



SALVATORE MAZZAMUTO

Professore Emerito Diritto Civile – Università degli Studi Roma Tre

LA PROSPETTIVA DEI RIMEDI IN UN SISTEMA DI *CIVIL LAW*: IL CASO ITALIANO*

SOMMARIO: 1. Diritto e processo. – 2. La progressiva affermazione delle tutele specifiche. – 3. La prospettiva dei rimedi. – 4. Principio di effettività e rimedi.

1. – L’odierna configurazione dei singoli ordinamenti è caratterizzata, sia pure nella varietà delle soluzioni proprie di ciascuna tradizione culturale e di ciascun sistema, dal progressivo emergere e consolidarsi di uno spazio istituzionale e teorico specificamente rivolto ai problemi della tutela giurisdizionale dei diritti: da qui la creazione di un’apposita disciplina legale intesa a regolare l’esercizio del diritto nel processo; da qui, anche, il diffondersi di una concettualogia autonoma rispetto al c.d. “diritto sostanziale”, costituente una branca a se stante della scienza giuridica ossia, per l’appunto, il diritto processuale civile.

L’enfasi posta sul processo come dimensione peculiare dell’esperienza giuridica è, certo, in gran parte giustificata nella misura in cui le norme che lo governano sembrano seguire una logica loro propria, come dimostra, solo per fare un esempio, il rilievo mantenuto dal formalismo degli atti processuali. Purtroppo, bisogna dire che talvolta ci si è spinti troppo in là nel rivendicare l’autonomia del processo, facendo di quest’ultimo, e dei suoi istituti, un corpo separato dal resto del sistema giuridico.

Il diritto fatto valere nel processo, in realtà, non è cosa diversa dal diritto attribuito dalla legge: si potrebbe anzi dire che la tutela giurisdizionale è la continuazione della tutela sostanziale in altra forma, ovverossia che la tutela giurisdizionale è la risultante

¹Il presente scritto è destinato al Convegno internazionale di diritto civile che si è tenuto a Lima dal 27 al 31 maggio 2019 per cura della Pontificia Università Cattolica del Perù.

JUS CIVILE



dell'adattarsi dell'ordinamento alla crisi delle condizioni fisiologiche di fruibilità del diritto da parte del titolare. A conferma di tutto ciò, oltre alle norme del codice di procedura civile, che subordinano l'esercizio dell'azione alla legittimazione e all'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), si può richiamare la circostanza che la tutela giurisdizionale tende, almeno entro certi limiti, a conformarsi, per un verso, alle caratteristiche della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio e, per altro verso, alle caratteristiche della lesione contro la quale il titolare del diritto agisce. Si avrà, pertanto, una pluralità di forme di tutela, nel cui labirinto sarà possibile orientarsi solo mantenendo fisso lo sguardo sulla situazione soggettiva di volta in volta chiamata in causa e che sono talora anche cumulabili: si pensi all'avente diritto che esercita nei confronti dell'obbligato l'azione di adempimento e gli chiede anche il risarcimento per il ritardo.

Così, in via puramente esemplificativa e senza alcuna pretesa di completezza, si potrà dire che i diritti assoluti, l'attuazione dei quali non implica la cooperazione da parte di alcuno, godono di una tutela restitutoria intesa a ripristinare lo stato di cose – giuridico o materiale – anteriore alla lesione; mentre i diritti relativi, in particolare il diritto di credito, l'attuazione dei quali esige la cooperazione dell'obbligato, godono di una tutela satisfattoria intesa a far conseguire al titolare del diritto, in via surrogatoria od anche tramite misure coercitive sull'obbligato, l'utilità che egli avrebbe dovuto ricevere dalla controparte (v., per un verso, gli artt. 2740 e 2910 c.c.; per altro verso, gli artt. 2930 ss. c.c.).

Nell'alveo della tutela restitutoria intesa a ripristinare in tutto o in parte lo *status quo ante* rientrano: a) la tutela invalidatoria di atti di autonomia privata la quale è disposta a volte *ope legis* ed è quindi oggetto di mero accertamento in sede giudiziale (ad es. nullità) ovvero *ope iudicis* ed è oggetto di accertamento costitutivo sempre in sede giudiziale (ad es. annullabilità e rescindibilità); b) la tutela caducatoria di rapporti giuridici di fonte contrattuale la quale è anch'essa disposta a volte *ope legis* ed è quindi oggetto di mero accertamento in sede giudiziale (ad es. risoluzione di diritto) ovvero *ope iudicis* ed è oggetto di accertamento costitutivo sempre in sede giudiziale (ad es. risoluzione giudiziale).

È comune, poi, ad entrambe le categorie di diritti assoluti e relativi, la tutela risarcitoria il cui scopo è quello di ristorare la parte lesa del pregiudizio economico derivante dalla condotta illecita di un terzo. La forma di tutela risarcitoria segue regole almeno in parte diverse a seconda che la perdita economica derivi dall'inadempimento del debitore o comunque dalla violazione di un obbligo (responsabilità contrattuale: art. 1218 c.c.) o da un danno ingiusto (responsabilità extracontrattuale: art. 2043 c.c.), ed il suo essere applicabile indifferentemente ad entrambe le categorie di diritti indica che qui la tutela si mo-



della, piuttosto, sul tipo di lesione da riparare – cioè il danno come perdita patrimoniale – potenzialmente riferibile ad ogni sorta di situazione giuridica attiva finanche all'interesse legittimo.

L'articolazione della tutela giurisdizionale dei diritti secondo il criterio delle forme di tutela rinvia alle finalità ultime che la tutela stessa di volta in volta persegue, ma non bisogna tuttavia dimenticare che ciascuna forma di tutela si può avvalere di tecniche di tutela differenti: la tutela risarcitoria, ad es., può impiegare lo strumento classico, e ad essa certamente più congeniale, del risarcimento per equivalente (art. 2056 c.c.) epperò, a certe condizioni, si può realizzare anche per il tramite del risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.) che è una tecnica *lato sensu* restitutoria; e, ancora, la tutela restitutoria in senso proprio può inverarsi attraverso sentenze di mero accertamento (v. artt. 949; 1012, comma 2; 1079; 1418; 2653 c.c.) o sentenze costitutive quali le sentenze di annullamento (art. 1441 c.c.) ovvero sentenze di condanna portanti obblighi di restituzione (v. art. 948 c.c.) o di cessazione (v. art. 949, comma 2, c.c. ove è previsto che il proprietario, in presenza di turbative o molestie da parte di terzi, possa chiedere al giudice che ne ordini la cessazione oltre al risarcimento del danno): in quest'ultimo caso si parlerà di azione inhibitoria, volendosi alludere ad un bisogno di tutela che può venire soddisfatto solo inibendo l'adozione o, più spesso, la continuazione di una data condotta.

2. – Il quadro sin qui delineato ha avuto nel tempo uno sviluppo in senso diacronico che merita di essere ricordato, giacché la scarsa attenzione alla prospettiva storica può condurre ad una perdita di senso del prevalere e consolidarsi di talune prese di posizione sul piano teorico, normativo e giurisprudenziale, le quali risulterebbero irrimediabilmente appiattite e annacquate in una ricostruzione sintetica di tipo esclusivamente sincronico.

Il punto di partenza di tale processo di sviluppo può essere collocato negli anni Settanta. In quegli anni particolarmente fecondi dal punto di vista della tutela dei diritti si assiste ad un movimento legislativo, dottrinale e giurisprudenziale che, da un lato, si colloca nel solco dell'attuazione dell'art. 24 Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») e, dall'altro lato, spinge ad una considerazione autonoma del momento della tutela, non più relegata ai margini della riflessione giuridica e affidata a istituti di carattere generale di ordine processuale e sostanziale poco attenti all'effettività del bisogno di protezione incorporato nelle singole situazioni giuridiche soggettive. Il la è dato dall'emanazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori (l. 20



maggio 1970, n. 300) che prevede strumenti di protezione inediti quali la reintegrazione nel posto di lavoro o la repressione delle condotte antisindacali (artt. 18 e 28 st. lav.).

La svolta dottrinale è segnata da alcune tappe altrettanto fondamentali: la percezione dell'inarrestabile avvicinamento tra la tutela del creditore e la tutela reale dei diritti assoluti¹; la distinzione tra forme e tecniche di tutela, che crea un quadro mobile a incastro aperto all'individuazione di rimedi a beneficio di situazioni soggettive sino ad allora prive di adeguata tutela ovvero destinate puramente alla tutela risarcitoria²; la revisione delle categorie concettuali e delle prassi interpretative della scienza processualistica che fanno riconsiderare, a vantaggio di diritti fondamentali o comunque non patrimoniali, gli ambiti della tutela penale della condanna e dell'esecuzione forzata in forma specifica e aprono innanzitutto all'atipicità dell'azione civile³.

L'affermazione di una priorità dell'adempimento in natura rispetto alla sanzione risarcitoria e la conseguente ricerca di rimedi idonei a realizzarla sono tornati di moda negli ultimi anni, ma il pendolo ha oggi un altro significato. Se la declamazione dell'incoercibilità del fare e del non fare e il primato del risarcimento del danno per equivalente, al di fuori della tutela proprietaria e delle sue propaggini analogiche, coincise in età napoleonica con l'ideologia giusnaturalistica e con l'esigenza libertaria racchiusa nel brocardo "*nemo ad factum cogi potest*"; se il movimento di segno contrario dei nostri anni settanta si ispirò all'affermazione di valori personalistici e solidaristici ritenuti idonei a smantellare quel lontano *favor debitoris* di sapore vetero-liberale a vantaggio del titolare di situazioni attive particolarmente qualificate sul piano etico o sociale come ad es. il lavoratore subordinato⁴; l'odierno rilancio ha un valore aggiunto, giacché sembra fiorire proprio sul terreno dei rapporti mercantili un tempo ritenuti l'ideale pascolo della tutela risarcitoria per equivalente.

Quali argomenti a sostegno della tesi ora formulata? Per tutti la consacrazione della priorità dell'adempimento in natura in molte Direttive di fonte unitaria, indi nei Principi Unidroit (artt. 7.2.1. e ss. Principi Unidroit) e nei Principi Lando (artt. 9.101 ss.

¹ Giorgianni, *Tutela del creditore e «tutela reale»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 853 ss.

² DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 11 ss.; S. MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, ivi, p. 453 ss.

³ S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 119 ss. e già ID., *L'incoercibilità degli obblighi di fare. Profili storico-critici*, in *Economia e credito*, 1976, p. 500 ss.; PROTO PISANI, *L'effettività della tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1975, p. 621 e ss.; DI MAJO, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Roma, 1976, p. 15

⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, cit., p. 111 ss.



Principi di diritto europeo dei contratti) e, infine, nel *Draft Common Frame of Reference (Draft)* (artt. III – 3: 301 DCFR). È indubbia, infatti, la destinazione ai rapporti mercantili dei Principi Unidroit, ma altrettanto può dirsi del diritto di origine unitaria, che batte la via prevalente, anche se non esclusiva, della tutela del consumatore, ed ha di mira in realtà soprattutto la tutela del mercato; per non tacere dei Principi Lando, che con operazione analoga alla cosiddetta commercializzazione del nostro codice civile vigente hanno fatto assurgere alcuni dei contenuti di quel diritto di origine unitaria a principi del futuro diritto comune europeo delle obbligazioni e dei contratti: così è per la materia della formazione del contratto che generalizza trasparenza ed informazioni tipiche del consumerismo⁵ ed anche per l'adempimento in natura dell'obbligazione⁶. Altrettanto può dirsi per la *Schuldrechtmodernisierung* del legislatore tedesco che nel 2002 ha adottato un analogo canone di consumerizzazione del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti⁷.

Gli esempi offerti dal diritto comunitario prima e unitario ora sono numerosi. Basti ricordare l'uso frequente del rimedio inibitorio, ora rivolto a tutelare il diritto collettivo ad una contrattazione giuridicamente corretta in materia di clausole abusive, ora addirittura a tutelare un più ampio diritto individuale o collettivo alla sicurezza e qualità dei prodotti e servizi, ad un'adeguata informazione e corretta pubblicità, ad una contrattazione trasparente ed equa od ancora a garantire un'equa disciplina dei termini di adempimento, nell'interesse delle piccole e medie imprese.

Il rimedio inibitorio è stato introdotto, in un primo tempo, negli artt. 139 e 140 c. cons. in materia di legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e degli utenti finali con gli artt. 16 e 17 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221. L'art. 5 della recente legge del 12 aprile 2019 n. 31, in un secondo tempo, ha abrogato gli artt. 139, 140 e 140 *bis*

⁵ GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 144 ss., spec. p. 157 ss.; D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 159 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forme negoziali*, Napoli, 1999; NAZZARO, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747 ss.; ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2008, p. 391 ss.; ID., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss.; SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto Acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 59 ss.; STANCA, *Informazioni ingannevoli e rimedi contrattuali: profili ricostruttivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 204 ss.

⁶ S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, p. 18 s.

⁷ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 3^a ed., p. 21



cod. cons. La legge in parola, che entrerà in vigore decorsi 12 mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, procede, com'è noto, alla generalizzazione della disciplina delle azioni di classe attraverso il suo spostamento dal codice di consumo al codice di procedura civile, nel quale viene introdotto il Titolo VIII *bis*. Tale cambiamento non incide in maniera rilevante sul senso del discorso svolto sin qui.

Il rimedio inibitorio qui non assume solo un carattere protettivo degli interessi del singolo consumatore, ancorché rappresentato dalle associazioni di categoria, ma anche un carattere di intervento regolativo del mercato. Tale assunto trova origine nella mutata considerazione della figura del consumatore che, nella prospettiva europea, trascorre dalla posizione di soggetto debole, al più da risarcire, alla posizione di agente economico, interprete della razionalità del mercato e delle sue regole⁸.

L'accettazione delle tutele specifiche tra i rimedi compatibili con l'economia di mercato retta dal principio della concorrenza spiega anche la circostanza che, nell'esperienza italiana, si siano attenuate le resistenze ad introdurre una disciplina generale dell'esecuzione indiretta a carattere pecuniario, oggi dettata dall'art. 614-*bis* c.p.c., e che tali resistenze si siano semmai spostate – come si vedrà meglio appresso – sul versante dei rapporti di lavoro subordinato all'insegna di una riscrittura in chiave neoliberalista delle regole del mercato del lavoro.

Le forme di tutela costituiscono gli schemi generali di risposta ad un bisogno di protezione e quindi introducono una distinzione funzionale incentrata sulla modalità concreta di soddisfacimento di tale bisogno. Le tecniche di tutela, a loro volta, rappresentano i meccanismi, processuali o meno, di attuazione delle forme di tutela: la loro fisionomia è solo strutturale ed esse si prestano, quindi, a veicolare in termini funzionali più forme di tutela.

⁸ ALESSI, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, a cura di Alessi, Palermo, 1999, 24; ID., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 961 ss., 981 ss.; CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. la disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, *ivi*, 2001, 703 ss.; PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, 340 ss.; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1085; ID., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, *ivi*, 2005, 55-56; ID., *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, 189, 438 ss.; NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, 108; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 99 ss.



3. – Nell’ambito di tale tassonomia, che ha molto contribuito allo svecchiamento teorico ed all’ampliamento interpretativo degli spazi di tutela offerti dall’ordinamento, si è affacciata negli ultimi anni, presa in prestito dal *common law*, la c.d. prospettiva dei rimedi, i quali costituirebbero un piano mobile di strumenti preposti non al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti, che rimane di competenza del diritto soggettivo e dei poteri e delle facoltà che lo compongono, ma al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all’inattuazione di un suo interesse per un ostacolo frapposto o per la sua violazione da parte di un terzo ⁹.

Il piano mobile di rimedi di cui si viene suggerendo la prospettazione consente di offrire risposte a bisogni di tutela che riguardano interessi già giurificati o che vanno affiorando nella prassi: il veicolo utilizzato sono le clausole generali o la ricerca interstiziale tra forme e tecniche di tutela nel serbatoio insospettato dell’ordinamento. La prima comparsa del concetto di rimedio nell’esperienza italiana si presenta, dunque, come una conseguenza della discesa del principio di effettività di cui all’art. 24 Cost. e come un ripudio del concettualismo della tradizione continentale e degli antichi steccati tra diritto sostanziale e diritto processuale.

L’attenzione dei giuristi ora si sposta sui dispositivi che stanno a ridosso del bisogno di tutela, ma l’effetto di ritorno sul sistema determina processi di destrutturazione delle categorie tradizionali e tentativi di risistemazione concettuale che si sovrappongono in modo trasversale alla stessa distinzione tra forme e tecniche di tutela. Tutto ciò è agevolato anche dalla stessa legge che con sempre maggiore frequenza, specie sulla spinta del diritto europeo, abbandona la logica puramente attributiva di nuovi diritti per dettare rimedi sostanziali e processuali, che si ricollegano a specifiche ratio di politica legislativa.

⁹ DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 363 ss.; ID., *La tutela civile*, cit., 13 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 2015, 703 ss.; MATTEI, *I Rimedi*, in ALPA – GRAZIADEI – GUARNIERI – MATTEI – MONATERI – SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2. *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2001, 105 ss.; MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 605 ss.; ID., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 209 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 585 ss.; S. MAZZAMUTO – PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1211 ss.; NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, *ivi*, 2015, 583 ss.; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent’anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 149 ss.; M. BARCELLONA, *L’ottica rimediale e la morte della legge*, *ivi*, 681 ss.

JUS CIVILE



L'idea che va maturando è che quella rimediale sia una prospettiva che può essere adottata tanto dal legislatore in sede di normazione, quanto dalla dottrina in sede di ricostruzione del sistema e, infine, dalla giurisprudenza. La percezione che si ha del rimedio è ancora intuitiva, ma offre già alcuni essenziali elementi connotativi in linea con lo sviluppo storico della nozione: 1) il rimedio è espressione di un potere di reazione del singolo (o comunque presuppone l'impulso di parte) alla violazione di un assetto preesistente o alla sua inattuazione per il sopraggiungere di un ostacolo e, dunque, all'insorgere di un bisogno di tutela; 2) il bisogno di tutela si raccorda ad interessi che non sono necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; 3) i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela, che vengono distillati dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale ed aspirano oramai ad una nuova tassonomia; 4) i rimedi vengono per lo più somministrati dal giudice sulla scorta di valutazioni che ne saggiano persino l'adeguatezza, la proporzionalità e la ragionevolezza; 5) il metodo rimediale serve ad evidenziare bisogni di tutela che la fattispecie classica non rende manifesti, nel tecnicismo della sua composizione, ma che si situano comunque anche in modo implicito nel circuito normativo dell'ordinamento; 6) tutto ciò consente di aprire il mondo delle tutele agli interessi emergenti dalla realtà effettuale, ma senza cadere nella libera «soluzione giudiziale di bisogni spesso ancora non scanditi dall'indistinto»¹⁰.

La costruzione di un'idea più completa di rimedio segna un passo in avanti con la riflessione intorno al contratto che definisce i rimedi ad esso connessi come risposte a bisogni di tutela collegati alla procedimentalizzazione dell'affare nel rinnovato quadro del contratto, che non è più soltanto fonte di effetti (diritti di credito, diritti reali, garanzie, assistiti dai loro tipici mezzi di tutela) ma, per l'appunto, programma negoziale costellato di rimedi, che si ripropongono di eliminare i conflitti via via prodottisi nella formazione e nell'esecuzione del rapporto.

Al fine di meglio delineare la fisionomia del rimedio, appare opportuno collocarsi nella prospettiva del giudice ed offrire una gradazione dei suoi possibili interventi: a) l'apprezzamento in concreto volto all'accertamento del presupposto di fatto di un diritto, potere o facoltà, il cui atto di esercizio non presuppone un conflitto specifico di interessi; b) l'apprezzamento in concreto di un conflitto di interessi risolto tramite l'applicazione della regola di prevalenza sancita dal diritto positivo o dall'autonomia privata; c) l'apprezzamento in concreto di un conflitto di interessi dipanato mediante bilanciamento

¹⁰ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 31.

JUS CIVILE



ove la legge (ad es. la clausola di buona fede) o l'autonomia privata lo consentano. Nella prima ipotesi non si dà luogo a rimedio, giacché l'atto di esercizio del diritto, potere o facoltà non soddisfa un bisogno di tutela insorto a seguito della violazione o inattuazione per un qualche ostacolo di un interesse primario, ma si limita a soddisfare un interesse protetto in assenza di conflitto specifico (per es. il recesso di pentimento; la revoca della proposta; la richiesta del prospetto informativo). Nella seconda e terza ipotesi si dà luogo a rimedio, giacché il mezzo di tutela irrogato dal giudice è strumento di composizione di un conflitto e, dunque, veicolo di soddisfacimento di un bisogno di tutela.

Un esempio che qui si suggerisce può risultare illuminante: si suole dire che il recesso di pentimento costituisca, a differenza del recesso nei rapporti di durata, un rimedio, ma ciò a stretto rigore non è vero ed è vero semmai il contrario, perché è solo nel caso del recesso di pentimento che si rintraccia una *ratio* normativa secca ed ineludibile legata alle nuove modalità particolarmente frettolose di conclusione del contratto, sicché il giudice è chiamato a verificare soltanto il presupposto del potere di scioglimento che si colloca nella struttura della fattispecie quale compensazione dello scarso *tempus cogitandi*, ma non a ricercare la giustificazione dell'atto di esercizio, tramite il proprio scandaglio degli interessi concretamente in gioco, che viceversa non è ricavabile dal mero esame della fattispecie. Si può, dunque, affermare che i rimedi in autotutela in senso proprio sono quelli non soltanto esercitabili in prima battuta stragiudizialmente, ma congegnati anche come risposte ad un bisogno di tutela e non già come una mera attribuzione di un potere o di una facoltà per la soddisfazione di un proprio interesse primario. Il recesso per giusta causa, allora, può essere considerato un rimedio perché formalizza un conflitto ed impone lo scandaglio del giudice, ed anche il recesso *ad nutum* (salvo il caso del recesso del consumatore) appare come un potere munito di risvolti rimediali tutte le volte in cui si ritiene possibile un analogo scandaglio sulla scorta del divieto dell'abuso del diritto. Analoghe caratteristiche sono esibite dall'eccezione di inadempimento: l'art. 1460 c.c. attribuisce alla parte del contratto con prestazioni corrispettive un mezzo di autotutela che non si esaurisce nell'esplicazione di una facoltà o di un potere sostanziale, ma rappresenta piuttosto la risposta ad un bisogno di tutela insorto a seguito dell'inadempimento di controparte e sollecita l'apprezzamento in concreto del giudice che, in un'ottica chiaramente comparativa, deve verificare la conformità o meno a buona fede del rifiuto di adempiere opposto dalla parte non inadempiente, anche alla luce delle caratteristiche del caso concreto.

Un esempio già ricordato che conviene riprendere è costituito dalla c.d. nullità di protezione (artt. 36, 134, 143 c. cons.) la quale: a) è rimedio posto a presidio del contenuto



minimo ed inderogabile del contratto del consumatore; b) non integra una nullità *assoluta* del contratto come tale operante *erga omnes*, ossia suscettibile di essere fatta valere dalle parti e da chiunque vi abbia interesse ed inoltre rilevabile d'ufficio dal giudice; c) integra piuttosto una nullità *relativa*, ossia suscettibile di essere fatta valere soltanto da una delle parti; d) è azionabile pertanto dal solo consumatore e semmai è rilevabile d'ufficio dal giudice ma soltanto nell'interesse del consumatore medesimo; e) è inoltre *parziale* perché determina l'inefficacia di una sola parte del contratto o addirittura di una singola clausola.

La nullità di protezione differisce, dunque, radicalmente dalla nullità tradizionale – che è invece la risposta dell'ordinamento all'assenza di un requisito essenziale dell'atto di autonomia privata od alla sua illiceità e ha di mira un interesse generale – giacché non attiene alla struttura del contratto (salva forse l'ipotesi dell'oggetto o del corrispettivo determinati in maniera poco chiara e comprensibile: art. 34, comma 2, c. cons.) ma risponde al bisogno di tutela della c.d. parte debole, la quale, non a caso, è l'unica a poter azionare il rimedio o nel cui interesse il rimedio può essere disposto dal giudice e soltanto per ottenere la caducazione della parte di regolamento iniqua. L'officiosità non è d'ostacolo, questa volta, al pieno riconoscimento della natura rimediale della nullità di protezione che si deve innanzitutto al suo carattere relativo e parziale e al rilievo, per l'appunto, dell'interesse particolare del consumatore, tanto più che il giudice che accerta *ex officio* il carattere abusivo della clausola non può dichiarare la nullità in presenza di un contrario avviso del consumatore.

La teoria dei rimedi sopra prospettata, del resto, quando incrocia la teoria del processo e, in particolare, gli elementi fondanti della domanda di parte quale atto indefettibile di esercizio del diritto di azione, del principio dispositivo e dell'interesse ad agire, richiede un chiarimento importante circa il rapporto tra poteri officiosi del giudice ed impulso di parte. Anche i mezzi di tutela giudiziari – che per loro intrinseca natura non si attingono a vocazione rimediale, per difetto ora dello specifico impulso di parte ora dell'apprezzamento in concreto ad opera del giudice, come ad es. nel caso della tutela di mero accertamento e dei poteri officiosi del giudice in materia di nullità o di decadenza – finiscono nel processo con l'assumere una sorta di rimedialità surrogata o secondaria, che viene immancabilmente indotta dai ricordati elementi della domanda di parte, del principio dispositivo e dell'interesse ad agire che il giudice è chiamato a valutare.

Il discorso sui rimedi, infine, si arricchisce oggi di una nuova accezione del termine che si avvicina ad un neologismo e che va oltre il minimo comune denominatore rappresentato sin qui dalla natura di dispositivo tecnico di reazione ad un assetto violato o inat-

JUS CIVILE



tuato per un ostacolo frapposto: un dispositivo – è il caso di ripeterlo – che si pone immediatamente a ridosso del bisogno di tutela e presuppone un impulso di parte ed una qualche valutazione del giudice. Il diritto di fonte europea inaugura, infatti, una nuova tecnica normativa che si può ancora una volta definire rimediale, ma in un'accezione assai più ampia, che porta il rimedio a ridosso non più esclusivamente del bisogno di tutela in chiave reattiva ma si dispone sotto forma di potere o facoltà alla realizzazione diretta del proprio interesse primario da parte del titolare.

A causa delle caratteristiche del diritto privato europeo, il quale si ripropone di armonizzare il diritto dei Paesi membri con riguardo a specifici obiettivi di regolazione del mercato in chiave concorrenziale e senza travolgerne le tradizioni giuridiche, il rimedio di diritto europeo rivela una spiccata tendenza ad aggirare la fattispecie domestica, mutandone la dinamica effettuale (il recesso di pentimento, la nullità relativa delle clausole abusive, le nullità di protezione) o contemplandone correttivi esterni (le inibitorie o il risarcimento del danno), ed assai meno di frequente ad intaccarne il cuore. Il rimedio di diritto europeo è, in altre parole, un correttivo della fattispecie che non ne presuppone necessariamente l'alterazione della struttura: l'esempio più calzante è rappresentato dalla disciplina europea della vendita di beni di consumo che lungi dal riscrivere l'intera normativa di tale contratto si limita ad introdurre un apparato rimediale prevalentemente rivolto ad imporre al venditore l'adozione di adeguati servizi postvendita. Sul punto va segnalato per completezza che, a partire dal 1° gennaio 2022, la dir. 99/44/CE sulla vendita dei beni di consumo verrà abrogata in forza del *restyling* compiuto dalla più recente dir. (UE) 2019/771, su determinati aspetti dei contratti di vendita di beni.

L'incidenza delle tecniche rimediali o processuali sulla forma di tutela che si modella sulla situazione sostanziale ma in una logica ancora astrattizzante è tornata alla ribalta di recente nell'ambito del c.d. diritto privato europeo, ossia del processo di armonizzazione dei diritti nazionali intrapreso dall'Unione europea. Un caso emblematico consiste nell'inedita tecnica di realizzazione in natura dell'interesse protetto adottata dalla dir. 99/44/CE sulla vendita di beni di consumo, trasposta negli artt. 128 ss. cod. cons. Il consumatore ha diritto al ripristino della conformità del bene al contratto e ciò imprime al vincolo di garanzia previsto dal diritto comunitario contenuto e funzione del tutto rinnovati rispetto a quelli delle garanzie edilizie contemplate dal codice civile: queste ultime hanno una vocazione al riequilibrio economico delle posizioni dei contraenti, mentre la garanzia di conformità mira alla tutela in natura dell'interesse del consumatore al conseguimento di un bene munito di determinate caratteristiche e qualità.

Perché parlare allora di rimedio? La risposta è che l'accezione europea di rimedio ha



in comune con quella prima delineata la circostanza che si tratta pur sempre di dispositivi tecnici posti immediatamente a ridosso del bisogno di tutela o dell'interesse primario tutelato e che, quindi, lasciano al legislatore interno e soprattutto all'interprete l'arduo compito di ricostruire i percorsi dogmatici che li rendano compatibili con le fattispecie retrostanti¹¹.

Il passaggio dalla teorica delle forme e delle tecniche di tutela, invalsa a partire dagli anni Settanta, alla successiva teorica dei rimedi, incentivata in una certa misura – come s'è visto – dal diritto privato europeo e tacciata a volte di pura moda o di pura suggestione¹², segna, in realtà, un cambiamento di grande rilievo che continua a porsi, tuttavia, nel solco del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost.

Forme e tecniche di tutela danno vita ad un quadro mobile di interrelazioni che aprono spazi inediti al reperimento di uno strumentario di protezione di interessi prima negletti, ma tali interrelazioni non possono ignorare che tali figure hanno una strutturazione normativa, che consente solo sino ad un certo punto di piegarle al bisogno di protezione emergente, e, soprattutto, non si prestano alla giurificazione di interessi nuovi, rimanendo ancorate per lo più alla logica della fattispecie.

I rimedi, viceversa, tendono a modellarsi, in una logica prevalentemente funzionale, sul particolare bisogno di tutela scrutinato nella previsione normativa dal legislatore in relazione a specifiche *rationes* di politica legislativa ovvero sul concreto bisogno di tutela scrutinato dal giudice nell'esame del caso singolo, presi entrambi a parametro condizionante della propria fisionomia senza badare ai necessari raccordi sistematici. Ma v'è di più. I rimedi si prestano a ripudiare la logica della fattispecie attributiva di diritti ed a fungere da veicoli di giurificazione di interessi nuovi tramite l'utilizzo delle clausole generali o l'applicazione diretta dei principi costituzionali. È evidente l'alto tasso di discrezionalità in tal modo riservato all'interprete, anche se appare comunque possibile un'opera di contenimento affidata alle cautele e alle controindicazioni ricavabili dal circuito normativo dell'ordinamento.

¹¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo* cit., pag. 39; v. anche MATTEI, *I rimedi*, in *La parte generale del diritto*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, p. 107 ss.; DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 154 ss.

¹² Un tale giudizio è adombrato da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* cit., p. 8 e *passim* nonché da NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 610 ss.



4. – Qualche accenno in più va dedicato al principio di effettività: come tutte le categorie controverse, anche l'effettività ricorre nei discorsi dei giuristi in una pluralità di accezioni non tutte convergenti né ispirate a un medesimo ordine di idee¹³, anche se è prevalente la nota di fondo per cui l'effettività indica la pratica applicativa che assicura che le disposizioni normative, assunte in astratto, trovino una compiuta rispondenza nelle norme concrete che da tali disposizioni sono ricavate, scongiurando così il rischio dell'inattuazione totale o parziale del precetto¹⁴.

L'effettività opera come principio imponendo all'interprete di impegnarsi affinché il quadro degli interessi programmato nella disposizione trovi compiuta rispondenza nel quadro degli effetti ricavato dall'applicazione della disposizione. In questo senso assai lato, l'effettività impone un approccio pragmatico che del diritto esalta la natura di scienza pratica, con la conseguenza di individuare nell'applicazione della norma ai fatti il momento privilegiato della sua intelligenza. Purtroppo, in Italia e in Europa l'effettività viene con sempre maggiore frequenza impiegata per rendere presentabili operazioni che altro non sono se non giudizi di equità, ancorati alla convinzione – destituita di qualsiasi fondamento per lo meno nel contesto ordinamentale italiano e, in una certa misura, anche in quello dell'Unione europea – della legittimità di un diritto giurisprudenziale che camuffa come applicazione del diritto positivo operazioni in senso proprio creative della regola del caso concreto¹⁵.

L'assolutizzazione del punto di vista a partire dai rimedi, che proprio il principio di effettività suggerisce, ha accentuato, quindi, il soggettivismo dei giudici, come emblematicamente è accaduto nel noto caso CIR vs Fininvest¹⁶. Il ricorso al principio di effettivi-

¹³ Per una sintetica ed efficace panoramica cfr. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2017, p. 401 ss.; PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, *ivi*, p. 355 ss.; ID., *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 54 ss.; GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.

¹⁴ Sotto questo profilo, non è del tutto precisa la definizione di effettività proposta da PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, *cit.*, p. 335 ss. come idoneità del diritto a essere concretamente applicato e la ragione risiede nella circostanza che l'effettività esprime non già un'attitudine, una potenzialità, bensì una situazione efficiente, una condizione attuale.

¹⁵ Per le declinazioni del principio di effettività nel diritto privato europeo cfr. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato*, 2017, 16 ss.; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, *passim*; LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1071 ss.

¹⁶ Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Danno e resp.*, 2014, p. 123 ss. su cui cfr. i commenti critici di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, *cit.*, p. 193 ss. e di PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.*, 2013,



tà determina, occorre ribadirlo, la centralità del bisogno di tutela nei meccanismi argomentativi che presiedono all'applicazione del diritto: una volta definiti i contorni di tale bisogno, il giudice individua il rimedio più opportuno per offrire una risposta adeguata e attinge all'intero suo potenziale, senza curarsi di verificare se vi sia e in quale misura la formalizzazione dell'interesse la cui lesione o mancata realizzazione ha generato il bisogno di tutela (o, come un tempo si diceva, la domanda di giustizia) o se l'ordinamento, per quel minimo di formalismo che gli è intrinseco, non abbia disseminato il percorso di una qualche preclusione od ostacolo interpretativo.

Sul versante opposto, la replica talora è secca¹⁷: «E così, inesorabilmente, siamo giunti ai giorni nostri, nei quali il principio di effettività, affermato nella fase primordiale (...) come garanzia di tutela processuale dei diritti, si è stravolto nell'idea che non già la tutela come modalità di attuazione di un diritto o di una situazione soggettiva deve essere effettiva, ma addirittura viene atteggiata e configurata dal giudice in funzione dell'effettività del soddisfacimento del bisogno». La replica può essere persino apocalittica: l'ottica rimediale presuppone «la morte della legge e l'intronizzazione del giudice»¹⁸.

La durezza del contrasto non deve stupire dal momento che in gioco non vi è soltanto la questione del rapporto tra giudice e legge – che non va sistematicamente alterato, in nome di una sorta di persistente stato di eccezione, quasi che i rimedi scaturiscano da una clausola generale di equità emergenziale – ma la stessa prevedibilità delle regole, e, quindi, in ultima analisi, la libertà delle persone¹⁹.

A tale proposito vi è stata e continua ad esservi una posizione mediana che si prova a riassumere²⁰: il rimedio è l'espressione di un potere di reazione del singolo – o almeno, se officioso, richiede l'azione processuale di parte – a fronte della violazione di un ordine giuridico preesistente o della sua inattuazione per il sopraggiungere di un ostacolo, e, dunque, dell'insorgere di un bisogno di tutela in presenza di un conflitto specifico; il bisogno di tutela si raccorda ad interessi già selezionati e riconosciuti dall'ordinamento ma non necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; i rimedi costituiscono dispositivi

p. 1118 ss.; e quello più favorevole di DI MAJO, *La "via di fuga" nel torto aquiliano*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1098 ss.

¹⁷ CASTRONOVO, *Spigolature da Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di Grisi, Napoli, 2019, p. 711.

¹⁸ M. BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, *ivi*, p. 681 ss.

¹⁹ NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1211 ss.

²⁰ S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.

JUS CIVILE



tecniche, rivenienti da normative generali o circoscritte, che possono, quindi, venire estratti dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale e collaudati immediatamente a ridosso del bisogno di tutela ma non certo creati dal giudice; i rimedi vengono giudizialmente somministrati sulla scorta di valutazioni o bilanciamenti che utilizzano, fermo restando l'ineliminabile apprezzamento di interessi, i criteri dell'adeguatezza, della proporzionalità e della ragionevolezza, soltanto ove lo consentano norme apposite o clausole generali direttamente applicabili; la predicata duttilità del rimedio non esime la dottrina dalla ricerca di una nuova tassonomia e dallo sforzo di una rielaborazione dottrinale.