

Salvatore Mazzamuto

Traccia scritta dell'intervento preparato in occasione della inaugurazione dell'anno accademico 2021/2022 del Dottorato in Studi Giuridici Comparati Europei – Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento, 6 aprile 2022.

FORME E TECNICHE DI TUTELA/RIMEDI

L'art. 24 Cost. si riferisce al caso in cui la tutela intesa in senso stretto passi attraverso un organo dello Stato, il giudice, investito del compito di mandare ad effetto le posizioni di vantaggio, riconosciute dall'ordinamento ai privati, ogni volta che ciò non accada in modo spontaneo. Si parla, qui, di tutela giurisdizionale dei diritti (v. anche l'art. 2907 c.c.) e, sebbene la legge conosca anche ipotesi di tutela stragiudiziale, non vi è dubbio che sia la tutela giurisdizionale a dominare la materia:

Quanto affermato da ultimo trova riscontro nell'esperienza storica e nella odierna configurazione dei singoli ordinamenti, caratterizzati, 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 – all'esito di fase storica caratterizzata da pulsioni di tipo statalista – di un'apposita disciplina legale intesa a regolare l'esercizio del diritto nel processo; da qui, anche, il diffondersi di una concettualità 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, ovvero che la tutela giurisdizionale è la risultante dell'adattarsi dell'ordinamento alla crisi delle condizioni fisiologiche di fruibilità del diritto da parte del titolare. Il dibattito intorno al rapporto tra diritto soggettivo e azione – l'atto fondativo

del quale suole farsi risalire alla celebre prolusione bolognese del 1903 di Giuseppe Chiovenda – rappresenta uno dei punti più alti raggiunti dalla scienza giuridica italiana nel secolo scorso. Una circostanza, questa, riconducibile al convergere di tre progetti: quello culturale, di traghettamento delle categorie romanistiche entro le forme del diritto moderno (emblematico al riguardo il caso della *Methodenstreit* intorno al concetto di *actio* che ebbe come protagonista B. Windscheid); quello politico, di integrale assorbimento della procedura civile entro la logica del monopolio statale della produzione giuridica; quello accademico, di emancipazione della dottrina del processo dal paradigma di una strumentalità solo servente rispetto al diritto civile (che è quanto dire all'autonomia privata). Il risultato finale del concorso di questi fattori, verosimilmente al di là delle intenzioni dello stesso Chiovenda, fu la c.d. teorica dell'azione in astratto, per la quale l'azione medesima è un diritto soggettivo del tutto autonomo da quello sostanziale dedotto in giudizio.

La linea di continuità tra posizione sostanziale e azione trova invece conferma, oltre che nelle norme del codice di procedura civile che subordinano l'esercizio dell'azione alla legittimazione e all'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), anche nella 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 (di Majo), 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.); od ancora di un tutela costitutiva (art. 2932 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);

c) la tutela surrogatoria, posta a beneficio del creditore che la esercita, presuppone l'inerzia del debitore ed ha carattere recuperatorio;

d) la tutela revocatoria ordinaria o *pauliana* stabilisce, che, se il debitore compie, nelle more dell'adempimento, atti di disposizione del suo patrimonio tali da pregiudicare le ragioni del creditore, il creditore medesimo può chiedere al giudice di dichiarare l'inefficacia di tali atti nei propri confronti. Anche l'azione revocatoria esibisce una funzione cautelare, permettendo al creditore di mantenere inalterato il patrimonio del debitore in vista dell'eventuale azione esecutiva. Dal momento che i beni che compongono il patrimonio del debitore non vengono sottratti alla sua disponibilità, se non con il pignoramento, è necessario, affinché il singolo bene fuoriuscito dal patrimonio rimanga assoggettato all'azione esecutiva, che l'atto dispositivo sia dichiarato inefficace;

e) la tutela revocatoria fallimentare, che costituisce una variante dell'*actio pauliana*, è disciplinata in caso di fallimento dell'imprenditore per gli atti compiuti durante lo stato di insolvenza e potenzialmente pregiudizievoli per le ragioni dei creditori.

Ad entrambe le categorie di diritti assoluti e relativi sono comuni, poi, sia la tutela cautelare sia 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 modella, 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.

Per ciò che concerne il rapporto tra diritto e processo e la possibilità di una sorta di dialogo tra forme e tecniche di tutela, appare paradigmatica la

vicenda del **concorso di responsabilità** ovvero l'idea antica e molto diffusa in dottrina e giurisprudenza secondo cui, in talune circostanze, il danneggiato può scegliere tra la disciplina della responsabilità contrattuale e quella della responsabilità extracontrattuale. È proprio l'alternatività a pretendere, almeno sul piano sostanziale, l'utilizzo del "concorso" e non del "cumulo", che invece indicherebbe la possibilità per il danneggiato di sommare i vantaggi delle due discipline. Si pensi al caso classico in cui la persona trasportata subisca un danno in uno scontro ferroviario: la giurisprudenza ammette pacificamente che il danneggiato, a tutela della propria integrità fisica, possa agire sia per inadempimento del contratto di trasporto ex art. 1681 c.c. sia per via extracontrattuale ex artt. 2043 c.c. e 2054 c.c.

A voler semplificare, se dal punto di vista del diritto sostanziale nel concorso di responsabilità non v'è dubbio che siano state lese due situazioni giuridiche soggettive, sul piano della tutela processuale rimane il problema della sussistenza di un'unica azione – si avrebbe cioè un mero concorso di norme – o invece di un concorso di azioni. La circostanza che in concreto vengano lese due posizioni giuridiche sostanziali – e più in generale la sussistenza di un concorso di responsabilità – è in astratto compatibile, infatti, con la configurabilità di un unico diritto al risarcimento o, viceversa, di più diritti risarcitori e, conseguentemente, con più azioni (ancorché non cumulabili). In astratto, dunque, al "concorso sostanziale" di responsabilità può corrispondere un mero "concorso di norme", e dunque un'unica azione, o invece, come ritenuto dalla prevalente giurisprudenza, un concorso tra azioni autonome e indipendenti.

La questione non è puramente concettuale. Se in prospettiva processuale, il concorso di responsabilità è un concorso di sole norme, il giudice qualifica la domanda – sulla base dei fatti allegati e provati dalle parti – come azione contrattuale o come azione aquiliana, e si potrebbe anche ammettere un mutamento della domanda nel corso del giudizio. Più radicalmente, parte della dottrina ritiene inammissibile il concorso di responsabilità già sul piano sostanziale, dal momento che il rimedio aquiliano non opera in presenza dei presupposti del rimedio contrattuale. In altre parole, proprio perché più generale, la tutela aquiliana ha carattere sussidiario, per cui, quando danneggiante e danneggiato sono legati da un vincolo obbligatorio preesistente, il prodursi di un pregiudizio innesca unicamente la tutela contrattuale ex art. 1218 c.c. Accedendo a tale tesi, si ha com'è ovvio sul piano processuale un'unica azione, ma a differenza di quanto predicato dalla teoria del mero concorso di norme, l'azione è sempre e comunque contrattuale. La giurisprudenza, invece, appare ancora fedele all'idea del concorso di responsabilità e, sul piano processuale, ammette il cumulo o concorso elettivo di azioni, sicché la parte può chiedere il risarcimento senza indicare

quale azione stia esercitando, oppure invocare espressamente, in via alternativa o anche subordinata, sia l'azione contrattuale ex art. 1218 c.c., sia l'azione aquiliana ex art. 2043 c.c.

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, co. 2, 1079, 1418 e 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, co. 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 inibitoria volendosi alludere ad un bisogno di tutela che può venire soddisfatto solo inibendo l'adozione o, più spesso, la continuazione di una data condotta.

Quali **tecniche di tutela ascrivibili alla categoria degli altri o fatti idonei a produrre un rapporto giuridico obbligatorio** si annoverano la *negotiorum gestio* (art. 2028 ss. c.c.), la *condictio indebiti* (art. 2033 ss. c.c.) e l'arricchimento ingiustificato (art. 2041 ss. c.c.), tutti istituti egualmente espressivi di una tutela *lato sensu* restitutoria. La *condictio indebiti* si palesa nella sua duplice veste di tecnica di tutela che fronteggia l'indebito oggettivo (l'esecuzione di una prestazione o di un pagamento privo di giustificazione, ossia non dovuto ad alcun titolo, contrattuale o extracontrattuale che sia) o quello soggettivo (quando il *solvens* che adempie alla prestazione altrui ritiene in base ad un errore scusabile di essere debitore mentre debitore lo è in realtà un terzo). L'arricchimento senza causa rappresenta, invece, uno strumento di difesa residuale e sussidiario a favore di colui il quale abbia subito un danno, ma non sia in condizione di esercitare altra azione al fine di farsi indennizzare per il pregiudizio subito (art. 2042 c.c.). Una siffatta azione è proponibile contro colui che benefici di uno spostamento patrimoniale che lo arricchisca e che, specularmente, comporti l'impoverimento di un altro soggetto, senza che sussista alcuna correlazione tra il pregiudizio patrimoniale cagionato e l'arricchimento realizzato. Dall'assenza di giustificazione dello spostamento patrimoniale sorge pertanto, a carico del beneficiario dell'arricchimento e nei limiti dell'arricchimento medesimo, l'obbligo di indennizzare colui che si è impoverito della correlativa

diminuzione patrimoniale, e, qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, di restituire in natura la cosa ricevuta, purché questa sussista al tempo della domanda.

Oltretutto, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito pochi anni or sono il confine tra **regole di comportamento e regole di validità** nella sistematica dei mezzi di tutela. La violazione di regole di comportamento potrà dar luogo soltanto a responsabilità e, quindi, ad una tutela risarcitoria e non anche ad una tutela invalidatoria: è il caso, ad es., della responsabilità precontrattuale di cui agli artt. 1337 c.c., in tema di trattative e responsabilità precontrattuale, e 1338 c.c., in tema di conoscenza delle cause di invalidità o della violazione di specifici obblighi di informazione posti dalla legislazione consumeristica o a tutela dell'investitore. Il ricorso alla buona fede di per sé non è in grado, in altre parole, di varcare la soglia delle cause di invalidità del contratto che debbono rimanere immuni dalla stura imprevedibile della clausola generale e affidate alle regole ordinarie della disciplina legale per rispetto in buona sostanza della certezza del traffico giuridico.

L'incidenza delle tecniche rimediali o processuali sulla forma di tutela che si modella in conformità della 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 primo caso – che si è già ricordato – consiste nell'inedita tecnica di realizzazione in natura dell'interesse protetto adottata dalla dir. 1999/44/CE sulla vendita di beni di consumo, ora 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 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. Qui si ha un esempio lampante di come la previsione di un apposito rimedio (ossia il diritto al ripristino) possa incidere addirittura sulle caratteristiche della posizione sostanziale che dà ingresso alla tutela. Non c'è dubbio, infatti, che proprio tale diritto al ripristino fa pendere la bilancia dal lato della garanzia specifica di conformità in luogo dell'obbligazione di prestare una cosa conforme al contratto.

Un secondo caso è rappresentato dall'introduzione dello **strumento processuale dell'azione di classe risarcitoria in materia di rapporti di consumo**: qui si ha un esempio altrettanto lampante di influenza della tecnica processuale sulla funzione del rimedio prescelto ossia sulla forma

sostanziale di tutela, che consiste nell'emersione di una vistosa piegatura deterrente del risarcimento del danno. L'art. 140-*bis* cod. cons. disciplina la versione italiana della *class action* con significative variazioni rispetto al modello anglo-americano, attribuendo ai consumatori e agli utenti, anche mediante loro associazioni o appositi comitati cui viene conferito mandato, la possibilità di agire per la salvaguardia dei propri diritti omogenei individuali tramite l'accertamento della responsabilità, la condanna al risarcimento del danno e le restituzioni. L'azione di classe è un rimedio contro le condotte illecite del professionista idonee a ledere interessi identici di una pluralità di consumatori, provocando pregiudizi diffusi della medesima specie, che si possono ricondurre a tre categorie: *a*) le condotte che incidono su diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica; *b*) le condotte che fanno sorgere diritti identici in capo ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; *c*) le condotte da cui scaturiscono diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anti-concorrenziali.

L'azione di classe ruota attorno al meccanismo processuale dell'iniziativa individuale del singolo consumatore persona fisica o dell'ente rappresentativo e della successiva adesione, anche senza il ministero di un avvocato, di tutti coloro che reputino di vantare un diritto della medesima specie rispetto a quello di colui che ha incardinato l'azione. L'adesione presuppone il ricorso ad adeguati strumenti di pubblicità dell'azione che consentano agli interessati di divenire parti del giudizio. Si realizza in tal modo il sistema dell'*opt-in* che fa dipendere la partecipazione all'azione da una scelta esplicita del consumatore, piuttosto che – come nel modello *opt-out* – farla discendere in via automatica dalla mera identità di interessi rispetto a colui che intraprende l'iniziativa processuale, ossia dall'appartenenza alla classe, riconoscendo però la possibilità di abbandonare l'azione con la manifestazione del proprio disinteresse.

La *ratio* dell'azione di classe consiste nel rafforzamento della tutela del consumatore ottenuta vincendo la sua apatia nel ricorso alla via giudiziaria mediante uno strumento di aggregazione processuale che mira ad indurre il consumatore ad agire in giudizio anche dinanzi a inadempimenti e danni di portata non particolarmente significativa, se considerati nella loro individualità, ma di notevole impatto nel mercato, se valutati nel loro complesso a causa del carattere seriale. E per converso l'azione di classe esercita una funzione deterrente nei confronti del professionista grazie al rischio di dover sostenere un costo assai alto per danni di per sé magari bagatellari ma molto diffusi. Per scongiurare esiti di *overcompensation* e di

overdeterrence, l'iniziativa di un'azione di classe o l'adesione ad essa comportano la rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salve le ipotesi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti e non pregiudica l'azione individuale di coloro che sono rimasti estranei all'azione di classe. Non sono proponibili invece ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice.

Da ultimo, la l. n. 31/2019, con decorrenza 19/5/2021 a seguito di un reiterato slittamento dovuto all'infuriare della pandemia da Covid-19 (art. 31-ter, d.l. n. 137/2020), ha riformato l'istituto dell'azione di classe di cui al codice di consumo, estendendone la platea dei soggetti legittimati al di là dei consumatori e degli utenti e ne ha ricondotto la disciplina al codice di procedura civile, nel quale viene inserito un nuovo titolo VIII-bis, che si compone degli artt. da 840-bis a 840-sexiesdecies riguardanti l'azione di classe e l'azione inibitoria collettiva. La materia è stata oggetto di un recente intervento normativo di armonizzazione dei diritti nazionali da parte dell'Unione europea: la già menzionata dir. 2020/1828/UE, che peraltro abroga anche la dir. 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23/4/2009, sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori. La nuova direttiva riguarda tanto le azioni di classe di contenuto inibitorio (art. 8) quanto quelle di contenuto risarcitorio (art. 9).

La riforma prevede l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'azione di classe al di là della platea dei consumatori e degli utenti. L'azione sarà sempre esperibile da tutti coloro che avanzino pretese risarcitorie, in rapporto alla lesione di «diritti individuali omogenei», nei confronti delle imprese e degli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle rispettive attività, ed ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. La legittimazione ad agire con ricorso ex art. 702-bis c.p.c. ma con delle variazioni spetta a ciascun componente della "classe", nonché alle organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro che abbiano come scopo la tutela dei suddetti diritti e che siano iscritte nell'apposito elenco tenuto dal Ministero della Giustizia.

A differenza del codice del consumo, che consentiva l'adesione solo dopo l'ordinanza di ammissione dell'azione e prima della sentenza di merito, la nuova disciplina stabilisce che si può aderire all'azione di classe: a) nella fase immediatamente successiva all'ordinanza che ammette l'azione, la quale fissa un termine per l'adesione e definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei che consentono l'inserimento nella classe; b) ovvero nella fase

successiva alla pronuncia della sentenza che definisce il giudizio, la quale ancora una volta assegna il termine per l'adesione.

Il procedimento si articola, quindi, in più fasi concernenti l'ammissibilità dell'azione e la decisione sul merito che sono di competenza del Tribunale delle imprese e la liquidazione delle somme che è deferita ad un giudice delegato.

La procedura di esecuzione forzata potrà essere esercitata anch'essa in forma collettiva. È riconosciuta, a beneficio dei rappresentanti della classe e dei difensori, la c.d. quota-lite in misura inversamente proporzionale al numero dei componenti la classe medesima.

Accanto all'azione di classe è istituita **l'azione inibitoria collettiva** verso gli autori di condotte pregiudizievoli di una pluralità di soggetti. La legittimazione ad agire spetta a chiunque vi abbia interesse, oltre alle organizzazioni e associazioni prima ricordate, e il contenuto dell'inibitoria, rivolta ad imprese o enti gestori di servizi di pubblica utilità, consiste nell'ordine di cessazione del comportamento lesivo di una pluralità di individui ed enti, commesso nello svolgimento delle rispettive attività, ovvero nel divieto di reiterare una condotta commissiva o omissiva.

Il fronte della tutela costituisce uno dei profili centrali e più delicati dell'interesse legittimo, il quale, in primo luogo, delinea i confini della giurisdizione amministrativa (art. 24, co. 1, Cost.), ossia della giurisdizione affidata ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato. L'art. 7 c.p.a. prevede, infatti, che «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni». In secondo luogo, la salvaguardia degli interessi legittimi – ma, come si è visto, in determinate materie anche dei diritti soggettivi – è affidata a una pluralità di forme e tecniche di tutela a carattere costitutivo, dichiarativo, condannatorio in forma specifica, risarcitorio, quali, rispettivamente, l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo (art. 29 c.p.a.); l'azione di accertamento dell'obbligo di provvedere a fronte del silenzio dell'amministrazione (art. 31 c.p.a.); l'azione di adempimento e l'azione di risarcimento del danno (art. 30 c.p.a.).

Uno spazio molto rilevante nella tutela giurisdizionale dei diritti a contenuto patrimoniale e non patrimoniale è riservato alla c.d. attività cautelare (sequestri, provvedimenti d'urgenza, ecc.) la cui funzione è quella di evitare

che nel tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale se ne possa compromettere l'effettività. I presupposti per chiedere un provvedimento cautelare sono il *fumus boni iuris* ossia la ragionevole parvenza del buon diritto e il *periculum in mora* ossia il pericolo che l'attesa della tutela di merito possa produrre un pregiudizio grave e irreparabile: il relativo ricorso può essere presentato *ante causam* o nel corso del giudizio di merito già incardinato.

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.

Nell'ambito di tale tassonomia 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 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 (di Majo).

Il piano mobile di rimedi di cui si viene suggerendo la prospettazione consente di offrire risposte a bisogni di tutela che riguardano interessi già giuridificati 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.

Di recente Enzo Scalisi ha fornito un contributo notevole alla messa a fuoco della nozione di rimedio in ciò avvalendosi ancora una volta della sua padronanza dell'efficacia giuridica e dei suoi molti studi su alcuni degli strumenti di tutela più rilevanti, come le invalidità, specialmente le nullità, e il risarcimento del danno aquiliano.

La posizione in esame muove dall'esame critico delle principali concezioni sinora emerse nel dibattito scientifico e tende a elaborare una nozione abbastanza precisa della discussa figura. La conclusione alla quale egli perviene vede nel rimedio un dispositivo tecnico di realizzazione secondaria di un interesse, già positivamente valutato dal diritto, ma rimasto inattuato o violato. È un'idea non lontana da quanto io stesso avevo sostenuto in un saggio sulla nozione di rimedio nel diritto continentale.

Un altro nostro convincimento, accolto dalla dottrina in esame, è che laddove il giudice abbia il solo compito di accertare il presupposto di fatto di un diritto, potere o facoltà, il cui atto di esercizio non richiede un conflitto specifico che debba essere valutato e dipanato nel processo, ma si limita a soddisfare un interesse normativamente protetto, non saremo al cospetto di un rimedio, che pur sempre postula una valutazione o un bilanciamento giudiziale d'interessi, ma ad una semplice applicazione di una fattispecie astratta.

La tesi in discorso ravvisa nel rimedio un "effetto-secondo" dotato della «struttura di un'azione imposta dalla natura stessa dell'interesse tutelato e come tale normativamente prescritta» e vocato a svolgere «la funzione mediatrice di propiziare l'effettivo soddisfacimento dell'interesse» mediante «una trasformazione giuridica inquadrabile nel sottotipo dell'efficacia dichiarativo-rafforzativa in senso satisfattivo». Il rimedio si pone, dunque, in un rapporto assai stretto con l'interesse leso e con le potenzialità esplicative inscritte nel suo riconoscimento giuridico: quelle potenzialità che anzi il rimedio concorre a fare emergere. Al riguardo si avverte anche l'influenza su di un'autorevole dottrina (Messinetti) che ha teorizzato l'intrinseca normatività del rimedio.

La ricaduta sul piano applicativo si traduce nell'impossibilità di determinare *a priori* l'esatto contenuto sostanziale del rimedio, il quale è il più delle volte, «eccettuati i casi di rigorosa tipizzazione normativa, individuabile soltanto a posteriori, avuto riguardo cioè alla particolare natura dell'interesse da soddisfare, valutato in concreto e nei suoi elementi specificatori soggettivi e oggettivi nonché nella trama delle infinitamente variabili circostanze fattuali che fanno da quadro e contesto allo stesso interesse». Queste caratteristiche rendono il rimedio uno strumento giuridico dotato di particolare duttilità e flessibilità, proprio perché «non cristallizzato in appositi e rigidi stereotipi».

Lo sfondo filosofico di questa concezione va individuato nell'**adesione all'ermeneutica e al paradigma esplicativo della postmodernità**, di cui il rimedio asseconderebbe il ripudio dei rigidi e astratti schemi della modernità a vantaggio della recezione del discorso plurale fondato sul "pensiero del molteplice". Il riflesso sulla conformazione del rimedio risiede nella convinzione che esso «dialogando direttamente con il mondo dei fatti, al fine di misurarne la efficacia satisfattiva in termini di coerenza e adeguatezza ai concreti interessi ed esigenze tutelate, non ha bisogno della necessaria mediazione di precostituiti modelli legalistici calati dall'alto, uniformi e omogenei, del tipo per intenderci delle tradizionali situazioni soggettive, forgiate dalla modernità giuridica».

La concezione appena descritta, in definitiva, si sottopone alla fatica del concetto per decretare il suo sostanziale ripudio in sede di ricorso giudiziale al singolo mezzo di tutela. È una dommatica che si disfa della dommatica sicché, nelle sue ricadute applicative, tale approccio non diverge dalle conclusioni cui pervengono le concezioni più apertamente antiformalistiche che nel rimedio intravedono una delle modalità di legittimazione del diritto di matrice giudiziale.

Sul versante dell'approccio sistematico-dogmatico, la replica è secca:

«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» (Castronovo).

Addirittura apocalittica è la risposta di chi reputa che l'ottica rimediale presuppone

«la morte della legge e l'intronizzazione del giudice» (M. Barcellona).

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 persone.

A tale proposito la posizione preferibile è senza dubbio quella mediana che può essere sintetizzata in questi termini: 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 tecnici, 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; la predicata duttilità del rimedio non esime la dottrina dalla ricerca di una nuova tassonomia e dallo sforzo di una rielaborazione dommatica.

Nella prospettiva mediana si colloca anche la teoria del "giusto rimedio", formulata da Pietro Perlingieri, che è a sua volta espressione di principi generali come il diritto di difesa. In altri termini, l'ordinamento deve apprestare, nel rispetto del principio di proporzionalità, forme e tecniche di tutela adeguate al fine di dare tutela effettiva agli interessi meritevoli. Occorre, dunque, superare l'idea dell'eccezionalità e tassatività di certi mezzi di tutela con la conseguenza che lo strumento rimediabile deve essere ricondotto a una prospettiva normativa *standard*. Anche questa concezione sembra approssimarsi, quindi, all'idea che in sede di tutela possano essere compiute valutazioni "originarie" ad opera del giudice, ossia giudizi di valore tesi a fissare, anche al di là delle indicazioni fornite dalla legislazione, l'ampiezza del perimetro degli interessi giuridicamente rilevanti o addirittura la selezione di nuovi interessi sulla base delle domande di giustizia espresse dal corpo sociale e portate al cospetto dell'autorità giudiziaria.

L'idea che va maturando è che **quella rimediabile 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 ancora non formalizzati.

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 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 di 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 cod. 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 per lo più *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, co. 2, cod. 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 atteggiino 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 inattuato 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.

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 retrostanti.