

CAPITOLO PRIMO

IL LINGUAGGIO DEI RIMEDI

SOMMARIO

1. Rimedi e diritti. – 2. Principi Unidroit e diritto contrattuale europeo. – 3. Diritto comunitario e rimedi. – 4. Di talune applicazioni. – 5. La prospettiva rimediale in via giurisprudenziale. – 6. I rimedi nella crisi della fattispecie. – 7. I tempi per una cultura dei rimedi.

1. *Rimedi e diritti*

Con il linguaggio dei “rimedi” anziché dei “diritti” non si intende sovvertire il vocabolario giuridico ma soltanto meglio evidenziare come la funzione storica dell’ordinamento giuridico non è solo quella di dare ordine e sistemazione alle relazioni sociali ma fornire risposte *in positivo* ove violazioni si siano realizzate.

Il “rimedio”, più che il diritto, è a stretto ridosso della violazione. Esso è definito figurativamente da un noto giurista anglosassone una “cura contro i torti” (*cure for wrongs*)¹.

Il “rimedio” non sempre ha bisogno di appoggiarsi ad un diritto ma ad un interesse in qualche modo protetto e che risulta, allo stato, lesa o irrealizzato².

¹F.H. LAWSON, *Remedies of English Law*², Butterworths, 1980. Una riflessione sistematica sui “rimedi” è oggi patrimonio anche della dottrina italiana, specialmente di quella comparatistica, più vicina ai modelli di Common Law. Vedine un esempio in U. MATTEI, *Il diritto soggettivo*, t. 2, Trattato Sacco, Torino, 2001, 107 s. Per una applicazione sul campo v. I. PAGNI, *Tutela specifica e per equivalente*, Milano, 2004, *passim*.

²Esso corrisponde “a quell’ampio insieme di regole giuridiche formali e informali

Sebbene non sia da escludere a priori che la protezione possa nascere già con il “rimedio” e non essere già in anticipo predicata (*ubi remedium, ibi jus*), onde, in tal caso, è dal “rimedio” che può derivarsi la protezione.

Diritti e “rimedi” sono entrambi strumenti per dare rilevanza giuridica ai vari ordini di *interessi* che la realtà manifesta³.

Ma diverso è solo il percorso per arrivare a selezionare interessi giuridicamente rilevanti e no (per via di diritti o di rimedi).

Il metodo di produzione dei diritti (almeno di quelli definiti *assoluti*) rimane ancorato alla legge sostantiva ossia alla norma attributiva di un diritto (v. norma che riconosce i diritti della persona o la proprietà di cose). Ma, in contrapposto, vi è anche il ventaglio degli interessi “meramente patrimoniali” che non figurano oggetto di un diritto tipico pre-determinato ma la cui emersione è affidata invece alla libera contrattazione o alla norma di legge (contratti o fatto illecito). Essi rilevano, in definitiva, per l’effetto risarcitorio che producono, ove risultino insoddisfatti.

I “rimedi” invece, almeno in talune esperienze (v. ad es. come quella di Common Law), nascono dalle pronunce dei giudici e, in questo caso, essi sembrano “*pre-cedere*” i diritti (*ubi remedium ibi jus*). Si è anche detto che i diritti si cristallizzano attorno ai “rimedi” (Lawson).

che si occupano di quale soddisfazione un consociato possa ottenere nel caso in cui un suo interesse, degno di protezione giuridica venga leso” (così U. MATTEI, *Il diritto*, cit., 108). Una esigenza di maggiore concettualizzazione manifesta chi, alzando il tiro, riconduce l’azione rimediale a «forma di attualizzazione di un principio normativo di formulazione generale» (così D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 209 s.). La dialettica è dunque prospettata tra proposizioni normative dotate di astrattezza ed istanze specifiche di tutela in attuazione di siffatte proposizioni. Tecnica, codesta, rimediale che è proprio sollecitata in campi, come quello del danno alla persona, ove sono destinate a realizzarsi operazioni di bilanciamento di interessi (v. D. MESSINETTI, *op. cit.*, 239 s.).

La prospettazione, in linea di chiarificazione sistematica, è suggestiva. Non deve tuttavia sottovalutarsi come l’approccio rimediale tende 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. In quest’ottica la prospettazione di Messinetti va condivisa.

³ V. in una prospettiva comparatistica, sul diverso approccio attraverso diritti o rimedi A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, 13 s.

Il fenomeno non è ignoto neanche agli ordinamenti di diritto codificato, come quelli di Civil Law. Anche in essi non è raro il caso che, nella stessa sede (della tutela) giurisdizionale, ad es. *in via di urgenza* (v. art. 700 c.p.c.), si abbiano a sperimentare “rimedi”, immaginando *fumus* di diritti non ancora conosciuti. Anche in tal caso il “rimedio” finisce con il *pre-cedere* il diritto.

Ma si può aggiungere ulteriormente che, in un sistema processuale che più non conosce azioni “tipiche”, ma ove vige il principio costituzionale secondo cui “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi” (art. 24), la stessa sede giurisdizionale può essere il luogo nel quale si dà soddisfazione a “bisogni di tutela” che i diritti, nella loro astratta definizione, non enunciano. Ad es. l’esigenza che i diritti o gli interessi giuridicamente protetti abbiano ad essere accertati *erga omnes*, ove essi risultino contestati, si realizza nel processo e non fuori di esso. A tal proposito si è anche escogitato, in tema di proprietà, un onere probatorio (quello della *probatio diabolica* della proprietà), che non è nel sistema ma è il ricordo di una tradizione secolare⁴.

Ed ancora, il “rimedio” potrà pre-cedere il diritto ogni qualvolta *la forma di tutela* (si pensi *al risarcimento del danno* nella responsabilità civile), non essendo sempre ancorata alla violazione di diritti soggettivi nominati ma *ad interessi ritenuti rilevanti*, sarà *la sede risarcitoria* in definitiva a decidere della loro giuridificazione (*sub specie damni*). Nell’area della tutela della persona questo fenomeno ha assunto aspetti più che vistosi sollevando anche critiche. Dai diritti codificati al nome e all’immagine (art. 5 e 10 c.c.) si è passati ad una congerie di diritti (dalla *riservatezza* alla *identità personale*), prevalentemente attraverso il canale del risarcimento (del danno c.d. “ingiusto”). Dal (risarcimento del) “danno biologico” – ove *il danno-evento* ha preso il posto del *danno-conseguenza* risarcibile – si è risaliti, per via giudiziale, al diritto “alla integrità della relazione parentale” (riconosciuto ai parenti del bambino handicappato). Chi è insorto prima e chi dopo? È un diritto o trattasi, più propriamente, di un “rimedio” ad un bisogno di tutela che si ritiene giustificato?

In taluni sistemi al processo di produzione di diritti non provvedono sempre norme di legge ma gli stessi “diritti” (ad es. “il diritto generale

⁴V. sul punto A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., 85 s.

della personalità”, nel diritto tedesco o l’art. 9 del *code civil*)⁵ concepiti come *diritti-cornice* e/o *diritti-quadro* (*Rahmen-rechte*)⁶. *Si può parlare di produzione di diritti a mezzo di diritti* (come si predica, per gli interessi, con le tecniche anacostitiche in base alle quali si producono interessi a mezzo di interessi). E lo stesso *diritto-cornice* ad essere fonte di diritti *altri*.

Se si ragionasse in termini di “rimedi” anziché di diritti, saremmo più vicini alla realtà delle cose giacché, in tal caso, il problema è di rinvenire varie forme di *rimedi* alle violazioni di interessi (ritenuti) giuridicamente rilevanti e ricompresi in contesti di particolare significato sociale (si pensi alla tutela della persona).

È noto infine come talune situazioni giuridiche (ad es. il possesso) si risolvano in definitiva in “rimedi” (così le azioni possessorie) perché non esistono diritti (come quello al possesso), che stiano prima della loro violazione. La situazione possessoria vive, in definitiva, attraverso i rimedi per essa previsti e non al di fuori di essi (art. 1168 ss. c.c.). Se si vuole, il godimento del possesso è di per sé un fatto irrilevante dal punto di vista giuridico.

Peraltro, ragionare in termini di sole “azioni” sarebbe insufficiente perché l’azione, è forma processuale di pretese, alla cui definizione rinvia.

Infine, una considerazione di ordine metodologico.

Può in astratto chiedersi se il piano, per così dire, dei “rimedi” sia tale addirittura da sostituire, anziché affiancare, quello dei diritti od obblighi sostanziali. A tal punto, da giungere ad affermare che la pretesa (sostanziale) all’adempimento in natura dell’obbligazione (art. 1453 c.c.) sia destinata a convertirsi in definitiva nel “rimedio” contro l’inadempimento. Analogamente, il rimedio consistente nella sostituzione e/o riparazione della cosa viziata nei contratti di consumo (art. 130 cod. cons.) verrebbe a tenere le veci della “inespressa” obbligazione, nel diritto comune della vendita, di consegnare cose conformi all’uso per cui sono convenute (art. 1476 c.c. vecchio testo). In quest’ultimo caso, si

⁵ Secondo l’art. 9 del code civil “chacun a droit au respect de sa vie privée”.

⁶ Sui c.d. *Rahmenrechte* che, non essendo contraddistinti da confini ben definiti, postulano, sul terreno della tutela, un delicato bilanciamento di interessi (*Interessenauswägung*). V. D. MEDICUS, *Schuldrecht*¹⁰, II, München, 2000, par. 814.

può anche dire che il rimedio abbia sostituito la “inespressa” obbligazione del venditore.

In ordine a tale eventualità da molti⁷ si sono espresse perplessità. È una tentazione, ricorrente, volta a prospettare una lettura “forte” (del piano) dei rimedi. Ma può subito risponderci che il rimedio non intende certo sostituire le categorie del diritto sostanziale ma fornire, si è detto, un piano “mobile” (di misure) di tutela, allorquando i diritti o gli interessi giuridicamente rilevanti non possono definirsi soddisfatti, lungo l’intero arco dei bisogni di tutela che essi manifestano⁸. Il rimedio dunque già presuppone, l’esistenza del diritto o dell’interesse giuridicamente rilevante e interviene solo sulle forme della sua tutela.

Si è parlato⁹ della soddisfazione di interessi, in prima e seconda battuta. I rimedi provvederebbero a tale soddisfazione in seconda battuta¹⁰.

L’affermazione va meglio precisata.

In verità, il rimedio tende a colmare l’insufficienza della c.d. fattispecie, che disegna il perimetro della tutela dei diritti; tuttavia non tale da comprendere tutto ciò che gli interessi o i diritti, ove insoddisfatti e/o lesi, sono in grado di esprimere, *sub specie*, di bisogni concreti di tutela

⁷ V. ad es. S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e diritto privato*, 2004, spec. 1063, nt. 88.

⁸ Si può leggere nella Prefazione di F.H. LAWSON, *Remedies*, cit., come la nozione di “rimedio” “non è agevolmente definita e in ogni caso disancorata (*disengaged*) dai suoi “surroundings” sostanziali consistenti nei diritti, obblighi, poteri e responsabilità così come dai mezzi processuali cui occorre ricorrere per ottenere un rimedio e, in caso di necessità, per renderlo coercibile”. Puntuale, sul punto, è U. MATTEI, *Il diritto*, cit., 108 ove, con riguardo alla soddisfazione offerta dai rimedi, si ribadisce che “il diritto dei rimedi va distinto, da un lato, dal diritto sostanziale e, dall’altro, dal diritto processuale”.

V. anche per la definizione di “rimedio” quale “piano mobile di strumenti preposti non al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti”.

⁹ Da S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 19 s.

¹⁰ V. sul punto S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 19, ove il rimedio viene definito come “un piano mobile di strumenti preposti non al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti, che rimane di competenza del diritto soggettivo e dei poteri e delle facoltà che lo compongono ma al soddisfacimento, in seconda battuta, di un bisogno di tutela del singolo, conseguente all’inattuazione di un suo interesse per un ostacolo frapposto o per la sua violazione da parte di un terzo”.

rispondenti ai vari aspetti che li caratterizzano e che naturalmente non possono essere rispecchiati nella fattispecie. La fattispecie, per definizione e natura, non è in grado di prevedere, a priori, i vari bisogni di tutela che un determinato interesse può manifestare, ove riguardato in concreto, specie con riferimento, ad es., alle circostanze presenti al momento in cui l'interesse dovrebbe essere soddisfatto e/o realizzato.

Volendo fare degli esempi basta pensare alla tutela della persona, affidata alle fattispecie (della tutela) del corpo (art. 5), e del nome (art. 6 c.c.) e a ciò che attorno ad essa, nel campo della tutela, è venuto invece svolgendosi lungo il corso del tempo (dalla tutela dell'identità personale a quella della riservatezza e a quant'altro), nonché alla tutela della impresa (art. 2082 c.c.), che va bene al di là (della tutela) del bene (azienda) con cui essa opera e dell'attività (concorrenziale) (art. 2598 c.c.) e dei segni distintivi (quali la ditta e il marchio) che la caratterizzano (art. 2563 s. c.c.). Ecco, dunque, il campo largo che si colloca al di là del perimetro della fattispecie.

Ecco allora che il rimedio trova il suo spazio con riferimento ad un bisogno di tutela non previsto, ma addirittura contrastato, dalla logica della fattispecie, anche se esso è da ritenersi pur sempre compreso in quella che si definisce l'area di normatività da essa espressa.

Per fare un esempio, il c.d. recesso di pentimento, così come previsto quale causa di scioglimento del contratto nel codice del consumo (art. 52 cod. cons.), non si iscrive nel normale diritto di recesso previsto dal diritto comune e contrasta con il principio *pacta sunt servanda* (art. 1372). Esso tiene conto, tuttavia, del particolare bisogno di tutela, che viene a manifestarsi in contrattazioni nelle quali l'una parte (il consumatore) non ha avuto un adeguato tempo di riflessione per decidere, onde esso interviene a prolungare, per così dire, *l'iter* della contrattazione, così da dare rilevanza ad un bisogno di tutela, che non è espresso nella fattispecie che segna solitamente *l'iter* di conclusione del contratto e che si identifica con l'incontro dei consensi.

Ma altri esempi possono aversi, con riguardo ad es. all'inadempimento della obbligazione, tenendo presente che l'unica fattispecie di essa regolante è quella del giudizio di responsabilità da inadempimento affidato all'art. 1218 c.c.

Resta dunque, in tal caso, inesperto un bisogno di tutela che può definirsi addirittura primario e che è quello dell'adempimento "in for-

ma specifica”, ossia dell’adempimento in base al quale il creditore riceve soddisfazione del suo interesse *specifico* a conseguire proprio l’oggetto del credito, adempimento che, pur inespresso, fa parte tuttavia dell’area di normatività della fattispecie regolativa dell’inadempimento (art. 1218)¹¹.

A questo punto, si può in astratto discutere quale dei due “percorsi” (se quello della norma generale attributiva di diritti o quella del metodo “rimediale”) sia migliore in termini di “efficienza” e/o tempestività del sistema di tutela.

Si potrebbe rispondere che un sistema che, per definizione, fa precedere i rimedi ai diritti (ad es. la Common Law) è più celere e tempestivo sul terreno della efficienza della tutela.

Ciò, tuttavia, non è sempre detto ed occorre ragionare in concreto. Si può osservare che un sistema fondato sul metodo dell’attribuzione di diritti è, per definizione, più lento ed ispirato a maggiore conservazione rispetto ad un sistema che, per la via dei rimedi, sfrutta gli ampi spazi di discrezionalità che la attribuzione dei diritti lascia aperti.

Ma chi, al contrario, è portato ad osservare la maggiore libertà dei nostri giudici, nel dare vita a diritti ad es. a difesa della dignità e della riservatezza della persona o del suo patrimonio, pur non previsti dalla norma attributiva di diritti¹².

2. *Principi Unidroit e diritto contrattuale europeo*

Esperienze di diritto uniforme, di diritto transnazionale, di modelli di diritto contrattuale europeo vanno oggi nella direzione di una diversa visibilità (del piano) dei “rimedi”. Il discorso sui “rimedi” non è più solo patrimonio solo (del linguaggio) della Common Law.

Nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili (1980) l’espressione “rimedi” è nel corpo del testo: alle obbliga-

¹¹ Osserva al riguardo S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 20, come “il metodo rimediale serve ad evidenziare bisogni di tutela che la fattispecie classica non rende manifesti nel tecnicismo della sua composizione ma che si situano comunque anche in modo implicito nel circuito normativo dell’ordinamento”.

¹² V. nel noto caso del pittore De Chirico, Cass. 4-5-1982, n. 2765, Giust. Civ., 1982, 1745, con nota Di Majo.

zioni del venditore corrispondono i “rimedi” contro di esso (art. 45 ss.) così come a quelle del compratore (art. 53 ss.). Tra i rimedi campeggia l’adempimento *in natura* (artt. 46 ss.) e la risoluzione (art. 49). Le differenze tra garanzia e inadempimento sono accantonate, venendosi così a superare il modello romanistico che non conosceva l’inadempimento del venditore (in ordine ai vizi della cosa). Il risarcimento del danno è un rimedio a sé stante (art. 74) ed esso è pienamente compatibile con la risoluzione del contratto (artt. 75 e 81). Anche le restituzioni vi hanno parte (art. 81 n. 2 e 82).

Pende tuttavia sulla Convenzione l’ambiguità della soluzione, dettata dall’art. 28, secondo cui il giudice non è tenuto ad ordinare l’esecuzione in forma specifica ove la sua legge nazionale ciò non gli consenta.

La Direttiva 99/44 sulla circolazione *dei beni di consumo*, trasposta nel nostro ordinamento (v. artt. 1519 bis c.c.), conferma questo indirizzo. Si enuncia che il “rimedio” contro la consegna di cose non conformi al contratto è costituito dal “ripristino” (di cose conformi). Il ripristino, in quanto consistente in un *facere*, non si rinviene nell’oggetto della vendita, che è fonte solo di obblighi di dare e/o di consegnare, ma resta solo un “rimedio” contro l’inadempimento.

Tende così ad affermarsi un principio di *proporzionalità e/o di eccessiva onerosità* (nella legge italiana) all’interno dei “rimedi” possibili (della *riparazione* del bene a fronte della *sostituzione*) (art. 3 n. 3). Un tale concetto di “proporzionalità” riuscirebbe di difficile formulazione ove si ragionasse in termini di diritti.

Il principio di “proporzionalità” fa da *pendant*, sul terreno delle restituzioni derivanti dallo scioglimento del contratto, alla *ragionevolezza* dell’equivalente in danaro della prestazione che è oggetto di restituzione (Principi Unidroit, 7.3.6.)¹³. *Proporzionalità e ragionevolezza* sono parametri che testimoniano della flessibilità (del piano) dei rimedi.

Nei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali, forse perché più attenti ad evitare troppo visibili scostamenti tra la tradizione di Common Law e quella di Civil Law, non si adotta, almeno ufficialmente, il linguaggio dei “rimedi” ma quello “dei diritti”¹⁴. Il rimedio

¹³ Ma di ciò più oltre.

¹⁴ V. *Unidroit Principles of international commercial contracts*, Roma, 2004 (a cura dell’Unidroit).

dell'adempimento coattivo e/o in natura (*in Kind*) ad es. è presentato come “*Right to Performance*” (art. 7.2.1.)¹⁵. Ma la espressione “rimedio” ritorna in altra disposizione (art. 7.2.5.), ove si dice che la parte non inadempiente, la quale non sia riuscita ad essere soddisfatta, entro un ragionevole tempo, a fronte di una richiesta di adempimento (sia spontaneo che coattivo) di una obbligazione non monetaria, può ricorrere ad altro “rimedio” (c.d. *Change of remedy*).

Anche la risoluzione del contratto (*Termination*) è espressa nel linguaggio dei “diritti” (*Right to terminate*, art. 7.3.1.). La risoluzione, secondo i Principi Unidroit, non ha bisogno di sentenza del giudice, essa si realizza con la scelta del contraente, sempre che l'inadempimento dell'altra parte sia “fondamentale” (art. 7.3.2.).

Quanto ai danni, trattasi di un diritto-rimedio che può stare da solo o anche essere esercitato congiuntamente ad altri rimedi (art. 7.4.1.).

Analogamente, nella trasposizione nel diritto italiano della direttiva comunitaria sulla vendita dei beni di consumo (v. art. 1519 *quater* c.c.), la riparazione e/o la sostituzione del bene non conforme al contratto sono espressi in termini di “diritti” ma più per assuefazione ad uno stile di linguaggio consolidato che ad una scelta di campo sulla natura dello strumento di tutela.

Comunque sia di ciò, il linguaggio dei “diritti” non è il più pertinente per descrivere situazioni in cui la c.d. “*innocent party*” già lamenta la mancata soddisfazione di un proprio diritto, che è sempre fondamentalmente il diritto-pretesa all'adempimento dell'obbligo. Che il creditore di somme possa agire per ottenere il pagamento allorquando l'altro non paghi (v. art. 7.2.1.) è vicenda che non appartiene più al piano dei diritti *ma a quello dei rimedi contro diritti (rimasti) insoddisfatti*. Lo stesso si può dire quando si chiede che una prestazione inesatta venga riparata o

¹⁵Nel Commento all'art. 7.2.1. (p. 209) si precisa che il termine “richiesta del pagamento” (con riguardo ad una obbligazione monetaria) si riferisce tanto alla domanda rivolta all'obbligato come alla richiesta di *enforcement* alla Corte. Ma è evidente che il “rimedio” si riferisce più propriamente a questo secondo significato dell'espressione. È sicuro ad es. che, ove trattasi di obbligazione non pecuniaria, la richiesta di esecuzione ha riguardo all'*enforcement* (art. 7.2.2.). Opiniamo dunque che anche il lessico recato dall'art. 7.2.1. debba essere analogamente interpretato. Sulla diversa rilevanza a seconda che il rimedio si rivolga all'autore della violazione e/o al giudice (regola di condotta o di decisione) v. U. MATTEI, *Il diritto*, cit., 111 s.

sostituita “*or other cure of defective performance*” (art. 7.2.3.)¹⁶. Del resto, la stessa enunciazione (della possibilità) di un “*change of remedy*” (art. 7.2.5.), se comprensibile ove si rimanga sul piano dei rimedi, lo sarebbe assai meno se ci si muova sul piano dei diritti¹⁷.

Il linguaggio dei “rimedi” è invece ufficialmente adottato nei Principi di diritto contrattuale europeo ad opera della Commissione Olof Lando¹⁸. Viene addirittura prevista una disciplina dei “rimedi in generale” (*Remedies in general*), in occasione della quale è delineato l’ordine dei rimedi “available” (art. 8:101) e la eventualità del loro cumulo ove non incompatibili (art. 8:102). Il “rimedio” del risarcimento è quello che offre la maggiore disponibilità a convivere con altri rimedi (art. 8:102).

Che il “rimedio” possa essere oggetto di una propria disciplina e regolazione, a prescindere dai diritti ed obblighi edittalmente previsti, risulta del resto espressamente confermato allorquando si fa menzione di clausole che possono escludere o limitare l’applicabilità di “rimedi” contro l’inadempimento e si invoca la buona fede per governare tali clausole (art. 8:109). La buona fede dunque quale criterio di governo circa l’esclusione o la limitazione dei “rimedi”. Se i “rimedi” costituiscono un piano flessibile di risposta contro il *default* del contratto, è anche logico che un criterio altrettanto flessibile, come quello della buona fede, sia chiamato a regolarli.

¹⁶ La circostanza che, in tal caso, la richiesta di *repair* e di *replacement* possa essere rivolta in prima battuta alla stessa controparte (il che è detto espressamente all’art. 1519-*quater*³ c.c. per le vendite al consumatore) non è elemento contrastante con la natura di “rimedio” di tale richiesta, perché essa è pur sempre una risposta all’inadempimento.

¹⁷ Nel diritto tedesco, specie a seguito della riforma dello *Schuldrecht*, la difesa della natura di *Rechtsbehelf* (equivalente alla espressione “rimedio”) è assunta da P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Mohr Siebeck, 2003, 149 s., anche nei confronti di chi (come H. STOLL, in *Juristen Zeitung*, 2001, 589 s.) obietta la scarsa congruenza di tale qualificazione con l’impostazione del BGB, ove all’obbligazione del debitore corrisponde un “unitario” diritto di credito. Ma gli risponde P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner*, cit., 150, nt. 10, che codesta è l’impostazione, dei testi transnazionali citati (tra i quali la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili).

¹⁸ L’espressione inglese “Remedy” è tradotta in quella di “mezzi di tutela” nei *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, 403 s. Detto termine, tuttavia, appare piuttosto generico mentre il termine “rimedio” è più puntuale e preciso.

Tende dunque ad affermarsi un circuito proprio dei “rimedi”, che è dotato di principi o criteri, non esportabili facilmente nel vicino campo dei diritti (come quello di *proporzionalità* e/o di *ragionevolezza*)¹⁹.

3. *Diritto comunitario e rimedi*

Il diritto *comunitario* è particolarmente sensibile al linguaggio dei “rimedi”. La circostanza che dietro l’ordinamento comunitario non v’ha un ordinamento di tipo statale, tale da richiamare il monopolio della legge scritta, non può che agevolare il diverso percorso della via “rimediabile”.

Per assicurare l’efficienza delle proprie statuizioni, la norma comunitaria (sia essa espressa nelle forme della raccomandazione o della Direttiva) si serve di percorsi oltre modo semplificati, che bypassano quelli dei singoli diritti nazionali.

Si approfondirà nelle pagine successive natura e caratteri di talune soluzioni fornite dal diritto comunitario sul terreno della tutela del consumatore. Ha osservato un Autore²⁰ come il diritto comunitario “abbandona la logica puramente attributiva di diritti per dettare rimedi sostanziali e processuali, che si ricollegano a specifiche *ratio* di politica-legislativa”. Queste soluzioni, se trovano collocazione all’interno di un ordine “rimediabile”, avrebbero minore giustificazione nel quadro del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti.

Ma per avere già un’idea dello spazio che l’ordinamento comunitario riserva al piano dei “rimedi” basta esprimere nel linguaggio dei “rimedi” le forme attraverso le quali l’ordinamento comunitario si adopera per dare efficacia alle proprie statuizioni.

Già la stessa imposizione, con riguardo alle Direttive, di un obbligo “di risultato” da raggiungere dai singoli Stati membri (v. art. 249 Trattato UE) non può non comportare un particolare apprezzamento, appunto in termini *rimediali*, della “forma” e dei “mezzi” per raggiungerlo.

¹⁹ Sembra ciò affermare U. MATTEI, *Il diritto*, cit., 107 allorquando, con riguardo allo studio dei rimedi, allude “ad un settore disciplinare” (accanto all’approccio metodologico).

²⁰ S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, cit., 19.

Se l'enunciazione di tali "mezzi" e quindi dei "rimedi" spetta al singolo Stato membro, la loro idoneità a raggiungere il "risultato" è di competenza della Comunità.

Sulla via del raggiungimento del "risultato", si lasciano apprezzare, in chiave appunto rimediale, la via della interpretazione della legge nazionale e/o in alternativa quella della sua disapplicazione o quella della applicazione retroattiva delle misure di attuazione della Direttiva Comunitaria, così come, in ultima analisi, quella risarcitoria. La via risarcitoria è quella più battuta allorché le prime due non sono praticabili²¹. Essa, le cui modalità sono stabilite dal legislatore nazionale, riceve il suo *imprimatur* in sede comunitaria. Ma, se il risarcimento è mezzo anch'esso diretto ad assicurare la efficacia ed efficienza della norma comunitaria, sarà quest'ultima a misurare tale efficienza.

Ebbene, un principio o criterio, come quello *dell'adeguatezza del risarcimento* e del raggiungimento dello scopo per cui esso è preordinato, estraneo al diritto comune risarcitorio, che segue una pura logica compensativa, sta a dimostrare la sua collocazione più propria sul terreno rimediale. È solo infatti su tale terreno che è consentito impostare un discorso di "adeguatezza", non su quello dei diritti. La risposta, in termini di danno arrecato a diritti, non consente l'alternativa *adeguato / non adeguato*. Del resto, giova aggiungere, la circostanza che il risarcimento ridondi a vantaggio di singoli (che si definiscono titolari di diritti) non può far velo al fatto che qui la tutela del singolo è solo strumentale rispetto a quella diretta a rafforzare l'efficacia della norma comunitaria.

Se risarcimento e invalidazione dell'atto (ad es. dell'intesa anticoncorrenziale vietata) possono cumularsi²², è questo il segno che si è sul terreno dei rimedi, sulla via di una sempre maggiore efficienza della norma comunitaria. L'effetto c.d. "utile" della norma comunitaria si appoggia al piano dei rimedi.

²¹ V. sul punto A. DI MAJO, *Danno e responsabilità nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, 745 s.

²² V. la sentenza Corte di Giustizia 20 settembre 2001, *Courage / Crehan* ove non si esclude che il risarcimento possa assommarsi all'invalidità, anche a favore della parte che ha acconsentito al negozio (invalido). V. sul punto A. DI MAJO, in *Europa e Diritto Privato*, 2002, 785 s.

Come subito vedremo, la stessa nullità *ipso iure* delle intese concorrenziali (art. 81 Trattato UE) è tale da essere “rimedio”, strettamente asservito all’esigenza di far rispettare la libertà di concorrenza.

4. *Di talune applicazioni*

a) A questo punto ci si può sforzare di andare più a fondo, per cogliere più da vicino l’essenza e la funzione dei “rimedi” e verificare il guadagno che con essi realmente si ottiene sul piano della tutela dei diritti.

Possono scegliersi, a titolo di esempio, taluni settori del diritto comunitario, così come trasposti nel nostro diritto. Il settore scelto è naturalmente quello delle obbligazioni e dei contratti.

Si può osservare, già in via generale e di approssimazione, come il rimedio tende a “saltare” taluni passaggi obbligati del diritto delle obbligazioni e dei contratti, accorciando, per così dire, le distanze del mezzo di tutela rispetto all’interesse e/o al bene che si intende tutelare, provvedendo dunque in modo più diretto alla sua soddisfazione.

Si può iniziare con il principio *di buona fede e correttezza*.

Declamato oggi ufficialmente dal diritto comunitario (con riguardo ai contratti del consumatore) e dai Principi di diritto contrattuale europeo (i c.d. PECL) esso sembra andare bene al di là di quanto la tradizione e le dottrine sono andate da tempo concedendo all’applicabilità del principio.

Nel modello tradizionale che dottrine e giurisprudenza ci hanno via via trasmesso, la b.f. è fonte “di integrazione” dei doveri contrattuali, al di là di quelli espressamente e/o implicitamente previsti dalle parti, e ciò sia nella direzione di una migliore attuazione del programma negoziale come in quella di una migliore attenzione all’interesse di entrambe le parti, così da evitare che la *lex contractus* possa segnare l’abuso della parte più furba ai danni dell’altra²³. Si iscrive in tale contesto una funzione più propriamente “*collaboratrice*” della buona fede, nel senso che doveri di vario tipo (dall’informazione alla protezione), tendono tutti

²³ V. sui diversi impieghi della nozione di buona fede nel diritto europeo dei contratti il vol. coll. a cura di R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.

comunque a spingere il comportamento della parte verso esiti di “collaborazione” che vanno al di là e talvolta correggono o limitano anche quanto le parti, tramite l’accordo, hanno stabilito²⁴.

Trattasi di funzione ancora *compatibile* con quello che è il modo tradizionale con cui si costruisce il contratto tra le parti, considerato nelle sue varie fonti e componenti di regolazione²⁵.

Supera invece questo modo, abbastanza normale, di ricostruzione (delle fonti) del contratto il concepire il principio di buona fede, quale

²⁴ Il contratto (a carattere) “collaborativo” (buona fede, collaborazione, giustizia) è definito “rugiadoso” da P.L. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 409 s., e non rispondente alla base conflittuale delle contrattazioni, con esiti dunque di profonda ambiguità non solo sistematica ma anche pratica.

²⁵ Del resto, un fenomeno analogo è dato riconoscere con riguardo a quello che si è definito l’obbligo e/o il dovere di “negoziiazione” che hanno le parti allorquando vicende successive alla conclusione del contratto (le c.d. *sopravvenienze*) alterano l’equilibrio contrattuale, onde il contratto non potrà essere più eseguito *tel quel*. La soluzione, in tal caso, prevista dal diritto comune è, com’è noto, la risoluzione del contratto alla quale si può ovviare con la sua modificazione per via di equità (v. in tal senso art. 1467 c.c.). Trattasi di alternativa che non offre grandi appigli nella direzione della salvaguardia del contratto, stretta, com’è, tra il progetto di *annientare* il contratto (per via di risoluzione), e quella di una sua correzione equitativa ad opera della parte avvantaggiata (così da non garantire alla parte svantaggiata la permanenza dell’affare, su ciò v. M. BARCELLONA, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, 492 s. Il dovere di “rinegoziiazione” (dei termini) del contratto è invece rimedio *tranchante* (v. *Principi Unidroit*, art. 6.2.3., c.d. *Hardschip*, ma anche *Principi di dir. contrattuale europeo*, art. 6.111) perché esso salta a piè pari ogni altro passaggio intermedio. Il governo della “rinegoziiazione”, se non intende affidarsi a meri criteri “liberistici” tali da ipotizzare un contratto “nuovo”, non può non essere che all’insegna del principio di buona fede e correttezza, tale da vincolare entrambe le parti ad ottenere un esito positivo (con la sanzione del risarcimento contro il rifiuto in mala fede di rinegoziare, *Principi europei* ult. co. art. 6.111). Ove ciò non riesca, subentra l’opera delle Corti, che si adopereranno per adattare il contratto “with the view to restoring it’s equilibrium”. V. su detta tematica F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*. Detto A. collega l’obbligo di rinegoziiazione all’art. 1467, 3° co., quale effetto legale. Detto obbligo, per il tramite di una interpretazione allargata del principio di buona fede ex art. 1375, avrebbe anche riguardo al c.d. rischio “qualitativo”, non coperto, almeno espressamente, dall’art. 1467. Per considerazioni critiche v. M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 324 s. che contesta la forzatura “bilaterale” della tecnica di tutela predisposta dall’art. 1467, il cui fondamento è consensuale.

criterio e/o strumento per “porre riparo” ad un contratto o a clausole caratterizzati da iniquità e/o da ingiustizia.

Ormai è d’obbligo citare l’impiego della buona fede, quale parametro e/o criterio per giudicare se clausole del contratto, specie in occasione delle modalità di con cui esse vengono negoziate (trattasi di contratti *standards* o conclusi attraverso l’uso di condizioni generali), si appalesano “inique” perché fonti di squilibrio a carico del contraente più debole. È codesto il *leit-motiv* della legislazione consumeristica, introdotta da direttive comunitarie (Direttiva 93/B/CEE) e trasposta, in vario modo, nei codici degli Stati membri (v. per il diritto italiano art. 1519 bis c.c.). Il principio ha una più generale portata secondo i Principi di diritto contrattuale europeo (art. 4.110). Questi stessi Principi (art. 4.109), laddove il contratto sia annullabile per lo stato di dipendenza o di dissesto economico o di stato di bisogno di una delle parti verso l’altra, riconoscono che l’autorità giudiziaria, ove la parte legittimata ciò consenta, possa adeguare il contratto a quanto avrebbe potuto stabilirsi in base ai principi di buona fede e correttezza²⁶.

Dunque, un vero e proprio fenomeno di “monitoraggio” del contratto, attraverso la buona fede e correttezza, è più che evidente e marcato nelle fonti segnalate.

Si va bene al di là di quanto consentito dalle consuete tecniche di *integrazione* del contratto, così come richiamate nel codice, quali le norme di legge, gli usi e l’equità (v. art. 1374).

Volendosi esprimere con il linguaggio dei “rimedi”, qui la b.f. non è più “mediata” dalle consuete tecniche che richiamano appunto le fonti di integrazione del contratto nel loro ordine gerarchico di doveri e/o obblighi *integrativi*, che fanno da supporto a quelli *pattizi*, ma più direttamente si dirige verso esiti che possono definirsi (anche) orientati a garantire più corretti effetti “distributivi” tra le parti nel bilanciamento tra vantaggi e sacrifici²⁷.

²⁶ Con riguardo a tale aspetto qualche Autore (C. CASTRONOVO, *Prefazione all’edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XXXVIII, ravvisa in tale impiego della buona fede un fenomeno di *autointegrazione* della stessa volontà delle parti e non più veicolo di referenti esterni al piano del contratto. Il che trova giustificazione nella particolare collocazione dei Principi di diritto europeo dei contratti, che sono disancorati dai valori di riferimento di un ordinamento “che nella specie non si sa quale sia o possa essere”.

²⁷ In un caso esemplare deciso dalla nostra giurisprudenza, riguardante le forme di

Diventa allora difficile per l'interprete conciliare siffatta funzione (del principio di buona fede) con il modello tradizionale *della fattispecie e dei suoi effetti*, giacché si avrebbe difficoltà a collocare la buona fede tra gli effetti del contratto, giacché essa più direttamente si raccorda al contratto ma *non per la via degli effetti* (principali e integrativi), ponendosi invece quale espressione di un ordine "rimediale" che si sovrappone, in taluni versanti più bisognosi di tutela, al programma contrattuale, così come delineato dalle parti contrattuali e/o da quella di esse che si appalesa più forte.

b) Un caso per c.d. esemplare per valutare il funzionamento di un rimedio in una fattispecie che non sembra ricomprenderlo è quello della compravendita di un bene di consumo. Ove si guardi a tale fattispecie nell'ambito del diritto comunitario (v. Direttiva 1999/44 CE) traspunta nel nostro ordinamento con d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24 e che ha condotto alla novellazione del nostro codice (artt. 1519 bis-nonies), si potrà constatare che, anche in tal caso, si è partiti dal piano *rimediale* per giungere ad un nuovo modello di relazione contrattuale tra le parti. Si può aggiungere che, attraverso il rimedio, si è riscoperta una obbligazione (quella di dare-consegnare) che sembrava dovesse restare "sepolta" sotto il principio del carattere immediatamente traslativo della vendita.

Meglio ci spieghiamo. Com'è noto, a seguito della Direttiva menzionata, ove la cosa compravenduta al consumatore presenti un difetto di conformità rispetto al contratto, il consumatore "ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione" (art. 1519 quater). Siffatti rimedi sono in posizione prioritaria rispetto alla riduzione del prezzo o alla risoluzione.

investimento mobiliare di cui all'art. 18 s. t.u. in materia di intermediario finanziario (d. lgs. n. 58/1998) si trattava di decidere, se a fronte della possibilità che avrebbe l'investitore, in caso di nullità del c.d. contratto quadro, di impugnare anche i singoli investimenti, secondo o meno che essi fossero per esso convenienti, di fronte alle perplessità sollevate da un uso di tale potere che poteva rivelarsi opportunistico e/o comunque dannoso per il solo intermediario, la Cassazione con sent. N. 28314 del 4 nov. 2019 ha ritenuto legittimo l'eccezione di difetto di buona fede proposta dall'intermediario ove la scelta selettiva dell'investitore "determini un ingiustificato sacrificio economico a danno dell'intermediario, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro". Sul punto v. la nota di C. Scognamiglio in Corr. Giur. 2020, 5 s.

In tal modo la Direttiva salta a piè pari l'antica diffidenza verso forme di tutela specifica *in subjecta materia* e derivante storicamente dal principio dell'efficacia immediatamente traslativa del consenso e quindi dalla mancanza di un obbligo di dare. La tutela dell'acquirente nella vendita è così tradizionalmente confinata alla (tecnica della) garanzia (per vizi occulti), ove si è costretti a fingere che il venditore (di cosa viziata) sia nel fondo adempiente e solo "garante" di modalità del risultato. Ma la tecnica della garanzia, com'è noto, non porta alla soddisfazione dell'interesse (primario) dell'acquirente nell'aver cosa idonea all'uso per il quale la cosa si è acquistata bensì al mero ri-equilibrio dei termini di scambio (tramite la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo)²⁸.

Quale invece il percorso della Direttiva e il guadagno ottenuto sul piano rimediale?

È nel fatto che, ipotizzando una prestazione di "facere" (ripristino) a carico del venditore, e cioè un "rimedio" a carattere specifico, direttamente finalizzato alla soddisfazione di un bisogno di tutela, emergente non già dal singolo atto di consenso traslativo bensì da una più com-

²⁸ Con riguardo all'art. 1519-*quater* del cod. italiano novellato difende con vigore la permanenza dell'effetto di garanzia A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e Diritto Privato*, 2003, 547 s., e ciò attraverso una sorta di "garanzia in forma specifica del risultato atteso dal compratore". Ma, a prescindere dalle variabili denominazioni, l'ipotesi interpretativa va incontro ad ostacoli sia di ordine logico che normativo. Dal punto di vista logico appare contraddittoria l'idea che la "garanzia" possa riguardare la stessa prestazione dovuta (così da assicurarne in via specifica l'esattezza). Dal punto di vista normativo, ove si escluda che la garanzia presupponga una obbligazione, resta arduo ammettere che essa possa ottenere lo stesso risultato che si otterrebbe con l'obbligazione. Quanto all'ostacolo che si opporrebbe ad ammettere una responsabilità da inadempimento e costituito dal limite dell'eccessiva onerosità (art. 1519-*quater*) trattasi di un normale limite all'attivazione di un rimedio (l'adempimento in natura) a fronte di altri.

In definitiva, se si è d'accordo che la garanzia può essere fonte di effetti molteplici (e non solo restitutori come accade nella risoluzione), è da escludere che l'effetto di essa possa essere quello stesso che sarebbe assicurato dall'obbligazione (e cioè la riparazione-sostituzione della cosa viziata o l'effetto risarcitorio in caso di colpa). In buona sostanza, la garanzia non può occupare lo spazio occupato tradizionalmente dall'obbligazione. Se così fosse, tanto vale ricondurre la garanzia all'obbligazione e sanzionarne con ciò il superamento. Il vero è che la garanzia, proprio perché prescinde dai normali presupposti della responsabilità (da inadempimento), non può mettersi in concorrenza con l'obbligazione, almeno nello spazio da questa occupato.

plexa “negoziante” tra professionista e consumatore, si giunge a modificare la stessa relazione contrattuale, non più limitata alla prestazione consistente *nel dare-trasferire* ma allargata alla consegna di bene “conforme” a quanto dal venditore dichiarato e/o comunque oggetto di attesa o di aspettativa da parte del compratore. Ma ciò significa ri-scoprire, se proprio si vuole, una obbligazione del venditore non limitata al trasferimento e alla quale il rimedio “del ripristino” fornisce il necessario supporto.

Talune dottrine, scarsamente consapevoli di ciò, rifiutando il nesso assai stretto tra rimedio *specifico* e ricostruzione, in base ad esso, della relazione contrattuale, continuano a ragionare in termini *risarcitori* e/o *restitutori* della tutela, non avvertendo che, così argomentando, essi relegano la tutela sulla cinta “esterna” al contratto (e cioè in termini risarcitori o di garanzia, pur specifica)²⁹. Vero è invece che la consegna di bene conforme al contratto non sta nella cinta esterna ad esso.

²⁹V. in tale direzione A. NICOLUSSI, *Diritto europeo*, cit., 530 s., ove una rivalutazione della categoria della garanzia, pur riguardata *in senso specifico*. Invece, per la difesa della tecnica di tutela in forma specifica, volta al conseguimento del risultato e ciò in un contesto “allargato” di tutele sinallagmatiche G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 877 s. Più in generale, in posizione critica verso un percorso argomentativo che utilizza il piano dei “rimedi” per pervenire anche a soluzioni sul terreno della ricostruzione concettuale delle categorie sostanziali (e ciò con riguardo all’inadempimento e/o alla garanzia) (ma su ciò v. già la nostra nota) e ciò nell’esigenza di guardare alla sostanza del fenomeno economico cui la novella del codice civile appronta la regolamentazione v. S. MAZZAMUTO, *Equivoci*, cit., 1063 e spec. alla nt. 88. Codesto A., tuttavia, anch’esso “inciampa” nell’ostacolo costituito dalla difficoltà di ravvisare nel fenomeno “un comportamento dovuto dal soggetto passivo” (*id est*, il venditore) e in ciò ricollegandosi alle perplessità Mengoniane sulla compatibilità tra la consegna di cosa viziata e la categoria dell’obbligazione. Il che renderebbe, secondo questi Autori, ancora attuale il richiamo alla garanzia, pur collegata, senza il medio dell’obbligazione, all’autonomia negoziale delle parti “che hanno la piena disponibilità degli effetti del contratto”. Senonché una tale prospettazione non tiene conto che proprio la novità del piano “rimediale”, così come direttamente valorizzato prima dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili e poi dalla Direttiva Comunitaria sulla garanzia nelle vendite di beni di consumo, è tale da contribuire ad es. a meglio ridefinire la stessa relazione contrattuale che intercorre tra le parti (è il caso ad es., come vedremo, del recesso nei c.d. contratti a distanza) o altresì ad ipotizzare doveri di condotta rimasti sepolti dietro le categorie dogmatiche (così ad es. nelle vendite di beni di consumo attraverso il rimedio dell’esecuzione specifica). Se non altro, l’introduzione di una serie di rimedi “a tutto campo” (comprensivo di

5. *La prospettiva rimediale in via giurisprudenziale*

1. Occorre altresì verificare se, in sede giurisprudenziale, una prospettiva che si può definire rimediale è venuta o meno in essere.

Senza alcuna pretesa di volerle considerare in via esclusiva di esaurimento si può richiamare l'attenzione su qualche caso giurisprudenziale.

In occasione dell'esame, nei contratti di assicurazioni della responsabilità civile, di clausole c.d. *claims made*, che subordinano, com'è noto, il risarcimento all'assicurato alla circostanza che, nel periodo di vigenza del contratto, abbia ad intervenire altresì la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato e ciò dunque in deroga al principio, desunto dall'art. 1917 c.c., secondo cui la copertura assicurativa dovrebbe operare solo in base al principio della *loss occurrence*, così come enunciato, dall'art. 1917, 1° co. c.c.

In realtà, a seguito della introduzione di tali clausole, sia “pure” che “impure”, l'indennizzabilità del sinistro viene fatta dipendere da un fatto “esterno” quale la richiesta del danneggiato e rapportata, tale richiesta, all'accertamento di un danno che si colloca in un tempo assai distante da quello relativo al verificarsi del sinistro (v. i riferimenti ai danni c.c. *lungo latenti*, frequenti nel campo sanitario).

Elementi dunque di incertezza, sono tali da pregiudicare la stessa causa del contratto, così da prefigurare che l'un soggetto (l'assicurato) possa essere tenuto al pagamento del premio, laddove l'assicuratore non sia invece più tenuto alla prestazione di garanzia, essendo intervenuta la richiesta di risarcimento oltre il tempo di validità della clausola assicurativa. Di qui l'esigenza non tanto di dichiarare la nullità del contratto ma adoperarsi per adeguarlo, a tal punto da farlo coincidere con gli interessi concreti delle parti, nel senso di una “equilibrata giustificazione delle condizioni di vantaggio-svantaggio riferibili alla posizione di ciascun contraente” (così Cass. n. 5259/2021, Foro It. 2021, 1669).

Di qui l'esigenza di valutare non già la liceità della clausola, nel senso della sua “non vessatorietà” rispetto al tipo, in astratto, dell'assicurazio-

quello risarcitorio, v. Convenzione di Vienna, art. 74) non può che “spiazzare” i fautori del richiamo alla garanzia, i quali inutilmente si interrogano in tal caso “sul fondamento della misura risarcitoria” (così S. MAZZAMUTO, *Equivoci*, cit., 1109).

ne danni, bensì la sussistenza della *causa in concreto*, cioè la corrispondenza agli interessi concreti espressi nel contratto integrato da tali clausole. È “una verifica che transita attraverso la portata che assume la c.d. causa concreta del contratto, ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico ossia la sintesi cioè degli interessi che lo stesso negozio è diretto a realizzare, quale funzione individuale delle singole e specifiche negoziazioni al di là del modello astratto utilizzato” (così Cass. n. 22437/2018).

Ebbene, non è chi non veda come tale visuale è proprio quella di una tutela *in via rimediale*, che guarda non già al modello astratto di scambio oggettivamente considerato ma agli interessi *concreti* delle parti e ai bisogni di tutela, così come da esse manifestati.

Ma la giurisprudenza successiva³⁰ va ben oltre. Essa è indotta a verificare se, in base al principio di buona fede contrattuale, principio che, per definizione, come si è visto, ha il ruolo e la veste “di rimedio”, venga rispettato lo scopo pratico del regolamento negoziale attraverso “*claims made basis*”, in relazione al rapporto tra rischi assicurati e premio da corrispondere.

Ed è proprio su tale base che occorrerà indagare se ad es. nel momento della conclusione del contratto l'assicuratore abbia adeguatamente informato l'assicurato o se, ad es. accertato che il rischio assicurato ha minore possibilità di concretizzarsi, dato che la richiesta di risarcimento, con tutta probabilità, non avverrà nel periodo di durata della polizza, non abbia il premio a dover essere *ridotto*. Lo strumento che il giudice potrà applicare è proprio il rimedio della nullità parziale ex art. 1419, 2° co. c.c. e ciò al fine di garantire l'equo contemperamento di interessi così da prevenire o reprimere abusi.

In buona sostanza, attraverso l'ottica rimediale si perviene ad una rimodulazione del regolamento contrattuale, così da adeguarlo “agli interessi concreti” delle parti. Il che è possibile giuridicamente attraverso il rimedio offerto dall'art. 1419, 2° co. c.c. (nullità parziale).

2. Ulteriore occasione nella quale in giurisprudenza una prospettiva rimediale è concretamente emersa è quella originata dall'interpretazione dell'art. 1421 cod. civile, regolante la legittimazione all'azione di nullità

³⁰V. Cass. Sez. Un. N. 22437/2018.