

## ALCUNE OSSERVAZIONI IN TEMA DI RIMEDI

Fabrizio Piraino \*

SOMMARIO: 1. La tutela in natura del credito e la prospettiva rimediale - 2. La produzione normativa a vocazione rimediale - 3. L'emersione del concetto continentale di rimedio - 4. *Segue*: l'applicazione a taluni ipotesi controverse - 5. L'azione di adempimento nella prospettiva rimediale: tra dimensione sostanziale e dimensione processuale *tertium datur?*

1. Un'interessante prospettiva dalla quale meditare sul tema dei rimedi è rappresentata dalla riflessione sulla tutela in natura del diritto di credito, la quale ha negli ultimi anni – e specialmente in tempi recenti – imboccato con convinzione la via dell'approccio rimediale e, in alcuni casi, ne è forse rimasta addirittura assorbita, in tal modo offrendo un affresco particolarmente efficace delle distorsioni cui può venire sottoposto il discorso giuridico quando si assolutizza una prospettiva fino al rischio dell'ipostatizzazione.

La corretta impostazione del tema della tutela specifica dei diritti di credito non sembra passare per la dimensione rimediale intesa in modo univoco, ma esige piuttosto il compimento di un'analisi complessiva dell'ordinamento al fine di svelare l'attendibilità del significato che si è ritenuto di attribuire alle norme relative alla fase patologica del rapporto obbligatorio, anche alla luce delle indicazioni provenienti dal “diritto secondo” e dalla sue disposizioni sull'esecuzione in forma specifica.

La stretta interrelazione tra piano sostanziale e piano procedurale, in effetti, si comprende appieno soltanto nell'ottica della natura rimediale dell'adempimento in natura – nella duplice variante della pretesa dell'adempimento successivo (rimedio stragiudiziale) e dell'azione di adempimento (rimedio giudiziale) – che costituisce uno dei possibili mezzi di tutela contro l'inadempimento dell'obbligazione ed è volto ad ottenere l'esatta prestazione a fronte dell'inadempimento totale, del ritardo o

---

\* Ricercatore di diritto Privato nell'Università di Palermo.

dell'adempimento inesatto del debitore<sup>1</sup>, in vista del soddisfacimento – al limite in via coattiva – dello specifico interesse alla cui realizzazione il rapporto obbligatorio è preordinato<sup>2</sup>. È questa tuttavia una realtà ben nota alla migliore dottrina processualistica sin da un'epoca ancora ben poco avvezza all'attuale prospettiva rimediale e tuttavia già consapevole che «l'asserita ambiguità delle norme che prevedono le varie forme di tutela giuridica sussiste [...] solo per chi considera l'ordine sostanziale come del tutto scisso e senza comunicazione alcuna con l'ordine processuale. Ma quando, all'incontro, i due ordini si considerano come i due distinti aspetti di uno stesso fenomeno, allora l'esigenza sistematica che ha mosso il legislatore perde gran parte del suo significato, perché quale norma di carattere sostanziale, l'articolo in esame [l'art. 2930 *n.d.a.*] ha il significato di concorrere a determinare il contenuto del diritto subbiiettivo di credito (alla consegna), mentre dal punto di vista processuale esso è il presupposto per l'organizzazione tecnica del mezzo esecutivo»<sup>3</sup>.

La categoria del rimedio ha conquistato la ribalta del dibattito dottrinale nostrano in una con la sempre più diffusa consapevolezza dell'incapacità del binomio diritto-obbligo di rappresentare la complessa realtà dei rapporti giusprivatistici. Il diritto soggettivo ha costituito sin dall'illuminismo la categoria ordinante dei sistemi di diritto privato e il concetto-base della dogmatica civilistica: simbolo del giusnaturalismo e di una concezione filosofica di stampo squisitamente individualistico, nonché emblema della reazione all'assolutismo monarchico, solo in seguito calato nella coppia

<sup>1</sup> È questa la classica tripartizione della forme di inadempimento: sul punto cfr. M. Giorgianni, *L'inadempimento*<sup>3</sup>, Milano, 1975 39 s., il quale invero distingue tra adempimento inesatto, adempimento ritardato e inadempimento definitivo; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991 583 s.; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1979, sub artt. 1219-1222, 23 s.; Id., *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1997, 6 s.; C. Romeo, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008, 67 s.

<sup>2</sup> Sul punto cfr. A. Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, Art. 1453-1454, Bologna-Roma, 1990, 10, 32 s.; Id., *La compravendita*<sup>6</sup>, Torino, 2009, 299 s.; F. Piraino, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 543 s., in part. 547.

<sup>3</sup> G.A. Micheli, *Dell'esecuzione forzata*, in G.A. Micheli-G. Azzariti-G. Scarpello, *Tutela dei diritti*<sup>2</sup>, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 2930, Bologna-Roma, 1964, 167.

potere-dovere, quale sintesi della categoria del rapporto giuridico, nel frattempo assunta dalla pandettistica tedesca ad architrave dell'ordinamento giuridico, in segno di ripudio del pensiero giusnaturalistico e della visione individualistica del diritto<sup>4</sup>.

Alla fortuna della categoria del rimedio fa il paio la cortina di silenzio lentamente calata sul diritto soggettivo<sup>5</sup>, spesso sostituito nella razionalizzazione e nella sistemazione del materiale normativo dal concetto

---

<sup>4</sup> È sin troppo noto che F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1886 ha ordinato il sistema privatistico intorno al concetto di rapporto giuridico, così come è ben nota l'enorme influenza esercitata dal suo pensiero sulla scienza giuridica italiana: v. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 8 s. Sul concetto di rapporto giuridico v. altresì F.B. Cicala, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959 *passim*; Santi Romano, *Diritti assoluti*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 55 s.; Id., *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti*, cit., 100 s.; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 12-13; L. Bigliazzi Geri-U. Breccia-F.D. Busnelli-U. Natoli, *Diritto civile. 1\*. Norme soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 2000 253 s. Per una analisi della riflessione pandettistica proprio sul terreno del rapporto obbligatorio cfr. A. Barba, *La relatività dinamica del rapporto obbligatorio: prima riflessione storica*, in *Rass. dir. civ.*, 2005 297 s.

<sup>5</sup> Cfr. *ex multis* D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1 s. nonché in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, 79 s. da cui le ulteriori citazioni; F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 102; Id., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, rist. Napoli, 1998, 141 s.; S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1936, 46 s.; R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 71 s.; A. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, trad. it. *Norma giuridica e diritto soggettivo*, a cura di A. Levi, Padova, 1951, 206 s.; Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., 238 s.; E. Garbagnati, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 72 s.; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1952, *passim*; Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1954, 75 s., 397 s.; G. Ballardore-Pallieri, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus*, 1952, 1 s.; U. Natoli, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1959, *passim*; Cicala, *Il rapporto giuridico* cit., 57 s.; R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linea di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 115 s.; V. Frosini, *Diritto soggettivo*, in *Novissimo Dig. it.*, V, Torino, 1960, 1048 s.; W. Cesarini-Sforza, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 659 s.; F. Santoro Passarelli, *Diritti assoluti e diritti relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 749 s.; Id., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 70 s.; A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1967, 268 s.; N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1976, 55 s., 99; M. Comperti, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, 5 s.; P. Barcellona, *Il problema dei rapporti tra il soggetto e l'ordinamento*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Milano, 1978, 52 s.; P.G. Monateri, *Diritto soggettivo*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 416 s.; Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile. 1\**, cit., 282 s.; M. Graziadei, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in G. Alpa-M. Graziadei-A. Guarneri-U. Mattei-P.G. Monateri-R. Sacco, *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 1 s.; A. Gentili, *A proposito de «il diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 351 s.

di interesse protetto. È evidente la tendenza a ridurre il diritto soggettivo ad epifenomeno del diritto oggettivo e a negarne la realtà sul piano ontologico, di contro riconosciuta all'interesse proprio in virtù della sua natura extragiuridica. In tale ottica, il diritto soggettivo si esaurisce nella protezione accordata dalla norma e assume la pallida immagine di una «proiezione di norme, tutele, rimedi»<sup>6</sup>.

Tutto ciò determina un radicale mutamento di prospettiva nell'opera di edificazione del sistema, la cui chiave di volta non è più individuata nel diritto soggettivo ma nel mezzo di soddisfacimento dell'interesse meritevole di tutela, talora definito "rimedio". Il punto di vista del giurista, teorico e pratico, piega celermente dall'angolo per c.d. sostanzialistico dell'attribuzione della posizione sostantiva e della struttura della fattispecie verso quello della protezione dell'interesse da parte dell'ordinamento, il quale sembra sempre più spesso prescindere dal riferimento ad una specifica e definita situazione soggettiva.

Ecco allora che il rimedio conquista la ribalta per la sua attitudine a porsi a stretto ridosso della violazione<sup>7</sup> e, dunque, per la sua funzione di "braccio secolare" di un sistema giuridico sempre più insofferente delle proclamazioni di tutela e delle declamazioni di diritto ineffettive. Ne consegue, pertanto, che il rimedio, oltre che una categoria concettuale, costituisce una metodologia generale che ripudia il formalismo e fa professione di realismo e di fattualità, in quanto «mira a conoscere quale soluzione concretamente l'ordinamento offre ad un individuo di fronte alla violazione del suo interesse»<sup>8</sup>. Si consuma così l'ostracismo del diritto

---

<sup>6</sup> Gentili, *A proposito de «il diritto soggettivo»*, cit., 362. L'a. dubita seriamente dell'opportunità in punto di politica del diritto del movimento riduzionistico intorno al concetto di diritto soggettivo e «non per un'ingenua fede o un ideologico partito preso a favore di mitiche signorie del volere o di interessi che sono spesso astrazioni. Ma per la ragione che quella stessa "sostanza" che premendo sul sistema ha dato vita alle figure classiche – la proprietà anzitutto, e poi crediti, pretese, potestà, prerogative e poteri di vario genere – continua a lavorare e crea, negli interstizi della legge, nuovi riconoscimenti, nuove tutele, nuovi rimedi prima ancora che esistano le disposizioni corrispondenti. E da loro il nome di *diritti*, per la carica semantica, psicologica, etica, che come già notato, ciò introduce nel fenomeno».

<sup>7</sup> A. di Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341.

<sup>8</sup> U. Mattei, *I rimedi*, in Alpa-Graziadei-Guarneri-Mattei-Monateri-Sacco, *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, cit., 107, il quale aggiunge che «il metodo rimediale è volto alla comprensione del diritto nel suo impatto sui consociati. Chi utilizza il metodo rimediale è

soggettivo, in quanto sintesi di un approccio sistematico e dogmatico, a quanto pare colpevole di porre al centro della riflessione giuridica l'ordinamento e non già l'individuo e i suoi interessi con inevitabili conseguenze in punto di efficienza delle regole<sup>9</sup>.

A tale ricostruzione si può, in prima battuta, obiettare che il metodo rimediale così inteso assomiglia piuttosto ad un tentativo di sottrarsi al vincolo del testo e al metodo dogmatico dell'applicazione del diritto controllata da concetti sistematici, di cui neanche la riscoperta del pensiero problematico nella scienza giuridica<sup>10</sup> ha fatto segnare l'abbandono<sup>11</sup>, per cedere invece alla seduzione della forza creatrice del diritto vivente e, ancora prima, del «libertinaggio argomentativo»<sup>12</sup>, cui invece si contrappone la dogmatica in funzione regolativa, in veste di vincolo dell'argomentazione giuridica. Come è stato assai autorevolmente rilevato, tale vincolo si traduce nella circostanza che all'interprete, ove voglia contestare «l'applicabilità al caso da risolvere di un modello di decisione già sperimentato per casi uguali o simili, e razionalizzato in un concetto o in un plesso di concetti dogmatici, incombe l'onere di giustificare la pretesa di *overruling* con argomenti adeguati»<sup>13</sup>.

---

interessato al *law in action* e non al *law in the books*».

<sup>9</sup> Mattei, *I rimedi*, cit., 107, 115 s.

<sup>10</sup> K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*<sup>3</sup>, Berlin, Heidelberg, New York, 1975, 181 s.

<sup>11</sup> Cfr. L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milano, 1996, 25 s., in part. 43-48, il quale precisa che «la sistematicità della scienza giuridica è immanente al suo stesso oggetto, è una qualità intrinseca delle sue conoscenze, e la riflessione dogmatica non fa altro che scoprirla e portarla alla luce come una totalità di discorso fondato su un'unica idea, determinando il posto che in esso spetta a ciascuna conoscenza e il suo rapporto con le altre. In questo senso, oltre che una funzione espositiva e didattica del diritto, la dogmatica porta un contributo non rinunciabile allo sviluppo e all'approfondimento dell'interpretazione, nonché alla verifica e alla stabilizzazione dei suoi risultati. Occorre perciò distinguere ulteriormente una funzione euristica (regolativa dell'intelletto interpretante) e una funzione di controllo (dal punto di vista della razionalità del sistema) della dogmatica giuridica».

<sup>12</sup> Gentili, *A proposito de «il diritto soggettivo»*, cit., 359; D. Messinetti, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 611, ma già Id., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea, Milano, 2004, 209 s.

<sup>13</sup> Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 51.

A ciò vanno aggiunte le perplessità suscitate dalla scelta di ridimensionare ruolo e funzione del diritto soggettivo col proclamarne l'irrilevanza ai fini del riconoscimento della protezione da parte dell'ordinamento soprattutto se poi, a dispetto dell'affermata irrilevanza, è in termini di situazioni soggettive che il discorso si sviluppa all'atto della scelta degli interessi da munire di tutela<sup>14</sup>.

Secondo una diversa prospettiva, il rimedio, per quanto sganciato dalla necessità di appoggiarsi ad un diritto, ben potendo radicarsi su di un interesse in qualche modo protetto che risulti leso o insoddisfatto, viene assunto come strumento alternativo al diritto soggettivo per conferire rilevanza giuridica agli interessi che si agitano nella realtà dei rapporti economico-sociali e pressano per ottenere tutela. Il problema comune tanto al diritto soggettivo quanto al rimedio è l'individuazione di criteri utili al giudizio di rilevanza cui sottoporre gli interessi che aspirano ad essere tutelati<sup>15</sup>. Non è dunque escluso che «la protezione possa nascere con il rimedio e non essere già in anticipo predicata (*ubi remedium, ibi ius*)»<sup>16</sup>. In effetti, la sostituzione del diritto soggettivo con il rimedio nel ruolo di strumento di giurificazione di interessi meritevoli di tutela presenta un duplice vantaggio: il rimedio, per un verso, esattamente al pari della situazione soggettiva, assolve alla funzione attributiva e, più in generale, conferisce rilevanza giuridica agli interessi di fatto; per altro verso, a differenza delle posizioni sostanziali, indica anche gli strumenti della loro tutela, risolvendo sin da subito un problema viceversa rimesso alla ricostruzione sistematica dell'interprete.

Il percorso scandito dalla precedenza del rimedio rispetto al diritto è tipico dei sistemi di *common Law* caratterizzati dalla cristallizzazione dei diritti attorno ai rimedi, ma non è ignoto ai sistemi di *civil law*: basti pensare all'esperienza italiana della *cognitio extra ordinem* rappresentata dalla tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, grazie alla quale le corti, in via cautelare, hanno sovente "inventato" diritti per soddisfare «bisogni di tutela» ritenuti rilevanti,

---

<sup>14</sup> V. le riflessioni di Gentili, *A proposito de «il diritto soggettivo»*, cit., 363. Rileva di Majo, *Il linguaggio*, cit., 344-345, che il rimedio «già presuppone, almeno in linea generale, che l'interesse, più a monte, risulti protetto. Esso non decide dell'*an* della protezione ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia del *quomodo* di essa)».

<sup>15</sup> A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*<sup>2</sup>, Milano, 2003, 15.

<sup>16</sup> di Majo, *Il linguaggio*, cit., 341-342; Id., *La tutela civile*, cit., 13 s.

ma non riconducibili a diritti edittalmente previsti e alla tecnica di produzione «di diritti a mezzo di diritti» del sistema tedesco imperniata sulla previsione di *Rahmenrechte*<sup>17</sup>, ossia di diritti-cornice o diritti a maglie larghe (si pensi al diritto generale della personalità), che fungono da contenitori capaci di ricomprendere interessi eterogenei, anche atipici, così da assicurare loro una tutela, pur in assenza di un'espressa disposizione normativa<sup>18</sup>.

Sullo sfondo di tali tecniche ispirate alla logica della priorità del rimedio rispetto al diritto si staglia ancora la coppia diritto soggettivo-azione, rappresentativa dell'esigenza tradizionale dei sistemi di *civil law* di ascrivere a diritto soggettivo ogni posizione o interesse che aspiri a ricevere tutela e di individuare lo strumento processuale più adeguato a somministrarla (azione di accertamento, di condanna e costitutiva)<sup>19</sup>.

L'opinione in commento ritiene che, nelle ipotesi di lacuna dell'ordinamento rispetto a determinati «bisogni di tutela», il ragionamento a partire dai rimedi anziché dai diritti garantisca una maggiore aderenza alla realtà delle cose, costituita dal problema di rintracciare forme di tutela a fronte di violazioni di interessi ritenuti giuridicamente rilevanti e «ricompresi in contesti di particolare significanza sociale (si pensi alla tutela della persona)»<sup>20</sup>. Tutto ciò non implica, tuttavia, che i rimedi e il metodo rimediale costituiscano garanzia di effettività della tutela e di maggior efficienza del sistema giuridico<sup>21</sup>: «tutto sta nel vedere con quale capacità di adattamento l'ordinamento dato è disposto a qualificare *diritto* un determinato interesse oppure ad apprestare per esso un *rimedio* adeguato di

<sup>17</sup> Cfr. D. Medicus, *Schuldrecht*<sup>o</sup>, II, München, 2000, par. 814.

<sup>18</sup> di Majo, *Il linguaggio*, cit., 342-343; Id., *La tutela civile*, cit., 13-14.

<sup>19</sup> di Majo, *La tutela civile*, cit., 13.

<sup>20</sup> di Majo, *Il linguaggio*, cit., 343-344.

<sup>21</sup> Così invece Mattei, *I rimedi*, cit., 115 s., in part. 121-123, il quale individua nell'approccio rimediale l'esito di un mutamento culturale che ripudia il formalismo e tende piuttosto a perseguire livelli quanto più alti di effettività di tutela. A tal fine l'a. ritiene che il rapporto tra rimedi non sia scandito dal principio gerarchico quanto piuttosto dal metodo competitivo, «in cui i vari livelli di protezione istituzionale degli interessi dei consociati competono fra loro e vengono scelti dagli individui a seconda della qualità e del prezzo della tutela che sono in grado di offrire. [...] Da questo modello ricostruttivo derivano importanti conseguenze sul piano normativo. L'effettività della tutela è funzione della competizione fra rimedi».

tutela»<sup>22</sup>. È certo vero che i sistemi fondati sulla precedenza dei rimedi rispetto ai diritti si presentano, almeno in astratto, più celeri e tempestivi sul versante dell'effettività della tutela anche se non può trascurarsi che tali sistemi, poiché legati al rispetto delle decisioni giudiziarie delle corti superiori, possono risultare, in concreto, più impermeabili alle innovazioni ed ispirati a maggiore conservazione rispetto ad ordinamenti imperniati invece su leggi scritte nei quali l'adeguamento è affidato all'attività interpretativa dei giudici, la cui discrezionalità, accentuata dalle inevitabili lacune del sistema, dalla sovrabbondanza della legislazione, dall'ambiguità dei testi normativi, dall'applicazione consapevole delle clausole generali, sovente approda all'elaborazione di norme anche assai lontane dall'intenzione del legislatore<sup>23</sup>.

La pretesa tensione all'effettività della tutela dell'approccio rimediale è smentita anche sotto un diverso profilo: si non può escludere che sistemi di *common Law* si rivelino più recettivi nell'individuazione di nuovi diritti, ad esempio a livello di *statutes*, rispetto ai sistemi di *civil law*, i quali, di contro, possono mostrare maggiore propensione a predisporre nuovi rimedi e forme di tutela senza provvedere alla definizione sostanziale della posizione soggettiva di cui i fruitori della protezione sarebbero titolari. Alla giurisprudenza teorica e pratica spetterà allora, nel primo caso, l'apprestamento di adeguati rimedi e, nel secondo, la ricostruzione della situazione sostanziale presupposta dal rimedio<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> di Majo, *La tutela civile*, cit., 15.

<sup>23</sup> di Majo, *Il linguaggio*, cit., 345; nonché Gentili, *A proposito de «il diritto soggettivo»*, cit., 358-359. In ordine all'«intenzione del legislatore», l'a. in altra sede (A. Gentili, *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, in *Riv. crit. dir. prin.*, 2001, 484) ne ha sottolineato la natura non già reale ma solo verbale in quanto limitata al testo e non anche al significato della disposizione normativa «perché l'accordo politico che è matrice della legge si è potuto raggiungere soltanto su formulazioni in difficile equilibrio fra intenzioni diverse, faticosamente conciliate in un testo ambiguo». Inoltre, il pluralismo di valori che connota i sistemi giuridici contemporanei espone l'«intenzione del legislatore» ad oscillazioni di senso dovute alla sua «inserzione nel quadro generale degli obiettivi dell'ordinamento». Tutto ciò avvalorava l'idea dell'a. dell'argomentazione come fonte non formale del diritto oggettivo.

<sup>24</sup> di Majo, *La tutela civile*, cit., 16.



2. Tali osservazioni inducono ad un approfondimento dell'indagine: a dispetto di quanto comunemente si ritiene il rimedio si propone come categoria ordinante del sistema di diritto privato non solo nelle ricostruzioni della dottrina, ma anche nei provvedimenti legislativi, specie quelli di origine comunitaria. Il rilievo non deve certo stupire: cospirano ad esaltare la dimensione dei rimedi tanto la circostanza che l'ordinamento comunitario non è strutturato in forma statutale e non si regge, pertanto, sul monopolio della legge scritta<sup>25</sup>, ma, ancor di più, l'assenza nella legislazione comunitaria di una visione unitaria e di una tensione all'armonia del sistema sostituite dal particolarismo normativo<sup>26</sup>, addebitabile al difetto di una tradizione culturale omogenea e di un nucleo di valori, prima ancora che di principi giuridici, condivisi, tipici invece dell'esperienza dei codici, la cui forza unificante è solo in parte smorzata dal fenomeno della «decodificazione»<sup>27</sup>, prima, e della novellazione, poi<sup>28</sup>; quanto l'obiettivo dell'armonizzazione del diritto privato patrimoniale, che esige una robusta iniezione di effettività e di efficienza delle disposizioni comunitarie da attuarsi con l'adozione di «percorsi oltre modo semplificati, che bypassano quelli del diritto comune», coerenti all'interno di un ordine rimediale, meno giustificati nel quadro del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti<sup>29</sup>.

Esempi paradigmatici dell'approccio rimediale della recente produzione normativa si rinvencono nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, codice in materia di protezione dei dati personali, e ancor prima nella l. 31 dicembre 1996, n.

---

<sup>25</sup> di Majo, *Il linguaggio*, cit., 349.

<sup>26</sup> Il punto è messo in evidenza a più riprese da S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1037; Id., *La prospettiva civilistica*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, a cura di M. Barbieri-F. Macario-G. Trisorio Liuzzi. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze Giuridiche Privatistiche dell'Università degli Studi di Foggia e dalla Sezione di Foggia del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" (Foggia, 14-15 novembre 2003), Milano, 2004, 22.

<sup>27</sup> Ovvio il riferimento a N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, *passim*; nonché, di recente, L. Nivarra, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 944 s.

<sup>28</sup> Il fenomeno della novellazione intacca il tessuto concettuale del codice civile, come dimostra il recepimento della dir. 93/13/CEE attuato dalla l. 52/1996 con l'introduzione degli artt. 1469-bis – 1469-sexies c.c.: sul punto v. Nivarra, *Diritto privato e teorie analitiche*, cit., 944-946.

<sup>29</sup> di Majo, *Il linguaggio*, cit., 349.

675<sup>30</sup>, e nel d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, attuativo della dir. 1999/44/CE, su taluni aspetti della vendita e della garanzia di beni di consumo, dapprima tradotto nella novella del codice civile di cui agli artt. 1519-*bis* a 1519-*nonies* ed in seguito confluito negli artt. 128 ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, il c.d. cod. cons.<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. S. Rodotà, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice della privacy*, in *Europa dir. priv.*, 1, 2004, 1 s.; S. Mazzamuto, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, Milano, 2006; nonché F. Piraino, *La liceità e la correttezza*, ivi, 661 s.; J. Monducci-G. Sartor, *Il codice in materia di protezione dei dati personali*. Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, Padova, 2004. Per la disciplina precedente v., *ex multis*, R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, voll. I e II, Milano, 2003; C.M. Bianca-F.D. Busnelli (a cura di), *Tutela della privacy. Commentario alla legge 675/96*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 218 s.; G.B. Ferri, *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 1, 1998, 137 s.; D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 s.; R. Clarizia., *Legge 675/96 e responsabilità civile*, in *Dir. informazione e informatica*, 1998, 239 s.; V. Cuffaro-V. Ricciuto-V. Zeno-Zencovich (a cura di) *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998; S. Rodotà, *Tecnopolitica-La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997; Id., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 s.; V. Zeno-Zencovich, *Il «consenso informato» e la «autodeterminazione informativa» nella prima decisione del Garante*, in *Corr. giur.*, 1997, 919; E. Giannantonio-M.G. Losano-V. Zeno Zencovich (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge n. 675/1996*, Padova, 1997; V. Cuffaro-V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997.

<sup>31</sup> Cfr. S. Mazzamuto, *La vendita di beni di consumo*, in *Manuale dir. priv. eur.*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 879 s.; Id., *Equivoci e concettualismi*, cit., 1029 s., in part. 1043 s.; R. Fadda, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo)*, Napoli, 2007, 176 s.; C.M. Bianca (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 317 s.; Piraino, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., 543 s.; E. Corso, *Della vendita di beni di consumo*, *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, sub art. 1519-bis-1519-nonies, Bologna-Roma, 2005, *passim*; R. Alessi (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, *passim*; F. Bocchini, *La vendita di cose mobili? Artt. 1510-1536*, in *Il Codice Civile Commentario Schlesinger* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2004, 317 s.; G. Amadio, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 127 s.; Id., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 863 s.; Id., *La «conformità al contratto» tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, 2 s.; S. Patti (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004; Luminoso, *La compravendita*, cit., 207 s.; 312 s.; Id., *Le garanzie nella vendita di beni al consumo. Prospettive e riforma alla luce della direttiva 1999/44/CE*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, 78 s.; A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 525 s.; L. Garofalo-V. Mannino-E. Moscati-P.M. Vecchi, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*. Artt. 1519-*bis* – 1519-*nonies* cod. civ. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24, coordinato da L. Garofalo, Padova,

Il legislatore del 2003 ha confermato e rafforzato in materia di *privacy* la scelta di un modello di tutela non di tipo dominicale, già compiuta d'altronde dalla l. n. 675 del 1996. Si è così abbandonato quell'archetipo delle forme di tutela della persona imperniato su moduli proprietari e scandito dalla qualificazione dei singoli attributi dell'individuo in termini di appartenenza, dalla inalienabilità del diritto, dalla tutela inibitoria contro le violazioni e dalla centralità dello strumento risarcitorio in funzione riparatoria<sup>32</sup>. Il codice della *privacy* si presenta, piuttosto, come un testo normativo che, nel tentativo di conciliare la libertà informativa del titolare con l'autodeterminazione informativa dell'interessato, mira a riempire quest'ultima di contenuto concreto, anche attraverso il riconoscimento di strumenti di tutela della persona tesi a scongiurare o ad attenuare i rischi cui la circolazione delle informazioni di carattere personale assoggetta i diritti, le libertà fondamentali e la dignità umana, con specifico riguardo per la riservatezza, l'identità personale e la protezione dei dati<sup>33</sup>. Ne emerge un sistema di circolazione delle informazioni di carattere personale a carattere largamente partecipativo<sup>34</sup> attuato mediante la predisposizione di strumenti giuridici tesi a favorire il coinvolgimento dell'interessato sin dal momento

---

2003; A. di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 1 s.; Id., *Il linguaggio*, cit., 359 s.; Id., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 9 s.; S. Cherti, *La vendita di beni di consumo e la nozione di riparazione*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 697 s.; Id., *Le garanzie convenzionali nella vendita*, Padova, 2004, 117 s.; C.M. Bianca, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, 16 s.; G.B. Ferri, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, ivi, 2001, 57 s.; R. De Matteis, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, ivi, 2001, 46 s.; L. Cabella Pisu, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, ivi, 2001, 34 s.

<sup>32</sup> Cfr. A. di Majo, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in Cuffaro-Ricciuto-Zeno-Zencovich (a cura di) *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., 228 s. È certo vero che anche la tutela della *privacy* ebbe agli albori una connotazione proprietaria, perché collegata alla protezione del domicilio e della corrispondenza, ma già con la teorizzazione di Warren e Brandeis del *right to be let alone* (S.D. Warren-L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in 4 *Harvard L. R.*, 1890, 195, i quali fanno risalire la nozione di *privacy* come *right to be let alone* al giudice Cooley) si compì il passaggio dallo schema della *privacy*-proprietà a quello della *privacy*-personalità: v. G.B. Ferri, *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, cit., 140-141; Id., *Persona e privacy*, in *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, 241 s.

<sup>33</sup> Sia consentito il rinvio a Piraino, *La liceità e la correttezza*, cit., 703 s.

<sup>34</sup> v. Rodotà, *Tecnopolitica*, cit., 152 s.

della raccolta dei dati e poi anche nelle successive operazioni del trattamento, presupposto necessario affinché il soggetto cui si riferiscono le informazioni possa esercitare un potere di controllo *in itinere*, che in ultima analisi assolve ad una funzione preventiva del danno<sup>35</sup>. Per descrivere la struttura procedimentale assunta dalla disciplina giuridica del distacco e della circolazione delle informazioni personali è stata evocata l'immagine del trattamento come «elemento “mobile” [...] che mai assume a fattispecie, come si dice, conclusa e definita ma è vicenda sempre aperta ai controlli, correttivi e distruttivi, da parte dell'interessato e del garante»<sup>36</sup>.

In questo quadro, la categoria del rimedio assume a chiave di volta della normativa sulla *privacy* al punto che i c.d. diritti dell'interessato di cui all'art. 7 d.lgs. 196/2003, più che iscriversi tra le facoltà sostantive di un presunto diritto alla protezione dei dati personali (pure proclamato dall'art. 1 d.lgs. 196/2003) dal contenuto incerto e indefinito, costituiscono altrettanti rimedi o tecniche di tutela in forma specifica<sup>37</sup> offerti all'interessato a fronte di trattamenti di dati personali non conformi alla legge o ad una delle altre fonti previste dal codice della *privacy*<sup>38</sup>.

Detto altrimenti, i c.d. diritti dell'interessato «compongono una raggiera di tutela interprivata» volta ad evitare il ricorso all'Autorità Garante o all'Autorità giudiziaria, secondo una modalità non certo ignota alla tutela dei diritti, ma innovativa sotto il profilo della espressa previsione da parte del legislatore e della precisa individuazione dei poteri spettanti all'interessato direttamente nei confronti del titolare o del responsabile del trattamento, i quali «si sostituiscono al potere generico, nei rapporti privati attribuito al titolare di una situazione soggettiva, di far rilevare a chiunque la lesività di una condotta a riguardo della situazione soggettiva medesima, nei termini di

<sup>35</sup> di Majo, *Il trattamento dei dati personali*, cit., 232 s.

<sup>36</sup> di Majo, *Il trattamento dei dati personali*, cit., 232-233.

<sup>37</sup> di Majo, *Il trattamento dei dati personali*, cit., 232. L'introduzione del c.d. diritto alla protezione dei dati personali è letta nella sua portata assiologica da Rodotà, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa*, cit., 3, il quale non ne valorizza la funzione ordinante in termini di riconquista della dimensione sostanziale attraverso la categoria del diritto soggettivo, ma ne sottolinea piuttosto la portata innovativa costituita nell'immergere «ancor più profondamente il diritto alla protezione dei dati personali nella dimensione dei diritti fondamentali, confermandone e rafforzandone la rilevanza».

<sup>38</sup> In dottrina si è parlato di un meccanismo di produzione progressiva delle regole: cfr. Piraino, *La liceità e la correttezza*, cit., 724 s.

una pure e semplice anticipazione di una domanda di tutela che sarà proposta all'Autorità giudiziaria se la condotta lamentata non cesserà» e determinano, così, il mutamento di contenuto della tutela giudiziale, la quale tenderà a tradursi in una tutela di condanna<sup>39</sup>.

Il dibattito sulla protezione della persona rispetto al trattamento dei dati personali conferma, dunque, le conclusioni raggiunte in seno alla più ampia riflessione sulla tutela della persona, segnate da un generale scetticismo sull'idoneità del diritto soggettivo a rappresentare la categoria cui legare il riconoscimento e la protezione del valore persona, in linea con le antiche riserve a concepire l'individuo come titolare di diritti su sé stesso o sui propri attributi<sup>40</sup>. L'approdo è pertanto nel senso di una forma di tutela obiettiva della persona consistente nella circostanza che il valore persona è realizzato e predefinito direttamente dall'ordinamento mediante la posizione del dovere generale di astensione e dei relativi rimedi per reagire alla sua violazione<sup>41</sup>, sicché l'attuazione del valore persona non è mediata dall'esercizio di poteri giuridici sostanziali da parte del titolare, il che non equivale a negare il potere del soggetto in ordine agli aspetti della propria personalità, anzi riconosciuto al massimo grado mediante l'attribuzione di un ampio margine di apprezzamento del proprio interesse (si pensi al meccanismo del consenso al trattamento di cui all'art. 23 d.lgs. 196/2003) e, soprattutto, mediante l'iniziativa individuale in ordine all'attivazione della tutela (salvi i casi di rilevanza penale)<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> C. Castronovo, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in Cuffaro-Ricciuto-Zeno-Zencovich (a cura di) *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., 197-198.

<sup>40</sup> Così D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 362 s.; di Majo, *La tutela civile*, cit., 132 s., in part. 136-138.

<sup>41</sup> Rileva Messinetti, *Personalità (diritti della)*, cit., 363: «poiché la garanzia giuridica esprime la posizione del soggetto nei confronti dell'ordinamento, la soggettivazione della norma, ossia l'attivazione di specifici e individuati strumenti di tutela, si manifesta in presenza di un illecito, ossia di comportamenti che non siano conformi al valore normativo rappresentato dalla persona. È solo in questa fase, dunque, che si attua l'iniziativa individuale del soggetto, sotto forma di poteri di reazione [...] i quali però non si identificano in una finalità acquisitiva del valore, ma esprimono la difesa di esso, generale o speciale, definitiva o provvisoria, contro la violazione del comando giuridico».

<sup>42</sup> Messinetti, *Personalità (diritti della)*, cit., 363; di Majo, *La tutela civile*, cit., 132 s., in part. 137, il quale si interroga su quale sia la peculiarità della forma di tutela della persona e rinviene la risposta «nel fatto che il valore della persona è un valore già predefinito e attuato

Una più spiccata propensione del legislatore a definire il contenuto dei mezzi di tutela piuttosto che della situazione soggettiva sottostante si rinviene anche nella disciplina della vendita di beni di consumo di cui agli artt. 128 ss. cod. cons. I maggiori contrasti interpretativi si sono appuntati sugli artt. 129, comma 1, e 130, comma 1, cod. cons., ossia sulle disposizioni che racchiudono il nucleo concettuale dell'intera disciplina: l'art. 129, comma 1, cod. cons. impone al venditore l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita; l'art. 130, comma 1, cod. cons. individua il venditore come responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene, apprestando all'uopo un ventaglio di rimedi ordinati secondo una gerarchia che assegna la priorità agli strumenti ripristinatori della sostituzione e delle riparazione e rilievo solo sussidiario alla risoluzione e alla riduzione del prezzo, cuore della tradizionale garanzia edilizia costituita dalle azioni *redhibitoria* e *quanti minoris* (art. 130, comma 2 e 7, cod. cons.). Le norme che regolano la vendita di beni di consumo costituiscono soprattutto una disciplina dei rimedi, piuttosto che del contenuto sostanziale dell'impegno che assume il venditore, fatta eccezione per la riconosciuta vincolatività delle dichiarazioni pubblicitarie (art. 129, comma 2 lett c) e comma 4, cod. cons.)<sup>43</sup>, segno della vocazione eminentemente pragmatica del legislatore comunitario, più sensibile alla regolamentazione delle fasi patologiche dei rapporti giuridico-patrimoniali che alla specifica e puntuale definizione delle situazioni giuridiche lese, lasciate sullo sfondo del conflitto. Secondo una lettura autorevole, il legislatore comunitario, insensibile alle esigenze sistematiche ed incurante della destrutturazione cui sottopone le categorie giuridiche delle tradizioni nazionali, attraverso la priorità dei rimedi ripristinatori si pone un obiettivo di *policy* del mercato ben lontano dal puro ed a tratti paternalistico protezionismo tipico della normativa consumeristica<sup>44</sup> e volto, piuttosto, a «imporre un mercato fortemente

---

dall'ordinamento e ciò a prescindere dall'esistenza di *titoli* che tale valore e/o interesse nel concreto manifestino e rendano tutelabile (come accade per la proprietà o altri diritti)».

<sup>43</sup> Per una revisione critica del dibattito sorto intorno alla disciplina della vendita di beni di consumo cfr. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi*, cit., 1060 s.

<sup>44</sup> In dottrina la *bagarre* sulle *rationes* ispiratrici della disciplina della vendita di beni di consumo si è accesa intorno all'interpretazione dell'art. 135 cod. cons. che, con una formulazione invero oscura (v. i rilievi critici mossi da G. De Cristofaro, *La nuova disciplina*

integrato in senso verticale, caratterizzato da una distribuzione strettamente legata alla produzione e strutturato in modo da offrire servizi postvendita» e che «finisce con l'attribuire al consumatore l'inedito ruolo di agente della razionalità del mercato: il protagonista di un'apparente rivoluzione viene così assoldato a sua insaputa al servizio del Re di Prussia»<sup>45</sup>. Tale interpretazione ha dirette conseguenze sul piano della disciplina e contribuisce a sciogliere i nodi sorti intorno al significato dell'art. 135 cod. cons.<sup>46</sup> con il ricorso alla coppia inderogabilità assoluta-disponibilità degli effetti: le disposizioni sulla vendita di beni di consumo, e in particolare la gerarchizzazione dei rimedi di cui all'art. 130 cod. cons., non sono derogabili dalle parti che, tuttavia, possono disporre degli effetti, determinandosi o meno ad avvalersi dei rimedi<sup>47</sup>. D'altronde «da disponibilità degli effetti

---

*codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti (Seconda parte)*, Studium iuris, 2002, 1326 nt. 45), fa salvi i diritti attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento. Una parte della dottrina ha tratto da tale disposizione argomenti per sostenere il concorso alternativo dei rimedi previsti dall'art. 130 cod. cons. e dei rimedi di diritto comune, tanto di quelli previsti dalla disciplina della vendita (azioni edilizie) quanto di quelli sinallagmatici (artt. 1453 ss. c.c.): cfr. A. Zaccaria-G. De Cristofaro, *La vendita di beni mobili di consumo. Commento agli articoli 1519-bis – 1519-nonies del Codice civile*, Padova, 2002, 141 s.; G. Alpa, *La scelta sistematica del legislatore italiano*, in G. Alpa-G. De Nova-G. Capilli-L. Colantuoni-C. Leo-A. Maniaci-P.M. Putti-A. Scarpello-M. Valcada, *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002, 6; A. Maniaci, *Art. 1519-nonies (Tutela in base ad altre disposizioni)*, ivi, 90 s.; E. Moscati, *Note introduttive*, sub art. 1519-*quater*, commi 1-6, in Garofalo-Mannino-Moscati-Vecchi, *Commentario cit.*, 294 s.; L. Garofalo, *Note introduttive*, sub art. 1519-*nonies*, in Garofalo-Mannino-Moscati-Vecchi, *Commentario cit.*, 711 s. Esprime perplessità sul doppio binario di tutela Luminoso, *La compravendita*, cit., 321 s.; mentre è decisamente contrario Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi*, cit., 1081 s., il quale ritiene che viceversa non si otterrebbe altro che il sovvertimento della gerarchia dei rimedi di cui all'art. 130 cod. cons. che della novella costituisce il tratto caratteristico, sicché si deve propendere per un'interpretazione che all'interno della forma di tutela prevista e regolata dagli artt. 128 ss. cod. cons. individui la disciplina applicabile in quella speciale, di cui è fuor di dubbio la inderogabilità in assoluto.

<sup>45</sup> Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi*, cit., 1080-1081; nonché Id., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 56-57.

<sup>46</sup> Sul punto v. T. Dalla Massara, *Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 123 s.

<sup>47</sup> Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi*, cit., 1082-1083 trae conferma dell'inderogabilità della disciplina e della disponibilità degli effetti dall'art. 134, comma 1, cod. cons. che riconosce la validità dei patti successivi alla comunicazione del difetto di conformità, volti ad escludere o limitare i diritti attribuiti al compratore dalla novella e, soprattutto, dall'art. 130, comma 9, cod. cons., che prevede la possibilità di instaurare, sempre a seguito della denuncia



riguarda il singolo caso concreto e scongiura che le regole sulla vendita di beni di consumo si trasformino in una “gabbia normativa” per il compratore/consumatore per il quale la gerarchia dei rimedi non costituisce occasione di mancato profitto ma certamente di maggior costo nell’apprrezzamento a valle della convenienza dell’affare»<sup>48</sup>.

3. La prospettiva rimediale campeggia, pertanto, anche nella recente produzione normativa e proprio nell’ambito nel dibattito accesi intorno alla disciplina della vendita di beni di consumo è sorta una contrapposizione di opinioni sulla portata del metodo rimediale e sui rapporti tra il profilo della tutela ed il contenuto della posizione sostanziale protetta.

L’ovvio presupposto della disputa è, dunque, l’assunzione del rimedio come categoria giuridica dotata di cittadinanza piena nel sistema di diritto privato. Ciò costituisce di per sé un risultato, tanto più che l’analisi della dottrina si è spinta oltre l’acritica ricezione della figura del rimedio dalla tradizione di *common Law* ed è pervenuta ad una definizione più articolata della classica *cure for wrongs*<sup>49</sup> che identifica il rimedio in una regola, formale o informale, tesa a delineare «quale soddisfazione un consociato possa ottenere nel caso in cui un suo interesse degno di protezione giuridica venga lesa»<sup>50</sup>. Il recente dibattito si spinge dunque alla rielaborazione della nozione di rimedio, ma i profili problematici restano svariati<sup>51</sup> e in questa sede si tenterà di evidenziarne alcuni.

Nel *common law* inglese, i rimedi si distinguono in *judicial remedies* e *non-judicial remedies* e gli *judicial remedies*, a loro volta, si ripartono in *remedies at law*, come ad es. il risarcimento del danno o la tutela possessoria, e in *remedies equitable*, come la *injunction* e la *specific performance*. Il tratto principale degli

---

del difetto di conformità, una fase negoziale di natura transattiva, nella quale il venditore può offrire al consumatore qualsiasi altro rimedio disponibile. Conclude l’A: «se si accogliesse la proposta del cumulo, non sapremmo davvero quale significato attribuire alle pattuizioni di contenuto dispositivo in tale fase consentite alle parti». *Contra*, di recente, P. Sirena, *Art. 135*, in Bianca (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, cit., 578 s.

<sup>48</sup> Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata*, cit., 57.

<sup>49</sup> Cfr. Lawson, *Remedies of English Law*, cit., 2.

<sup>50</sup> Mattei, *I rimedi*, cit., 108.

<sup>51</sup> Lo segnala A. Montanari, *Problematical aspects of the remedial perspective*, in questa *Rivista*, 2009, 1 s.



*judicial remedies* è che il rimedio presuppone un conflitto di interessi ed implica una loro ponderazione da parte del giudice: tale ponderazione si ritiene connoti il giudizio sulla risarcibilità del danno e, in modo ancora più spiccato, la concessione della *injunction*, che è subordinata alla c.d. *balance of hardship* ossia alla valutazione della sua gravosità. Com'è noto, la cifra dei rimedi *in equity* risiede, per l'appunto, nella verifica in concreto dell'inadeguatezza dei rimedi *at law*.

In un recente tentativo di sistemazione del materiale proveniente dall'esperienza di *common law*, si è ritenuto di individuare le caratteristiche salienti della nozione di rimedio: nella natura di mezzo di reazione contro l'ordine giuridico violato o irrealizzato per un evento anche esterno; nel carattere di strumento ad impulso del singolo; nella circostanza che, specie se somministrato dal giudice, la sua applicazione si incardina sul bilanciamento degli interessi contrapposti o comunque sulla loro valutazione in concreto<sup>52</sup>. Nella letteratura statunitense, viene altresì chiarito che una cosa è il diritto sostanziale ed una cosa è il diritto processuale: nel mezzo si situano i rimedi in un'accezione che, invero, ricorda il concetto *civilian* di strumento di protezione degli interessi violati<sup>53</sup>. In altre parole, i rimedi assumono un significato analogo alle nostre *forme di tutela* come testimonia la declinazione in: *damages remedies*, *restitutionary remedies*, *coercive remedies*, *declaratory remedies*, *provisional and permanent remedies*.

Sarebbe tuttavia errato ritenere che la scienza giuridica italiana sconoscesse la categoria giuridica del rimedio prima dell'"importazione" dai sistemi di *common law*: solo l'osservatore disattento, in primo luogo all'evoluzione del pensiero giuridico nostrano e al patrimonio concettuale della tradizione, potrebbe dimenticare l'attenzione riservata alla figura del "rimedio giuridico" nella *Teoria generale del diritto* di Francesco Carnelutti<sup>54</sup>, ove attorno a tale categoria, intesa come reazione dell'ordinamento tesa a «guarire il vizio dell'atto, che ne determina la irregolarità o la inefficacia, o quanto meno ad eliminare l'incertezza, cagionata dallo stato di pendenza, che spesso dal vizio deriva»<sup>55</sup>, vengono raccolti gli istituti della

<sup>52</sup> S. Mazzamuto, *I rimedi*, in *Manuale dir. priv. eur.*, II, cit., 748 s.

<sup>53</sup> D.B. Dobbs, *Law of remedies. Damages-Equity-Restitution*<sup>2</sup>, St. Paul, 1993, 1 s.

<sup>54</sup> Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., 329, 339 s.

<sup>55</sup> Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., 329.

convalidazione, dell'invalidazione, della rettificazione e della rescissione. È evidente la minor ampiezza di prospettiva di tale visione rimediale rispetto a quella odierna, non foss'altro a causa della circoscrizione del ambito applicativo dei rimedi alla soluzione dei problemi di fattispecie, connessi alla valida strutturazione dell'atto giuridico. E, tuttavia, già da questa primordiale valorizzazione dell'approccio rimediale traspare la consapevolezza che l'ordinamento non risolve tutti i conflitti astrattamente ipotizzabili con il ricorso alla coppia diritto-obbligo, ma talora preferisce intervenire a conflitto consumato mediante la previsione di idonei strumenti di reazione capaci di fornire attuazione all'interesse sostanziale leso o minacciato.

La protostoria del rimedio nel contesto italiano è rappresentata dalla stagione degli studi civilistici sulle forme e tecniche di tutela, che si caratterizza, a partire dagli anni '70, per una spinta al rinnovamento del sistema di diritto privato da attuarsi dalla specola delle risposte ai bisogni di tutela e dei meccanismi di attuazione dei diritti e degli interessi violati o inattuati piuttosto che dal punto di vista della loro declamazione a livello sostanziale<sup>56</sup>. Il quadro in cui l'inizio di questa stagione si colloca è quello di un approccio al tema della tutela assai poco meditato e sostanzialmente ripiegato su di una sua generica lettura unitaria, come se la protezione degli interessi costituisse un fronte unico e indifferenziato. A questa lettura se ne è contrapposta un'altra connotata dalla disponibilità ad infrangere il monolite di una tutela intesa come un tutt'uno privo di diversità per fare largo alla distinzione in forme di tutela: la forma risarcitoria, quella restitutoria e quella soddisfattoria<sup>57</sup>. Inoltre, si assiste al tentativo di infrangere le tradizionali barriere tra diritto sostanziale e processo e le ingiustificate assolutizzazioni di senso delle disposizioni processuali che troppo a lungo hanno condizionato la ricostruzione di interi settori del diritto privato, come ad es. la materia degli obblighi di fare e di non fare<sup>58</sup>. La nuova cometa è

---

<sup>56</sup> Il movimento culturale che ha introdotto la prospettiva delle forme di tutela e delle tecniche di attuazione dei diritti ha raggiunto la sua massima espressione collettiva nel convegno palermitano su «Processo e tecniche di attuazione dei diritti» del 22-24 ottobre 1987, i cui atti sono confluiti nel volume AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989.

<sup>57</sup> di Majò, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, cit., 11.

<sup>58</sup> S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 119 s.; *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. prin.*, diretto da P. Rescigno, 20, *Tutela dei diritti*, t. 2, Torino, 1998, 298 s., ma anche

rappresentata dal principio costituzionale dell'effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost. e poggia sulla distinzione tra forme di tutela (per l'appunto, restitutorie, risarcitorie e satisfattorie) e tecniche di tutela (consensuali e coercitive, di esecuzione diretta o indiretta, costitutive)<sup>59</sup>.

Di recente, la dottrina ha chiarito che le forme di tutela non sono altro che gli schemi generali di risposta ad un'esigenza di protezione e, quindi, per il loro tramite il concetto di tutela si apre alle distinzioni di carattere funzionale, incentrate sulla modalità concreta di soddisfacimento dell'interesse leso o non attuato. Le tecniche di tutela, invece, rappresentano i meccanismi di attuazione delle forme di tutela e si distinguono per natura, che può essere processuale (l'espropriazione forzata del patrimonio, l'esecuzione forzata in forma specifica, le tutele costitutive, le misure compulsorie di esecuzione indiretta etc) o non processuale (la stipulazione di una clausola penale o la dazione di una caparra confirmatoria). Il loro tratto caratteristico è quello di rappresentare il profilo strutturale della tutela, tant'è che ciascuna di esse si presta a veicolare anche più forme di tutela<sup>60</sup>.

In quella temperie culturale così ricostruita, viene prospettata l'idea, davvero precorritrice, che i rimedi si traducano in un *piano mobile* di strumenti preposti non già al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti, ma al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all'inattuazione di quell'interesse o alla sua violazione<sup>61</sup>. La dottrina ravvisa in ciò «la *differentia specifica* tra diritto soggettivo e interesse: il diritto soggettivo è il punto di coagulo di una pluralità di interessi o anche di un solo macro-interesse, la cui realizzazione non passa necessariamente attraverso la via rimediale ben potendo rimanere affidata a mere facoltà o poteri del titolare. Quando il rimedio è positivizzato, ciò è il frutto della generalizzazione di bisogni di tutela

---

Id., *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., I, 455 s.

<sup>59</sup> A. Proto Pisani, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riguardo all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 620 s.; di Majò, *Forme e tecniche di tutela*, cit., 30 s.

<sup>60</sup> Mazzamuto, *I rimedi*, cit., 750.

<sup>61</sup> di Majò, *Forme e tecniche di tutela*, cit., 23 s., il quale peraltro chiarisce che «tra *bisogno e rimedio* v'è un filo diretto. Il rimedio necessariamente si raccorda ad un bisogno qualificato di tutela e, solo in via indiretta, all'interesse della cui tutela si tratta».

ricorrenti e, dunque, oramai consacrati. Il piano mobile di rimedi di cui si viene suggerendo la prospettazione consente, viceversa, di offrire risposte a bisogni di tutela che vanno affiorando nella prassi e che, nella logica dello schema ordinante del diritto soggettivo, si continuano a denominare impropriamente nuovi diritti: il veicolo utilizzato sono le clausole generali o la ricerca interstiziale tra forme e tecniche di tutela nel serbatoio insospettato dell'ordinamento. Ne discende che in termini funzionali un medesimo interesse può dare luogo a pluralità di bisogni di tutela e, dunque, a pluralità di rimedi e, per converso, che interessi diversi possono dare luogo al medesimo bisogno di tutela e, di conseguenza, al medesimo rimedio»<sup>62</sup>.

La prima comparsa dell'idea di rimedio è, dunque, all'insegna del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost. e del ripudio del concettualismo della tradizione continentale e degli antichi steccati tra diritto sostanziale e diritto processuale. La percezione che si ha del rimedio come categoria è però ancora intuitiva, ma offre già alcuni elementi idonei ad abbozzarne una prima nozione: il rimedio, infatti, si presenta come espressione di un potere di reazione del singolo (o che comunque presuppone l'impulso di parte) contro la rottura di un ordine preesistente o la sua inattuazione per il sopraggiungere di un elemento perturbatore, che produce, pertanto, l'emersione di un bisogno di tutela. Quest'ultimo non sottende necessariamente alla violazione di interessi muniti della forma del diritto soggettivo, il che implica lo scioglimento del legame di correlazione tra natura del diritto leso o irrealizzato e tipologia della tutela. Se ne trae una prima conclusione: «i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela e sono il frutto della rilettura in termini funzionali dell'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale, ma ora aspirano ad una rilevanza autonoma e ad una nuova tassonomia»<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Mazzamuto, *I rimedi*, cit., 750-751.

<sup>63</sup> Mazzamuto, *I rimedi*, cit., 752, il quale inoltre annota che l'approdo ad un'idea più matura di rimedio è avvenuto anche grazie alla rivisitazione del contratto – pure essa influenzata dal *common law* – non più soltanto come fattispecie e fonte di effetti (diritti di credito, diritti reali, garanzie ecc.) assistiti dai loro tipici mezzi di tutela, ma anche come programma negoziale che può porre, sin dalla sua formazione e per tutto lo svolgimento del successivo rapporto, diversi bisogni di tutela, non di rado connessi alla procedimentalizzazione dell'affare, che esigono rimedi appositi, non più costretti all'interno

Il consolidamento dell'idea di rimedio ha comportato anche l'affermarsi di una nuova sensibilità che ha condotto a quel che oggi si designa come metodo rimediale, ossia all'approccio interpretativo che privilegia la prospettiva delle forma di tutela. In realtà, di metodo rimediale si dovrebbe discorrere anche con riguardo alle tecniche normative, che – come si è anticipato – si definiscono rimediali proprio per segnalarne la vocazione a disciplinare i fenomeni sociali a partire dai congegni di tutela.

L'entusiasmo nei confronti dell'approccio rimediale ha, però, comportato l'emergere dell'esigenza di consolidare le acquisizioni al riguardo, innalzando il livello della riflessione tramite il tentativo di definizione concettuale del rimedio. L'obiettivo è, però, ostacolato da una certa confusione linguistica sul punto in Europa<sup>64</sup>, ma non solo, come ha provveduto a denunciare anche la letteratura americana che sottolinea la polisemia dell'espressione, talora utilizzata in accezioni talmente generiche da offuscarne qualsiasi significato pregnante<sup>65</sup>.

L'odierno dibattito italiano è caratterizzato da tentativi di definizione concettuale del rimedio e, allo stato, sono individuabili due diverse concezioni. Una concezione, lata, ruota attorno all'idea del piano mobile di strumenti di protezione a diretto ridosso di bisogni di tutela – di cui si è già chiarito il significato – che però finisce per assumere il rimedio come prospettiva metodologica e di analisi del sistema privatistico piuttosto che come figura definita nei suoi contorni<sup>66</sup>. In definitiva, l'idea ispiratrice di

---

della tradizionale alternativa tra acquiescenza alla violazione dell'interesse e ablazione del vincolo contrattuale, ma, tutt'al contrario, improntati alla logica della correzione del rapporto al fine della conservazione dell'affare.

<sup>64</sup> Sulla scarsa affinità linguistica in Europa in materia di rimedi cfr. Mazzamuto, *I rimedi*, cit., 752-753, il quale segnala che «la *tutelle* in Francia è la tutela dei minori, ma l'espressione *remède* vi ricorre anche in senso giuridico; in Spagna *el remedio* non ha ancora cittadinanza nel vocabolario tecnico, così come in Germania dove espressioni quali *Rechtsschutz*, *Rechtsbehelf* o *Rechtsmittel* hanno un valore squisitamente processuale, ma, a seguito della *Schuldrechtsmodernisierung*, il termine *Rechtsbehelf* tende ad assumere il significato di rimedio, superando la tradizionale impostazione del BGB, che, per es., all'obbligazione del debitore fa corrispondere un unitario diritto di credito» (su tale ultimo punto v. Schlechtriem, *Schuldrecht Allgemeine Teil*, cit., 150 s.).

<sup>65</sup> Dobbs, *Law of remedies. Damages-Equity-Restitution*, cit., 20 segnala che «in a broad sense, almost any solution to any kind of problem can be regarded as a remedy. One could say "education is a remedy for discrimination"»

<sup>66</sup> di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, cit., 30 s.; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 341 s.; Mattei, *I*

questa concezione del rimedio è la predisposizione di strumenti di soddisfacimento di quei bisogni di tutela che non trovano nella fattispecie la loro regolamentazione, al punto che è nel “distacco dalla fattispecie” che va individuato l'indice rivelatore della presenza del rimedio<sup>67</sup>.

L'altra concezione, più ristretta, si ispira a quel che è stato definito come «moderno concettualismo»<sup>68</sup>, poiché si nutre anch'essa ad istanze antiformalistiche, ma non trascura il momento del riconoscimento edittale del potere o delle facoltà. Essa muove dall'analisi dei diritti della persona proprio per la loro strutturale indisponibilità ad essere compiutamente organizzati secondo lo schema del diritto soggettivo, poiché la persona non si presta ad una tutela orchestrata mediante il riconoscimento di un complesso di poteri, che, se violati, innescano l'istanza di accertamento della posizione tutelata e, tutt'al più, l'autorealizzazione<sup>69</sup>. In quest'ottica, la protezione della persona passa attraverso la tecnica del bilanciamento di interessi, che eleva il rimedio risarcitorio a forma elettiva, anche se non esclusiva, di tutela per la sua attitudine a fondarsi su di una comparazione in concreto degli interessi del danneggiante e del danneggiato<sup>70</sup>.

Ad entrambe le concezioni ora riferite viene contrapposto un tentativo di concettualizzazione del rimedio che non partecipa, per un verso, della insofferenza – propria della prima concezione – nei confronti della riconduzione del rimedio ad uno schema astratto per non pregiudicarne il naturale connotato della duttilità e, per altro verso, della tendenza – propria invece della seconda concezione – all'assolutizzazione di logiche particolari, come rischia di accadere se la nozione di rimedio viene immaginata assunto come referente principale, se non addirittura esclusivo, il risarcimento del danno. Se ne trae una nozione di rimedio essenziale che si

---

*rimedi*, cit., 108 s.

<sup>67</sup> A. di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 301, il quale precisa: «“Distacco dalla fattispecie” vuol dire disvelamento di un bisogno o di un'esigenza che la “fattispecie” non ha avuto la volontà, l'occasione o la capacità di individuare, onde la necessità di delineare un altro percorso».

<sup>68</sup> Mazzamuto, *I rimedi*, cit., 753.

<sup>69</sup> Messinetti, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, cit., 209 s.; Id., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, cit., 605 s.

<sup>70</sup> Messinetti, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, cit., 615 s.; Id., *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi, e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 543 s.

impernia su alcuni tratti ricorrenti nelle figure rimediali sinora coniate: il rimedio appare come espressione di un potere di reazione del singolo (o comunque presuppone l'impulso di parte) contro la violazione di un ordine preesistente o alla sua inattuazione per il sopraggiungere di un elemento esterno, che produce, pertanto, un bisogno di tutela, legato alla violazione o all'irrealizzazione di interessi non necessariamente dotati della forma di diritti soggettivi. Il rimedio si rivela, dunque, un dispositivo tecnico immediatamente a ridosso del bisogno di tutela ed viene, ora, espressamente predicato dal diritto positivo, ora, ricavato dall'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale. Un aspetto fondamentale consiste nella circostanza che i rimedi vengono per lo più somministrati dal giudice sulla scorta di valutazioni che toccano persino l'adeguatezza, la proporzionalità, la ragionevolezza del rimedio medesimo<sup>71</sup>.

Quel che, pertanto, si può escludere è che la somministrazione del rimedio consenta al giudice di attribuire rilevanza giuridica ad interessi di fatto, non ancora presi in considerazione, sia pure in forma indiretta o implicita, dall'ordinamento: la giuridificazione a partire dal rimedio è un procedimento ad appannaggio esclusivo del legislatore, che ben potrebbe decidere di conferire rilievo ad un interesse non tramite l'attribuzione di una posizione sostanziale che postula il ricorso alla tecnica della fattispecie, ma attraverso il riconoscimento di un rimedio per l'ipotesi che l'interesse medesimo venga lesa o resti inattuato.

Il rimedio fa il paio non con il nudo interesse ma con lo specifico bisogno di tutela, che presuppone, per l'appunto, una previa valutazione positiva dell'ordinamento della rilevanza giuridica dell'interesse a cui il bisogno di tutela si raccorda<sup>72</sup>. Il bisogno di tutela presuppone, a sua volta,

<sup>71</sup> Mazzamuto, *I rimedi*, cit., 751-752.

<sup>72</sup> Mazzamuto, *I rimedi*, cit., 755-756. L'a. è tornato sul tema (S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. prin.*, 2008, 369), sottolineando che «il risarcimento del danno extracontrattuale è rimedio per antonomasia e ciò implica l'adesione alla teoria che nega il riconoscimento al giudice del potere di porsi a diretto contatto con gli interessi non ancora contemplati dall'ordinamento giuridico». Sul punto v. Castronovo, *La responsabilità civile*, cit., 237-238 chiarisce che il significato dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. risiede nel fatto che «il concetto di danno adottato dall'ordinamento italiano risulta giuridicizzato; non però nel senso della teoria normativa che identifica il danno con la lesione, bensì nel senso che il danno come perdita patrimoniale ha bisogno di essere qualificato in relazione a un interesse giuridicamente tutelato per attingere

l'esistenza di un conflitto di interessi contrapposti e l'irrogazione del rimedio che può consistere anche in un mero accertamento – implica, per lo più, un apprezzamento del giudice volto a risolvere il conflitto tramite l'applicazione della regola di prevalenza sancita dal diritto positivo o dall'autonomia privata o l'apprezzamento in concreto dipanato mediante bilanciamento laddove la legge (ad es. con il riferimento alla buona fede) o l'autonomia privata lo consentano<sup>73</sup>.

4. Un'applicazione particolarmente significativa del metodo che persegue un approccio meno pragmatico al tema dei rimedi è offerta dall'interpretazione dei dati normativi che introducono quel che, di primo acchito, si presenta come un unico rimedio introdotto per far fronte ad un bisogno di tutela, a prima vista, altrettanto unico, ma che, ad un'analisi più approfondita, si rivela invece non tale giacché dietro la formulazione linguistica unitaria non si cela un solo rimedio, ma più rimedi. Questo è quel che si verifica, ad es., nell'art. 92, comma 1, cod. cons., che attribuisce al consumatore che recede dal contratto di pacchetto turistico o subisce la cancellazione del viaggio la facoltà di «usufruire di un altro pacchetto turistico di qualità equivalente o superiore senza supplemento di prezzo, o di un pacchetto turistico qualitativamente inferiore previa restituzione della differenza del prezzo». La dottrina ha segnalato che tale facoltà si rivela soltanto in apparenza con un unico un rimedio, poiché in realtà essa muta qualificazione a seconda del presupposto di attivazione: la facoltà di

---

rilevanza di responsabilità. In questa concezione normativa più lasca il danno rimane essenzialmente una perdita, una sottrazione, che può avere o no natura patrimoniale, e la lesione giuridicamente rilevante non oblitera il danno come perdita ma lo acclimata per così dire nel discorso giuridico, facendolo diventare rilevante ai fini della responsabilità. In tal senso anche di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi* cit., 302, secondo cui: «sul terreno della responsabilità civile, il requisito dell'«ingiustizia del danno» sta a significare che il rimedio non può essere, esse stesso, fondativo di normatività risarcitoria, dovendo, questa, pre-esistere al rimedio, se anche all'esito di un bilanciamento di interessi. Il rimedio sta dopo e non prima».

<sup>73</sup> Mazzamuto, *I rimedi*, cit., 756, il quale, alla luce della nozione di rimedio delineata, giunge a considerare il c.d. recesso di pentimento, la revoca della proposta o la richiesta di un prospetto informativo non già come altrettanti rimedi, ma come facoltà poiché il ricorso ad essi non postula il sorgere di un conflitto.



richiedere un altro pacchetto, se consegue ad fatto di inadempimento, assume il contenuto di una richiesta di adempimento sanante; mentre, se è legata all'esercizio da parte del consumatore del recesso originato da una violazione di legge (art. 90, comma 3, cod. cons.) o da un fatto di rinegoziazione non andato a buon fine (art. 91, comma 2, cod. cons.), assume il valore di una garanzia in forma specifica, giacché in tal caso il bisogno di tutela non scaturisce da un inadempimento<sup>74</sup>. Un approccio che in tali ambiti rifugge le concettualizzazioni non attribuirebbe rilievo alle diversità di presupposto e condurrebbe alla conclusione che qui si è in presenza di un rimedio solo.

Un ulteriore caso clinico del rischio legato ad un approccio squisitamente pragmatico che programmaticamente abbandoni qualsivoglia forma di concettualizzazione del rimedio e, soprattutto, assolutizzi la prospettiva del rimedio, a discapito della complementare valutazione del piano della posizione sostanziale tutelata, è offerto dal dibattito – già ricordato – sulla natura del vincolo del venditore di beni di consumo e sulla qualificazione dei rimedi ripristinatori di cui all'art. 130 cod. cons.

Il dato di partenza è offerto dall'art. 130 cod. cons. secondo cui «Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene. In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione [...] ovvero alla riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto». Dalla natura di mezzi di tutela in forma specifica, correlata alla loro preordinazione a far conseguire al compratore il bene oggetto del contratto

---

<sup>74</sup> S. Mazzamuto, *Contratto di pacchetto turistico*, in *Manuale dir. priv. eur.*, II, cit., 992 s., il quale rileva che «l'approccio pragmatico del legislatore comunitario ha consentito di accomunare rimedi differenti, quanto a presupposti e a significato dogmatico, sulla base della constatazione – di pura empiria – della equivalenza dei relativi effetti, consistenti in entrambi i casi nella realizzazione in natura dell'interesse del consumatore dedotto in contratto, senza avvedersi che la tutela in forma specifica attuata dall'adempimento sanante si colloca nel cerchio chiuso del rapporto contrattuale ed è il frutto naturale della forza vincolante dell'impegno contrattuale e, più in particolare, delle obbligazioni da esse scaturenti; mentre la tutela in natura offerta dalla garanzia in forma specifica è situata al di là del contratto, presupponendone lo scioglimento, ed è il frutto della protezione predisposta dalla legge e, pertanto, non costituisce una tecnica di attuazione delle promesse contrattuali».

con tutte le caratteristiche e le qualità dovute<sup>75</sup>, larga parte della dottrina ha desunto la qualificazione in termini di azione di adempimento<sup>76</sup>, o meglio di

<sup>75</sup> Vale a dire quelle abituali, nonché con quelle che è ragionevole attendersi anche alla luce delle dichiarazioni pubblicitarie e con quelle espressamente indicate nel contratto o presentate all'acquirente mediante modelli o campioni.

<sup>76</sup> Cfr. di Majo, *Garanzia e inadempimento*, cit., 6 s., in part. 8.; Id., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, cit., 10-11 e nt. 18; Amadio, *Difetto di conformità*, cit., 880 s., in part. 881 e 896; Id., *Proprietà e consegna*, cit., 145 s.; R. Alessi, *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 760, 769-770; P.M. Vecchi, *Commento al comma 1*, sub art. 1519-ter (conformità al contratto), in Garofalo-Mannino-Moscato-Vecchi, *Commentario*, cit., 151; Romeo, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, cit., 234 s.; P. Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in *Il Codice civile. Commentario Schlesinger* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 230; E. Barcellona, *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità garanzia ed esatto adempimento*, in *Contr. impr.*, 2009, 198-199, 207 s. In parte diversa la ricostruzione di Bocchini, *La vendita di cose mobili*, cit., 431 incentrata sulla qualificazione del diritto al ripristino di cui all'art. 130, comma 2, cod. cons. in termini di un presunto diritto all'esatta attuazione del risultato programmato, la cui ampia portata appare all'a. idonea ad abbracciare «sia l'ipotesi di violazione dell'impegno traslativo (quando i difetti di conformità sussistono già al momento della vicenda traslativa), sia l'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione di consegna (quando i difetti insorgono successivamente alla vicenda traslativa, fino al momento della consegna), determinandosi in ogni caso la inesatta realizzazione del risultato programmato» e cioè, in definitiva, l'impedimento al compratore dell'accesso al consumo. L'a. ripropone in definitiva la nota tesi di Luminoso (contenuta nelle edizioni precedenti de *La compravendita*: v. Luminoso, *La compravendita*<sup>5</sup>, Torino, 2008, 324 s.; nonché Id., *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 842 s.; Id., *Le garanzie nella vendita*, cit.) ora abbandonata (Id., *La compravendita*, cit., 342 s.) che mette capo ad una soluzione non unitaria al problema del fondamento della responsabilità del venditore per il difetto di conformità al contratto del bene alienato: da ricondursi, nelle ipotesi di difetti preesistenti alla conclusione del contratto, all'operare della garanzia (che dà luogo per Luminoso ad una responsabilità speciale per inesatta realizzazione del risultato traslativo sulla scia dell'insegnamento di D. Rubino, *La compravendita*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971, 629 s.) e, nelle ipotesi di difetti insorti tra la conclusione del contratto e la consegna del bene, all'inadempimento dell'obbligazione di consegnare beni conformi, un'obbligazione speciale dal contenuto diverso e derogatorio rispetto alla previsione generale di cui all'art.1477, comma 1, c.c. in quanto include, oltre la *traditio*, la conformità del bene al contratto. *Contra* Vecchi, *Commento al comma 1*, sub art. 1519-ter (conformità al contratto), cit., 145 s., sostanzialmente sulla base di due argomenti: un primo, legato alla esclusiva riferibilità della tesi in discorso al solo contratto di vendita quando invece la disciplina degli artt. 128 ss. cod. cons. si applica a tutti i contratti volti a far conseguire beni al consumatore, e quindi anche al contratto di appalto ed al contratto d'opera, cui tale ricostruzione male si attaglia; un secondo, incentrato sulla diversa struttura della vendita di beni di consumo rispetto a quella di diritto comune in quanto caratterizzata della consegna

adempimento successivo<sup>77</sup>, dei rimedi ripristinatori della riparazione e della sostituzione e di qui l'ulteriore conseguenza dell'introduzione ad opera della nuova disciplina di una obbligazione di conformità del bene al contratto<sup>78</sup> o,

del bene come termine di riferimento logico e cronologico della valutazione della conformità del bene e, dunque, dell'eventuale inadempimento dell'impegno contrattuale e, pertanto, come presupposto per l'esperibilità dei rimedi di cui all'art. 130 cod. cons. In senso critico rispetto alle posizioni di entrambi gli AA. precedenti v. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi*, cit., 1068 s., che si riallaccia all'insegnamento di L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 188 s.

<sup>77</sup> A. di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 140; Id., *La responsabilità contrattuale*, cit., 105; L. Mangiaracina, *La gratuità della sostituzione del prodotto difettoso nella direttiva 1999/44/CE: la normativa tedesca al vaglio della Corte di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 198.

<sup>78</sup> G. De Cristofaro, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, 53 s.; Amadio, *La «conformità al contratto»*, cit., 2001, 10 s.; Id., *Difetto di conformità*, cit., 880, ora Id., *Proprietà e consegna* cit., 140 s., in part. nt. 42, ove l'a. chiarisce il suo pensiero e, senza per questo ripudiarlo, concorda sull'imprecisione e sull'improprietà dell'espressione «obbligazione di conformità», la quale allude all'inedito risultato posto dalla novella ad oggetto dell'impegno del venditore: far conseguire al compratore la proprietà e la disponibilità di un bene funzionalmente idoneo, aspetto, quest'ultimo, dell'impegno contrattuale logicamente e dogmaticamente pensabile nella forma del vincolo obbligatorio grazie alla «disarticolazione della vicenda traslativo-possessoria» attuata dagli artt. 128 ss. cod. cons. e idonea a mettere «fuori gioco, come la dottrina ha già avuto modo di segnalare, la norma (*ex* art. 1477 c.c.) che prescrive di consegnare la cosa nello stato in cui si trovava al momento del contratto: e ciò consente (e insieme impone) al venditore di intervenire su quello stato, anche anteriormente alla consegna, se ciò si riveli necessario ad eliminare la difformità»; P. Schlesinger, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, 5, 562; R. Calvo, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005, 289-290; Id., *Vendita e responsabilità per vizi materiali II Il regime delle «garanzie nelle vendite al consumo»*, Napoli, 2007, 179; V. Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, 315-316. Sulla figura dell'«obbligazione di conformità del bene al contratto» v. le lucide riflessioni critiche di Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi*, cit., 1067, incentrate sulla inconsapevole riproposizione, mediante la categoria in esame, del concetto di prestazione propugnato dalle dottrine «patrimoniali» dell'oggetto dell'obbligazione e di Luminoso, *La compravendita*, cit., 341-343 appuntate sulla difficoltà di concepire una siffatta obbligazione come distinta da quella di consegna e, in chiave ancor più generale, di ammetterla sul piano concettuale alla luce delle acquisizioni della migliore dottrina in tema di oggetto dell'obbligazione (il rinvio è d'obbligo a L. Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156 s.; P. Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1273 s., in part. 1291 s., con qualche oscillazione destinata ad approdare ad una nozione di obbligazione non coincidente con il *debere* finalizzato ad un risultato utile, su cui si appuntano i rilievi critici di Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo*, cit., 534 nt. 14; Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., 213 ss.; Id., *Obbligazione (diritto privato)*, in *Novissimo Dig. it.*, XI, Torino 1965,

in alternativa, di un'obbligazione di consegna di beni conformi<sup>79</sup> – in linea d'altronde con il tenore letterale dell'art. 129, comma 1, cod. cons.<sup>80</sup>. Da ciò

598; P. Rescigno, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 181 s., in part. 182; A. di Majo, *Obbligazione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 9-10, 20-21; Id., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, sub art. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 105 s., in part. 111, ove si afferma che «l'obbligazione nel suo complesso non è solo regola di comportamento ma regola di comportamento in funzione del raggiungimento di un risultato, a questo finalizzata»; Id., *Le tutele contrattuali*, cit., 58 nt. 19; Id., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, 22 nt. 19; C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*<sup>2</sup>, t. I, Torino, 1999, 38 s.; Breccia, *Le obbligazioni*, cit., 131 s.; e per una diversa impostazione R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. Napoli, 1978, 80 s., il quale sostiene la necessità di spezzare ogni correlazione tra contenuto del diritto di credito e contenuto dell'obbligo del debitore: il primo identificabile in ciò a cui è diretta l'attività del debitore ed il secondo, per converso, consistente nell'attività medesima).

<sup>79</sup> Bocchini, *La vendita di cose mobili*, cit., 28 ss., 373 s., in part. 376, 430 s., il quale rileva che la realtà economica della produzione di massa e la tensione dell'acquirente di beni mobili al «consumo» incidono sulla struttura causale della vendita di beni di consumo, nella quale certo la vicenda traslativa non cessa di caratterizzare la funzione del contratto, ma, all'evidenza, ha perduto il ruolo preminente di «prestazione fondamentale» giacché al trasferimento della proprietà si affianca l'obbligo di immettere l'acquirente nella disponibilità di un bene conforme al contratto. «Ma poiché solo quest'ultimo profilo consente l'accesso al consumo del compratore, la legge orienta la sua osservazione su tale momento, sicché la violazione dell'impegno traslativo si somma fino a confondersi con l'inadempimento dell'obbligo di consegna, rilevando giuridicamente la in attuazione ovvero la inesatta attuazione del complessivo risultato programmato dovuto, verso cui tende l'interesse del consumatore»; ma già v. di Majo, *Garanzia e inadempimento*, cit., 8, il quale offre una lettura degli strumenti ripristinatori della conformità di cui all'art. 130 cod. cons. che fornisce «alimento alla tesi che accentua nella vendita in esame non più (e non solo) la prestazione traslativa ma quella (materiale) diretta «alla consegna di cosa conforme al contratto» e comunque all'uso che è abituale del bene di quel tipo. L'obbligazione (di consegnare cose conformi) è la forma giuridica che assume la prestazione che è oggetto del contratto, ragione quasi retorica per il rimedio specifico ma ben più pregnante per il risarcimento se inadempita». Cfr. altresì C.M. Bianca, *L'obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del codice civile*, in *Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile "Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, Treviso 23-24-25 marzo 2006, Padova, 2006, 61-62; Moscati, *Note introduttive*, sub art. 1519-*quater*, commi 1-6, cit., in Garofalo-Mannino-Moscati-Vecchi, *Commentario*, cit., 298-299; Alessi, *L'attuazione della direttiva*, cit., 767; Vecchi, *Commento al comma 1*, sub art. 1519-*ter* (conformità al contratto), cit., 143 s., in 151-152; G. Pisciotta, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003, 62 s., 140 ss.; R. De Matteis, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. impr./Europa*, 2001, 51 s.; D. Corapi, *La direttiva 99/44/CE e la convenzione di Vienna sulla vendita di beni di consumo: verso un nuovo diritto*

la conclusione che il difetto di conformità del bene, elevato dall'art. 130, comma 1, cod. cons. a presupposto dell'operatività del sistema rimediabile gerarchizzato, costituisca inadempimento imputabile al venditore a titolo di responsabilità<sup>81</sup>.

La fisionomia di rimedi in natura propria della sostituzione e della riparazione rappresenta effettivamente un indice non trascurabile del loro possibile inquadramento nella categoria dell'azione di adempimento in quanto quest'ultima costituisce lo strumento deputato a far conseguire al

---

*comune della vendita?*, in *Europa dir. prin.*, 2002, 663; C. Leo, *Art. 1519-ter (Conformità al contratto)*, in *Alpa-De Nova-Capilli-Colantuoni-Leo-Maniaci-Putti-Scarpello-Valcada, L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002, 25; Fadda, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, cit., 240 s.; e da ultimo Luminoso, *La compravendita*, cit., 343 s. e in part. 344 nt. 1, il quale ha ripudiato la ricostruzione effettuata nelle precedenti edizioni, e in altri scritti minori, incentrata sulla distinzione tra difetti anteriori (riconducibili alla responsabilità speciale) e difetti successivi (riconducibili alla responsabilità per inadempimento dell'obbligazione di consegna di beni conformi) alla vendita, ritenendo decisivo il dato normativo rappresentato dall'art. 129 cod. cons. e, quindi, propendendo per la qualificazione del vincolo del venditore come obbligazione (complessa) di consegna che include anche l'eventuale attività necessaria al ripristino della conformità.

<sup>80</sup> Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi*, cit., 1051-1052 osserva che il dato letterale si presenta non univoco e, pertanto, non decisivo ai fini dell'inquadramento dogmatico della situazione soggettiva costruita dal legislatore comunitario attorno alla nozione di conformità del bene al contratto nonché ai fini della qualificazione della risposta dell'ordinamento alla violazione dell'impegno contrattuale ad attribuire all'acquirente beni conformi; in senso analogo Luminoso, *La compravendita*<sup>5</sup>, cit., 324-325, ma per la mutata opinione Luminoso, *La compravendita*, cit., 343.

<sup>81</sup> Così, per tutti, C.M. Bianca, *Art. 130-commi 1°-6°*, in Bianca (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, cit., 435 s., in part. 437, il quale ricorre ai moduli concettuali dallo stesso A. (Id., *La vendita e la permuta*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, 708) elaborati con riferimento alla disciplina generale di diritto comune della vendita e, in particolare, alle norme relative alla garanzia per evizione e per vizi, accomunate dal carattere di violazione dell'impegno traslativo e, per tale via, ricondotte nell'alveo della responsabilità contrattuale. Afferma l'a. che «chi vende un bene non fa una previsione in ordine al suo acquisto da parte del compratore, ma si impegna a che il compratore acquisisca il bene come determinato in contratto: se il bene passa in proprietà al compratore ed è rispondente alle determinazioni legali e convenzionali, l'impegno del debitore si è esattamente realizzato; se il bene non passa in proprietà o è affetto da vizi o è privo delle qualità promesse o essenziali, il venditore è inadempiente, in quanto ha violato il suo impegno traslativo». Da ciò la conclusione che «l'impegno del venditore in ordine al risultato traslativo può qualificarsi come obbligazione». Calvo, *Vendita e responsabilità per vizi materiali II Il regime delle «garanzie nelle vendite al consumo»*, cit., 157 ss.

creditore il soddisfacimento, eventualmente in via coattiva, dello specifico interesse alla cui realizzazione è preordinato il vincolo obbligatorio<sup>82</sup>. Non altro valore se non quello di presupposto normativo di un'ipotesi di qualificazione giuridica dei rimedi ripristinatori e, di conseguenza, dell'impegno contrattuale alla consegna di beni conformi al contratto di cui agli artt. 129, comma 1, e 130, comma 1, cod. cons., è lecito, dunque, assegnare alla disciplina positiva di tali mezzi di tutela come strumenti soddisfattivi dell'interesse originario dell'acquirente di beni di consumo<sup>83</sup>, elevato ad autentico risultato dovuto dell'affare<sup>84</sup>. Tale opzione ricostruttiva esige però una conferma proveniente dalla struttura delle posizioni soggettive postulate in tale ottica in capo all'acquirente e all'alienante per sfuggire al rischio di soluzioni tutte sbilanciate verso il profilo della tutela e destinate a fare violenza alle categorie concettuali<sup>85</sup>. Ogni rimedio presidia una o più corrispondenti situazioni soggettive e la correlazione è data dall'adattamento del mezzo di tutela alle caratteristiche della posizione

---

<sup>82</sup> Per una ricognizione delle posizioni formatesi nel dibattito sulla vendita di beni di consumo sino al 2006 cfr. Barcellona, *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità garanzia ed esatto adempimento*, cit., 171 s. e fino al 2005 Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., 308 s.

<sup>83</sup> Amadio, *Difetto di conformità*, cit., 880 ritiene invece decisiva la natura di rimedi soddisfattivi in forma specifica della sostituzione e della riparazione, tanto più se coordinata con il tenore letterale dell'art. 129, comma 1, cod. cons., ai fini della costruzione della conformità del bene al contratto come oggetto di un'obbligazione del venditore e non dubita della qualificazione dei rimedi ripristinatori come azioni di esatto adempimento

<sup>84</sup> Cfr. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo*, cit., 535 s., in part. 547 s., secondo cui il risultato della consegna di un bene conforme costituisce un effetto del contratto di compravendita, non mediato dall'insorgenza di una obbligazione, ma collegato direttamente al contratto in quanto vincolo preordinato alla raggiungimento degli scopi in esso divisati, ossia alla *lex contractus*.

<sup>85</sup> Così Piraino, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., 548; adde Montanari, *Problematical aspects of the remedial perspective*, cit., 2 e nt. 9, il quale sviluppa il ragionamento sul diverso terreno del *Reliance interest* concepito come il frutto di un'applicazione controllata del metodo rimediale perché condotta mediante il filtro della valutazione delle caratteristiche dell'interesse sostanziale tutelato così come descritte dalla teoria jheringhiana dell'interesse negativo. «The American legal theory, therefore, does not translate its own analysis in a mere application of a foreign doctrine, but von Jhering's idea is filtered through the elements of the Common Law tradition. In particular they apply that idea without forgetting the primacy of remedy instead of right and they develop a new kind of protection on these cases. This means that interaction between systems must not be a mere overlapping of them, but it shows, on the contrary, that it is possible to exchange legal theories between different systems without destroying their own legal foundations» (*ibidem*, 7).

sostanziale, secondo una logica di reciproco condizionamento, che non ammette forzature. Non è certo possibile immaginare le singole situazioni giuridiche come categorie monolitiche e imm modificabili cui la tecnica rimediale non possa fare altro che adeguarsi, giacché le soluzioni in punto di tutela incidono – lo si è già anticipato – sull'evoluzione della posizione sostanziale tutelata.

5. Nell'attuale e più consapevole dibattito sul rimedio, un aspetto rilevante è rappresentato dalla rinnovata analisi del rapporto tra diritto sostanziale e processo nella prospettiva della singola forma di tutela. Il punto riveste un significato particolare proprio con riferimento all'azione di adempimento, le cui fortune – come si è constatato – sono state sinora legate al precetto costituzionale di effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost. e alla valorizzazione delle norme sull'esecuzione forzata in forma specifica di cui agli artt. 2931 ss. c.c. La disputa sui rapporti tra diritto ed azione non è certo nuova, avendo anzi animato il dibattito italiano della prima metà del XX sec. È sin troppo noto, infatti, il percorso che ha condotto all'abbandono della visione pandettistica della pretesa – intesa come aspettativa di qualcosa da qualcuno azionabile in giudizio<sup>86</sup> – quale manifestazione del diritto e all'approdo all'idea, diametralmente opposta, propugnata da Binder del diritto come effetto della concezione al privato di un mezzo di tutela mediante il riconoscimento di un'azione giudiziaria<sup>87</sup>. Ciò ha comportato in Italia l'acquisizione di consapevolezza dell'autonomia – se non addirittura in alcuni autori del primato<sup>88</sup> – dell'azione dal diritto sostanziale e il dibattito si è subito concentrato sul contenuto di tale autonomia, predicandosene, ora, una concezione “astratta”, in virtù della quale il potere di agire si presenta del tutto indipendente da una qualche situazione soggettiva preesistente<sup>89</sup>, ora, una concezione “concreta”, secondo cui il concetto stesso di

<sup>86</sup> Windscheid, *Die «Actio» des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, cit.

<sup>87</sup> J. Binder, *Prozess und Recht*, Leipzig, 1927, nonché J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1933.

<sup>88</sup> In Italia A. Pekelis, *Azione*, in *Novissimo Dig. it.*, II, Torino, 1937, 91 s. in part. 97 s.

<sup>89</sup> E.T. Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 47 s.; Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, Milano, 1951; G.A. Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1959.



giurisdizione perde di significato se alla base della sentenza non c'è il riconoscimento della posizione sostanziale dell'attore e, dunque, tanto il diritto soggettivo quanto il diritto di azione vanno ritenuti preesistenti al giudizio<sup>90</sup>.

Il rinnovato interesse per i rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale è, dunque, legato alla figura del rimedio. Una parte della dottrina sulla scia della tradizione di *common law* rivendica l'autonomia del piano rimediale tanto dal diritto sostanziale quanto dal diritto processuale<sup>91</sup>: al primo compete, infatti, la scelta di selezionare gli interessi meritevoli di tutela e di fissarne i limiti del riconoscimento giuridico, nonché di definire le regole di coordinamento o di prevalenza rispetto ad altri interessi, altrettanto degni di tutela, confliggenti o concorrenti; al secondo, invece, spetta il compito di delineare gli organi competenti e le modalità di attivazione dei rimedi concessi dall'ordinamento a presidio degli interessi giuridicamente rilevanti<sup>92</sup>. In un moto di reazione alle passate esasperate divisioni disciplinari e di accondiscendenza a ravvisare piuttosto confini mobili, la dottrina in esame riconosce il reciproco condizionamento tra diritto dei rimedi, da un lato, e diritto sostanziale e diritto processuale, dall'altro. Il diritto sostanziale incide sulla conformazione del rimedio a causa dell'influenza esercitata dalla tipologia di lesione cui reagire e dall'effettiva riparabilità della situazione lesa o violata<sup>93</sup>; di contro, la prospettiva rimediale influenza il diritto sostanziale sul versante del riconoscimento degli

---

<sup>90</sup> P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale secondo il nuovo codice*, Padova, 1943. La rigida alternatività delle concezioni astratta e concreta è superata da E. Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1947, 25 s. e E. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957 perché ritenuta inappagante ed infatti non si può negare che *a priori*, ossia al momento della proposizione dell'azione, non è possibile stabilire se la pretesa dell'attore corrisponda effettivamente al contenuto di una norma attributiva della posizione sostanziale la cui tutela egli invoca sicché per intanto il giudice si deve limitare ad ammettere l'attore all'esercizio della sua pretesa azione, prendendo in tal modo in considerazione, per quanto in via provvisoria, la sua azione-pretesa.

<sup>91</sup> Mattei, *I rimedi*, cit., 108; di Majo, *Il linguaggio*, cit., 344 e nt. 8.

<sup>92</sup> Mattei, *I rimedi*, cit., 108-109.

<sup>93</sup> Mattei, *I rimedi*, cit., 109 porta l'esempio della regola rimediale della modificabilità giudiziaria della volontà delle parti di un contratto: tale regola è ammissibile purché essa si dimostri idonea a soddisfare l'interesse di uno dei due contraenti, tenuto conto del tipo contrattuale e, soprattutto, della compatibilità con i principi dell'ordinamento in ordine alle incursioni giudiziarie sul terreno dell'autonomia privata.



interessi da proteggere, fortemente condizionato dalla loro astratta tutelabilità, a meno di non voler scivolare nella mera declamazione, e ciò non solo in un'ottica di politica del diritto, ossia di scelta nell'allocatione dei diritti, ma anche in chiave sistematica, ossia nella costante opera di ricostruzione del sistema affidata all'interprete, sul presupposto l'unitarietà dell'ordinamento non costituisca una realtà, ma solo un postulato<sup>94</sup>. A sua volta, il diritto processuale condiziona il rimedio e non solo sotto il profilo squisitamente operativo<sup>95</sup>, costituito dalle regole di attivazione del mezzo di tutela, ma soprattutto in punto di configurazione stessa del rimedio. La previsione di uno strumento di protezione di un interesse degno di tutela, in assenza di adeguati meccanismi di attuazione in sede processuale, rischia di assumere quello stesso valore declamatorio proprio di una situazione soggettiva proclamata ma sprovvista di un adeguato mezzo di tutela.

Un segno del condizionamento esercitato dalle regole procedurali sulla stessa configurabilità del rimedio proviene giusto dalla materia dei rapporti obbligatori e riguarda – come in precedenza anticipato – proprio l'azione di adempimento, la cui elaborazione ha ricevuto un decisivo impulso dall'innovazione costituita dall'introduzione nel Libro VI del codice civile della Sezione II del Capo II del Titolo IV, dedicata all'esecuzione forzata in forma specifica, nella quale hanno trovato posto, ora, disposizioni del tutto nuove, come l'art. 2932 c.c., ora, disposizioni sostitutive di precedenti norme (gli artt. 1220-1222 c.c. 1865) ed istitutive di un rinnovato modello di soddisfazione forzata dell'interesse dedotto in obbligazione nel quale l'attuazione in natura non è più annoverata tra le prerogative sostanziali del creditore (così gli artt. 1220-1222 c.c. 1865), ma affidata agli organi giudiziari

---

<sup>94</sup> La configurazione degli ordinamenti giuridici come sistemi di per sé organici e coerenti costituisce oramai un retaggio di concezioni passate, sostituito dall'idea di organismi costantemente *in fieri*: cfr. J. Raz, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, 1977, 175 s., 229 s.; G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996; M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 406 s.; Gentili, *L'argomentazione*, cit., 480, 484 e nt. 26.

<sup>95</sup> Mattei, *I rimedi*, cit., 109 e nt. 17, limita le sue riflessioni a questo aspetto e si sofferma a rilevare l'incidenza esercitata sul rimedio dalle norme sulla prescrizione, sulle prove o sulle diverse forme di notifica, rilevando, altresì, come le regole procedurali sovente costringano l'attore a ripiegare su un rimedio diverso da quello divisato, come, ad esempio, accade qualora decorra il termine di prescrizione annuale dell'azione di reintegrazione ed il proprietario debba ricorrere alle più costose ed incerte azioni petitorie.

e rinviata al processo esecutivo (così gli artt. 2931 e 2933 c.c.)<sup>96</sup>. Il passaggio da un sistema di soddisfazione coattiva dei crediti aventi ad oggetto un fare o un non fare ancorato all'esercizio del diritto sotto giudiziario controllo – ed ispirato dal modello francese degli artt. 1142 ss. *code civil* – ad un sistema che, a fronte dell'invocazione dell'adempimento da parte del creditore, affida agli organi del processo esecutivo il compito di attuare coercitivamente l'ingerenza nella sfera giuridica del debitore non poteva restare privo di rilievo sul versante della ridefinizione degli strumenti a disposizione del creditore per reagire all'inadempimento, così da spezzare l'egemonia dello strumento risarcitorio e da ridisegnare i confini della responsabilità patrimoniale<sup>97</sup>.

A tale collocazione mediana della categoria del rimedio tra diritto sostanziale e processo si può giusto obiettare che la rivendicazione di una sua autonomia tanto dal diritto sostanziale quanto dal diritto processuale, sino ad immaginarne una specifica disciplina che prescindia dai diritti e dai doveri previsti a livello edittale e si ispiri a «principi o criteri, non esportabili facilmente nel vicino campo dei diritti (come quello di proporzionalità e/o di ragionevolezza)»<sup>98</sup>, rischia di tramutare la figura del rimedio in un *medium* logico dell'argomentazione del giurista esattamente come è accaduto per il diritto soggettivo ed, anzi, proprio in sostituzione di quest'ultimo, confidando, tra l'altro, nella maggiore flessibilità dello strumento rimediabile

---

<sup>96</sup> Cfr. di Majo, *La tutela civile*, cit., 285-286, il quale rileva altresì che «il collegamento del processo esecutivo (e/o meglio dei processi di esecuzione specifica) con la coppia *obbligazione* (di dare, fare o non fare) – (diritto di) *credito* è troppo chiara nella stessa formulazione delle norme richiamate (artt. 2930 ss. c.c.) per essere sottovalutata».

<sup>97</sup> La Relazione al codice civile (n. 1195) precisa che, quanto «al nuovo *modus procedendi* introdotto dal codice di procedura, non si tratta più per l'avente diritto di ottenere un'autorizzazione a provvedere egli stesso, a spese dell'obbligato, al compimento di quanto non sia stato eseguito o alla distruzione di ciò che sia stato fatto illegittimamente, bensì si tratta di ottenere un provvedimento al quale fa seguito un'esecuzione da realizzarsi nei modi indicati dagli artt. 612 e seguenti del codice medesimo». di Majo, *La tutela civile*, cit., 286 chiarisce che l'inserimento degli artt. 2931 e 2933 c.c. nel corpo del codice civile acquista un significato sistematico non riducibile al soddisfacimento di esigenze tecniche di raccordo tra il codice sostanziale e quello di rito, ma consistente piuttosto nel «garantire un continuum tra il rimedio dell'adempimento "in natura", così come declamato in norme sostanziali (v. per tutte l'art. 1453 c.c. ma altresì l'art. 2818 con riferimento alla sentenza di condanna), e i mezzi e/o le tecniche processuali destinati ad attuarlo».

<sup>98</sup> di Majo, *Il linguaggio*, cit., 349; Mattei, *I rimedi*, cit., 107.

rispetto al diritto soggettivo<sup>99</sup> con le inevitabili ripercussioni sul piano del rigore della riflessione giuridica<sup>100</sup>. Si è parlato di rischio di “libertinaggio argomentativo” e il timore non sembra affatto infondato.

L'altro rischio connesso alla corrente voga rimediale è quella – lo si è ricordato – dell'assolutizzazione del punto di vista e si tratta di un rischio ricorrente come si può constatare nella recente proposta di rilettura dell'ordinamento giuridico come tecnica di controllo del comportamento umano operante per il tramite della sua qualificazione in termini di doverosità<sup>101</sup>. Il dovere viene assunto a categoria ordinante del giuridico poiché irriducibile ad alcuna delle altre situazioni soggettive, le quali al contrario possono essere ridotte a suoi riflessi<sup>102</sup>; ma ciò non consente di giustificare la costruzione giuridica delle libertà e, in particolare, dell'autonomia privata, non a caso presa in considerazione soltanto come fonte del potere normativo dei singoli<sup>103</sup>, che, come ogni altro strumento di nomogenesi, non può che condurre all'imputazione di doveri.

Dal quadro delineato emerge che quel certo tasso di cautela adottato nelle pagine precedenti non riguarda esclusivamente la prospettiva rimediale ma investe qualsiasi prospettiva metodologica che assume una specola univoca.

---

<sup>99</sup> di Majo, *Il linguaggio*, cit., 349 ravvisa nei rimedi un «piano flessibile di risposta contro il *default* del contratto».

<sup>100</sup> Il timore manifestato *supra* nel testo sembra trovare conferma in quelle valutazioni complessive dell'approccio rimediale orientate a sottolinearne la tensione «ad inserirsi nel comune linguaggio dei diritti e delle azioni, prospettando forme di tutela che, sul piano sostanziale, sono destinate a riempire il vuoto che sussiste tra i primi e le seconde, raccordandosi direttamente a “bisogni di tutela” che insorgono al momento della violazione e che sovente non sono predicati a livello delle proposizioni normative primarie» (di Majo, *Il linguaggio*, cit., 341 nt. 2).

<sup>101</sup> V. Tavormina, *Diritto e processo (uno schema di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 119 s.

<sup>102</sup> Tavormina, *Diritto e processo*, cit., 119: «La qualifica di doverosità di un comportamento è l'unica propria dell'ordinamento. Ogni altra (di liceità, facoltatività ecc.) si riduce ad un'affermazione o negazione della prima, mentre questa non può essere ridotta alle altre proprio perché queste sono definite in funzione esclusiva della prima. Anche il divieto esprime una qualifica di doverosità, benché non del comportamento vietato (che viene appunto vietato), bensì di uno qualsiasi (a scelta dell'obbligato) dei possibili comportamenti incompatibili con quelli vietati», ma v. anche *ibidem*, 126.

<sup>103</sup> Tavormina, *Diritto e processo*, cit., 123.