predeterminata anche quando non sussista alcun pregiudizio). Ecco, allora, che, bypassando la "sempiterna diatriba" sulla funzione della clausola penale ("giacché la penale esprime un esercizio di autonomia privata particolarmente delicato, in cui le parti, ciascuna da par suo, porta acqua al proprio mulino"), è necessario porre l'accento sul reale momento di differenziazione rispetto alla disciplina nordamericana riscontrabile nella facoltà per il giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva (*ex art. 1384 c.c.*)⁶⁰. A ben vedere, però, nonostante tale norma venga indicata come esempio concreto di civiltà giuridica (in virtù della garanzia di giustizia assicurata dall'intervento moderatore del giudice), non pochi interrogativi sorgono in relazione al criterio di valutazione dell'eccessività della clausola. Più in chiaro, "[l]a norma spiega che la penale deve apparire eccessiva rispetto allo stato e alle conoscenze sussistenti nel momento in cui si è concluso il contratto. Ne discende che, se poi si è verificata un'evoluzione del contesto —ma la penale corrispondeva, *illo tempore*, alle aspettative delle parti al momento della conclusione del contratto—, il giudice non avrebbe ragione di intervenire: il solo fatto che, col senno di poi, la penale risulti maggiore rispetto al danno effettivamente concretizzato non incide sulla sua ragionevolezza *ex ante*, perché si scontano problemi di varianza degli esiti possibili"⁶¹.

⁵⁷ A tale proposito, Polinsky (1992: 84) rimarca come le corti tendano "a non applicare la clausola penale a meno che la somma stabilita sia una ragionevole approssimazione della misura preventivata dei danni. Se la somma è maggiore, si parla di <<penalty>>, insuscettibile di esecuzione coattiva".

⁵⁸ Sul punto cfr. Lord (1995: 65).

⁵⁹ Bitetto (2013: 77 s.).

⁶⁰ Pardolesi (2009: 124 s.).

⁶¹ Pardolesi (2009: 125 s.): "A me pare che l'atteggiamento testé ricordato sia intriso di buone intenzioni che producono, però una pesante distorsione. La penale consente alle parti di definire valori idiosincratici, che il mercato (come pure il giudice) non è in grado di apprezzare. Il risarcimento del danno è normalmente sottocompensativo proprio per la pratica impossibilità di

A tale proposito, mette conto rimarcare come molto di recente la Cassazione (anche in questo caso nella sua conformazione più autorevole: le sezioni unite) abbia statuito che “il potere di diminuire equamente la penale può essere esercitato dal giudice anche d’ufficio”⁶². In breve, modificando l’orientamento maggioritario (volto ad affermare che la riduzione giudiziale della penale potesse operare solo su richiesta della parte interessata)⁶³, si è progressivamente consolidata una nuova regola in forza della quale, “quante volte il creditore adisca le vie legali per vedere soddisfatta la sua posta risarcitoria, predeterminata a *forfait*, la penale sarà oggetto d’officioso scrutinio ad opera di un giudice impegnato a valutarne l’equità”⁶⁴. Ne deriva che, attraverso il riconoscimento di tale potere (ovvero quello di diminuire l’ammontare prestabilito dalle parti in nome della tutela dell’interesse generale dell’ordinamento)⁶⁵, appare possibile asserire che, anche se in virtù di una traiettoria differente, le esperienze delle corti nordamericane e di quelle nostrane si siano attestate su conclusioni pressoché identiche⁶⁶.

Sulla scorta di tale nuovo corso, “vien fatto di interrogarsi, con non velata preoccupazione, sulla concreta possibilità per le parti di perseguire l’efficiente allocazione delle risorse predisposta mediante la stipulazione di una penale”⁶⁷.

3. Analisi gius-economica degli strumenti rimediali: l’ipotesi della cd. circostanza fortunata in assenza di costi transattivi

Dopo aver fornito un sintetico sguardo d’insieme degli strumenti rimediali da inadempimento contrattuale operanti nelle realtà nostrana e statunitense, proviamo ad indagarne l’efficienza sotto il profilo economico.

In questa prospettiva, pur nella consapevolezza dell’impossibilità di illustrare in questa sede tutti i modelli sottesi ai differenti tipi di comportamento che l’analisi economica dei rimedi è in grado

computare valori soggettivi, che solo gli interessati sono in grado di esprimere. La penale serve, appunto, a colmare questa lacuna, nel contraddittorio degli interessati: ed è controintuitivo che ad un terzo, il giudice, sia dato smentire valori che per definizione non conosce. Di più. Come già ricordato, la penale potrebbe, con una sorta di giudizio diacronico, apparire logica e ragionevole al tempo in cui le parti l’hanno definita, ancorché più elevata del danno come poi effettivamente materializzatosi; e la pretesa del giudice di rifare i conti con il senno di poi si tradurrebbe, allora, in una compressione inaccettabile dell’autonomia privata”.

⁶² Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, 106, con nota di A. Palmieri (2006: 106). Tale decisione è stata commentata altresì da Travaglino (2005: 1171); Di Majo (2006: 1538); Perfetti (2006: 187); Tatarano (2006: 13); Schiavone (2006: 61); Spoto (2006: 360).

⁶³ Sul punto cfr., orientativamente, Bozzi (2005: 1087); Bordolli (2006: 14).

⁶⁴ Bitetto (2013: 220).

⁶⁵ Per una approfondita analisi della funzione istituzionale svolta dalla penale nei diversi sistemi giuridici europei si rinvia a Medici (2003: 321).

⁶⁶ A tale proposito cfr. Cass. 28 settembre 2006 n. 21066, in *Foro it.*, 2007, I, 444, in cui – richiamando la cennata pronuncia delle sezioni unite (Cass. 18128/2005 *cit.*, 2985)– si statuisce che, di là dalla contraria volontà manifestata dalle parti nel contratto, rientra tra le prerogative del giudice quella di ridurre la penale ad equità *ex art.* 1384 c.c.

⁶⁷ Bitetto (2013: 221).

di descrive⁶⁸, l'accento verrà posto sul caso della cd. "circostanza fortunata"⁶⁹: Tizio, proprietario di un dispositivo industriale di ultima generazione, dopo aver concluso un contratto preliminare di compravendita con il compratore Caio (ma prima di averlo eseguito), riceve una seducente offerta da un terzo acquirente (Sempronio). Assumiamo che Tizio attribuisca al bene oggetto della vendita un valore pari a € 200.000, mentre il compratore Caio valuta lo stesso € 240.000. Supponiamo ancora che Tizio e Caio stipulino un accordo in forza del quale il primo promette al secondo di trasferire la proprietà del dispositivo industriale dietro il versamento di una somma pari a € 220.000. Tale trasferimento realizzerebbe un *surplus* per entrambe le parti pari a € 20.000 (per un totale di € 40.000). Tuttavia, prima che le prestazioni vengano eseguite, appare sulla scena Sempronio, che – smanioso di inserire il dispositivo in oggetto nel *core business* della sua catena produttiva – non solo gli attribuisce un valore alquanto elevato (ossia pari a € 310.000), ma offre a Tizio la ragguardevole somma di € 290.000. Prospettandosi tale scenario, Tizio intravede l'allettante possibilità di realizzare un profitto molto maggiore rispetto a quello che otterrebbe qualora desse esecuzione al contratto preliminare concluso con il primo compratore Caio. Più nello specifico: Tizio realizzerebbe un *surplus* di € 70.000, a fronte di quello – corrispondente a € 20.000 – assicurato dall'accordo posto in essere con Caio (tali numeri vengono sintetizzati nella colonna denominata 'Valore attribuito al dispositivo industriale' della Tabella 1).

Pertanto, sulla scorta di tali considerazioni (come pure della circostanza che il venditore Tizio possa essere ragionevolmente 'attratto' da una proposta tanto favorevole, quale quella posta in essere dal secondo acquirente Sempronio), vien fatto di chiedersi quale incidenza avranno gli strumenti rimediali in oggetto [ovvero: A) esecuzione in forma specifica; B) danni da aspettativa;

C) retroversione degli utili; e, infine, D) clausola penale]⁷⁰ nel caso in cui vi siano costi transattivi molto bassi (ossia prossimi allo zero)⁷¹.

⁶⁸ In tal senso v. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 151 s.), che individuano una lista parziale dei comportamenti influenzati dai rimedi contro l'inadempimento.

⁶⁹ Tale esempio è tratto dal mio lavoro monografico (2015a: 106 ss.) e rielaborato/aggiornato (anche) grazie alle preziose osservazioni frutto della continua interazione con gli studenti del corso di Analisi Economica del Diritto tenuto presso il Dipartimento Jonico in "Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture".

⁷⁰ A tale proposito, occorre giocoforza ribadire due imprescindibili elementi di diversità individuabili nelle pieghe dell'approccio rimediale dei due sistemi giuridici in oggetto: 1) in primo luogo, la commistione tra profili restitutori e quelli risarcitori (sebbene "anche i sistemi che, come quello italiano, sono caratterizzati da una netta distinzione, [debbano] affrontare il problema delle interferenze tra obbligazioni di restituzione e risarcimento del danno": Così, Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 137 s.). In questa ottica gli AA. rilevano come "[n]egli ultimi anni [sia] stata più volte sottolineata la difficoltà di coordinare i meccanismi risolutivi con le regole sulla ripetizione di indebito. Alle restituzioni si è attribuito talvolta il compito di sanzionare il comportamento colpevole di uno dei contraenti, con effetti discorsivi sul computo dei danni. La prassi giurisprudenziale, inoltre, indica che i due profili sono di solito considerati congiuntamente. Una valutazione in chiave economica degli incentivi trasmessi dai rimedi contro l'inadempimento deve tener conto anche del contenuto degli obblighi di restituzione"); 2) in seconda battuta, la marcata natura alternativa/concorrente dei *remedies* nordamericani (sicché, come *supra* evidenziato e di là da una interpretazione estensiva volta ad individuare nell'art. 1223 c.c. una sineddoche indicante la parte per il tutto, l'unico diretto punto di contatto parrebbe essere fornito proprio dall'articolo in oggetto nella misura in cui conferisce al promissario deluso uno strumento paragonabile agli *expectation damages*). Ciò premesso, la nostra analisi in chiave di EAL contemplerà l'applicazione dell'art. 1223 c.c. nella sua forma di danni da aspettativa (nonché gli strumenti della retroversione degli utili/*disgorgement damages*, della esecuzione specifica e della clausola penale. Per una rimarchevole analisi gius-economica della triade rimediale classica statunitense cfr. Polinsky (1992: 35 ss.).

A) *Esecuzione in forma specifica*: Prendiamo le mosse dall'analisi della prima soluzione rimediabile e supponiamo che, nelle pieghe del caso *supra* prospettato, il primo compratore (Caio) possa chiedere giudizialmente l'adempimento del contratto (ex art. 2932 c.c.). Per questa via, la sentenza di condanna permetterà a quest'ultimo di ottenere il macchinario di ultima generazione al prezzo stabilito nel contratto preliminare (ovvero € 220.000). Ne deriva che, il profitto di Tizio sarà di € 20.000 [ossia quello derivante dalla differenza tra il prezzo di vendita del macchinario industriale a Caio (€ 220.000) e il valore che egli attribuisce a tale bene (€ 200.000)]. Successivamente, in assenza di asimmetria informativa, Caio potrebbe decidere di cedere il macchinario al secondo acquirente (Sempronio) per € 290.000 realizzando il cospicuo utile di € 70.000 [cioè, quello frutto della differenza tra il prezzo di vendita a Sempronio (€ 290.000) e quello speso per l'acquisto da Tizio (€ 220.000)]. Ora, considerando che il guadagno di Sempronio sarà pari a € 20.000 [corrispondente alla differenza tra il valore che egli attribuisce al macchinario industriale (€ 310.000) e il prezzo di acquisto da Caio (€ 290.000)], la distribuzione totale del *surplus* con il rimedio della tutela specifica sarà pari a € 110.000. Tali valori sono sintetizzati nella colonna denominata 'Distribuzione del *surplus* con l'esecuzione in forma specifica' della Tabella 1.

B) *Danni da aspettativa*: Assumiamo, ora, che il primo compratore (ossia Caio) possa chiedere solo il risarcimento dei danni da aspettativa nei confronti del venditore Tizio, che – non rispettando quanto statuito nel contratto preliminare – abbia optato per la vantaggiosa (in termini economici) cessione del macchinario all'acquirente Sempronio per € 290.000. In un prospettiva di tal fatta, il guadagno lordo di Tizio sarà pari a € 90.000 [ovvero l'utile ottenuto dalla differenza tra il prezzo della vendita a Sempronio (€ 290.000) e il valore da lui assegnato al macchinario (€ 200.000)]. Questo guadagno però non è quello definitivo. A ben vedere Tizio, dovendo risarcire a Caio i danni da aspettativa (ossia quelli che lo avrebbero collocato nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato qualora il contratto fosse stato adempiuto tempestivamente da Tizio: cioè € 20.000), farà suo il *surplus*

⁷¹ L'idea che per le parti interessate possano contrattare e scegliere la soluzione più efficiente risulta irrealistica nella maggior parte delle situazioni conflittuali in quanto le stesse saranno costrette a sostenere dei costi (anche solo in termini di tempo e denaro) per riunirsi e discutere l'argomento. Ecco allora che "i costi transattivi comprendono i costi per identificare le parti con cui si deve trattare, i costi per riunirsi con loro, i costi dello stesso processo di negoziazione e i costi per l'applicazione di qualsiasi accordo sia stato raggiunto" [Polisky (1992: 16)]. In breve, concernendo i momenti principali in cui si sviluppa lo scambio, i costi transattivi posso essere di tre tipi (che varieranno "in uno spettro da zero a indefinitamente grandi, in base al tipo di transazione"): 1) i costi di ricerca; 2) i costi di negoziazione e, infine, 3) i costi di *enforcement* [per un'approfondita analisi dei quali si rinvia a Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 98 ss)]. Mi spiego: 1) per quanto concerne i primi (ovvero quelli necessari a ricercare un *partner* dello scambio interessato a comprare ciò che vendiamo o, al contrario, a vendere ciò che intendiamo acquistare), il loro valore lieviterà in relazione alla specificità dei beni/servizi in quanto risulta più difficile trovare qualcuno che li venda o che li compri; 2) in relazione ai costi di negoziazione (imprescindibili per raggiungere un accordo), occorre soffermarsi sulle seguenti variabili in grado di farne lievitare il valore: a) presenza (o no) di uno stato di asimmetria informativa tra i negozianti (ovviamente, se le informazioni sono di pubblico dominio, le negoziazioni tendono ad essere semplici e i costi ad esse collegate si riducono conseguentemente); b) eventuale ostilità tra le parti (una negoziazione tra persone che si odiano reciprocamente è notevolmente più complessa e costosa a causa dei "coinvolgimenti emotivi che interferiscono con un accordo razionale") e, infine, c) la irragionevolezza dei negozianti (anche in questo caso i costi aumentano proporzionalmente alla volontà "di ottenere troppo a proprio vantaggio"); 3) in conclusione, con riguardo ai costi di *enforcement* (cioè quelli necessari ad assicurare l'esecuzione dell'accordo raggiunto tra le parti dello scambio) appare necessario rimarcare come la loro incidenza sarà più (o meno) elevata a seconda del tempo impiegato (in altre parole, quanto maggiore sarà il tempo richiesto per implementare l'accordo, tanto più elevato risulterà il costo che le parti dovranno sostenere).

frutto della differenza tra l'utile lordo (€ 90.000) e i danni da aspettativa da versare a Caio (€ 20.000) per un totale di € 70.000. Ne deriva che, come schematizzato nella terza colonna della Tabella 1 (ossia: 'Distribuzione del *surplus* con il risarcimento dei danni da aspettativa'), anche in questo caso la distribuzione totale del risarcimento dei danni da aspettativa sarà di € 110.000⁷².

C) *Retroversione degli utili*: Come terza ipotesi, ipotizziamo che il primo acquirente (ovvero Caio) possa avvalersi dello strumento rimediabile della retroversione degli utili che – come osservato in precedenza – gli consenta di agire nei confronti del venditore inadempiente (cioè Tizio) per ottenere l'intero profitto frutto della condotta illecita⁷³. Per questa via, Caio otterrà un profitto di € 90.000 [corrispondente alla riversione dell'intero utile realizzato illegittimamente da Tizio attraverso l'inadempimento dell'accordo contrattuale assunto con Caio e la cessione al miglior offerente Sempronio (ossia proprio la somma di € 90.000)]. Di conseguenza, il 'cinico' fornitore – che, sedotto dalla prospettiva di realizzare un corposo *surplus* economico, aveva scelto 'razionalmente' di non adempiere agli obblighi frutto del contratto preliminare posto in essere con Caio – finirà per trovarsi con un utile definitivo pari a 0. Ora, considerando che il guadagno del compratore Sempronio sarà sempre corrispondente alla somma di € 20.000 [ossia quella derivante dalla differenza tra il valore attribuito al macchinario (€ 310.000) e il prezzo di acquisto (€ 290.000)], ancora una volta, avremo un *surplus* finale di € 110.000 (ben sintetizzato nella colonna 'Distribuzione del *surplus* con la retroversione degli utili' della Tabella 1).

D) *Clausola penale*: Infine, supponiamo che i contraenti Tizio e Caio abbiano stipulato una clausola penale di € 40.000. In questa prospettiva, l'inadempimento di Tizio implicherà le seguenti conseguenze: 1) in primo luogo, l'acquirente Caio otterrà un *surplus* di € 40.000 (corrispondente al valore fissato nella clausola penale); 2) in seconda battuta, il venditore Tizio conseguirà un profitto netto di € 50.000 [derivante dalla differenza tra il guadagno ottenuto vendendo il dispositivo industriale all'acquirente Sempronio (€ 90.000) e la somma di € 40.000 dovuta a Caio a causa del suo inadempimento]; e, infine, 3) il compratore Sempronio conseguirà il consueto utile corrispondente a € 20.000 (anche in questa ipotesi rimediabile, come schematizzato nella quinta colonna 'Distribuzione del *surplus* con la clausola penale', il *surplus* totale corrisponderà a € 110.000).

⁷² Appare appena il caso di evidenziare come, avvalendoci di tale ragionamento, potremmo sostanzialmente affermare che le condizioni postulate dall'efficienza (e, più in particolare, dalla richiamata teoria dell'inadempimento efficiente: ovvero l'attitudine del risarcimento a secondare la "completa internalizzazione" dei costi esterni provocati dall'inadempimento nonché di appostare la risorsa nel suo uso più proficuo) sono state completamente realizzate. Tuttavia, occorre necessariamente rilevare come di primo acchito la linearità teorica di tale ragionamento finisca per mettere in discussione alcuni fondamentali fattori, tra i quali spicca, per un verso, il venir meno della stabilità degli scambi economici (dovuto all'inevitabile proliferare di *bad behaviours* incentivati dall'allettante prospettiva di realizzare un 'buon affare' a scapito dell'*injured party*) e, per l'altro, le inevitabili 'complicanze' sottese ai cd. costi transattivi.

⁷³ Per una succinta ricognizione delle peculiarità funzionali di tale strumento rimediabile (nonché della sua accentuata inclinazione punitivo/sanzionatoria) v., *supra*, quanto menzionato nel paragrafo 2.2.

TABELLA 1

| | VALORE ATTRIBUITO AL DISPOSITIVO INDUSTRIALE | DISTRIBUZIONE DEL SURPLUS CON L'ESECUZIONE IN FORMA SPECIFICA | DISTRIBUZIONE DEL SURPLUS CON IL RISARCIMENTO DEI DANNI DA ASPETTATIVA | DISTRIBUZIONE DEL SURPLUS CON LA RETROVERSIONE DEGLI UTILI | DISTRIBUZIONE DEL SURPLUS CON LA CLAUSOLA PENALE |
|-----------|----------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| TIZIO | 200.000 | 20.000 | 70.000 | 0 | 50.000 |
| CAIO | 240.000 | 70.000 | 20.000 | 90.000 | 40.000 |
| SEMPRONIO | 310.000 | 20.000 | 20.000 | 20.000 | 20.000 |
| TOTALE | | 110.000 | 110.000 | 110.000 | 110.000 |

3.1. Osservazioni sulle soluzioni rimediali prospettate in assenza di costi transattivi

Sulla scorta di quanto rilevato esaminando i quattro strumenti rimediali in ipotesi di costi transattivi pari a zero, proviamo a formulare delle conclusioni, per un verso, confrontando i risultati ottenuti e, per l'altro, avvalendoci del principio di EAL in forza del quale l'efficienza economica richiede di allocare i beni nel loro uso più proficuo. Ebbene, in questa prospettiva un rimedio efficiente richiederà di assegnare il dispositivo industriale di ultima generazione al secondo compratore (ovvero Sempronio) in quanto è il soggetto che gli attribuisce il valore più elevato.

A ben vedere, con la tutela specifica, Sempronio acquista il macchinario da Caio e quest'ultimo ottiene una quota maggiore del *surplus* rispetto a Tizio. Con il risarcimento dei danni da aspettativa, invece, il compratore Sempronio acquisterà il macchinario dal venditore Tizio, che, pertanto, realizzerà una quota del *surplus* maggiore di Caio. Con l'applicazione della retroversione degli utili, al contrario, sebbene Sempronio acquisti il macchinario da Tizio, sarà il primo acquirente (cioè Caio) a conseguire la maggior parte del *surplus* (lasciando Tizio con un pugno di mosche). Infine, con la clausola penale, Sempronio comprerà il macchinario da Tizio che – pagando a Caio quanto ivi predeterminato forfetariamente – otterrà la quota di *surplus* maggiore.

In breve, i quattro strumenti rimediali – sebbene creino incentivi efficienti per l'allocazione del macchinario industriale – si differenziano dal punto di vista dello svolgimento delle vendite e della distribuzione del *surplus* dello scambio. Ecco, allora, che per questa via si perviene alla conclusione

(cara alla versione ‘forte’ del Teorema di Coase)⁷⁴ che, con costi transattivi pari a zero, la negoziazione privata comporta un uso efficiente delle risorse, indipendentemente dalla conformazione delle regole giuridiche previste dall’ordinamento. Quanto dire che, in assenza di costi transattivi, le regole giuridiche influenzano la distribuzione ma non l’efficienza (v. quanto risulta nella Tabella 1): “[f]inché [Tizio, Caio e Sempronio] possono negoziare con successo in assenza di costi transattivi, il rimedio influenza la distribuzione ma non l’efficienza”⁷⁵.

Tirando le fila del discorso, appare evidente come dall’esempio prospettato i rimedi del risarcimento dei danni da aspettativa e della clausola penale consentano al promittente la scelta tra adempiere o non adempiere e pagare i danni. Al contrario, la tutela specifica e la retroversione degli utili non permettono una scelta differente dall’adempimento (nel primo caso, in quanto Tizio sarà obbligato dalla sentenza di condanna all’esecuzione della prestazione dovuta nei confronti di Caio; nel secondo, invece, perché con l’applicazione della retroversione degli utili Tizio – venendo privato dell’intero profitto realizzato – resterebbe con un guadagno pari a zero).

3.2. Il caso della circostanza fortunata in presenza di costi transattivi

Queste conclusioni cambieranno notevolmente allorché nell’ipotesi *supra* considerata vengano introdotti dei costi transattivi maggiori di zero (quindi in grado di avere una notevole incidenza sulla cooperazione negoziale delle parti interessate). A ben vedere, infatti, in una situazione di tal fatta si verificherà quanto paventato nella variante ‘debole’ del Teorema di Coase⁷⁶: “il rimedio più efficiente [risulterà quello che] minimizza i costi transattivi necessari per trasferire il bene all’uso più proficuo”⁷⁷. Pertanto, nelle pieghe dell’esempio della circostanza fortunata, la soluzione rimediale più efficiente sarà quella capace di limitare gli effetti dei costi transattivi necessari a trasferire il dispositivo industriale dal venditore Tizio al compratore Sempronio.

Sulla base di tali premesse, torniamo a considerare in chiave gius-economica i rimedi in commento [segnatamente: A1) Esecuzione in forma specifica; B1) Danni da aspettativa; C1) Retroversione degli utili; D1) Clausola penale], introducendo due rilevanti ipotesi di costi transattivi: 1) le spese necessarie per la stipulazione dei contratti (cui assegneremo un valore forfetario di € 15.000 pur nella consapevolezza che queste possono variare in ogni momento a seconda delle differenti circostanze prospettate) e 2) le cd. *cost litigations* (ossia le spese legali in caso di azione in giudizio cui attribuiremo il valore indicativo di € 14.000, sapendo, anche in questo caso, che

⁷⁴ Coase (1960: 1 ss.). Per una sintetica ricognizione delle implicazioni sottese al Teorema di Coase cfr. Pardolesi (2015a: 37 ss.).

⁷⁵ Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 157).

⁷⁶ La versione ‘debole’ del Teorema di Coase statuisce che nell’ipotesi in cui i costi transattivi si rivelino maggiori di zero, può darsi che l’attribuzione dei diritti impedisca il conseguimento dell’assetto efficiente. Ne deriva che, in tali circostanze, la regola giuridica da preferirsi sarà quella che minimizza gli effetti dei costi transattivi. In buona sostanza, prendendo le mosse dalla valutazione della natura ‘endogena’ di taluni costi transattivi rispetto al sistema giuridico (“nel senso che le regole di diritto possono abbassare gli ostacoli alla contrattazione privata”), la versione ‘debole’ del Teorema di Coase suggerisce come il diritto possa favorire le negoziazioni riducendo il livello dei costi di transazione [Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 105 ss.)].

⁷⁷ Così, Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 158).

potranno variare in relazione ai gradi di giudizio, al valore e alla difficoltà della controversia nonché al numero di soggetti coinvolti).

A1) Esecuzione di forma specifica: Partendo - ancora una volta - dall'analisi del primo rimedio (ossia quello della tutela specifica), possiamo rilevare come il venditore Tizio concluda un contratto preliminare con l'acquirente Caio (spendendo la somma di € 15.000 per la stipulazione). Nondimeno, non mantenendo l'accordo contrattuale assunto, il nostro cinico fornitore vende il macchinario a Sempronio (sostenendo le ulteriori spese per la stesura del secondo contratto di € 15.000). Il compratore deluso (ovvero Caio) adisce le vie legali nei confronti di Tizio per ottenere l'esecuzione del contratto (affrontando le spese legali che abbiamo assunto corrispondere a € 14.000). Ottenuta la sentenza di condanna nei confronti del Tizio, ipotizziamo che Caio decida di vendere al secondo acquirente Sempronio (con ulteriori spese di stipulazione del terzo contratto di compravendita per un ammontare di € 15.000). Ne consegue che la tutela specifica risolve le controversie e trasferisce il dispositivo industriale con costi transattivi corrispondenti a € 59.000 [derivante dalla somma dei costi sostenuti per la stipula dei tre contratti sottoscritti (rispettivamente quelli stipulati tra Tizio e Caio, tra Tizio e Sempronio e, infine, tra Caio e Sempronio per un ammontare di € 45.000) e da quella impiegata da Caio per agire in giudizio nei confronti di Tizio]. Per questa via, sottraendo al *surplus* totale di € 110.000 i cennati costi transattivi, avremo il *surplus* netto di € 51.000 (tali dati vengono schematizzati nella prima riga della Tabella 2)

B1) Danni da aspettativa: Ora passiamo all'esame efficientistico del risarcimento dei danni da aspettativa. Attraverso tale rimedio Tizio viene messo nelle condizioni di vendere il macchinario all'acquirente Sempronio risarcendo Caio per i danni patiti a causa dell'inadempimento del contratto preliminare. Più in chiaro: il doppio trasferimento da Tizio a Caio e da Tizio a Sempronio comporta una spesa complessiva di stipulazione pari a € 30.000. A questa andrà aggiunta la somma di € 14.000 pagata dal compratore Caio per adire le vie legali al fine di ottenere il risarcimento del profitto atteso qualora il fornitore V avesse dato esecuzione al contratto preliminare. Nelle pieghe di questo rimedio, quindi, le controversie e il trasferimento finale al secondo compratore Sempronio determinano dei costi transattivi per un ammontare di € 44.000 [ovvero quello ottenuto dalla somma dei costi sostenuti per la stipula dei due contratti sottoscritti (rispettivamente quelli stipulati tra Tizio e Caio, tra Tizio e Sempronio per un ammontare di € 30.000) e da quella impiegata da Caio per agire in giudizio nei confronti di Tizio (€ 14.000)]. Ecco allora che, come sintetizzato nella seconda riga della Tabella 2, sottraendo questi costi al *surplus* totale di € 110.000, si ottiene il *surplus* netto di € 66.000.

C1) Retroversione degli utili: Il medesimo risultato si ottiene considerando il rimedio della retroversione degli utili. Del resto, in virtù di tale soluzione rimediale, Tizio vende a Sempronio e, al contempo, deve provvedere alla riversione dell'intero profitto realizzato in virtù dell'inadempimento nei confronti del primo acquirente (ossia Caio). Ancora una volta, il doppio trasferimento del macchinario industriale (da Tizio a Caio e da Tizio a Sempronio) comporterà dei costi transattivi legati alle negoziazioni di € 30.000. A questi costi dovranno aggiungersi quelli sostenuti dal compratore deluso Caio per adire le vie legali al fine di ottenere la concessione dello strumento rimediale in oggetto (ossia € 14.000). Sicché, l'ammontare finale dei costi transattivi, come nel caso dell'impiego del risarcimento dei danni da aspettativa, corrisponderà alla somma di € 44.000⁷⁸. Non

⁷⁸ Appare appena il caso di evidenziare come la reale differenza con il risarcimento dei danni da aspettativa debba riscontrarsi nell'approccio sotteso a tale strumento rimediale. A ben vedere, infatti, la retroversione degli utili -

sorprende, pertanto, che anche il *surplus* netto corrisponderà alla cifra di € 66.000 [ossia alla differenza tra il *surplus* totale di (€ 110.000) e il totale dei costi transattivi (€ 44.000)]. La sintesi di tali numeri si evince con chiarezza nella terza riga della Tabella 2.

D1) *Clausola penale*: Infine, prendiamo in esame lo strumento della clausola penale. Tale rimedio, in cui le parti hanno preventivamente e forfetariamente fissato il limite dell'esposizione risarcitoria, consente al venditore Tizio di cedere il dispositivo industriale a Sempronio pagando all'acquirente deluso Caio l'ammontare pattuito nella clausola (nel nostro esempio € 40.000). Perciò, in assenza di costi legali (nessuna delle due parti adirà le vie legali), l'ammontare finale dei costi transattivi concernerà solo il doppio trasferimento del macchinario da Tizio a Caio e da Tizio a Sempronio (corrispondente ad una somma pari a € 30.000). Ne deriva che, come schematizzato nella quarta riga della Tabella 2, il *surplus* netto sarà di € 80.000 [cioè quello ottenuto sottraendo al *surplus* totale (€ 110.000) i cennati costi di transazione (€ 30.000)].

TABELLA 2

| | COSTI TRANSATTIVI TRA TIZIO E CAIO | COSTI TRANSATTIVI TRA CAIO E SEMPRONIO | COSTI TRANSATTIVI TRA TIZIO E SEMPRONIO | TOTALE | SURPLUS NETTO |
|---------------------------------------------|---------------------------------------------|-------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------|------------------|
| ESECUZIONE IN FORMA SPECIFICA | 29.000 | 15.000 | 15.000 | 59.000 | 51.000 |
| RISARCIMENTO DEI DANNI DA ASPETTATIVA | 29.000 | 15.000 | – | 44.000 | 66.000 |
| RETROVERSIONE DEGLI UTILI | 29.000 | – | 15.000 | 44.000 | 66.000 |
| CLAUSOLA PENALE | 15.000 | – | 15.000 | 30.000 | 80.000 |

3.2.1. Osservazioni sulle soluzioni rimediali prospettate in presenza di costi transattivi

In un quadro di tal fatta (nonché avvalendoci della sintesi delineata nella Tabella 2), appare giocoforza affermare che la soluzione rimediale della clausola penale si riveli quella più efficiente. Mi spiego: tale rimedio consente di risparmiare, per un verso, la somma di € 14.000 rispetto sia al

assumendo come punto di riferimento il guadagno dell'inadempiente piuttosto che la perdita subita dal contraente debole – si carica di una marcata valenza punitivo/deterrente in grado di disincentivare qualsivoglia 'inadempimento razionale'. Del resto, qualora Tizio fosse costretto a riversare l'intera locupletazione frutto dell'inadempimento, verrebbero drasticamente rimosse le 'tentazioni' di porre in essere qualsivoglia comportamento di matrice opportunistica. In altre parole: Tizio sapendo che tutto l'utile realizzato in virtù dell'inadempimento potrebbe essere oggetto del risarcimento nei confronti di Caio, perderebbe ogni interesse a venir meno all'impegno assunto.

rimedio del risarcimento del danni da aspettativa che a quello della retroversione degli utili e, dall'altro, € 29.000 rispetto alla esecuzione specifica. D'altronde, in riferimento agli strumenti rimediali dei danni da aspettativa e della retroversione degli utili, il risparmio di € 14.000 sarà dovuto rispettivamente alla eliminazione della vendita tra Tizio e Sempronio nonché a quella tra Caio e Sempronio. Invece, la maggiore riduzione nei confronti della soluzione dell'esecuzione in forma specifica (ossia € 29.000) dipenderà non solo dalla eliminazione della vendita tra Caio e Sempronio, ma anche dalla rimozione dei costi legali tra Tizio e Caio. In altre parole: minori negoziazioni e minori spese legali equivalgono a minori costi transattivi.

Naturalmente, la soluzione testé prospettata resterebbe tale anche nella circostanza in cui l'ammontare della clausola penale, rispondendo a valori 'idiosincratici' delle parti, fosse fissato in una somma molto maggiore (supponiamo € 60.000), finalizzata a disincentivare le stesse dal non adempiere l'impegno contrattuale assunto (ma il discorso non cambierebbe di una virgola anche nell'ipotesi in cui tale somma fosse molto più bassa rispetto a quella di € 40.000 adottata nel nostro esempio di fantasia). Di là dalle problematiche concernenti l'eccessiva onerosità, l'incidenza dei costi di transazione (ovvero quella corrispondente al doppio trasferimento del macchinario) resterà immutata (cioè € 30.000). Sicché, la maggiore efficienza dello strumento rimediale della clausola penale resterà immutato (ossia € 80.000).

In questa prospettiva, nondimeno, occorre rimarcare come in determinate circostanze le negoziazioni possano essere più semplici quando il rimedio sia la tutela specifica in quanto i giudici non incontreranno il problema di provvedere alla valutazione dei prezzi: "[l]a tutela specifica lascia i prezzi al mercato, non ai giudici. La più importante conseguenza è la semplificazione delle negoziazioni, da cui deriva anche la riduzione dei costi transattivi. Alcuni economisti pensano che il problema della valutazione da parte dei giudici è così grave che il diritto dei contratti dovrebbe ricorrere alla tutela specifica con maggiore frequenza"⁷⁹. Ciò ha portato taluna parte della dottrina a sostenere che la tutela in forma specifica "non rappresenta un ostacolo all'efficiente allocazione delle risorse. Questa osservazione dovrebbe servire a confutare le obiezioni di quanti ritengono che la teoria dell'inadempimento efficiente non sia utilizzabile negli ordinamenti che riconoscono al contraente fedele la scelta tra adempimento e risarcimento dei danni. Il pericolo, si afferma, è che il creditore della prestazione tenga il bene per sé anche quando altri gli attribuiscono un maggior valore. La premessa implicita di questa affermazione è che le tre parti coinvolte non riescano a trovare un accordo per trasferire il bene a chi lo valuta di più. Sia per i beni fungibili che per i beni privi di sostituti, invece, vi sono buoni motivi per ritenere che la negoziazione salvaguardi l'efficiente allocazione delle risorse anche in presenza di tutela specifica"⁸⁰.

4. Riflessioni conclusive

La riflessione condotta in margine ai rimedi da inadempimento contrattuale – pur non esaurendo (per una precisa scelta analitica dell'autore) le molteplici prospettive schiuse dall'approccio di EAL –

⁷⁹ Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 159 s.). Sul punto cfr. Ulen (1984: 358).

⁸⁰ Così, Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006b: 160).

rappresenta uno ‘spaccato’ delle sue potenzialità funzionali come strumento d’indagine del ‘diritto interculturale’.

Il contratto, in quanto operazione economica, esibisce un’intrinseca vocazione efficientistica volta a favorire la tendenza delle risorse a gravitare intorno agli usi più proficui⁸¹: a condizione, s’intende, che il processo che conduce alla formulazione del programma condiviso di autonomia privata non subisca alterazioni patologiche. Partendo dall’assunto che in ipotesi di concorrenza perfetta i meccanismi di contrattazione sono finalizzati a migliorare il benessere dei contraenti⁸², occorre rimarcare come le norme giuridiche siano finalizzate a tutelare i contratti “anche se vi sono scostamenti rispetto al mondo ideale”. A ben vedere, nel mondo reale i contratti sono più vari e complessi del semplice scambio attuato in regime di concorrenza perfetta; l’inevitabile scostamento si realizza ogni qual volta vengano violate le condizioni relative alla razionalità degli individui, da un lato, e a quella contrattuale (ossia a tutto ciò che concerne il cd. “ambiente esterno del contratto”)⁸³, dall’altro.

Per quanto concerne il primo profilo, appare evidente come l’idoneità del contratto a perseguire la massimizzazione del valore congiunto venga messa seriamente in discussione nelle ipotesi in cui una delle parti non abbia la capacità di vincolarsi consapevolmente (si pensi ai soggetti infermi di mente o semplicemente privi della capacità d’intendere e di volere) oppure sia oppressa da vincoli che l’ordinamento considera eccessivi (come accade nelle ipotesi in cui il contratto sia concluso in stato di pericolo ovvero secondando la violenza, anche se perpetrata da un terzo).

In relazione al secondo profilo (ovvero la razionalità contrattuale), vengono alla ribalta le ipotesi di esternalità negative in grado di determinare l’illiceità del contratto. Si pensi ai contratti contrari all’ordine pubblico e ai contratti immorali: “in questi casi, (...), è evidente che tale illiceità discende anche dagli effetti esterni negativi che la causa di tali contratti ha. Si deve considerare, infatti, tra l’altro, quali potrebbero essere, a causa dei fenomeni di importazione, gli effetti negativi sull’ordine pubblico e sulla morale corrente, se il sistema giuridico consentisse che tali contratti venissero posti in essere”⁸⁴. Rilevano altresì le difficoltà connesse all’incompleta informazione di tutti i contraenti [d’altronde, la legge considera annullabili: 1) tutti i contratti viziati da errore e da dolo; 2) quelli in cui una delle parti abbia il dovere positivo di rivelare determinate informazioni (come accade per l’obbligo del produttore di medicinali di mettere al corrente i consumatori sugli eventuali effetti collaterali dei prodotti immessi nel mercato) e 3) tutti i contratti in cui sussista, tra i due contraenti, un’asimmetria informativa tale da pregiudicare un accettabile funzionamento del mercato (si pensi alle condizioni generali del contratto predisposte dal contraente più forte: secondo la legge potranno considerarsi efficaci solo se la controparte, al momento della conclusione del contratto, le conosceva o avrebbe potuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza)]. Infine, occorre considerare le difficoltà sottese all’inevitabile presenza dei costi di transazione che, pur non essendo causa di nullità/annullamento dei contratti, “provoca specifiche regolamentazioni dei contratti da parte dei privati. L’origine, da questo punto di vista, di costi di transazione va ricondotta alla possibilità che, di

⁸¹ Posner (1992: 15 ss.).

⁸² “In concorrenza perfetta i contraenti valutano tutti gli aspetti del contratto e ognuno si garantisce che le clausole di esso valgano, per lui, esattamente il prezzo che egli dovrà pagare”: così, Chiancone, Porrini (1996: 44).

⁸³ Chiancone, Porrini (1996: 45).

⁸⁴ Chiancone, Porrini (1996: 46).

fronte ad eventi non regolati dai contratti, una parte ottenga vantaggi unilaterali usando la minaccia di interrompere anticipatamente il rapporto contrattuale”⁸⁵.

In buona sostanza possiamo affermare che i percorsi sono ancora troppo lunghi e variegati perché li si possa approfondire per intero. Ciò nonostante la (volutamente succinta) ricognizione condotta in queste pagine sui rimedi da *breach of contract* pone l’accento (se mai ve ne fosse necessità) sull’importanza della interazione tra diritto ed economia come pragmatica chiave di lettura per un proficuo approccio giuridico interculturale: “[d]’altronde, l’adozione di [siffatto approccio] muta lo sguardo sugli eventi, su quel che le persone vogliono e possono scoprire di volere; alla fine esso modifica gli eventi stessi e il risultato ultimo dell’attività di qualificazione giuridica”⁸⁶. A mo’ di conclusione, pertanto, appare possibile evidenziare come la rilevanza del fattore culturale e la sua componibilità con le risorse provenienti dai differenti ordinamenti giuridici possano trovare nell’EAL una epifania funzionale ad assicurare un tempestivo uso interculturale del diritto.

⁸⁵ Chiancone, Porrini (1996: 49). Per un’analisi approfondita (quanto incisiva) di tutte le difficoltà individuabili nelle pieghe dei vizi nella formazione del contratto e delle cause di esonero si rinvia a Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi Ulen, (2006a: 134 ss.).

⁸⁶ Ricca, Sbriccoli (2015: 48).

Bibliografia

- Barcellona M. 1989, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, 615 ss.
- Barkholz S. F. 1991, *Insider trading, the contemporaneous trader, and the corporate acquirer: entitlement to profits disgorged by the SEC*, 40 *Emory L. J.* 537.
- Bellelli A. 1977, *Risarcimento del danno in forma specifica e azioni dirette alla tutela dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*
- Bher V. 2003, *Punitive damages in American and German law – tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 *Chi.-Kent. L. Rev.* 3.
- Bianca C.M. 1979, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma.
- Birks P. 2001, *Unjust enrichment and wrongful enrichment*, in *Symposium: Restitution and unjust enrichment*, 79 *Tex L. Rev.* 1767.
- Bordolli G. 2006, *Regolamento di condominio e clausola penale*, in *Immobili e proprietà*.
- Borré G. 1966, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli.
- Bouckaert B., De Geest G. 1999, *Encyclopedia of Law and Economics*.
- Bozzi L. 2005, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Europa e dir. Privato*.
- Brooks R. R. W. 2006, *The efficient performance hypothesis*, 116 *Yale L.J.* 568.
- Burrows A. 2000, *Quadrating restitution and unjust enrichment: A matter of principle?*, *R.L.R.* 257.
- Calamari J. D., Perillo J. M. 1998, *The law of contracts*, St. Paul, Minn.
- Castronovo C. 1989, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, 481 ss.;
- Ceccherini G. 1989, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano.
- Ceccherini G. 1990, *Risarcimento e riparazione in forma specifica*, in *Foro it.*, I.
- Ceccherini G. 1991, *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, in *Contratto e impr.*, 1991.
- Cender J. 1995, *Knocking opportunism: a reexamination of efficient breach of contract*, *Ann. Surv. Am. L.* 689.
- Chiancone A., Porrini D. 1996, *Lezioni di analisi economica del diritto*, Torino.
- Coase R. 1960, *The problem of social cost*, 3 *J. L. & Econ.* 1.
- Cooter R., Mattei U., Monateri P.G., Pardolesi R., Ulen T. 2006a, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile²*, Bologna, vol. I – *Fondamenti*.
- Cooter R., Mattei U., Monateri P.G., Pardolesi R., Ulen T. 2006b, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile²*, Bologna, vol. II – *Applicazioni*.
- Cooter R., Ulen T. 2011, *Law and economics⁶*, Reading, Ma. e a.
- Craswell R. 1988, *Remedies, renegotiation and the theory of efficient breach*, 61 *S. Cal. L. Rev.*
- Di Majo A. 1993, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993.
- Di Majo A. 2006, *La riduzione della penale <<ex officio>>*, in *Corriere giur.*
- Ebene Cobelli C. 1991, *Risarcimento in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, II.
- Edelman J. 2002, *Gain-based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, Oxford e a.
- Edlin A. S., Schwartz A. 2003, *Private law, punishment and disgorgement: optimal remedies in contract law*, 78 *Chi-Kent L. Rev.* 33.
- Eisenberg M. A. 2005, *Actual and virtual specific performance, the theory of efficient beach, and the indifference Principle in contract law*, 93 *Cal. L. Rev.* 975.
- Eisenberg M. A. 2006, *The disgorgement interest in contract law*, 105 *Mich. L. Rev.* 559.
- Engler M.L., Heyman S.B., *The missing elements of contract damages*, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1931752>.

- Fabiani E. 1999, *Esecuzione forzata in forma specifica ed eliminazione dei vizi e/o difformità dell'opera appaltata*, in *Foro it.*, I.
- Farnsworth E. A. 1985, *Your loss or my gain? The dilemma of the disgorgement principle in breach of contract*, 94 *Yale L. J.* 1339.
- Farnsworth E. A. 1990, *Contracts*, Boston e a.
- Florida F. 2012, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*
- Friedman D. 1989, *The efficient breach fallacy*, 18 *JLS* 1.
- Friedmann D. 1995, *The performance interest in contract damages*, 111 *L. Q. Rev.* 628.
- Fuller L.L., Perdue W.R. 1963, *The reliance interest in contract damages*, 46 *Yale L. J.* 52.
- Gallo P. 1997, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1997.
- Gallo P. 2004, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, I.
- Gernen M. P. 2001, *What renders enrichment unjust?*, in *Symposium: Restitution and unjust enrichment*, 1927.
- Friedmann D. 2001, *Restitution for wrongs: the measure of recovery*, in *Symposium: Restitution and unjust enrichment*, 1879.
- Giglio F. 2003, *A systematic approach to 'unjust' and 'unjustified' enrichment*, 23 *Oxford J. Leg. Studies* 455.
- Goff R., Jones G. H. 2002, *The law of restitution*⁶, London.
- Grantham R., Rickett C. E. F. 2000, *On the subsidiarity of unjust enrichment*, 117 *L.Q.R.* 273.
- Grosskopf O. 2001, *Restitution and unjust enrichment: protection of competition rules via the law of restitution*, in *Symposium: Restitution and unjust enrichment*, 1981.
- H. Dagan 2001, *Restitution and unjust enrichment: mistakes*, in *Symposium: Restitution and unjust enrichment*, 1795.
- Holmes O. W. 1897, *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457 (1897).
- Jaffey P. 2000, *The nature and scope of restitution*, Oxford-Portland.
- Johnston D., Zimmermann R. 2002, *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, Cambridge.
- Kull A. 2001, *Disgorgement for breach, the "restitution interest", and the Restatement of contracts*, 79 *Tex. L. Rev.* 2021.
- Libertini M. 1987, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impr.*
- MacNeil I. R. 1982, *Efficient breach of contract: circles in the sky*, 68 *Vir. L. Rev.* 947.
- MacNeil I. R. 1982, *Efficient breach of contract: circles in the sky*, 68 *Vir. L. Rev.* 947.
- Mandrioli C. 1991, *Voce Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Digesto civ.*, Torino, 1991, VII.
- Mather H. 1982, *Restitution as a remedy for breach of contract: the case of the partially performing seller*, 92 *Yale L. J.* 14.
- Mc Camus J. D. 2003, *Disgorgement for breach of contract: a comparative prospective*, 36 *Loy. L. A. L. Rev.* 943.
- McInnes M. 1999, *The measure of restitution*, (2002) *Univ. of Toronto L. J.* 63, nonché *Restitution, unjust enrichment and the perfect quadratino thesis*, *R.L.R.* 118.
- Medici C. 2003, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. critica dir. priv.*
- Mocciola M. 1984, *Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza*, in *Riv. critica dir. privato*, 1984.
- Nivarra L. 1989, *La tutela possessoria inespugnabile ed il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Giur. it.*, I, .
- O'Dair R. 1993, *Restitutionary damages for breach of contract and the theory of efficient breach: some reflections*, 46 *CLP* 113.
- O'Dair R. 1993, *Restitutionary damages for breach of contract and the theory of efficient breach: some reflections*, 46 *CLP* 113.
- Palmieri A. 2006, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza*, in *Foro it.*, I.
- Pardolesi P. 2001, *La responsabilità del «falsus procurator» opportunità perduta nell'ambito dell'interesse negativo?*, in *Foro it.*, I.

- Pardolesi P. 2003, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 713.
- Pardolesi P. 2004, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie*, in *Foro it.*, I.
- Pardolesi P. 2005, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.
- Pardolesi P. 2006, *Voce Disgorgement*, *Enciclopedia Giuridica Italiana – Treccani* (sezione Aggiornamenti), vol. XIV, Roma.
- Pardolesi P. 2011, *Vorrei, ma... Sviluppi in tema di disgorgement*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. Pardolesi, Bari.
- Pardolesi P. 2012, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari.
- Pardolesi P. 2013, *Responsabilità civile e arricchimento ingiustificato per lesione del diritto d'autore e dei diritti di proprietà industriale*, in *Commentario del Codice civile – Dei fatti illeciti*, a cura di U. Carnevali, Milano.
- Pardolesi P. 2015a, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari.
- Pardolesi P. 2015b, *An italian way to disgorgement of profits?* in *Disgorgement of profits. Gain-based remedies throughout the world*, a cura di E. Hondius – A. Janssen, Springer.
- Pardolesi R. 1986, *Le sezioni unite su debiti di valuta e inflazione: orgoglio (teorico) e pregiudizio (economico)*, in *Foro it.*, I.
- Pardolesi R. 2008, *Debiti di valuta, «danno da svalutazione» (e il «disgorgement» che non t'aspetti)* *Foro it.*, 2008, I.
- Pardolesi R. 2009, *I rimedi*, in *Lezioni sul contratto*, a cura di A. Orestano, Torino, 2009.
- Perfetti U. 2006, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto ancora da chiarire*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, II.
- Polinsky A. M. 1992, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*², trad. it. a cura di R. Pardolesi, Roma.
- Posner R. A. 1992, *Economic analysis of law*, Boston – Toronto – London.
- Proto Pisani A. 1983, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, V.
- Ricca M., Sbriccoli T. 2015, *Notariato e diritto interculturale. Un viaggio giuridico-antropologico tra i notai d'Italia*, in *Calumet- intercultural law review*, www.windogem.it
- Roberts C. L. 2008b, *A commonwealth of perspective on restitutionary disgorgement for breach of contract*, 65 *Wash. & Lee L. Rev.* 945.
- Roberts C. L. 2009, *Restitutionary disgorgement as a moral compass for breach of contract*, 77 *U. Cin. Law. Rev.* 991.
- Roberts C. L. 2008a, *Restitutionary disgorgement for opportunistic breach of contract and mitigation of damages*, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1152303>.
- Rudden B., Juillard P. 1986, *Teorie de la violation efficace*, in *Rev. int. droit comp.*
- Sacco R. 1992, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino.
- Salvi C. 1989a, *Voce Risarcimento del danno*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XL.
- Salvi C. 1989b, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, I.
- Schiavone G. 2006, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, in *Resp. civ.*
- Scognamiglio R. 1957, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*
- Sforza G. 1978, *Ordine di cessazione dell'illecito e risarcimento in forma specifica*, in *Foro it.*, I.
- Siems M. 2004, *Disgorgement of profits for breach of contract: a comparative analysis*, 7 *Edin. L. Rev.* 27.
- Smith L. 1995, *Disgorgement of the profit of breach of contract: Property, contract and efficient breach*, 24 *Can. Bus. L. T.* 121.
- Smith L. 2001, *Restitution: the heart of corrective Justice*, in *Symposium: Restitution and unjust enrichment*, 2115;
- Spoto G. 2006, *La clausola penale eccessiva tra riducibilità d'ufficio ed eccezione di usura*, in *Europa e dir. Privato*.
- Tatarano M. 2006, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*, in *Notariato*.
- Thel S., Siegelman P. 2011, *You do have to keep your promises: a disgorgement theory of contract remedies*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* 1181.
- Travaglino G. 2005, *Clausola penale manifestamente eccessiva e potere di riduzione d'ufficio*, in *Corriere merito*.
- Ulen T. 1984, *The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies*, 83 *Mich. L. Rev.*

358.

Vanzetti A. 2006, *La “restituzione degli utili” di cui all’art. 125, n.3, C.P.I. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*.

Warkol C. S. 1998, *Resolving the paradox between legal theory and legal fact: the judicial rejection of the theory of efficient breach*, 20 *Cardozo L. Rev.*

Weinrib E. J. 2003, *Punishment and disgorgement as contract remedies*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 *Chi.-Kent. L. Rev.* 55.

Whitty N. R. 2002, *Rationality, nationality and taxonomy of unjustified enrichment*, in *Unjustified enrichment: key issues in comparative perspective*, a cura di D. Johnston e R. Zimmermann, Cambridge.

Wonnell C. T. 1996, *Replacing the unitary principle of unjust enrichment*, 45 *Emory L. J.* 153.

Email: paolo.pardolesi@uniba.it

Publicato on line il 29.11.2017