



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Luca Nivarra

Diritto soggettivo, obbligazione, azione

Numero XII Anno 2019

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Napoli L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Isr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

«onde mitigare il profondo malumore causato dalla mia situazione, incerta in ogni senso, leggo Tucidide. Almeno questi antichi rimangono sempre nuovi»
K.Marx a F.Lassalle, 29 maggio 1861

DIRITTO SOGGETTIVO, OBBLIGAZIONE, AZIONE (PARTE I)

SOMMARIO: 1. L'obbligazione come tecnica di attribuzione di un'utilità, distinta, ma non diversa, dal diritto reale - 2. *Segue:* significato e portata della sua 'normale' eseguibilità in forma specifica - 3. La tutela reale oltre il diritto soggettivo - 4. Ingiustizia del danno e tipicità/atipicità dell'illecito civile - 5. Interessi giuridicamente protetti e interessi giuridicamente rilevanti - 5. Interessi giuridicamente protetti e interessi giuridicamente rilevanti - 6. L'ambigua complementarità di 'reale' e 'risarcitorio' - 7. Il danno aquiliano - 8. Critica alla tesi della conversione del (diritto) 'reale' in (diritto) 'personale' - 9. Intermezzo. *Römisches e heutiges Recht:* una relazione pericolosa - 10. Conclusione. La 'conversione' alla prova del risarcimento del danno.

1. L'obbligazione si può presentare in una duplice postura, così da rivestire, una prima volta, la forma della attribuzione di un'utilità; una seconda volta la forma della risoluzione di un conflitto mediante l'attribuzione di un'utilità. Questo ulteriore modo di essere dell'obbligazione trova la sua incarnazione nel paradigma aquiliano, dove l'attribuzione di un'utilità, mediata dal riconoscimento del diritto soggettivo al risarcimento del danno, persegue un fine che la trascende, riconducibile alla

compensazione della perdita patrimoniale¹. Viceversa, nel primo caso, l'attribuzione dell'utilità rappresenta la stessa ragion d'essere dell'obbligazione, nel senso che quest'ultima individua il dispositivo attraverso il quale arricchire il creditore, ovvero il titolare del diritto. Di tale dispositivo si conoscono due epifanie: qualora il debitore esegua la prestazione, ovvero adotti il comportamento idoneo a trasferire nel patrimonio della controparte l'utilità dovuta, l'obbligazione (o, per meglio dire, il titolo sul quale essa poggia) è garanzia della irripetibilità dell'attribuzione patrimoniale trasferita dalla prestazione²; qualora, al contrario, il debitore non esegua la prestazione, l'obbligazione individua il rapporto giuridico di diritto sostanziale (comprensivo del titolo costitutivo di essa) il quale, dedotto e accertato in giudizio, apre la strada, per il tramite della sentenza di condanna, all'esecuzione forzata. Si può dire che, mentre nel primo caso, l'obbligazione si atteggia a causa dell'attribuzione patrimoniale, nel secondo caso l'obbligazione si atteggia a causa della sentenza di condanna: in altri termini, nel primo caso l'«*accipiens*», in virtù dell'obbligazione, è abilitato a trattenersi l'utilità percepita; nel

¹ Si danno anche stati intermedi, nei quali l'obbligazione è al servizio di un progetto restitutorio, nel senso che, suo tramite, viene ripristinato un equilibrio patrimoniale modificatosi a seguito di circostanze che la legge reputa incongrue allo scopo, ovvero in assenza di titoli idonei a giustificare quello spostamento di ricchezza. Emblematico, al riguardo, il caso del pagamento dell'indebito, ma anche quello dell'arricchimento ingiustificato. Più tormentato il profilo della «*negotiorum gestio*», sebbene anche qui possa rinvenirsi una finalità di tutela della integrità del patrimonio del gerito (A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 5). Il «*restituire*» all'opera nei casi appena menzionati è un «*restituire*» verace e non va confuso con la pseudo-restituzione collegata allo spoglio, il quale, infatti, non figura tra le fonti dell'obbligazione. Sul punto v. nt.88.

² Non è un caso che, come ricorda A. DI MAJO, *Obbligazioni*, cit., 14, nel codice civile del 1865 l'obbligazione figurasse tra i modi di acquisto della proprietà.

secondo caso l'attore, in virtù dell'obbligazione posta a base del provvedimento di condanna, può procurarsi, attraverso la surroga apprestata dagli organi statuali competenti, l'utilità negatagli dal debitore³.

2. L'obbligazione funziona sempre così, anche là dove rivesta una finalità risarcitoria, quando l'arricchimento del creditore è strumentale alla riparazione del danno subito. La coesistenza di 'risarcitorio' e 'attributivo' (cui consegue il declassamento del secondo da 'fine' a 'mezzo') può spiegare, insieme ad altri fattori, di ordine storico-ideologico, la ragione per la quale ancora oggi è molto diffusa l'idea che i diritti reali e i diritti di credito descrivano modalità attributive radicalmente distinte: e ciò in ragione del diverso atteggiarsi del 'dovere' per rapporto all'interesse protetto. Il soddisfacimento di quest'ultimo, trattandosi di diritti di credito, esige l'osservanza del 'dovere' (che qui mostra i più definiti tratti

³ Una premessa doverosa. Nel corso di questo saggio si parlerà molto, e spesso, dell'inadempimento e delle sue conseguenze, nella sua configurazione, diciamo così classica, di parte generale del diritto delle obbligazioni. Tuttavia, come bene è stato messo in luce ancora in un saggio recente (G. GRISI, *Gli inadempimenti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a S. Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 163 s.; ma in questo stesso volume si v. anche S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo*, 525 s.), la nozione, a seguito di una serie di interventi normativi accomunati, come spesso accade con la legislazione speciale, da una spiccata tendenza all'"aggettivazione" ora del creditore ora del debitore, si è abbastanza complicata, inevitabilmente smarrendo la sua originaria, relativa, linearità. Ritengo, tuttavia, che una riflessione "in apicibus" del tipo di quella qui proposta conservi un interesse di ordine prospettico, se non di ordine sistematico, nel senso che, quanto meno, essa può servire ad individuare un criterio di misurazione del grado di eterogeneità di ciascuna singola ipotesi rispetto al modello tradizionale.

dell'«obbligo») imposto al debitore; viceversa, trattandosi di diritti reali, l'attuazione dell'interesse protetto è complementare all'esercizio del potere sulla cosa assegnato al proprietario, mentre il 'dovere' traduce il generale precetto di intangibilità della sfera giuridica altrui (*'alterum non laedere'*)⁴.

La fedeltà con cui esso riproduce descrittivamente il suo oggetto è garanzia della attendibilità dello schema, per di più collaudato da secoli di storia. Tuttavia, al riguardo è possibile formulare alcune osservazioni critiche. In primo luogo, il 'dovere' appare qui in due versioni differenti, così tanto differenti che accostarle risulta davvero arbitrario. A ben vedere, infatti, il dovere che, dall'esterno, presiderebbe i diritti assoluti, proprio perché si colloca al di fuori del ciclo di vita delle prerogative riconosciute al titolare del diritto, non intrattiene con il nucleo concettuale di quest'ultimo alcun rapporto speculativamente apprezzabile. L'interesse del proprietario trova senz'altro attuazione con l'esercizio dei poteri di cui agli art. 832 cod. civ.

⁴ Si v., ad es., A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 413, nt. 157 ad avviso del quale «mentre nel primo caso (diritti relativi) l'interesse protetto è soddisfatto dall'assunzione del comportamento da parte di colui che è investito del dovere, nel secondo caso (diritti assoluti) l'interesse protetto è soddisfatto dal compimento dell'attività lecita, di guisa che l'osservanza del dovere assume rilievo non in quanto l'assunzione del comportamento prescritto sia necessaria per la soddisfazione dell'interesse, bensì in quanto l'assunzione del comportamento dovuto è necessaria al fine di non impedire lo svolgimento dell'attività lecita, il cui esercizio, autonomamente, consente il soddisfacimento dell'interesse». È stata sostenuta anche la posizione diametralmente opposta per la quale il vero contenuto del diritto reale si identificherebbe e, quindi, si risolverebbe nei doveri di astensione imposti ai consociati: ciò che avrebbe come conseguenza la larvalizzazione dei poteri e delle facoltà attribuiti al titolare del diritto: v., ad es., S. PEROZZI, *Servitù e obbligazione*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1948, 326 s.

Al contrario, nel caso dei diritti relativi il ‘dovere’ (che ora prende i nomi di obbligo e di obbligazione) si disloca lungo una linea, ad un’estremità della quale si trova il fatto generatore del rapporto e all’estremità opposta il soddisfacimento dell’interesse (in senso ampio) creditorio. Esattamente a metà si trovano la prestazione o, in alternativa, la sua surroga giudiziale le quali entrambe mirano a procurare al titolare del diritto l’utilità promessa o, comunque, dovuta⁵. Da questo punto di vista, osservo ‘per

⁵ V., con grande chiarezza, S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 4. La perfetta equivalenza di adempimento ed esecuzione forzata – equivalenza apprezzabile sotto il profilo del risultato conseguito e non dei mezzi impiegati per conseguirlo - è già in F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928, 218-219, al quale, tra i ‘maiores’, possono aggiungersi. E. BETTI, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, in *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, 76 (che riproduce *Il concetto dell’obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione*, Pavia, 1920, ora insieme al saggio di Carnelutti appena citato, in E. BETTI, F. CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006); R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, 68 s., 77 ss.; A. FALZEA, *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 21 ss. È interessante osservare come l’idea dell’equivalenza (di adempimento ed esecuzione forzata) sia il precipitato più genuino, e speculativamente maturo, di quella forma di pensiero a cui siamo soliti dare il nome di positivismo giuridico. Di questo ci si può rendere conto, ‘per *differentiam*’, se non ‘per *oppositionem*’, riflettendo sulla definizione che della giurisdizione propone Alfredo Rocco (un autore insospettabile di cedimenti a suggestioni di altro genere): «*l’attività con cui lo Stato procura direttamente il soddisfacimento degli interessi tutelati dal diritto, quando, per una qualunque ragione (incertezza o inosservanza) non sia attuata la norma giuridica che li tutela*» (A. ROCCO, *La sentenza civile*, Milano, 1965, ma si tratta di una raccolta di saggi risalenti al 1905, 8). D’acchito, per il modo in cui è formulata, questa definizione non presenta particolari motivi di interesse rinviando al convincimento, molto diffuso, che compito della giurisdizione sia quello di rimediare ad un cattivo impiego della libertà di cui godono i privati (cattivo uso che può assumere le forme più diverse: spogli, inadempimenti, contestazioni, turbative, molestie ecc.). Nella sua genericità, innocua e, se intesa in senso puramente descrittivo,

perfino accettabile (tanto è vero che qualche pagina dopo – 17 s. – Rocco corregge il tiro). Tuttavia, vorrei richiamare l'attenzione su un punto, anche questo di per sé abbastanza pacifico almeno secondo il modo corrente di vedere le cose, e cioè che la giurisdizione, mirando a procurare direttamente il soddisfacimento degli interessi tutelati dal diritto, presupporrebbe la mancata attuazione della norma che quegli interessi ha inteso riconoscere. Insomma, la sequenza destinata a culminare nel ricorso alla giurisdizione, avrebbe due antefatti: la norma istitutiva della protezione degli interessi e la sua mancata *attuazione*. Ora, impostato in questi termini, il discorso rivela una debolezza logica gravissima che neppure la ben nota propensione del linguaggio giuridico per la 'figura' può occultare: ci si deve chiedere, infatti, a che cosa si ricollegli la giurisdizione non semplicemente dal punto di vista causale (l'inadempimento, lo spoglio ecc.), ma dal punto di vista della sua ragion d'essere normativa. In altri termini, la domanda che ci si deve porre è non quando entri in gioco la giurisdizione ma perché, ovvero a quale scopo. Negli ordinamenti moderni, il fondamento della giurisdizione (civile) è il diritto soggettivo, cioè la norma giuridica colta quando presiede all'attribuzione di un'utilità: l'inevitabile corollario di questo è che, sempre nel moderno, il processo *attua* un diritto soggettivo, con la conseguenza che non potrà mai parlarsi, se non, appunto, in un senso puramente figurato, di inattuazione della norma giuridica perché quest'ultima, in realtà, vestendo i panni del diritto soggettivo, trova *sempre* attuazione nel processo. A mio avviso, questa idea della giurisdizione come corollario del fallimento (inattuazione) della norma giuridica è tributaria del paradigma imperativista per il quale la norma giuridica opera mediante la creazione di doveri la cui inosservanza viene poi sanzionata nella sede del processo. Applicato al rapporto obbligatorio, lo schema in questione può funzionare soltanto a patto che, come accadeva nell'esperienza giuridica romana (v. nt. successiva), il debitore venga condannato al pagamento di una somma di denaro, essendo precluso al creditore l'attingimento, per via di esecuzione forzata, dell'utilità dovutagli. Viceversa, quel medesimo schema entrerà irrimediabilmente in sofferenza allorché il processo si rappresenti come una semplice modalità, alternativa alla '*solutio*', di adeguamento dello stato di cose materiale alla regola giuridica attributiva dell'utilità. La normale eseguibilità in forma specifica dell'obbligazione, in altre parole, non è un accessorio puramente tecnico che si aggiunge all'obbligazione medesima *ab extrinseco* (come, invece, sembra pensare A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 2 e, ancora da ultimo, in A. DI MAJO, *Obbligazioni*, cit., 114 ss.),

incidens’, la formulazione dell’art. 1174 cod. civ., dove della prestazione si parla come dell’«oggetto dell’obbligazione», può risultare ingannevole perché, in realtà l’oggetto dell’obbligazione è rappresentato dall’utilità assegnata al creditore. Se così non fosse, il canone dell’equivalenza funzionale di adempimento ed esecuzione forzata sarebbe irricevibile nella misura in cui la prestazione (che dell’adempimento individua il profilo sostanziale) è, per definizione, non suscettibile di surroga. Una conferma di questo offre il modello dell’obbligazione romana nella quale,

quanto, piuttosto, il suo modo di essere moderno che ne performa la struttura in conformità ai dettami imposti dalla definitiva concentrazione in capo allo Stato della forza fisica e della produzione del diritto. Concludo su questo punto osservando che anche l’elaborazione chiovendiana dell’azione come diritto soggettivo autonomo (per la quale, oltre che alla celeberrima prolusione bolognese del 1903 G. CHIOVENDA, *L’azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 3 s., rinvio a G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (ristampa dell’edizione del 1923), 46-49 e, in particolare, all’efficacissimo diagramma della nt. 1 di p. 46), può essere letta come una risposta al problema posto dalla coesistenza, anzi, della complementarità, di inattuazione della norma e di giurisdizione. L’asserita (e, da allora, nella sostanza mai più messa in discussione) autonomia dell’azione, assicura un robusto fondamento al processo (fondamento che diventerà tanto più solido via via che l’azione guadagnerà in autonomia fino a completare per intero la parabola che dal ‘concreto’ chiovendiano giunge all’‘astratto’ liebmaniano (su questo v. § 12) il quale processo, immune dalle disavventure della norma giuridica inattuata e (che è la stessa cosa) del diritto soggettivo frustrato, è chiamato, sempre e comunque, a svolgere il compito di restituire integrità all’ordine infranto e, dunque, a salvare la pace sociale. Ora, questa concezione melodrammatica del processo, di cui, come ho appena detto, si danno epifanie più o meno marcate, rappresenta una costante del dibattito svoltosi in seno alla sua scienza fin dai primordi quando, per le ragioni che proverò ad indicare più avanti (§ 6) lo spazio occupato, nel passaggio dal *heutiges* al *römisches Recht*, da una nozione pericolosamente destoricizzata di ‘*actio*’, finirà per insediare nel cuore giuridico della modernità un bizzarro rigurgito di arcaico del quale, ancora oggi, stentiamo a liberarci.

effettivamente, l'oggetto del debito (non dell'«*obligatio*» che, viceversa, cattura la più ampia dimensione della responsabilità, già proiettata verso il processo) coincide con il «dare, *facere, praestare*», ovvero con il contegno del debitore il quale, di per sé, è incoercibile⁶. In un sistema come quello romano, la non

⁶ V. E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e la sua genesi*, Milano, 1955, 24 «mancando...ogni coazione, è evidente che l'esatto adempimento del debito primitivo dipende in ultima analisi dalla buona volontà dell'obbligato. In altri termini, quel debito è inesigibile per via di esecuzione forzata. Per questo rispetto ogni obbligazione in diritto romano classico ha un fondo comune con quei vincoli di fatto dello schiavo che si qualificano «*obligationes naturales*». La differenza tra questa e le altre è che nelle obbligazioni civili al debito è coordinata una responsabilità, nelle obbligazioni naturali, no: le obbligazioni di fatto dello schiavo sono monche». Sul punto v., da ultimo, C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del rapporto obbligatorio*, in «*Actio in rem*» e «*actio in personam*». In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, 167. Non del tutto chiara, almeno per me, la posizione di M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 29, Milano, 1979, 21-22 ad avviso del quale «in seguito all'introduzione dell'esecuzione patrimoniale, la responsabilità del debitore – o del terzo – diviene tendenzialmente omogenea all'interesse economico del creditore, in quanto garantisce a quest'ultimo una soddisfazione dell'interesse stesso, se non nella sua specificità, almeno per equivalente». Riesce difficile, tuttavia, per il moderno conciliare questa affermazione con quanto affermato poche righe dopo dall'illustre A. ad avviso del quale «per il meccanismo della *condemnatio pecuniaria*, il diritto del creditore, qualsiasi ne fosse stato precedentemente l'oggetto, si trova trasformato in una pretesa, che è ancora un'obligatio, ad una somma di denaro....Al livello dell'esecuzione forzata....la prestazione oggetto dell'obligatio rimane essenzialmente incoercibile, pur assicurandosi al creditore una soddisfazione per equivalente economico». Non voglio essere irraguardoso nei confronti di uno studioso del rango di Talamanca, ma un avverbio come «tendenzialmente» è la spia linguistica di un discorso che dallo speculativo scivola verso il retorico. Un ragionamento imperniato sulla *tendenziale* omogeneità dell'interesse economico del creditore al suo soddisfacimento per equivalente è comprensibile in un ordinamento come quello italiano, nel quale, però, il c.d. «risarcimento» subentra all'impossibilità sopravvenuta della

prestazione per causa imputabile al debitore (art. 1218 cod. civ.). Molto meno comprensibile è in un ordinamento come quello romano, nel quale la inesegibilità per via di esecuzione forzata della prestazione originariamente dedotta ‘in *obligatione*’ non è conseguenza di un fatto successivo (appunto, l’impossibilità sopravvenuta imputabile) ma è iscritta nelle regole di funzionamento del sistema (nello stesso senso M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München, 2008, 189: «“diese sekundäre Geldleistung tritt also nicht nur an die Stelle der Primärleistung, wenn diese unmöglich ist und dem Gläubiger erwünscht wäre. Insofern reichen mithin diese sekundären Geldleistungen über die Fälle eines wirklichen Schadensersatzes”»); «questa prestazione secondaria in denaro – *scil.* quella che mette capo alla *condemnatio* pecuniaria – non subentra alla prestazione primaria soltanto quando questa sia impossibile e il creditore conservasse interesse a riceverla. Sicché, dunque, queste prestazioni secondarie in denaro si collocano al di fuori dei casi in cui si ha un vero e proprio risarcimento del danno». L’*aestimatio rei* non è il succedaneo della prestazione, anche se quest’ultima può essere assunta a parametro della liquidazione, quanto, piuttosto, la conseguenza della condanna. Ed è questa anche la differenza fondamentale che passa tra sistemi nei quali la condanna è «*titolo esecutivo*», ovvero rappresenta, vigente il divieto di ragion fattasi, l’unico modo (in difetto di uno spontaneo adempimento) a disposizione del creditore di appropriarsi della sua utilità, e sistemi (come quello romano) nei quali la condanna presuppone un’obbligazione, ma ne fonda un’altra (v. la nt. successiva). A considerazioni non molto diverse si presta C. PELLOSO, *Il concetto*, cit., 258, nt. 35 per il quale, ad es., la inesegibilità in forma specifica di una prestazione infungibile non comprometterebbe la funzione ripristinatoria del risarcimento per equivalente. Rinviando ad un momento successivo l’esame delle questioni da tempo riassunte sotto la formula del ‘primato dell’adempimento in natura’, qui mi limiterò a ripetere che significato e funzione dell’equivalente pecuniario della prestazione mutano radicalmente a seconda che il codice dominante sia quello della assegnazione dell’utilità al creditore (atingibile, poi, per via di prestazione o per via di esecuzione in forma specifica), ovvero, al contrario, quello della monetizzazione dell’inadempimento. La incommensurabilità dei due codici pregiudica la possibilità stessa di concepire una invarianza dell’interesse del creditore, che nei sistemi dominati dal primo codice è interesse al godimento dell’utilità attribuitagli dalla legge (esattamente come nel caso del proprietario), nel secondo caso è interesse alla persecuzione (l’*actio*) del debitore, inosservante

di un obbligo, cioè di una regola di condotta. In questa direzione va anche il principio (*“natura tamen debitor permanet”*) della irripetibilità della prestazione eseguita successivamente alla *litis contestatio* o anche nel caso in cui il *“reus”* sia stato assolto (Paul. 3 *quaest.* D.12.6.60 pr. su cui pure si intrattiene C. PELLOSO, *Il concetto*, cit., 252 s.): basti osservare, infatti, che per il diritto moderno quello della irripetibilità della prestazione effettuata *“manente iudicio* o, perfino, *“in limine executionis”* è un problema che neppure si pone, attesa la perfetta, strutturale fungibilità di *“spontaneo”* e *“coercitivo”*; mentre la irripetibilità della prestazione effettuata dal debitore *“assolto”*, al pari della prestazione effettuata dal debitore *“prescritto”* sono fattispecie che noi decliniamo secondo il registro dell’obbligazione naturale. Infatti, la differenza fondamentale che passa tra la *soluti retentio* degli *“antichi”* e la *“soluti retentio”* dei *“moderni”* è che mentre quest’ultima è un effetto che prescinde dall’attribuzione di un titolo giuridico fondativo della irripetibilità del prestatore (e, del pari, essa non intrattiene alcun rapporto con la interpellabilità della giurisdizione, là dove, come si è visto, nell’obbligazione civile i due profili – irripetibilità e giustiziabilità – sono facce della medesima medaglia, cioè del diritto soggettivo), la prima coesiste (*“permanet”*) e anzi, almeno nelle ipotesi richiamate in precedenza, presuppone l’istaurazione di un giudizio finalizzato a procurare al creditore un’utilità diversa da quella dovutagli. Per concludere sul punto è opportuno richiamare quanto osservato ancora una volta da E. BETTI, *La struttura*, cit., 9 in ordine alla circostanza per cui, in ogni caso, espressioni come *«naturalis subest obligatio»* (Ulp. 47 *ad Sab.* D.46.1.8.3) o, appunto, *«natura debitum maneb»*, *«non avrebbero il senso tecnico della obbligazione di fatto dello schiavo, bensì il senso di debito pagabile ma non esigibile...Ciò vuol dire che in forza della litis contestatio il debito primario, da obbligo di prestazione che era, diventa debito privo di responsabilità per l’inadempimento, ma che il debitore convenuto può, se crede, soddisfare. Vuol dire, in altri termini, che la deductio in iudicium opera una scissione dei due elementi costitutivi dell’obbligazione: elementi che nel primitivo dare oportere erano organicamente congiunti. Dall’un lato, resta il debito primario, che sopravvive al di fuori del processo. Dall’altro lato, la responsabilità, che si stacca dal debito e si converte in altro vincolo. Ciò che propriamente si converte (si «consuma») in forza della litis contestatio è dunque la sola responsabilità quale vincolo di ius civile: non anche il debito (secundum naturalem significationem) per cui essa si era costituita. L’effetto «consuntivo» della litis contestatio quale deductio in iudicium è uno dei fenomeni dai quali risulta nel modo più evidente la relativa indipendenza che, entro il congegno dell’obligatio*

attingibilità in forma specifica dell'utilità attesa dal creditore conferisce al debito lo *status* di una norma di condotta la quale, se osservata, libera l'*obligatus* dal vincolo cui è astretto e che, se inosservata, incanala il rapporto verso la sequenza descritta da Gai, III. 180⁷. Il passaggio a sistemi nei quali, viceversa, l'utilità è attingibile forzosamente (cioè, anche in difetto della prestazione) riconfigura dalle fondamenta il modo di essere dell'obbligazione: fenomeno questo descrivibile in vari modi (allineamento di debito e responsabilità, equivalenza funzionale di adempimento ed esecuzione forzata, ecc.) ma convergente nella trasformazione del debito (ormai divenuto obbligazione 'tout court') da regola di responsabilità in dispositivo preposto all'attribuzione di un'utilità⁸.

romana, sussiste tra l'elemento del debito e l'elemento della responsabilità e la debole congiunzione dell'uno con l'altro».

⁷ *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.* Per una prima informazione di carattere generale su uno dei luoghi più dibattuti dalla dottrina romanistica v. Gai *Institutiones* III. 88-181. *Die Kontraktobligationen, Text und Kommentar von H.L.W. Nelson und U. Manthe*, Berlin, 1999, 434-443. Al riguardo v. R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il 'iudicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *Antiqui Historia Iuris*, I, 2009, 61 s. e ora in *Scritti minori*, II, Torino, 2009, 657 s. nel quadro di una lettura 'diacronica' dell'*obligatio* volta a dimostrare come la dipendenza da essa dell'*actio* (nel senso di esserne la fedele proiezione processuale) rappresenti solo il punto di un arrivo di un'evoluzione secolare a lungo dominata dall'idea che l'*oportere* individuasse non il fondamento ma l'occasione dell'*actio* medesima.

⁸ In un ordine di idee analogo I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria*, Milano, 2004, 60 s. Ne approfitto per aggiungere e concludere, limitatamente al profilo preso in esame, perché poi sulla questione tornerò più avanti, che, *a contrario*, l'esattezza dell'assunto qui sostenuto – e cioè che l'oggetto dell'obbligazione

Ora, il punto su cui vale la pena di soffermarsi è che, da sempre, quando si parla della distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi, l'accento viene messo sulla circostanza per cui il proprietario è già padrone dell'utilità assegnatagli dall'ordinamento attraverso il titolo costitutivo del diritto, mentre il creditore disporrebbe di un mezzo giuridico (la pretesa), mero e, almeno fino al conclamarsi dell'inadempimento, abbastanza inerte riflesso dell'obbligo gravante sul debitore⁹. In realtà, la prospettiva andrebbe rovesciata e ci si dovrebbe chiedere, piuttosto, come mai il creditore sia abilitato a trattenersi l'utilità pervenutagli per il tramite della prestazione spontaneamente eseguita dal debitore, ovvero come mai sia abilitato a procurarsi, sulla base di quello originario, un nuovo titolo (la sentenza di condanna o equivalenti) idoneo a promuovere la surroga forzata della prestazione.

La risposta a questa domanda è piuttosto semplice ed è che il creditore, al pari del proprietario, è titolare di un diritto soggettivo, il diritto soggettivo di credito, il quale, al pari del diritto soggettivo di proprietà, nel momento stesso in cui attribuisce al suo titolare un'utilità, lo munisce dei correlativi titoli: quello di trattenersi l'utilità là dove il debitore adempia e quello di

deve ravvisarsi non nella prestazione ma nell'utilità – si ricava dal caso nel quale l'equivalenza funzionale di adempimento ed esecuzione forzata viene messa in crisi, almeno in apparenza, dalla immedesimazione di prestazione ed utilità (c.d. infungibilità: v. anche art. 1180, comma 1 cod. civ.). Sul punto rinvio al successivo § 9.

⁹ Come è ampiamente noto, tale inerzia segnerebbe, secondo una dottrina ormai consegnata all'archivio delle idee (sarà sufficiente richiamare quanto osservato al riguardo da L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952 e ora in *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Nicolussi e A. Albanese, Milano, 2011, 58), l'esclusione del credito dal novero dei diritti soggettivi: D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, 4, 1 ss.

appropriarsi forzosamente dell'utilità, quando il debitore si astenga dall'eseguire la prestazione¹⁰.

¹⁰ Nel panorama degli orientamenti inclini a conservare un significato robustamente costruttivo all'alternativa tra diritti assoluti e diritti relativi, una posizione tutt'affatto particolare occupa S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino 1952, 4 s. Come è noto, Satta muove dalla distinzione di secondo grado tra situazioni finali e situazioni strumentali, imperniata sull'assunto (chiaramente aprioristico) per il quale l'interesse del proprietario è soddisfatto, mentre quello del creditore, che è lo stesso del proprietario, ma 'in nuce', attende di esserlo: ne consegue, sempre ad avviso dell'illustre Autore, che: « il diritto del creditore... si concreta nella aspettativa di un bene da parte dell'obbligato, ed è un diritto appunto perché il creditore può conseguire un bene anche se l'obbligato volontariamente non adempia. Tutta l'obbligazione tende strumentalmente a questo fine: ma questo poter conseguire non è intrinseco al diritto del creditore, come il poter conseguire il possesso del bene è intrinseco al diritto di proprietà: esso attiene alla sua tutela». Il punto di ricaduta, in termini di tutela giurisdizionale, è che mentre nel caso dei diritti reali, la forma propria della tutela è l'accertamento cui fa seguito l'esecuzione in forma specifica, che non è vera esecuzione ma esercizio del diritto sotto il giudiziario controllo imposto dal divieto della ragion fattasi, nel caso dei diritti di credito, la forma propria della tutela è la condanna la quale apre la strada all'esecuzione per espropriazione, che è la sola vera esecuzione forzata (sulla scia di Satta si pone L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ.*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1985, 146 s.). Ora, delle molte cose che si potrebbero dire (e che sono state dette) a suffragio di una critica della proposta sattiana (di cui, però, è impossibile non apprezzare la forza di seduzione intellettuale), una si impone sulle altre ed è questa. Secondo Satta, è vero che il creditore può conseguire il bene – ragione per la quale il diritto di credito è un diritto, e in questo inciso si annida una grande intuizione – ma il potere di conseguire «non è intrinseco al diritto del creditore, come il poter conseguire il possesso del bene è intrinseco al diritto di proprietà: esso attiene alla sua tutela». Questa affermazione è falsificata dalla circostanza per cui la prestazione del debitore è irripetibile: e ciò significa che, al pari del diritto di proprietà, anche il diritto di credito ha una vita fuori dalla dimensione della tutela giurisdizionale e che, analogamente a quanto accade nel caso del diritto di proprietà, anche nel caso del diritto di credito, il potere di conseguire è intrinseco al diritto.

Speculare a quella di Satta è la posizione di Chiovenda (e di quanti si richiamano al suo magistero) per il quale, viceversa, se sul piano sostanziale la distinzione tra diritti reali e diritti di credito mantiene intatta la sua ragion d'essere, essa scolora, fino a svanire, sul piano processuale dal momento che, una volta spogliato, il proprietario dedurrà in giudizio il diritto personale alla restituzione rispetto al quale il titolo di proprietà funge da diritto – presupposto eventualmente oggetto, ove contestato di un accertamento incidentale (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 15 s. (ristampa dell'edizione del 1935); G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale*, cit., 34-39; e v. già G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911 e ora in *Saggi di diritto processuale*, I, Milano, 1993, 115; E. ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 247 s.; E. GARBAGNATI, *Azione ed interesse*, in *Jus*, 1955, 316 s. e ora in *Scritti scelti*, Milano, 1988, 93 s.; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 95 s. Da ultimo, per un esame approfondito della questione e ulteriori indicazioni di letteratura v. A. MOTTO, *Poteri*, cit, 417 s.). Infatti, mentre per Satta il '*prius*' è rappresentato dalla contrapposizione di 'finale' e 'strumentale' e, sulla base di essa, il sistema della tutela viene riletto traducendo 'finale' nel binomio accertamento – esercizio del diritto, e 'strumentale' nel binomio condanna – esecuzione per espropriazione, per Chiovenda (e per i suoi seguaci), il '*prius*' è rappresentato dalla inscindibilità del nesso condanna – diritto di credito perché, come dice appunto Chiovenda (*Dell'azione nascente ecc.*) «ogni diritto, assoluto o relativo, tendente a una prestazione, positiva o negativa, si presenta come obbligazione al momento del processo». In altri termini, mentre il '*prius*' sattiano trasferisce sul piano della tutela giurisdizionale la 'Ur-trennung' istituita sul versante del diritto sostanziale, il '*prius*' chiovendiano intuisce la comune materia (la coercizione) di cui sono impastati i diritti soggettivi e ne restituisce la forza performatrice proprio attraverso la specola della condanna. Tuttavia, sebbene preferibile, questo modello merita di essere corretto per un aspetto non secondario: ma v. § 8. Per concludere, temporaneamente, sul punto, è opportuno richiamare, nella dottrina più recente, I. PAGNI, *Tutela*, cit., 59 la quale giustamente mette in guardia dal (perdurante) rischio di «giustificare la differenza tra rimedi a carattere specifico e rimedi per equivalente sulla base di una pretesa differenza di contenuto tra le situazioni soggettive (reali o obbligatorie) cui tradizionalmente essi corrispondono».

3. L'attribuzione di un'utilità è l'ufficio proprio del diritto soggettivo¹¹. Lo stesso concetto può esprimersi dicendo che quando l'interesse protetto dalla legge è quello all'attribuzione di un'utilità, la forma che la protezione assume non può che essere quella del diritto soggettivo. In considerazione di questo, la circostanza per cui l'attribuzione veste, talora, i panni

¹¹ Ritengo opportuno precisare che la prospettiva da me coltivata si distingue nettamente da quelle riduzioniste, per le quali o i diritti di obbligazione vengono assimilati ai diritti reali o i diritti reali vengono assimilati ai diritti di obbligazione (per una panoramica di questi orientamenti, ormai archiviati v. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Scritti II* cit., 54 s.; A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, 4 s.; M. COMPORZI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* fondato da S. Cicu, F. Messineo, già diretto da L. Mengoni e proseguito da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli, Milano, 1980, 1 s.). Naturalmente, io non dubito affatto che i diritti reali funzionino in modo diverso dai diritti di credito e credo che la ragione di ciò sia abbastanza banale, dovendosi rinvenire nella eterogeneità degli interessi pratici che i due dispositivi sono chiamati a servire. Penso, però, che i diritti reali e i diritti di credito siano, in primo luogo, dei diritti soggettivi e che quindi, volendo ragionare in 'verticale' piuttosto che in 'orizzontale', ci si debba mettere alla ricerca di quanto li accomuna, piuttosto che di quanto li distingue. Ora, a mio avviso, il diritto soggettivo individua la tecnica della quale la legge si avvale affinché, date certe condizioni, anche queste stabilite dall'ordinamento, taluno possa appropriarsi di un bene della vita (nel senso di considerare quel bene come destinato e riservato a se medesimo). Se ci si colloca da questa prospettiva, emerge con chiarezza la profonda unità che caratterizza i sistemi giuridici moderni nei quali la 'validità' (art. 1322, comma 2 cod. civ., art. 1325 cod. civ.) – ovvero, appunto, l'insieme delle condizioni richieste ai fini dell'insorgere di un diritto soggettivo) - è costitutivamente connessa con la tutela giurisdizionale (art. 2907 cod. civ.), attraverso il medio dell'art. 1372 comma 1 cod. civ. (al riguardo v. L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 2018, 7 s.). Il punto di massima visibilità dell'intreccio appena descritto coincide con l'eseguibilità in forma specifica del diritto di credito, la quale trasforma quest'ultimo da 'pretesa' ('*actio*', 'Anspruch') in diritto soggettivo, ossia da richiesta di un equivalente monetario dell'utilità promessagli dal debitore in potere di attingimento forzoso (anche se mediato dallo Stato) di quell'utilità.

dell'appartenenza, talora quelli della spettanza, è un ovvio corollario della eterogeneità degli interessi protetti: tale circostanza, apprezzabile sul terreno classificatorio, non riveste alcun particolare significato né sotto il profilo dogmatico né, tanto meno, sotto il profilo teorico-generale. In questo contesto, la locuzione 'attribuzione di un'utilità' denota l'esclusiva che il diritto riconosce ad un soggetto in ordine alla disponibilità di un bene¹². Ciò spiega la ragione per la quale, in buona parte dei sistemi giuridici moderni (contrassegnati dal programmatico, e complementare, monopolio statale della forza e del '*ius condendum*'), diritto soggettivo è sinonimo di tutela reale (in natura e per equivalente).

La tutela reale, però, non è una prerogativa del diritto soggettivo. Talora l'ordinamento giuridico protegge interessi diversi da quello all'attribuzione di un'utilità, secondo modalità che sono ovviamente irriducibili allo schema del diritto soggettivo ma che, in ogni caso, prevedono una soluzione giurisdizionale del problema scaturente dalla violazione della regola di diritto

¹² Nello stesso senso, nel quadro di una elaborata costruzione della categoria del diritto soggettivo, E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 86 s. Secondo Fazzalari il diritto di credito, in quanto diritto soggettivo, si inquadreerebbe nello schema del diritto *inattivo* e *relativo*: inattivo (E. FAZZALARI, *Note*, cit., 105), perché la norma vi collega solo l'obbligo altrui; relativo perché l'obbligo è riferito ad un soggetto determinato (a differenza di quanto accade nei diritti reali dove la preminenza assicurata al titolare del diritto è la risultante del concorso di facoltà e obblighi di astensione generalizzati). Fazzalari, tuttavia, è fautore di una lettura del diritto soggettivo (E. FAZZALARI, *Note*, cit., 88-89) che, pur nella differente articolazione del modo in cui l'ordinamento realizza la preminenza del soggetto riguardo ad un bene (quella che io chiamo attribuzione di un'utilità), coglie in tale preminenza il tratto proprio della figura e il fondamento della sua unitarietà. Ciò gli consente di ravvisare nell'obbligo gravante sul debitore lo strumento tecnico di invero della preminenza e, conseguentemente, di recuperarne la piena, pari dignità con le facoltà riconosciute al proprietario, a loro volta integrate dai doveri di astensione istituiti '*erga omnes*'.

sostanziale rispettosa del nucleo essenziale dell'interesse selezionato. In via esemplificativa, si possono richiamare il possesso e l'interesse legittimo. In entrambi questi casi, la legge tutela un interesse che nulla ha a che vedere con l'attribuzione di un'utilità – un interesse che attiene all'osservanza di regole di comportamento: nel primo caso, la regola che vieta di spogliare in modo violento o clandestino il possessore; nel secondo caso, la regola, o l'insieme delle regole, che disciplinano l'esercizio della discrezionalità amministrativa – e, tuttavia, il modo di questa protezione implica il riconoscimento di poteri intesi ad ottenere il ripristino dello stato di cose anteriore alla violazione (l'azione di spoglio e di manutenzione; l'azione di annullamento)¹³.

Una terza tipologia di interessi ottiene protezione nella forma del riconoscimento di un potere processuale (azione costitutiva) finalizzato alla rimozione, tramite accertamento in giudizio (sentenza costitutiva), del negozio deforme. Si può trattare di una deformità originaria (nullità, annullabilità, simulazione, rescissione) o sopravvenuta (risoluzione): in ogni caso, anche qui, vi è una piena continuità tra l'interesse oggetto di tutela e lo strumento della sua attuazione¹⁴.

4. Nel primo e nel secondo dei tre casi indicati, in quanto protetti, gli interessi 'toccati' dal legislatore assumono giuridica rilevanza: ciò che li rende idonei a fondare il giudizio di

¹³ Sul punto v. anche oltre, § 7. Come dice U. Mattei, *I rimedi*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 134-135 «la tutela reale protegge un interesse in quanto tale, in modo indipendente tanto dalle condizioni di riprovevolezza della lesione quanto da chi lo ha leso. La tutela reale può azionarsi per se».

¹⁴ V.E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955 e ora in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, Milano, 1962, 102-103.

responsabilità civile imperniato sulla «ingiustizia del danno»¹⁵. Il significato di questa formula risiede in buona parte nella sua storia, contrassegnata, oltreché da una elaborazione dottrinale di straordinaria ricchezza, da alcuni arresti della giurisprudenza i quali hanno contribuito a mettere in luce il funzionamento del congegno aquiliano. Ora, il modo in cui il dibattito intorno a quest'ultimo si è venuto sviluppando negli ultimi cinquant'anni e, ancora di più, il modo in cui quel dibattito è stato reinterpretato, risente fortemente del suo punto di partenza costituito dall'equazione danno ingiusto – lesione di un diritto assoluto. Secondo questa impostazione compito degli artt. 2043 ss. cod. civ. sarebbe stato, in definitiva, solo quello di definire le condizioni di risarcibilità in concreto del danno (nesso di causalità, criteri di imputazione), oltreché di stabilire, attraverso il richiamo all'art.1223 cod. civ., la stessa categoria normativa del danno. Viceversa, competenti in punto di ingiustizia del danno, ossia in ordine al profilo della risarcibilità in astratto del danno, sarebbero state le norme istitutive del rimedio compensativo, le quali tutte, appunto, concernevano casi di

¹⁵ Vedremo più avanti che, a causa delle evoluzioni della giurisprudenza in materia di responsabilità civile, le due locuzioni ('interesse giuridicamente protetto' – 'interesse giuridicamente rilevante') non sono più integralmente sovrapponibili. Quanto al terzo caso, qui la proiezione risarcitoria della tutela è pura inosservanza di un obbligo di condotta (non dell'inesistente '*alterum non laedere*') autentico '*wiederrechtliches*', tutto iscritto dentro la relazione in atto (art. 1338 cod. civ.; art.1440 cod. civ.): ciò che ne decreta l'estraneità alla relazione in potenza cui si riannoda il dispositivo aquiliano. In altri termini: una prima volta (responsabilità contrattuale, contenitore dentro il quale trova posto il terzo caso), l'obbligazione risarcitoria è mimesi imperfetta dell'obbligazione primaria (questa davvero infungibile, come è tipico degli obblighi di protezione); nel secondo caso, l'obbligazione risarcitoria è un *quid novi* investito del compito di riparare alle conseguenze di un'interferenza occasionale.

pregiudizio arrecato ad un diritto soggettivo assoluto (artt.7,10,948, 949, 1079 cod. civ.)¹⁶.

Si spiega così la ragione per la quale uno, se non il più importante, dei registri che hanno scandito il discorso sul torto aquiliano sia stato quello della sua ‘tipicità’ e del progressivo superamento della medesima. A ben vedere, però, quella della ‘tipicità/atipicità’ del sistema della responsabilità civile rischia di essere una pista falsa, piuttosto che una bussola capace di segnare il percorso. Infatti, già a partire dalla celebre pronunzia ‘Meroni’ le ss. uu. ebbero modo di affermare che se, per un verso, l’esclusione dei diritti di credito dalla tutela aquiliana non trovava alcuna giustificazione positiva, per altro verso la lettura inclusiva

¹⁶ Questo è, verosimilmente, ciò che si intendeva dire quando si parlava dell’art. 2043 cod. civ. come di una norma ‘secondaria’. Il fatto che l’«ingiustizia» non individui una norma ‘secondaria’ (cioè, solo riepilogativa dei casi nei quali il legislatore, espressamente, prevede la riparazione del danno, non significa, come moltissima parte della dottrina giuridica italiana ha mostrato, e, tuttavia, mostra di ritenere (v., da ultimo, A. DI MAJO, *Responsabilità civile (Problema e sistema)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, 1600) che l’ingiustizia sia ‘autoreferenziale’ e, quindi, in grado di patrocinare «una valutazione comparativa degli interessi in conflitto e il loro bilanciamento». Al contrario, deve ritenersi che compito dell’«ingiustizia» sia quello di catturare e di rendere rilevanti, sotto la specie della risarcibilità, tutti gli interessi ai quali l’ordinamento accordi la sua protezione, indipendentemente (da) e, anzi, proprio con specifico riguardo, alle ipotesi nelle quali la misura riparatoria non sia inclusa nel set delle tutele. Da questo punto di vista, come provo ad argomentare nel testo (ma v. nt. 22), il binomio tipicità/atipicità (o clausola generale) in conformità al quale è stato scandito il discorso sul nostro sistema della responsabilità civile, sconta il modo, a mio avviso erroneo, in cui è stato interiorizzato il distacco dal paradigma carneltuttiano, come se l’unica alternativa alla claustrofobia da ‘Enumerationsprinzip’ fosse la fuga in avanti nel vuoto pneumatico della clausola generale.

dell'art.2043 «lascia(va) fuori dalla (sua) sfera di protezione quegli interessi che non siano assurti al rango di diritti soggettivi».

Insomma, dopo 'Meroni'¹⁷ i diritti di credito si affiancano ai diritti assoluti, ma questo non ha molto a che vedere con la questione della tipicità, non potendosi neppure immaginare la possibilità di un diritto di credito 'atipico'¹⁸. Esattamente ventotto anni dopo, le ss. uu. proclamano la risarcibilità del danno da lesione di un interesse legittimo sulla scorta di una fragorosa riproposizione dell'alternativa 'tipicità'/'atipicità' della regola di responsabilità civile la quale, attraverso l'insistito richiamo alla lettura dell'art. 2043 nei termini di una clausola generale, occupa una parte cospicua della motivazione della sentenza. Sotto questo profilo, colpisce il confronto con 'Meroni', di cui è impossibile non apprezzare la sobrietà in punto di ingiustizia. Tuttavia, la sovrabbondanza del discorso svolto dalle ss. uu. può spiegarsi come un riflesso del timore che suscita nel giudice l'imminente varco delle Colonne d'Ercole del diritto soggettivo e la estensione della tutela aquiliana ad interessi protetti in una forma diversa, appunto quella dell'interesse legittimo. Ciò non toglie che il risultato al quale pervengono le ss. uu., ancorché molto significativo sotto il profilo giuspolitico, non abbia molto (anzi,

¹⁷ Cass., ss. uu. 26 gennaio 1971, n.174, in *Foro.it.*, 1971, 342.

¹⁸ Il diritto di credito, in quanto diritto soggettivo, individua una infrastruttura del sistema e, in quanto tale, esso è sottratto all'influenza dell'autonomia privata. Al massimo, si può immaginare una atipicità delle fonti dell'obbligazione (ad es., i contratti di cui all'art. 1322, comma 2 cod. civ.) ma una volta venuto in essere, il diritto di credito è emanazione pura del potere costituito: e la stessa distinzione tra 'norma *agendi* e *facultas agendi*?', per quello che vale, è un chiaro indice della totale dipendenza del diritto soggettivo dal diritto oggettivo. In questa direzione milita anche il '*numerus clausus*' dei diritti reali i quali, come dimostra il caso dei 'minori', presenterebbero un più elevato grado di manipolabilità pattizia, con la conseguenza che l'ordinamento avoca a sé anche il controllo sui titoli costitutivi.

non abbia nulla) a che spartire con il problema della tipicità/atipicità del danno aquiliano e neppure con quello (che del primo rappresenta solo l'altra faccia) della lettura dell'ingiustizia in chiave di clausola generale.

Infatti, come nel caso dei diritti di credito, anche nel caso degli interessi legittimi, è semplicemente impossibile immaginare che la largizione della tutela risarcitoria rappresenti la causa, e non solo l'effetto, della rilevanza giuridica degli interessi (ora) protetti in sede aquiliana. In altri termini, proprio come nel caso dei diritti di credito, anche nel caso degli interessi legittimi, la rilevanza giuridica di questi ultimi è inscindibile dalla protezione che essi ricevono sotto altra forma (potere di partecipare al procedimento amministrativo, potere di impugnare l'atto della p.a. in tesi lesivo del sotteso interesse sostanziale): ciò che, appunto, vale ad escludere che la loro riconduzione entro il perimetro del risarcibile aquiliano possa intendersi, e giustificarsi, attingendo al *topos* della atipicità.

5. Arrivati a questo punto del discorso, ci si potrebbe domandare se quella della tipicità/atipicità sia una lente non solo riduttiva ma anche impropria. In realtà, a mio avviso, ci sono margini per recuperare un uso conducente della nozione di atipicità in relazione all'illecito aquiliano, purché si proceda ad una revisione delle sue condizioni di impiego. A tal fine, è d'aiuto la giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale, là dove essa propone, con riguardo alla (abbastanza fumosa, diciamo chiaramente) figura degli «*interessi della persona di rango costituzionale*», frutto della c.d. interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., l'idea che la tutela risarcitoria «costituisca la forma minima di tutela», con la conseguenza che «una tutela minima non è assoggettabile a limiti specifici poiché ciò si risolve

in rifiuto di tutela nei casi esclusi»¹⁹. Quindi, l'ordinamento giuridico conterebbe al suo interno (fondamentalmente a causa di una 'Drittwirkung' a compasso allargato) interessi giuridicamente rilevanti anche se non giuridicamente protetti: tanto rilevanti da meritare l'accesso alla tutela risarcitoria, ma privi del grado di protezione corrispondente alla loro attuazione giudiziale, ovvero privi della tutela reale.

Ora, per quanto la costruzione pretoria presti il fianco a varie, possibili critiche, essa ha il pregio di portare alla luce un dato della realtà ordinamentale spesso obnubilato, e cioè che l'atipicità non può essere predicato riferibile agli interessi giuridicamente protetti, cioè a quella tipologia di interessi di cui la legge, nelle forme sommariamente indicate al § 3, prevede l'attuazione in forma specifica²⁰. Per dirla in altro modo, in sistemi giuridici come quelli

¹⁹ Cass., ss. uu. 11 novembre 2008, n. 26972. in <https://www.altalex.com/>. Come è noto, alle spalle degli approdi della giurisprudenza di legittimità sta l'elaborazione della Corte costituzionale, a partire da Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053 s., con nota di G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*.

²⁰ La locuzione 'attuazione in forma specifica' sta ad indicare la fedeltà del mezzo giurisdizionale (dall'accertamento mero, all'accertamento costitutivo, all'accertamento che apre la strada all'esecuzione forzata, meglio noto come condanna) al canone chiovendiano dell'effettività. Quest'ultima, a sua volta può intendersi in due modi diversi, anche se strettamente collegati. In un primo senso, l'effettività, appunto, esprime, sul versante della giurisdizione, l'impegno assunto dall'ordinamento nei confronti del singolo allorché l'interesse di questi sia divenuto oggetto di una 'specifica' protezione legale; in un secondo senso, l'effettività sta ad indicare lo scarto tra la 'specificità' della protezione accordata dall'ordinamento e la 'effettiva' 'traduzione' processuale di quella 'specificità'. Il problema, come è noto, riguarda fondamentalmente la tutela di condanna, per la quale, costretta come è a misurarsi con la necessità di modificare stati di cose fisici, la forza performativa degli enunciati normativi non è sufficiente a conseguire il risultato voluto. Sul punto tornerò più avanti (§ 11), non senza avere prima rammentato come in questa seconda accezione l'effettività abbia

moderni, i quali avocano a sé non solo il monopolio della giurisdizione, ma anche quello della validità e della efficacia degli

rappresentato, tra gli anni '70 e gli anni '80, il motivo ispiratore di una intera stagione di studi che aveva nell'art. 24 Cost. il suo riferimento primario (v. AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1987). Infine, oggi, si è consolidato un ulteriore uso di effettività, patrocinato dalla giurisprudenza delle Corti europee. Sul punto v. I. PAGNI, *Tutela*, cit., 15 s.; I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir., Annali*, 10, Milano, 2017, 355 s. In una chiave di generale rilettura del canone, v. ora *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit. Un particolare interesse riveste, in questa prospettiva, il denso saggio di M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 21 s., dal quale emerge con chiarezza come: a) sulla macroscala dell'ordinamento, 'effettività' sia un significante sostanzialmente vuoto, impiegato dalle teorie generali di vario orientamento per occultare un'ovvietà, e cioè che gli ordinamenti giuridici ineffettivi sono semplicemente inesistenti; b) il discorso sull'effettività (ri)guadagni un senso allorché venga messo in connessione con il diritto soggettivo, proprio perché quest'ultimo, incarnando la sintesi di validità e tutela (giurisdizionale) è il luogo nel quale l'effettività può essere misurata, senza scadere nel melodramma della crisi di sistema (alle corte: abbiamo convissuto per decenni con un ammanco di effettività della tutela del credito, ammanco che si presentava nei panni del destino puramente risarcitorio dell'inadempimento *en general* o, quanto meno, dell'inadempimento delle obbligazioni infungibili, senza che questo mettesse a repentaglio la sopravvivenza dell'ordinamento: del resto, dovrà pure esservi una qualche differenza tra la presa del Palazzo d'Inverno e la mancata previsione dell'*astreinte*); c) nell'orizzonte della governamentalità ordoliberal (la formula è mia, non di Libertini), l'effettività restituita al diritto soggettivo prenda il nome di «rimedio» e ponga capo ad una giurisdizionalizzazione del singolo rapporto contrattuale che, di suo, obbedisce ad un disegno titanico di 'Marktmässigkeit' dell'autonomia contrattuale, da ampi settori della nostra dottrina entusiasticamente scambiato, viceversa, per la resurrezione di un diritto a prevalenza del formante giurisprudenziale. Su quest'ultimo punto mi permetto di rinviare a L. NIVARRA, *Relazione introduttiva*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, 3 s.

atti di autonomia privata, immaginare che vi siano interessi giuridicamente protetti atipici significa incorrere in un'aporìa.

Infatti, un atto valido ed efficace è, *ipso iure*, via d'accesso alla giurisdizione (anzi si tratta del medesimo fenomeno riguardato da due diverse prospettive), e alla giurisdizione si può accedere solo quando si tratta di reclamare tutela per i diritti soggettivi (ovvero per le situazioni equivalenti di cui sempre al § 3), ovvero, ancora, soltanto quando la regola di diritto sostanziale sia proiettata verso la mobilitazione della forza²¹. Viceversa, la giurisprudenza in

²¹ Questo non accade sempre: è il caso marginale ma non banale delle obbligazioni naturali, ma anche quello, meno banale, dei diritti potestativi autosufficienti (art. 1456 cod. civ.: L. MONTESANO, *La tutela*, cit., 132). La 'forza' di cui si parla nel testo non è solo quella, conclamata, in opera nell'esecuzione forzata, ma anche quella, urbanizzata, che si presenta nelle vesti dell'accertamento (e, tanto più, dell'accertamento costitutivo) assistito dalla 'forza' (guarda caso) del giudicato sostanziale (quella che i tedeschi chiamano 'blosse Rechtskraft ohne Titulierung': J. MÜNCH, *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilprozessrecht*, in *Prozessrecht und materielles Recht*, hrsg. v. J. Münch, Tübingen, 2015, 242). L'urbanizzazione della forza garantita dall'accertamento consacrato spiega i toni con i quali il Maestro di Premosello parla della tutela di mero accertamento: «è questa veramente la funzione più elevata del processo civile. Esso ci si presenta qui, anziché nella figura violenta e dura di un organismo di coazione, nell'aspetto più perfezionato e più raffinato di strumento di integrazione e specializzazione della volontà espressa nella legge solo in forma generale ed astratta; di facilitazione della vita sociale mediante la eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici» (G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 5 s. e ora in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, 21). Nel caso del possesso, l'accesso alla giurisdizione si riannoda all'esigenza di preservare, e riaffermare, il monopolio statale della forza (che qui, tra l'altro, si presenta nella sua forma più cruenta, ossia quella dell'esecuzione coattiva, allorché lo spogliante non ottemperi all'ordine di reintegra). L'idea tralaticia che il possesso sia uno stato di fatto (idea che, di per sé, non significa niente perché tutto quello che non è oggetto della performance giuridica, è fatto, cioè un segmento di realtà non attratto nell'orbita della realtà 'parallela' del diritto: ma,

appunto, non è questo il caso del possesso) nella sua trivialità coglie un punto di vero: e cioè che la tutela giurisdizionale viene qui largita indipendentemente dalla circostanza che il sistema effettui una valutazione del tipo di quella incapsulata nell'art. 1325 cod. civ. o esplicitata nell'art. 1322, comma 2 cod. civ. In altre parole, nel caso del possesso, la tutela si riannoda direttamente allo stato di cose oggetto della valutazione normativa (lo spoglio violento o clandestino: art. 1168 cod. civ.; le turbative e le molestie: art. 1170 cod. civ.): ciò che consente di distinguere il possesso nell'ordine da 1) i fatti dei quali l'ordinamento scruta la pretesa di valere come regole (le transazioni individuali) suggellati, là dove risultino idonei al *test* di ingresso nella realtà 'parallela', dal crisma della validità; 2) i fatti che, pur non avendo alcuna pretesa regolatoria, l'ordinamento egualmente converte in diritti soggettivi poi azionabili in giudizio *ex art.* 2907 cod. civ. (ad es. i modi di acquisto della proprietà a titolo originario); 3) i fatti che l'ordinamento assume come pure cause di attribuzioni patrimoniali irrettrabili (le '*dationes*' socialmente o moralmente assistite dell'art. 2034 cod. civ.). Il possesso si distingue da 1) e 2) perché la protezione del corrispondente interesse non si traduce nell'attribuzione di un'utilità di cui è indice solo il riconoscimento di un diritto soggettivo; si distingue da 3) perché, comunque, la protezione dell'interesse ha luogo nella forma dell'azione. A proposito di 3), cioè dell'obbligazione naturale, l'idea, di matrice brinziana e di chiara ascendenza romana, ancora di recente riproposta nel quadro di un'ampia trattazione del tema (R. FERCIA, *Obbligazioni naturali*, in *Tratt. delle obbligazioni*, diretto da M. Talamanca e L. Garofalo, Padova, 2010, 174 s.) secondo cui il 'debito' godrebbe di una propria autonoma vita, distinta dalla 'responsabilità', appare irricevibile ove solo si consideri che l'accesso alla tutela giurisdizionale (ciò che viene detta, in modo a mio avviso non del tutto proprio, 'coercibilità') è inseparabile dalla assegnazione di un'utilità in via esclusiva a taluno nella forma del diritto soggettivo. Nel caso delle obbligazioni naturali questo, pacificamente, non accade, perché il creditore 'naturale' non è titolare di un diritto soggettivo e, quindi, non è abilitato ad interpellare il giudice. Questo non significa affatto che l'obbligazione naturale sia un fenomeno extragiuridico, altrimenti resterebbe davvero senza risposta la '*soluti retentio*': significa che la sua giuridicità si manifesta secondo un codice estraneo al binomio validità – tutela (L. NIVARRA, *La tutela*, cit., 6-7).

materia di danno non patrimoniale, attraverso il lungo e tormentato lavoro prima sul danno biologico, poi sul danno esistenziale, ha portato alla luce una quarta tipologia di interessi alla quale accede la sola tutela risarcitoria, che qui si presenta in purezza e non nelle equivoche vesti di ancella della tutela reale²².

²² Come si è visto, la formula della «minima tutela risarcitoria» viene impiegata dalle ss. uu. con riguardo ai c.d. ‘interessi della persona costituzionalmente protetti’ i quali, sempre secondo l’avviso della Cassazione riunita, rappresenterebbero l’evoluzione/sistemazione del danno esistenziale (secondo l’insegnamento impartito da Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in <https://www.altalex.com>. L’operazione consente al giudice di legittimità di ricompattare la figura del danno non patrimoniale (il quale aveva condotto a lungo vita da separato in casa, distribuito come era tra l’art. 2043 cod. civ. – il danno biologico, prima, e il danno esistenziale, poi – e l’art. 2059 cod. civ. - il danno morale soggettivo -); e, per altro verso, di proporre una lettura binaria della responsabilità civile, articolata nei due sottosistemi del danno patrimoniale, retto da una regola di atipicità (art. 2043 cod. civ.) e del danno non patrimoniale, retto da una regola di tipicità (art. 2059 cod. civ.). Ci sarebbe molto, se non da obiettare, quanto meno da discutere sulla ‘tipicità’ degli interessi presidiati dall’art. 2059, una volta spalancata la strada all’interpretazione costituzionalmente orientata di quest’ultimo. Mi limito solo ad osservare che questa linea di ragionamento rivela la costitutiva ambiguità del binomio ‘tipico/atipico’, una volta utilizzato per distinguere ciò che ‘naturaliter’ avrebbe avuto accesso alla tutela aquiliana da ciò che ne era escluso (diritti reali vs. diritti di credito), ora utilizzato per designare ciò che al risarcimento avrebbe accesso sempre naturaliter (art. 2059) da ciò che al risarcimento avrebbe accesso per via di bilanciamento (art. 2043). Quanto al ‘naturaliter’ (sinonimo di ‘tipico’, in questo idioletto un po’ confuso), muta solo il modo di intendere la ‘natura’: ieri la dogmatica (erede e depositaria del ‘Vernunftrecht’), oggi la Costituzione (che, in effetti, incarna l’eterno ritorno del diritto naturale, nelle spoglie consentite dai protocolli del diritto moderno, integralmente positivizzato): sebbene debba osservarsi che, mentre la ragione dogmatica provvedeva a ‘chiudere’ il sottosistema della responsabilità, la ragione costituzionale ha operato nella direzione esattamente opposta, come, appunto, la vicenda giurisprudenziale dell’art. 2059 si incarica di mostrare, con buona pace della attendibilità della *summa divisio* patrocinata dalle ss. uu. Venendo, poi,

In altri termini, si può dire che la dottrina della «minima tutela risarcitoria», formatasi a ridosso dei c.d. «interessi della persona costituzionalmente protetti» ha portato alla luce, attraverso un uso largo dell'argomento costituzionale, una quarta (rispetto alle tre già menzionate al § 3) tipologia di interessi, caratterizzati dalla occorrenza del solo rimedio aquiliano²³. Questi interessi che chiamerò 'interessi giuridicamente rilevanti' per distinguerli da quelli affidati alle cure (anche) della tutela reale, ai quali, viceversa, darò il nome di 'interessi giuridicamente protetti'²⁴, rivestono, a mio avviso, un importante significato sul piano di un corretto inquadramento della tutela risarcitoria per rapporto, appunto, alla tutela reale: ed è su questo punto che vorrei ora soffermare l'attenzione.

6. Come ho già ricordato, gli 'interessi giuridicamente protetti', oltre che della tutela reale, godono anche della tutela

all'art. 2043, il quale, a differenza dell'art. 2059, tollerebbe una lettura dell'«ingiustizia» capace di includere nel novero del risarcibile anche ipotesi non espressamente previste dalla legge, escluso, per le ragioni indicate in precedenza nel testo, che tali ipotesi possano identificarsi con il possesso o con l'interesse legittimo, è verosimile supporre che la giurisprudenza di legittimità alluda a quelle strane figure di torto aquiliano (il danno meramente patrimoniale, il danno da perdita di *chance*, il danno da omessa o scorretta informazione ecc.) le quali o sono del tutto eccentriche al sistema, oppure andrebbero meglio ricondotte entro l'alveo della responsabilità *ex contractu*. Al riguardo v., compendiosamente, C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 299 s.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 521 s.

²³ Forse sarebbe più corrispondente al vero dire che questa dottrina, e la giurisprudenza sulla scorta della quale essa è stata elaborata, ha 'istituito' la classe degli «interessi della persona costituzionalmente protetti».

²⁴ Si tratta, all'evidenza, di convenzioni verbali che, però, designano posture regolatorie effettivamente differenti.

risarcitoria. La coesistenza delle due forme di tutela ha rappresentato, storicamente, una prerogativa dei diritti assoluti: e ciò spiega la ragione per la quale, a lungo, si è potuto ritenere che la norma di cui all'art. 2043 cod. civ. fosse una norma di carattere secondario²⁵. In prosieguo di tempo, il campo di applicazione dell'art. 2043. si è andato allargando fino ad includere nell'area del 'rilevante' aquiliano, gli interessi legittimi. Tuttavia, come pure chiarisce Cass. n. 500/1999, gli interessi legittimi, per quanto si distinguano dai diritti soggettivi, condividono con questi ultimi l'eccedenza della tutela dalla dimensione puramente risarcitoria²⁶. In altri termini, la parabola tenuta a battesimo da 'Meroni' si è sviluppata per linee orizzontali, tutte interne alla classe degli 'interessi giuridicamente protetti': e ciò, naturalmente, ha contribuito a preservare il convincimento secondo cui il rimedio risarcitorio si iscriverebbe anch'esso entro l'orizzonte della tutela dei diritti (e delle figure a questi equiparate sotto la specie dell'accessibilità alla giurisdizione).

L'idea che 'reale' e 'risarcitorio' siano modalità complementari di attuazione del disegno ordinamentale delle tutele si alimenta di una pluralità di motivi, il primo dei quali è rintracciabile nel nesso genealogico che lega l'illecito civile alla

²⁵ Ciò deve essere inteso nel senso che la locuzione «danno ingiusto» veniva descritta nei termini di un enunciato linguistico semanticamente debolissimo (esso significava ciò che era già detto da altri enunciati normativi), chiamato ad esplicitare una funzione di mero richiamo all'interno di un sottocodice linguistico (quello della responsabilità civile) a cui, però, il segno in questione non aggiungeva nulla di nuovo.

²⁶ Cass. ss. uu., 22 luglio 1999, n.500, in *Foro.it.*, 1999, II, 569: «..l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo...), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria...).».

lesione del ‘*dominium*’²⁷. Sul piano più strettamente tecnico, un importante precedente può ravvisarsi nella tesi di Chiovenda secondo la quale il diritto di proprietà, una volta violato, si presenterebbe all’appuntamento con il processo vestendo i panni del diritto personale: ora alla restituzione, allorché si agisca in rivendica, ora al risarcimento, allorché si agisca ‘*ex lege Aquilia*’²⁸.

Come vedremo più avanti²⁹, anche nel primo caso (restituzione reclamata dallo spogliante) questa tesi è passibile di critica. Tuttavia, è innegabile che essa catturi, pur non filtrandolo specularmente, un dato di realtà: la tutela di condanna, infatti, si riannoda sempre ad una crisi di cooperazione³⁰ e quest’ultima, a sua volta, mette necessariamente capo alla trasformazione dello ‘*jeder*’ nel convenuto, il quale non può che avere un nome e un cognome.

In altri termini, tanto lo spoglio quanto il danno implicano che qualcuno sia uscito dal gruppo degli ‘*omnes*’ e abbia conseguito una identità precisa: ciò accade perché la cooperazione messa in crisi da evenienze di questo tipo è puramente e semplicemente l’ordine sociale, ovvero il nulla, se passato ad un vaglio appena appena affilato. Lo stesso nulla che affligge formule tipo ‘*ius erga omnes*’ o ‘*alterum non laedere*’, le quali, nonostante i molti sforzi di molte menti finissime, continuano a non significare nulla o a

²⁷ Tutti e quattro i *delicta* menzionati nel manuale giano (Gai III. 182: furto, rapina, danno e *iniuria*) presuppongono la lesione di un diritto assoluto.

²⁸ V. nt. 10.

²⁹ V. § 8.

³⁰ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 43 s. Incomprensibile, almeno per me, la posizione di chi, come A. ATTARDI, *L’interesse*, cit., 98, trae dalla circostanza che il proprietario debba passare attraverso le forche caudine dell’esecuzione per consegna o per rilascio argomento per negare che il diritto fatto valere in rivendica sia quello di proprietà.

significare quel che chi se ne avvale vuole che significhino: ciò che, in definitiva, è la stessa cosa che non significare nulla. Il diritto privato moderno presuppone l'ordine sociale (si tratta del nucleo irriducibilmente hobbesiano della modernità), la costruzione e la conservazione del quale è competenza esclusiva del diritto pubblico, sotto la specie del diritto penale. I divieti istituiti da quest'ultimo sono davvero 'erga omnes' perché il loro ambito di applicazione coincide senza residui con l'esercizio della sovranità, mentre quello corrispondente al diritto privato è uno spazio nel quale la sovranità si esercita su fatti creativi di relazioni sociali, in primo luogo le transazioni della c.d. autonomia privata. In altre parole, lo spazio 'penalistico' è uno spazio rarefatto, popolato da una socialità per la quale l'essere ridotta ad oggetto della valutazione sovrana è senza alternativa e senza riscatto; mentre lo spazio 'privatistico' è uno spazio denso, abitato da una socialità per la quale l'assoggettamento al potere pubblico ne significa anche il riconoscimento da parte di quest'ultimo, in termini di validità (dei negozi) e di giustiziabilità (dei diritti).

Si spiega così perché l'illecito civile, in tutte le sue epifanie, sia contatto sociale che, per quanto traumatico, l'ordinamento converte in obbligazione, sulla falsariga del *modus operandi* delle transazioni individuali (in questo, sia pure muovendo da prospettive diversissime, colgono nel giusto sia Chiovenda, sia Calabresi e Melamed). Ed è per questa stessa ragione che soggettività indeterminate, nel diritto privato, non hanno cittadinanza o hanno una cittadinanza così effimera da risultare, alla fine, impalpabile. L'obbligazione restitutoria (su cui, però, tornerò più avanti) e l'obbligazione risarcitoria non sono per nulla le conseguenze della violazione di un ipotetico dovere gravante *super omnibus*, quanto, piuttosto, gli effetti di una fattispecie (ciò che, nel caso dell'illecito aquiliano è asseverato *per tabulas* dalla formulazione dell'art. 1173 cod. civ.). Del resto, questi stessi

concetti si possono formulare dicendo che mentre l'inosservanza della norma penale si traduce immediatamente in soggezione (alla potestà punitiva dello Stato), l'inosservanza della norma civile implica sempre un venire a contatto di sfere giuridiche determinate: e qui l'ingresso in scena della potestà coercitiva è sempre asservito ad un'esigenza di riproduzione dello stato di cose interferito³¹.

Molti dei fenomeni ai quali assistiamo ('soft law', 'lex mercatoria', peso crescente della giurisprudenza arbitrale), possono essere reinterpretati proprio nella chiave di un superamento del paradigma hobbesiano per il quale, come si è detto, il diritto privato

³¹ Certo, anche l'omicidio può consumarsi solo se due corpi si avvicinano; o, per scegliere un esempio meno cruento, anche il peculato può consumarsi solo se un corpo (oggi, anche le sue protuberanze digitali) si avvicina ad un patrimonio. Tuttavia, sulla scena del reato e della punizione si muovono sempre corpi, mentre sulla scena dell'illecito civile e del(la) reintegra/risarcimento si muovono sfere giuridiche. Può sembrare solo un gioco di parole, mentre, invece, il punto è che mentre il diritto penale (umanizzato, civilizzato, beccarizzato: tutti guadagni autentici, sia chiaro) è il luogo beluino della *conservazione* della possibilità stessa di un ordine sociale, il diritto civile è il luogo della *riproduzione* dell'ordine sociale di secondo grado reso possibile dalla neutralizzazione (sempre parziale e imperfetta) dei corpi e della loro obbedienza al desiderio di possedere corpi e cose altrui. L'enigma del 'danno non patrimoniale' e della sua risarcibilità nasce proprio dalla enorme difficoltà di conciliare l'essenza criminale dell'intrusione patita dal danneggiato, sempre diretta verso il suo corpo (non solo fisico, ma anche ideale: onore, reputazione, privacy, stabilità psichica) e la pretesa di trattarla come una perdita, ossia come un *vulnus* recato non a un corpo ma ad un patrimonio separato dal corpo secondo la logica proprio del diritto civile. Si tratta di una pretesa esigente, non facilmente governabile secondo schemi binari troppo rigidi, e, tuttavia, qualche margine di mediazione per una 'civilizzazione' del 'danno non patrimoniale' esiste (il punto andrebbe approfondito ma qui mi limito a rinviare a L. NIVARRA, *La tutela*, cit., 69 s.): resta il fatto, ben noto a tutti, che l'art. 2059 cod. civ. ha rappresentato il classico 'cavallo di Troia', grazie al quale è stato possibile evocare l'idea della polifunzionalità della responsabilità civile e, da ultimo, invocarlo quale patrono del 'danno punitivo'.

presuppone istituito l'ordine sociale, nel senso che oggi il diritto privato (o, meglio, il diritto dei privati) partecipa attivamente alla costruzione (che, a differenza che nella protomodernità, è sempre 'in itinere') di quell'ordine. Ciò vuol dire che l'autonomia privata (nome di battesimo aulico e familiare ai giuristi per alludere ai grandi attori dell'economia e della finanza mondiali) semplicemente non ha più bisogno della mediazione statale e, quindi, semplicemente stabilisce a quali regole e a quali giudici affidare non la decisione ma la soluzione della controversia³². Il 'mercato' ipercapitalistico, come la *civitas* arcaica, si insedia nel cuore della produzione dell'ordine, di talché tra ordine del mercato (nel senso di ordine creato dal mercato) e ordine sociale vi è una ormai perfetta corrispondenza (così come vi era una perfetta corrispondenza tra ordine delle 'gentes' e ordine della città): e la 'statualità', intesa come controllo eteronomo del potere economico, sempre più mostruosamente agglutinato, prende le forme di una regolamentazione molecolare della concorrenza (il diritto *antitrust* in senso lato, comprensivo della legislazione consumeristica), finalizzato, almeno in apparenza, a promuovere l'efficienza del mercato ma, in realtà, molto più preoccupato di arbitrare il conflitto tra i grandi potentati economico-finanziari (esattamente come il *rex*, attraverso le '*legis actiones*' e, in particolare,

³² Per riprendere la distinzione che G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 1 proponeva tra 'decidere' e 'dirimere' (dal Maestro formulata con riguardo al binomio processo romano – processo germanico confrontati in epoca altomedievale) si può dire che mentre il processo moderno – emanazione diretta della statualità – è funzione della decisione, il processo romano (arcaico, ma questo tratto si conserva, per quanto attenuato, nel tempo) – emanazione di un 'pubblico' dai contorni molto meno definiti – è molto più proiettato verso la composizione della lite. Più in generale, per alcune considerazioni sull'appassimento del processo (che è quanto dire del diritto statale) v., da ultimo A. ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 53 s.

la ‘*legis actio sacramenti*’ e la ‘*legis actio per manus iniectioem*’, disciplinava il conflitto tra le ‘*gentes*’).

7. Detto questo, e riconosciuto il nucleo di verità sistemica immanente alla tesi di Chiovenda, va subito aggiunto che nel caso del risarcimento del danno, essa mette capo ad una forzatura vistosissima perché la pretesa risarcitoria non intrattiene alcun rapporto con il nucleo dei poteri di cui il proprietario si può avvalere in quanto titolare del diritto. In altre parole, mentre il (presunto) obbligo restitutorio gravante su chi ha effettuato lo spoglio è simmetrico all’esigenza di ripristinare le condizioni fattuali di esercizio delle prerogative proprietarie, è sostanzialmente impossibile riannodare a queste ultime (ad un *vulnus* loro inferto) l’obbligazione risarcitoria. Infatti, è banale ma indubbio che il paraurti graffiato non impedirà al proprietario del motorino di continuare a circolare o anche di vendere il mezzo: certo, egli cirolerà con un veicolo meno protetto e lo alienerà ad un prezzo inferiore, ma «godere» e «disporre» sono intatti³³. La ragione di questo, a ben vedere, è piuttosto semplice: attribuire un’utilità equivale ad investire taluno di un potere, a sua volta scindibile in una gamma più o meno estesa di facoltà, tutte, comunque, riconducibili a quella investitura. Si tratta, quindi, di un’operazione interna al sistema giuridico e, quindi, non reversibile se non sulla base di regole istituite da quest’ultimo. Ciò spiega perché lo spoglio non priva il proprietario del diritto ma soltanto dell’utilità che di quel diritto rappresenta il punto di contatto con l’altro da sé, la sporgenza rispetto a ciò che non è formalizzabile,

³³ Per puro scrupolo osservo che, allorché l’interferenza metta capo alla distruzione della cosa, si riespande, senza mediazioni, la logica della tutela reale, sia pure per equivalente, secondo quanto limpidamente previsto dall’art.948 cod.civ. dove la misura risarcitoria si aggiunge, appunto, a quella reale.

ma soltanto assoggettabile al dominio dell'astratto³⁴. Discorso del tutto diverso vale per il danno il quale rappresenta una forma di

³⁴ Nella dottrina tedesca, questo punto è ben presente: v., ad es., E. BUCHER, *Das subiektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, 1965, 106 - 107. Va detto, però, che i tedeschi continuano a pensare all'ombra di Windscheid e del suo onnipresente 'Anspruch' (v., al riguardo, A. MOTTO, *Poteri*, cit., 420) sicché poi, attraverso la scomposizione del diritto reale in pretese (e correlativi obblighi) finiscono per ricondurre l'illiceità – ossia, la violazione di un diritto soggettivo - alla violazione di un obbligo (sicché l'ambito di operatività della nozione eccede i limiti del 'Sekundäranspruch' come pretesa risarcitoria in luogo dello 'Erfüllungsanspruch': v., al riguardo, M.A. GOERG, *Exécution en nature et specific performance*, Basel, 2017, 62-63). Viceversa, bisognerebbe accettare l'idea che l'accesso alla giurisdizione non è mai realmente mediato dalla inosservanza di un obbligo, ma sempre dalla inosservanza di uno stato di cose istituito dal potere sovrano. Lo spoglio è illecito non perché chi lo effettua abbia violato un obbligo ma semplicemente perché ha sottratto al *dominus* l'utilità assegnatagli dalla legge; l'inadempimento è illecito non perché il debitore non abbia ottemperato ad un obbligo ma perché ha impedito al creditore di godere dell'utilità assegnatagli dalla legge. In questo secondo caso, poiché la prestazione rappresenta la specifica modalità di arricchimento del titolare del diritto, si può essere indotti a ritenere che la reazione dell'ordinamento trovi la sua causa finale nella inosservanza dell'obbligazione. Ora, questo è vero quando la reazione sia disallineata rispetto alla prestazione, ovvero quando essa sia una vera e propria sanzione (ad es., il risarcimento del danno nel diritto romano arcaico e classico); mentre è falso quando la reazione si disponga lungo la medesima retta della prestazione, smettendo i panni della sanzione e vestendo quelli della coercizione, ossia della attuazione forzosa del diritto. P. KRÜCKMANN, *Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie*, in *Jh Jb.*, 57 (1910), 47 s., per distinguere le due ipotesi, parlava di 'Haftung für' e 'Haftung an' nel senso che una volta la responsabilità è, appunto, l'effetto della violazione di un obbligo, mentre un'altra volta la responsabilità è la forma che assume l'obbligo di prestare allorché il debitore non abbia adempiuto spontaneamente. È chiaro, però, che la conversione dell'obbligo in responsabilità modifica la stessa grammatica dell'obbligo di prestazione nella misura in cui, appunto, la responsabilità non segue l'obbligo (e la sua inosservanza) ma ne prende il posto rivelandone la strumentalità e la fungibilità. Quando, poi, come nel caso delle

illecito intellegibile solo se posta in relazione diretta con quella utilità, nel senso che non vi sarà illecito (nella semantica dell'art. 2043 cod. civ., là dove «danno» è abbinato a «risarcire») se non per rapporto ad una diminuzione della ricchezza complessiva accumulata dal danneggiato fino al momento in cui si verifica il sinistro.

Tutto questo si può dire anche in un altro modo: i diritti soggettivi sono strumenti finalizzati all'accrescimento della ricchezza: ciò che è immanente all'idea stessa di attribuzione di un'utilità, con la conseguenza che la tutela reale obbedisce all'esigenza di preservare una chance³⁵. Viceversa, la tutela risarcitoria preserva ricchezza accumulata, ossia quanto deriva dall'esercizio dei poteri di cui il diritto soggettivo è l'epitome: quindi, l'oggetto della protezione giuridica non può che essere diverso nei due casi e quindi, ancora, è semplicemente inimmaginabile che le due basiche epifanie della tutela traggano alimento dalla medesima *ratio*. Questo, naturalmente, non significa che i due piani non dialoghino. Come ho appena finito di dire, la ricchezza accumulata della quale può prendersi cura il risarcimento è quella che discende dall'uso del diritto soggettivo; perché, in caso contrario, l'ordinamento si disinteressa della perdita e, dunque, la

due responsabilità, l'obbligazione è puro strumento riparatorio di una perdita patrimoniale (ossia, puro effetto), l'idea stessa di anti giuridicità evapora: nel caso della responsabilità *'ex contractu'* per via della irresistibile forza attrattiva esercitata dall'art. 1218 cod. civ. sull'art. 1223 cod. civ.; nel caso della responsabilità *'ex delicto'*, per via della evoluzione del dispositivo aquiliano e del declassamento subito dalla colpa, da fondamento (soppiantata in questo dall'«ingiustizia») a criterio (*'ex multis'*) del giudizio di responsabilità.

³⁵ Intendo dire che l'attribuzione di un'utilità, ossia la riserva esclusiva del valore d'uso e del valore di scambio di un bene, è la precondizione per un incremento della ricchezza complessiva del titolare: di tale incremento, una volta effettivamente realizzatosi, la legge si prenderà cura 'a valle' attraverso la somministrazione della tutela risarcitoria.

addossa a chi la subisce. Si spiegano così formule come quella dell'art. 2043 cod. civ. («danno ingiusto») o del § 823 BGB («chiunque dolosamente o colposamente leda in dispregio del diritto (oggettivo) la vita, l'integrità fisica, la salute la libertà, la proprietà o altro diritto di cui altri sia titolare, è obbligato a risarcire il danno che da tale lesione discenda»). In altri termini, il danno (da intendersi alla stregua degli artt. 2056 e 1223 cod. civ., e cioè nel senso di perdita patrimoniale) potrà risarcirsi solo quando correlabile a un cespite presente nel patrimonio del danneggiato in ragione di un titolo giuridico³⁶.

È opportuno precisare che se il cespite in questione viene destinato al finanziamento di un'attività tipicamente rischiosa, come quella di impresa (rischiosa, qui, per chi la esercita, non per la collettività che ne subisca le ricadute negative), la soglia della protezione si abbassa o, comunque, muta registro. Ad es., non soltanto la legge non protegge il livello di profitto che l'impresa pensa di realizzare sulla base dei risultati degli esercizi precedenti, ma non protegge neppure il valore dei beni strumentali di proprietà dell'impresa che la medesima fosse costretta a svendere per fare fronte ad una crisi di liquidità indotta da un calo dei rendimenti di mercato a sua volta provocato dall'ingresso sulla scena di un competitore particolarmente abile e aggressivo. Questo fenomeno si presta ad un duplice ordine di spiegazioni. Sul piano storico, il 'downgrade' (apparente) in termini di tutela riflette il passaggio da un uso (in senso lato) del bene in cui godimento e scambio individuano segmenti autonomi e distinti, ad un uso del bene in cui il godimento è in funzione della produzione di beni destinati allo scambio (merci). In altre parole, volendo scomodare Marx, il primo

³⁶ Il danno non patrimoniale, ove se ne voglia preservare il radicamento entro lo spazio aquiliano, mima le movenze di quello patrimoniale. Sul punto rinvio ancora una volta a L. NIVARRA, *La tutela*, cit., 69 s.

tipo di uso corrisponde alla sequenza M-D-M; il secondo tipo di uso alla sequenza D-M-D. Ora, in M-D-M, domina il binomio valore d'uso – contratto (ciò non significa assenza ma sola recessività del valore di scambio); in D-M-D domina il binomio valore di scambio – concorrenza (ciò non significa assenza del valore d'uso ma sua recessività, o strumentalità rispetto alla produzione di valori di scambio). È evidente che, nei due contesti, l'«ingiustizia» (o formule equivalenti) indica sempre la medesima funzione pur essendo rappresa in un algoritmo diverso. Da qui il passaggio, apprezzabile sul piano più propriamente giuridico, ad una regola in cui la rilevabilità della perdita patrimoniale è funzione del 'modo' in cui la libertà (del virtuale danneggiante) viene esercitata e non più solo della sua riconducibilità ad un decremento inferto ad un cespite assicurato *iure* al patrimonio del virtuale danneggiato.

Infatti, la differenza che passa tra la prima e la seconda sequenza è che mentre M-D-M individua una successione di atti ciascuno dei quali è in sé compiuto, D-M-D individua un'attività la quale, al contrario, è per definizione sempre *in itinere* e, quindi, inabilitata ad attingere un equilibrio patrimoniale della cui tutela l'ordinamento possa farsi carico collegando l'obbligo risarcitorio ad una perdita di ricchezza visibile '*sub specie iuris*' attraverso il legame del cespite vulnerato con un diritto soggettivo. In altri termini, nel primo caso oggetto della tutela è la ricchezza accumulata in dipendenza dell'esercizio, appunto, di un diritto soggettivo; nel secondo caso, oggetto della tutela è la possibilità di accumulare ricchezza mediante lo svolgimento di un'attività conseguente all'esercizio di una libertà 'regolata' (art. 2598 cod.

civ.; artt. 2, 3, 33, comma 2 l. 287/1990, art.1, comma 1 d.lgs. 3/2017)³⁷.

Dunque, nei due casi esaminati sin qui, il risarcimento compensa ora la perdita di ricchezza accumulata attraverso l'esercizio di un diritto soggettivo, ora il pregiudizio recato alla possibilità di arricchirsi attraverso lo svolgimento di un'attività lucrativa. Uno stato intermedio (nel senso che ora proverò a chiarire) corrisponde al risarcimento del danno susseguente alla lesione del possesso o di un interesse legittimo. In entrambe le ipotesi, siamo in presenza, come ho già osservato, di interessi giuridicamente protetti ma non in funzione dell'attribuzione di un'utilità³⁸: è lecito chiedersi, pertanto, su cosa poggi la loro ormai assodata rilevanza aquiliana: tanto più che ad esse certamente non si attaglia neppure il secondo paradigma, quello della ricchezza non accumulata ma accumulabile tramite un'attività finalizzata al profitto. Per rispondere a questo interrogativo, è necessario rammentare che la tutela risarcitoria presuppone che taluno sia stato privato di una quota del suo patrimonio, acquisita o acquisibile in dipendenza della fruizione di un titolo giuridico (diritto soggettivo o libertà regolata). Ora, se riguardati nella prospettiva delle loro possibili ricadute economiche, l'interesse legittimo e il possesso, per il modo in cui sono congegnati, lasciano

³⁷ La distinzione accennata nel testo richiama quella proposta da M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000; 444 s.; M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., 165 s., tra conflitti occasionali e conflitti modali. Va da sé che quando il capitalista distrae una quota di profitto da D-M-D per indirizzarlo verso M-D-M, il regime del torto riassumerà le fattezze usuali. Un chiaro indizio della incommensurabilità di tutela reale e di tutela risarcitoria lo si ricava dalla circostanza che le utilità attribuite all'impresa, dunque, i diritti soggettivi di cui essa sia titolare, se pregiudicate, danno luogo al dispiegamento di misure ripristinatorie (art. 2599 cod. civ.).

³⁸ § 3.

scorgere i tratti di un cespite acquisibile (o riacquisibile) al patrimonio del titolare.

Si consideri, ad es., con riferimento all'interesse legittimo, la nota distinzione tra interessi pretensivi e interessi oppositivi. Si tratti dell'una o dell'altra epifania dell'interesse legittimo, è chiaro che il suo esercizio mira o alla valorizzazione di un bene già presente nel patrimonio del singolo (inclusione di un'area di proprietà di quest'ultimo tra quelle edificabili) o al recupero di un bene illegittimamente sottratto dalla p.a. (annullamento della misura di esproprio)³⁹. Quanto al possesso, la risarcibilità del danno che ritrovi in quest'ultimo il suo fondamento in termini di «ingiustizia» si spiega agevolmente in relazione alla circostanza per cui, sebbene la presenza nel patrimonio del possessore di quel cespite sia, per definizione, precaria, essa potrebbe consolidarsi e convertirsi in un'attribuzione di utilità piena, ovvero nel diritto soggettivo di proprietà⁴⁰.

In conclusione. Quella del risarcimento del danno è una dimensione nella quale il diritto soggettivo (e i suoi omologhi funzionali, tutti già protetti a prescindere) degradano a segmenti di una fattispecie più ampia, all'interno della quale occupano uno spazio eminente (la perdita non è risarcibile se non è 'ingiusta') ma non più decisivo, perché ciò che decide (ossia, ciò che mette in

³⁹ La questione continua ad essere oggetto di un ampio e tormentato dibattito ora accuratamente ripercorso da A. IULIANI, *Obblighi strumentali e azione di adempimento*, Milano, 2018, 25 s. L'impatto sul 'corpus', e sulle consolidate pratiche della giurisprudenza amministrativistica, della risarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo, viene vagliato, con condivisibile cautela, da M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 301 s.

⁴⁰ Sul risarcimento del danno da lesione del possesso v. A. IULIANI, *Note in tema di tutela aquiliana del possesso*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 363 s.; C. ATTANASIO, *La tutela aquiliana del possesso: profili sistematici*, in *Foro nap.*, 2017, 3 s. (e qui ampi richiami alla giurisprudenza).

movimento il processo mentale destinato, se del caso, a culminare nel giudizio di responsabilità) è il danno e il danno è una variabile non iscritta nello statuto del diritto (e dei suoi omologhi funzionali.). Ciò a differenza dello spoglio e anche dell'inadempimento, in relazione ai quali la legge contempla forme di tutela anticipata, sommaria, urgente: basti pensare all'ultimo comma dell'art. 1168 cod. civ. («la reintegrazione deve ordinarsi dal giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione» o all'art. 700 cod. proc. civ. o al procedimento di ingiunzione (art. 633 ss. cod. proc. civ.) per i crediti pecuniari. Solo stati di cose istituiti dalla norma giuridica come emanazione diretta e immediata di se medesima tollerano accertamenti contratti o anche del tutto assenti (è quanto accade nel caso del possesso dove, come si è visto più sopra, il ricorso alla tutela giurisdizionale esula da una qualificazione del fatto in termini di validità)⁴¹. Il danno, viceversa, è pura contingenza rispetto alla quale il sistema giuridico adotta una strategia diversa, che non è quella di decretare di tutto principio la rilevanza di un interesse e, dunque, la sua tutelabilità in sede giurisdizionale, quanto, piuttosto, quella di fissare le condizioni di compensabilità della perdita, l'accertamento delle quali è demandata al processo⁴². Ecco perché quando si usa, come di regola avviene, la locuzione 'tutela giurisdizionale dei diritti' includendovi tanto la tutela reale quanto quella risarcitoria si consuma una improprietà, nel senso che solo nel primo caso il processo è davvero funzionale all'attuazione del diritto soggettivo.

⁴¹ Al riguardo si vedano le acute osservazioni di C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958 470-471.

⁴² Il carattere di contingenza assoluta propria del danno si attenua allorché, distrutta integralmente la cosa, perimento e spoglio tendono a sovrapporsi (v. nt. 33).

Ciò non toglie che di quella locuzione ci si possa continuare ad avvalere nei termini tradizionali purché, appunto, si tenga presente la diversità delle ‘*rationes*’ che, nei due casi, permeano la forma unitaria della giurisdizione.

8 Vanta una genealogia illustre (sebbene scandita da una polifonia d’accenti: Savigny, Windscheid, Chiovenda, solo per fare alcuni nomi) e una discendenza numerosa, l’idea che la violazione di un di un diritto reale (ad es., lo spoglio) metta capo ad un diritto relativo, correlato all’obbligo di restituzione (un ‘*sekundäres Recht*’, dicono i tedeschi): con la conseguenza che il diritto fatto valere in giudizio non sarebbe quello di proprietà ma il diritto di credito alla prestazione restitutoria. Per le ragioni che ora proverò ad illustrare questa idea non può essere accolta.

La prima ragione, la quale, per la verità, dovrebbe risultare da sola sufficiente, è che se le cose stessero così, la sottrazione al proprietario dell’utilità assicurategli dalla legge costituirebbe una fattispecie, ossia la fonte di un’obbligazione: sicché, là dove, ad es., volessimo trasferire sull’art. 1173 cod. civ. il paradigma della ‘conversione’ dell’assoluto in relativo, dovremmo dedurne che il «*fatto illecito*» di cui parla il legislatore non sia soltanto l’illecito aquiliano (art. 2043 e ss. cod. civ.) ma anche, appunto, fra gli altri, lo spoglio⁴³. Sarebbe facile appellarsi alla circostanza per cui,

⁴³ Sul punto v., da ultimo, A.DI MAJO, *Obbligazioni*, cit., 5. Il BGB, che risente fortemente dell’influenza di Windscheid e del paradigma dello ‘Anspruch’ (su cui v. più avanti, nel testo) al § 985 prevede espressamente che «“Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen”» («il proprietario può pretendere dal possessore la restituzione della cosa»). Si tratta di un coerente sviluppo del riconoscimento, attuato in via generale anche se in modo indiretto, della figura dello ‘Anspruch’, di cui al ben noto § 194 a mente del quale «“Das Recht von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu

almeno a mia conoscenza, non si è mai pensato di assimilare lo spoglio (che pure è un illecito) al danno extracontrattuale; così come, trascorrendo dal piano della tradizione culturale a quello dell'argomentazione giuridica propriamente intesa, ci imatteremmo in almeno due obiezioni insuperabili: l'una, ricavabile dall'ultimo comma dell'art. 948 cod. civ. («l'azione di rivendicazione non si prescrive, salvi gli effetti...»); l'altra, affidata alla considerazione che, così ragionando, tutte le rivendiche diverrebbero «rivendiche relative», ossia pseudo rivendiche, imperniate su titolo attributivo di un diritto di credito (il comodato, il deposito, la locazione) e non di un diritto di proprietà⁴⁴.

A ben vedere, però, questa tesi può essere avversata sulla base di un argomento di tipo logico-sistematico, ossia un tipo di argomento più forte o, se si preferisce, più radicale, di qualsiasi altro. Infatti, se davvero lo spoglio costituisse il presupposto della pretesa restitutoria; se davvero, esso, in altri termini, si configurasse

verlangen, unterliegt der Verjährung» («il diritto di pretendere da qualcuno un fare o un non fare è soggetto a prescrizione»). Altrettanto coerentemente la dottrina tedesca parla, con riguardo alla fattispecie contemplata dal § 985 di «*gesetzliches Schuldverhältnis*» («obbligazione di fonte legale») (M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches*, cit., 38. Un ragionamento analogo a quello sviluppato nel testo con riguardo allo spoglio potrebbe ripetersi in relazione al 'risarcimento del danno' di cui all'art. 1218 cod. civ. (che, come vedremo più avanti, è una forma di risarcimento spurio) o, anche, in relazione al risarcimento del danno genuino di cui all'art. 1223 cod. civ. Anche in questi casi, che il fatto generatore dell'obbligo risarcitorio (l'inadempimento nelle sue varie configurazioni) non figuri tra le fonti dell'obbligazione dipende dalla immanenza dell'ingiustizia alla posizione di vantaggio assicurata al creditore mediante l'attribuzione del diritto soggettivo: per dirla con D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 494 «*il danno contrattuale non produce nuove strutture giuridiche, diversamente dal concetto di danno che si fonda nell'agire extracontrattuale*». Sul punto v anche le osservazioni di T. PELLEGRINI, *Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno*, Torino, 2018, 156 s.

⁴⁴ Sulle «*rivendiche relative*» v. L. MONTESANO, *La tutela*, cit., 188 s.

alla stregua di un titolo attributivo di un diritto diverso dal diritto di proprietà, ne discenderebbe che lo spoglio medesimo si troverebbe, nello svolgersi dell'azione, ad interpretare due parti in commedia: quella del *titolo* allegato quale fondamento del diritto dedotto in giudizio; e quella del *fatto* giustificativo della richiesta del provvedimento ripristinatorio. Lo spoglio, pertanto, nella prospettiva in esame finirebbe per inerire tanto al piano della legittimazione ad agire quanto a quello dell'interesse ad agire: un esito, questo, la cui dubbia tenuta sul piano logico-sistematico, appunto, risulta con immediata evidenza⁴⁵. Viceversa, è da ritenersi, sulla base di indici chiari offerti dal diritto positivo (ancora una volta, è bene richiamare l'art. 1168 cod. civ.), che lo spoglio è considerato dall'ordinamento un *fatto*, non un *titolo*, iscritto di tutto principio nell'orizzonte della tutela giurisdizionale, nel senso che la sua rilevanza si lascia apprezzare pressoché esclusivamente sul terreno processuale, prima sotto il profilo della presa in esame della domanda e poi del suo accoglimento⁴⁶.

Certamente, l'idea della 'conversione' ha dalla sua il fatto che l'azione si indirizzi verso un soggetto determinato⁴⁷. Dedurre da ciò che a farsi valere in giudizio sia un diritto diverso da quello reale

⁴⁵ Non è certamente un caso che la sovrapposizione venga colta, e poi prontamente rimossa, da A. ATTARDI, *L'interesse*, cit., 131, nel quadro di una lettura 'depressiva' dell'interesse ad agire.

⁴⁶ Che le cose stiano così lo conferma anche l'ultimo comma dell'art. 1168 cod. civ. dal quale si può desumere che ad uno spoglio qualificato (dalla violenza o dalla clandestinità) corrisponde una tutela qualificata (dalla sommarietà). Lo spoglio, come tutti gli illeciti che si consumano a carico di un diritto soggettivo (e non di un patrimonio: sul punto v. oltre nel testo) non ha una vita esoprocessuale: e questo non soltanto nel senso che esso non esplica effetti al di fuori del processo, ma neppure nel senso che, sia pure dall'interno del giudizio, esso entri come variabile oggetto di un bilanciamento e non di un semplice accertamento.

⁴⁷ V. § 6.

leso, cioè il diritto di credito alla restituzione (lo ‘Anspruch’ di Windscheid) rimane, comunque, un grave errore teorico. All’origine di questo abbaglio si ritrova qualcosa non facile da immaginare, ossia lo strisciante primato dell’obbligazione come modalità privilegiata di costruzione dell’illecito civile. In altri termini, la somministrazione della tutela giurisdizionale avrebbe sempre come presupposto la violazione di un obbligo: ne discenderebbe, così, che la posizione creditoria godendo del vantaggio di riassumere in sé tanto il *diritto* quanto la *pretesa*, rimarrebbe sostanzialmente insensibile all’inadempimento, nel senso che quest’ultimo resterebbe confinato entro il perimetro del puro fatto (illecito). Trattandosi, viceversa, di un diritto reale, lo spoglio fungerebbe da levatrice dello ‘Anspruch’, acquisendo, dunque, nel passaggio dall’utilità goduta all’utilità rivendicata, un peso ben maggiore di quello riservato al suo omologo ‘relativo’ (intendo, l’inadempimento)⁴⁸.

È interessante notare che questo schema trova applicazione (ad es., nel canone chiovendiano) anche all’illecito extracontrattuale dove il diritto di proprietà si trasformerebbe, una

⁴⁸ È lo stesso B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856 (trad. it. *L’actio» del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*, in *Polemica intorno all’«actio»*, a cura di G. Pugliese, Firenze, 1954) a scrivere che «*la pretesa obbligatoria coincide completamente col diritto obbligatorio; mentre il diritto reale è del tutto diverso dalle pretese che ne nascono nei riguardi di chiunque si metta in contrasto con esso, il diritto obbligatorio ha nella pretesa la sua espressione del tutto esauriente*» (57-58). V. anche B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad.it., a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, I, Torino, 1925, 123. Sulla dottrina dello *Anspruch* e sull’influenza da essa esercitata nel dibattito sviluppatosi nella seconda metà dell’800 (e oltre) v. C. PELLOSO, *Il concetto*, cit., 148 s. e, con accenti giustamente critici, G. PROVERA, *Diritto e azione nell’esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 347-348. Per una felice sintesi N. DI PRISCO, *Pretesa*, in *Enc. dir.*, 25, 1986, spec. 362-364.

volta aggredito ‘*ex lege Aquilia*’, nel diritto (relativo) al risarcimento del danno. Nelle pagine precedenti ho già criticato questa idea dal punto di vista della complementarietà della tutela risarcitoria e di quella reale, cioè dal punto di vista dell’idea che restituzione e risarcimento, al netto della accidentale differenza di contenuto, si collochino sullo stesso piano⁴⁹. Ora vorrei aggiungere un’ulteriore considerazione, più a ridosso della questione di cui mi sto occupando. In effetti, il «*fatto illecito*» (quello dell’art. 2043 cod. civ.) produce un’obbligazione, l’obbligazione di risarcire il danno. Per appaiare questa obbligazione e la restituzione incombente su chi ha effettuato lo spoglio, sarebbe necessario eguagliare i presupposti dell’uno e dell’altro dei due termini: ma, a ben vedere, questi due termini sono ineguagliabili. Infatti, il presupposto del ‘restituire’ (mi astengo dall’usare la formula ‘obbligazione restitutoria’ per le ragioni che da qui a breve proverò ad illustrare) è rappresentato dal ‘sottrarre’ (che può assumere le due forme, diverse empiricamente ma non speculativamente, del ‘togliere’ e del ‘non dare’); il presupposto del ‘risarcire’ è rappresentato da una complessa fattispecie, la edificazione e la consacrazione della quale hanno luogo nel giudizio. È questa la ragione per la quale l’illecito aquiliano, a differenza dell’illecito ‘restitutorio’, figura tra le fonti dell’obbligazione: nel senso che esso, al pari delle altre fonti, e, appunto, diversamente dallo spoglio (e, ancor più, dall’inadempimento), individua non un semplice fatto, ma un titolo costitutivo di un diritto soggettivo e, quindi, attributivo di un’utilità.

In altre parole, come ho detto proprio in principio di ragionamento, nel caso del torto extracontrattuale la funzione attributiva dell’obbligazione è posta al servizio di una finalità di tipo riparatorio: ma l’obbligazione rimane, in primo luogo, una tecnica

⁴⁹ V. § 7.

(alternativa, nella forma ma non per lo scopo, al diritto reale) di radicamento di un'utilità nel patrimonio altrui, esattamente come il contratto, la promessa al pubblico, il pagamento dell'indebito ecc.

Viceversa, lo spoglio *presuppone* un diritto soggettivo riconosciuto e, quindi, un'utilità trasferita: sicché, non vi è alcun motivo (se non quello che da qui a breve indicherò) per immaginare la necessità di una nuova obbligazione che dello 'Anspruch' rappresenta l'inevitabile corollario⁵⁰. Lo stesso concetto può essere formulato nel modo che segue. L'illecito aquiliano si colloca all'inizio di un ciclo destinato a culminare nella attribuzione di un diritto soggettivo; viceversa, lo spoglio interviene quando il

⁵⁰ Come osserva G. PUGLIESE, *Introduzione*, in *Polemica*, cit., 32-13 «chiedendo l'intervento del giudice e mettendo in movimento, se occorre, il meccanismo coattivo dello Stato egli (il titolare del diritto) modifica realmente la situazione giuridica che preesisteva e si mette in grado di conseguire risultati pratici favorevoli. Ma si può dire che questo potere di agire in giudizio, qualunque sia il nome con cui si voglia qualificarlo, rappresenti un potere di esigere da altri un comportamento? La risposta negativa si impone, poiché nel processo non si chiede e, comunque, non si ottiene il comportamento dovuto dal convenuto, ma, nella migliore delle ipotesi, un risultato eguale a quello che avrebbe avuto tale comportamento-risultato che sogliamo indicare con il nome di sanzione». Difficile rendere meglio (salvo che per l'innocuo riferimento alla «*sanzione*», rivelatore della difficoltà, comprensibile anche in un romanista permeato dalle suggestioni del 'moderno' quale è Pugliese, a intendere che nel diritto statuale la prima epifania della 'sanzione' è la validità) l'idea della assoluta ridondanza teorica dello 'Anspruch', al quale uno dei grandi traghettatori dal *römisches al heutiges Recht*, affida il compito di costruire un ponte tra 'sostanziale' e 'processuale': e questo in ragione di un gioco di specchi a causa del quale i 'moderni' proiettano sugli 'antichi' un problema che, sia pure per ragioni opposte, né gli 'antichi' (per i quali, a lungo, l'autonomia privata è un'insorgenza sociale che va arbitrata ma non regolata, se non occasionalmente e marginalmente), né i 'moderni' (per i quali l'autonomia privata, al di là delle declamazioni di principio, è il corpo vivo su cui si esercita, riducendola a se stessa, l'incontenibile pulsione regolatoria del potere sovrano) avrebbero avuto motivo di porsi.

diritto soggettivo è già stato riconosciuto al singolo in uno dei tanti modi previsti dall'art. 922 cod. civ. Ora, come è evidente, il paradigma della 'conversione' di assoluto in relativo potrà trovare applicazione in entrambi i casi soltanto alla condizione che torto extracontrattuale e sottrazione dell'utilità (ovvero, la 'Rechtsobjektverletzung') siano integralmente parificati. Assunto, quest'ultimo, smentito dalla circostanza che la 'pretesa' risarcitoria e quella 'restitutoria' hanno un contenuto del tutto diverso e che tale radicale diversità non è affatto accidentale (come si ritiene allorché ci si mantenga fedeli all'idea che la tutela risarcitoria orbiti, 'naturaliter', nell'area del diritto soggettivo e, in specie, del diritto di proprietà) ma è immediato riflesso della circostanza per cui il risarcimento si coordina al pregiudizio recato ad un patrimonio, mentre la restituzione si coordina alla lesione di un diritto soggettivo. Soltanto nel primo caso, l'ordinamento può sensatamente attribuire al danneggiato un diritto soggettivo e, quindi, un'utilità, sia pure in una chiave di compensazione della perdita patita, perché l'illecito aquiliano non è in rapporto di continuità con un diritto soggettivo.

Infatti, quest'ultimo, quando si tratti di costruire il giudizio di responsabilità, appare nella sola veste dell'«interesse giuridicamente protetto», così come il possesso o l'interesse legittimo, tutte autonome situazioni di vantaggio qui, però, declassate a semplici misure dell'ingiustizia e a garanti della conseguente rilevanza ordinamentale del danno⁵¹. E, del resto, non è un caso che, là dove si consumi un'aggressione al diritto soggettivo in quanto tale (spoglio, turbativa, 'de facto o de iure', minaccia, inadempimento, depauperamento o mancato arricchimento del patrimonio del debitore), la reazione predisposta dalla legge sia sempre diversa (azione di rivendicazione, azione negatoria, azione confessoria,

⁵¹ V. § 7.

azione di adempimento, azione revocatoria, azione surrogatoria), cioè tarata sullo *specifico* tipo di pregiudizio selezionato dal sistema; mentre là dove si tratti di riparare un danno, la risposta sia sempre eguale (l'obbligazione risarcitoria). Una cosa, invero, è la negazione di un 'concreto' aperto ad una sequenza di virtualità (riassunte, secondo la inevitabilmente povera nomenclatura, del diritto, nel «godere» e nel «disporre»); altra cosa, viceversa, è la distruzione di un 'astratto' ormai ossificato in una posta dell'ideale bilancio delle economie individuali che di quel concreto virtuale è la traduzione patrimoniale. Solo a queste condizioni, osservo *'per incidens'*, si può giustificare l'uso del binomio 'tutela specifica' – 'tutela generica' come sinonimo di 'tutela in natura' e 'tutela per equivalente': alle condizioni, cioè, per cui 'specifico' e 'generico', 'in natura' e 'per equivalente' individuano il diverso oggetto, la diversa modalità e il diverso scopo della tutela, non certo un diverso grado di effettività perché, sotto questo profilo, ovvero sotto il profilo della continuità e della coerenza esibite dal rimedio rispetto al pregiudizio subito, la tutela è sempre specifica⁵².

⁵² Nello stesso senso v. U. MATTEI, *I rimedi*, cit., 109. Sotto questo profilo l'assunto ancora oggi coltivato dalla giurisprudenza in ordine alla (presunta) superiorità della tutela reale sulla tutela risarcitoria (v., al riguardo, G. LIOTTA, *Tutela reale e interessi superindividuali*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 253 s.) appare alquanto discutibile là dove, pur proclamando, in nome dell'effettività, la ontologica primazia della tutela reale, ripropone surrettiziamente l'idea della omogeneità delle due forme di tutela. Per le ragioni che ho provato ad indicare nel testo, 'reale' e 'risarcitorio' non sono comparabili: tuttavia, alla retorica della superiorità di un residuo di sensatezza può ancora farsi credito tutte le volte in cui, l'accesso alla tutela reale è inibito o sulla base di opzioni di tipo ideologico o sulla base di opzioni di tipo politico. Nel primo caso, il 'sillogismo dialettico' (il 'perlopiù' dei 'Topici') è stato sufficiente - si fa per dire - a smantellare il costruito ricevuto: si pensi alla travagliata parabola della tutela reale del credito; nel secondo caso, la questione passa, per competenza, nelle mani delle Corti superiori.

9. In realtà, l'idea della 'conversione' è molto più interessante come reperto culturale che non come costruito dogmatico. A ben vedere, infatti, la mediazione offerta dallo *Anspruch* è il frutto di una sintesi (ovviamente impossibile sul piano delle architetture concettuali) tra il codice genealogico posto a fondamento del 'heutiges Recht', e lo 'heutiges Recht' per quello che esso è nella sua più intima sostanza⁵³. Il paradosso (tale, a dire il vero, solo per chi guardi al concreto farsi dei processi reali con l'occhio dell'entomologo) risiede, difatti, nell'uso, per la costruzione del nuovo edificio di materiali rivenienti da un'esperienza – il 'römisches Recht' – antitetico al paradigma dello *heutiges*. Per quest'ultimo, infatti, è cruciale l'assoggettamento ad un'unica '*ratio*' (quella della legge statutale) di tutto ciò che, viceversa, nell'esperienza di base, era tenuto insieme da procedure le quali, di sicuro, presentavano un certo grado di formalizzazione (le '*legis actiones*', i '*verba concepta*') ma le quali, al contempo, incorporavano

⁵³ Sul punto v. A. SCHIAVONE, *Ius*, Torino, 2005, 21-22 (ma dello stesso A. si v. il pionieristico *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democr. e dir.* 1973, 65 s. e ora in *Storiografia e critica del diritto*, Bari, 1980, 1980, 17 s., dove nella ideologia della 'continuità' viene ravvisato il brodo di cultura di un *usus modernus pandectarum* rinnovatosi fin dentro i confini della edificazione del giuridico moderno); M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2015, 85 s. Naturalmente, dal punto di vista della odierna romanistica, il discorso cade sui costi che la sinergia di 'römisches' e 'heutiges' ha implicato in termini di presa di coscienza della integrale storicità dell'oggetto 'diritto romano'. Tuttavia, senza nulla voler concedere ad un atteggiamento che sarebbe parimenti antistorico, è indubbio che le manipolazioni imposte al primo per rendere possibile la progressiva messa in forma del secondo abbiano lasciato un deposito di «equivoci e concettualismi» (per riprendere S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 1029 s.) dal quale il secondo ha faticato, e tuttavia ancora fatica, a liberarsi.

l'idea di un ordine plurale in cui l'unità del sistema sociale (ancora prima che giuridico) era il punto di arrivo, frutto di aggiustamenti continui, e non il punto di partenza di una serie di operazioni (negozi giuridici, sentenze) costantemente riprodottrici della matrice originaria.

Ora, un terreno sul quale la distanza tra i due modelli si manifesta con particolare nettezza è proprio quello del rapporto tra diritto sostanziale e processo, e questo per la ragione che proverò ad indicare. I Romani, come ho già detto, erano animati da un'idea mobile della giuridicità, nel senso che quest'ultima si manifestava in una pluralità di forme: basti pensare che ancora nelle Istituzioni, e, dunque, in una fase molto avanzata di 'statualizzazione' dei processi normativi, Giustiniano attribuisce al '*ius gentium*' la paternità della compravendita, della locazione, del mandato, della società, del deposito, del mutuo e di '*alii innumerabiles*'; e che lo stesso «*ius nostrum*» viene presentato attraverso l'indicazione di un elenco che, piuttosto che di fonti nel senso moderno della parola, appare costituito, sempre per usare una terminologia di nuovo conio, da formanti i quali agiscono secondo schemi non riducibili all'idea di un primato istituito *ex ante*, consegnato ad una regola di 'collisione' predefinita⁵⁴. Inoltre, l'essere la mentalità giuridica romana (il 'Denken'), 'aktionenrechtliches orientiert', secondo me, si spiega con la circostanza che i Romani fossero inclini a pensare l'effrazione di un accordo, o anche l'effrazione del '*meus*', come l'effrazione di un ordine che è racchiuso, ma non è esaurito, dall'accordo (o dal '*meum*'), e che quindi essa dovesse ripararsi attraverso la mediazione di un'autorità la quale, solo per il fatto di essere un'autorità, si

⁵⁴ V.M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches*, cit., 20 s.

faceva garante del ripristino di quell'ordine⁵⁵. Il ricorso al *rex*, prima, e al *praetor*, poi, sotto questo profilo, è molto più una

⁵⁵ Naturalmente, questo non significa affatto che i Romani ignorassero la differenza che passa tra 'diritto' e 'morale'. Però, già a metterla in questi termini, il rischio di equivoco è molto alto, un po' come nel caso della problematizzazione, moderna del rapporto tra diritto sostanziale e processo. Perché tutto dipende dal luogo a partire dal quale una mentalità (un 'Denken') si sviluppa. Per i Romani, il punto di partenza non è il diritto e, verosimilmente, non è neppure la morale: si tratta, piuttosto, di un magma di credenze condivise attorno al quale si costruisce la '*civitas*'. Via via, in funzione del grado crescente di complicazione dei rapporti sociali e della parimenti crescente consapevolezza patrizia di conservare un ordine vantaggioso per chi detiene segmenti consistenti della ricchezza sociale, si impone la necessità di arbitrare conflitti acquisitivi, in relazione ai quali l'alternativa che si propone è quella tra l'*'unicuique suum tribuere'* e la dissoluzione di quell'ordine (un disastro per i '*beati possidentes*' ma anche per i non '*possidentes*'). Da qui, appunto, il prendere forma di una tecnica di controllo sociale incentrata sulla (anche se non esaurita dalla) possibilità di affidare ad un giudice la decisione relativa alla sorte di un bene: e sulla correlativa possibilità di ottenere, secondo modi mutevoli nel corso del tempo, che la forza (in origine privata, successivamente pubblica) venga impiegata affinché quella decisione trovi pratica attuazione. Sarebbe, però, molto riduttivo, e ancora una volta frutto di una grave manipolazione dell'oggetto storico, immaginare l'autonomia del 'giuridico' romano nei termini di netta separazione dalla sfera della morale perché, viceversa, l'autonomia del 'giuridico' declinata secondo il registro della 'Isolierung' è una prerogativa della modernità. Basti pensare ai due più accreditati modelli separatisti: quello sviluppato in orizzontale da Kant e quello sviluppato in verticale da Hegel, i quali entrambi assegnano al diritto e alla morale posizioni nettamente distinte sia pure nell'ambito di uno spazio epistemologico comune, la ragion pratica, in un caso, l'eticità nell'altro. In altre parole, mentre l'autonomia 'romana' non sfocia mai in una '*summa divisio*' proprio perché diritto e morale si alimentano ad una medesima fonte (i '*mores*', vincolanti per tutti gli attori che si muovono sulla scena politica e sociale), l'autonomia 'moderna' è l'emblema stesso della 'Isolierung' e della conseguente 'Trennung'. E quando, nel '900, le Costituzioni lunghe riscopriranno, sotto forma di valori, i principi del diritto naturale, a parte la distanza che separa il '*Vernunftrecht*' da una prassi sociale in cui essere e

domanda di giustizia intesa a ribadire la perdurante vigenza di una serie di valori (la rispettabilità della *gens*, l'integrità della *civitas*)⁵⁶ che

dover essere sono intrecciati sino ai limiti della indistinguibilità, in ogni caso il fenomeno a cui si assiste è quello di un'appropriazione del principio morale da parte del diritto e della sua positivizzazione (quindi, in realtà, l'un termine riduce a se stesso l'altro, cannibalizzandolo). Per un primo approfondimento delle questioni alle quali qui è stato possibile solo accennare v. G. FALCONE, *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino 2017. Secondo T. GIARO, *Privatrecht als Technik der Gerechtigkeit*, in *Konzeptionen der Gerechtigkeit* (Hrsgg. H.Münkler, M.Llanque) (Baden – Baden, 1999), 69 s. ciò che specificamente caratterizzerebbe il diritto romano sarebbe «il suo modo di produzione come tecnica giurisprudenziale della giustizia» sicché, prosegue l'A., «i giuristi non si chiedevano “che cosa è la giustizia?” quanto, piuttosto, “come posso fare per ottenere un diritto più giusto?». Da questo modo di procedere trarrebbero origini tutte le sottili differenze di ordine dogmatico introdotte progressivamente dalla giurisprudenza romana: proprietà/possesso, azioni personale e azioni reali, obbligazione e atto di disposizione ecc.(76).

⁵⁶ Come scrive E.BETTI, *L'obbligazione*, cit., 28 «Ma dobbiamo pensare che lo stato moderno...è il grande Leviathan che tende ad accentrare in sé tutta la potenza materiale della società e a provvedere in conseguenza, come a suo compito esclusivo, all'attuazione delle norme giuridiche ch'esso pone. La antica *civitas* di Roma, per contro – stato di città venuto su dalle preesistenti autonomie delle genti e delle famiglie – presuppone e riconosce, in misura tanto più larga quanto più si risale verso le origini, l'autonomia dei privati *patres familias*. essa non rivolge le forze proprie se non alla conservazione e all'incremento di quegli interessi che la concernano direttamente: quanto al resto, si tien paga di richiedere l'osservanza di certe formalità e di disciplinare l'autotutela dei privati col restringerla entro certi limiti che garantiscono la conservazione della pace sociale» (le '*quaedam imitationes violentiae*' nelle quali i '*primi rerumpublicarum fundatores ius maiorum gentium commutarunt*', come dice G.B.Vico, *De universi iuris uno principio et fine uno*', Opere giuridiche a cura di P. Cristofolini, Firenze, 1974, *Liber Unus, Caput CXXIV, Ius Quiritium Romanorum Fabula Iuris Gentium*). Sul punto v. anche le sintetiche ma illuminanti osservazioni di M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 26 s. ove si distingue tra 'Selbsthilfe' e 'Eigenmacht' ossia tra la ragion fattasi in senso stretto e la tutela

non l'affermazione di quello che oggi noi chiamiamo un diritto soggettivo⁵⁷. Con il passare del tempo, con le grandi trasformazioni imposte dall'acquisizione dello *status* di potenza egemone dell'area del Mediterraneo, per non parlare poi degli sviluppi successivi e della creazione di un impero mondiale, assistiamo alla laicizzazione (come la chiamano gli stessi romanisti) di un pensiero costretto a misurarsi con una realtà sempre più complicata e sempre meno leggibile secondo i moduli 'arcaici'; ciò non toglie che il processo romano conserverà, indelebile, almeno fino a quando non sarà trasformato in una emanazione del potere imperiale, i caratteri di una tecnica di composizione di un conflitto tra 'privati' che non sono, però, solo privati (almeno nel senso moderno della parola): la loro 'regola', infatti, partecipa di un ordine più generale alla costruzione del quale essa concorre vestendo i panni del 'valore' piuttosto che quelli della 'fattispecie'.

Certo, i Romani conoscono la differenza tra *ius publicum* e *ius privatum* (basti pensare alla celebre definizione di Ulpiano) ma, a differenza di quello che accade nel diritto moderno (da intendersi nel senso di diritto dello Stato, o, meglio, diritto posto dallo Stato), il *ius privatum* è pensato, ancora prima che in funzione del suo *oggetto* (l'insieme delle faccende che interessano i privati) e, pertanto, sotto questo profilo, come contrapposto al *ius publicum* (l'insieme delle faccende che interessano lo *statum rei Romanae*), in funzione della sua *genesì*, ovvero dei poteri dei quali i privati si avvalgono per dare

delle proprie ragioni, attuata pur sempre in via diretta dall'interessato ma ora sotto giudiziario controllo.

⁵⁷ Se l'esperienza giuridica romana conoscesse il diritto soggettivo o qualcosa di simile è questione notoriamente dibattutissima. Sul punto, per un efficace riepilogo e per una risposta (condivisibilmente) scettica rinvio a E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi sen.*, 2006, 120 s.

regola ai propri interessi, cioè, ancora, dell'autonomia privata⁵⁸. Ora, sarà anche vero che, neppure in questa prospettiva, come ricorda Kaser, gli atti di autonomia privata possono considerarsi fonti del diritto (sebbene, sommessamente osserverei che la utilizzabilità stessa della nozione di 'fonte del diritto' presuppone un ordine giuridico retto da una esplicita e programmatica 'regola di collisione'); così come è indubbio che '*ius publicum privatorum pactis derogari non potest*', nel senso che il potere pubblico è più forte del potere privato: ma, aggiungerei, anche nel senso che entrambi sono poteri. Tuttavia, a me sembra altrettanto indiscutibile che il diritto romano incarni un modo di essere della relazione tra 'pubblico' e 'privato' molto diverso da quello proposto dal diritto moderno, dove il 'pubblico' riduce il 'privato' ad un oggetto inquadrabile tra i fatti che alimentano la dinamica giuridica e sociale⁵⁹. Savigny, d'acchito, sotto l'influenza di Kant, ma anche e, verosimilmente, molto più sotto quella del 'römisches Recht', pensava che gli effetti del negozio scaturissero dalla famosa 'Willenserklärung': come è noto, però, questo modello ha avuto una vita abbastanza breve e la volontà, nonostante il riconoscimento tributato dal BGB, rapidamente decadde ad elemento di una fattispecie legale, la cui efficacia è condizionata dalla sua validità.

Tornando alla questione da cui ho preso le mosse – il rapporto tra diritto sostanziale e processo – si può dire che essa

⁵⁸ V., al riguardo, M. KASER, *Das Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978, 90 s., spec. 103-104.

⁵⁹ V., al riguardo, le osservazioni di M. BRUTTI, *Il diritto*, cit., 42-45. Sul punto v. anche F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997 100 s., a proposito del modo in cui funzionava la recezione '*moribus*' la quale, di per sé, allude ad un'articolazione del rapporto 'pubblico'- 'privato' irriducibile al paradigma moderno.

rappresenti un punto di vista privilegiato per illustrare il corto circuito di ‘römisches’ e ‘heutiges’ In primo luogo, direi che è proprio la concettualizzazione secondo questa chiave a risultare oltremodo problematica. I due termini, infatti, nel diritto romano individuano, per dirla con Hegel, ‘ein Alles’, mentre nel diritto moderno essi individuano ‘ein Ganzes’⁶⁰ In altre parole, nel diritto

⁶⁰ G.W.F. HEGEL, *Il così detto «frammento sistematico»*, in *I principi*, a cura di E. De Negri, Firenze, 1979, 41 s. A proposito di Hegel, la sua imponente riflessione sullo Stato consente di scorgere, meglio di quanto non sia possibile attraverso la specola del contrattualismo, la dinamica agglutinatoria dello stato moderno, che non è riduzione delle altre sfere dell’eticità a mera emanazione del vertice del sistema (come accade nelle varianti autoritarie e fasciste dello stato etico), quanto, piuttosto, il loro compimento dentro un orizzonte di razionalità (quella dello Spirito Oggettivo) che ingloba ognuno di questi passaggi, Stato incluso, ciascuno dei quali si legittima in ragione della sua corrispondenza ad uno stadio del pensiero (G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Roma Bari, 2000, § 261, 201-202). In questa prospettiva, la legge individua, per così dire, la ‘verità’ immanente al «*sistema dei bisogni*» catturando la domanda di ordine che emerge da quest’ultimo, il quale d’acchito si presenta come una disordinata molteplicità di determinazioni particolari, restituendola trasfigurata in una regola coercitiva plasmata, però, sulla falsariga della regola privata. La questione è enorme, sicché mi limiterò a rinviare all’ormai risalente lavoro di A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma-Bari, 1984 (risalente ma sempre attuale). Personalmente sono convinto (ma, per varie ragioni, mi è impossibile allestire qui una adeguata argomentazione di questo mio convincimento) che la concezione hegeliana dello Stato possiede il «*concetto della cosa*» perché Hegel vede, mantenendosi all’interno dell’ordine borghese (per mutare davvero registro sarà necessario l’intervento sulla scena della veduta marxiana) che quello che la linea di pensiero liberale presenta come il luogo di fondazione, e di giustificazione, dello Stato moderno (cioè, il mercato) è, effettivamente, ciò che i contrattualisti (da Hobbes a Kant) dicono che sia, con una solo apparentemente marginale differenza, e cioè che lo Stato, nel momento stesso in cui riconosce quell’ordine, se ne appropria e lo performa. In altri termini, la ragion d’essere dello Stato moderno è il sistema dei bisogni, ma esso apporta al mercato un *surplus* di razionalità, senza del quale il mercato rimarrebbe preda e vittima del suo immanente disordine e del suo

romano (quello che noi chiamiamo) il diritto sostanziale e (quello che noi chiamiamo) il processo si dislocano all'interno di un ordine dove l'unità patisce un molteplice lasciato nella sua separazione, con la conseguenza che qui l'unità medesima si presenta nella forma di un mediato non dialettico di cui i 'certa verba', prima, e l'Editto, poi, rappresentano il punto di emersione. Viceversa, nel diritto moderno, il diritto sostanziale e il processo descrivono un'unità reale, cioè dialettica, nel senso che il primo (diritto soggettivo) contiene, sotto la forma di una negazione (illecito), il secondo (giudizio); mentre il secondo, dal canto suo, contiene, sotto la forma di una affermazione (sentenza), anche il primo. A qualcuno potrà apparire una spiegazione semplicistica (amen!), ma la radice del mutarsi di 'Alles' in 'Ganzes' deve rinvenirsi nell'avvento del mercato capitalistico e nell'esigenza da quest'ultimo posta al potere politico (allo Stato) di una uniformità di regolazione non soltanto dal punto di vista dei contenuti ma anche, e direi fundamentalmente, dal punto di vista della *istituzione* di un ordine nel quale il 'giuridico' è sempre eguale a se stesso, da qualunque prospettiva lo si guardi (diritto sostanziale – diritto processuale; diritto pubblico – diritto privato⁶¹.

perdurante ed ineliminabile ancoraggio con lo stato di natura. Il luogo in cui precipita questa razionalità dello Stato che sa prendersi cura del mercato più del mercato stesso (è in fondo questo il senso delle parole di M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Milano, 2005, 111-112) è la legge, sintesi, come dice Hegel, di 'universale' e di 'determinato'.

⁶¹ Sul punto rinvio a L. NIVARRA, *La tutela*, cit., 41. Questo modo di presentare le cose appare in contrasto con l'idea, ancora oggi molto diffusa, secondo la quale il diritto romano sarebbe caratterizzato da un elevato grado di unitarietà, documentata, proprio dal primato dell'*actio* come figura dove 'sostanziale' e 'processuale' convergono e convivono in un amalgama inestricabile; mentre il diritto moderno avrebbe vissuto l'esperienza della scissione e il dramma della separazione del diritto processuale civile e della sua scienza, per riprendere la celebre espressione di Orestano (v. C. PELLOSO, *Il concetto*, cit., 139-140). Ora,

Il punto è decisivo. Nell'esperienza romana, dove il 'giuridico' si manifesta in quella pluralità di forme che ne fanno, come detto, 'ein Alles', l'unità del sistema o, più prosaicamente, ma anche più realisticamente, la sua effettività, dipende dalla circostanza che i vari attori comunichino attraverso un codice comune, quello riassunto nei tre '*praecepta*' ulpiane. Ciò spiega, in

è chiaro, questioni di così grande portata non possono essere liquidate semplicemente evocando le incommensurabili differenze che dividono il 'römisches' dal 'heutiges' (un'autentica banalità, ormai). Resta il fatto che a) tutto ciò che dura nel tempo necessita di un certo grado di coesione (i mille anni romani sono un ottimo esempio); b) il modo in cui gli aggregati sociali durano nel tempo dipende molto dal modo in cui in cui gli aggregati sociali si costituiscono, cioè dalla loro genealogia. Date queste premesse, anche loro non particolarmente originali, dovrebbe risultare evidente che il tratto tipico della statualità moderna, impossibile da rintracciare nella statualità romana, è la '*reductio ad legem*', ossia l'affermazione dell'idea che il motore primo della coesione sociale sia rappresentato dalla legge. Da questo punto di vista, sia detto con il massimo della considerazione, il dramma della scienza del processo si rivela, più che altro, una commedia: una commedia delle parti, nella quale l'autonomia dell'azione, così tenacemente perseguita dalla dottrina italiana e da quella tedesca, in realtà, a ben vedere, rappresenta solo il completamento del disegno di programmatico assorbimento dell'autonomia privata e, più in generale, della vita associata entro l'orizzonte della statualità e, dunque, della legge. In altri termini, il sistema non si scinde ma si articola a partire dalla proiezione soggettiva della norma (il diritto soggettivo) alla quale l'ordinamento affida il compito di suturare (e, quindi, di unificare) con tutta l'energia che può sprigionarsi da un'impostazione così radicalmente riduzionista validità e tutela (giurisdizionale), diritto sostanziale e diritto processuale (in un ordine non dissimile, mi sembra, si collocano le importanti riflessioni di E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri scritti*, I, Milano, 1957, 51 s.; 72 s.). La circostanza che l'istaurazione del giudizio possa non coincidere con la titolarità del diritto soggettivo, secondo il disegno divisato dall'art. 2907 cod. civ., è un corollario del *modus operandi* di organizzazioni di questo tipo e in ogni caso, essa risulta, dal punto di vista costruttivo, molto sopravvalutata (v. *infra*, § 12).

generale, l'enorme rilievo che figure come la *'bona fides'*, l'*'aequitas'*, il *'bonum'*, l'*'honestum'* ecc. rivestono nell'ambito di quell'esperienza rappresentando il punto di sutura di sottosistemi (la prassi negoziale, i *responsa prudentium*, gli *Edicta*) che, certo, si pensano l'uno in funzione degli altri ma non secondo una logica di subordinazione decisa *ex ante* che, di per sé, escluderebbe (come ha escluso nel moderno) la necessità di un terreno comune al quale affidare l'addomesticamento dell'attrito. E questo spiega anche la ragione per la quale l'interpello (*'actio'*) al *'rex'* (o al *'praetor'*) si presenti sotto la forma di una *'pretesa'*, di una domanda di giustizia, come ho già detto, che ripete il suo senso dalla naturale condivisione di credenze che incombono sulla vita di tutti e da cui tutti si aspettano una risposta. In altri termini, il *'giuridico'* romano, pur presentandosi alquanto articolato nelle sue manifestazioni, recupera una interna, mobile, coerenza in ragione della immanenza alla vita sociale di un'idea forte di *'dovere'*, di un'idea così tanto forte da escludere che la sua inosservanza possa essere surrogata *'manu militari'*. Questo, a prima vista, può apparire un paradosso, ma, a ben vedere, la circostanza che l'obbligo primario (il *'debitum'*) si configuri sempre alla stregua di un'obbligazione naturale (nel limitato senso della sua infungibilità), di talché il creditore potrà ottenere dal giudizio soltanto una condanna al pagamento di una somma di denaro, rivela l'autosufficienza funzionale di cui esso gode rispetto alle applicazioni moderne, per le quali, come si è visto, l'obbligazione è, in primo luogo, tecnica di attribuzione di un'utilità alternativa al diritto reale. Intendo dire che il *'dovere'* degli antichi (compendiato nell'*'unicuique suum tribuere'* e nell'*'alterum non laedere'*, suggellati dallo *'honeste vivere'*), nella misura in cui, ove inadempito, mette capo ad una sanzione (e non ad una surroga), incorpora un paradigma genuino di osservabilità; mentre il *'dovere'* dei moderni, là dove, per definizione, è fungibile attraverso

l'esecuzione in forma specifica, non può essere osservato per la stessa ragione per la quale non può essere violato⁶².

Provo a chiarire un punto di vista che può risultare di non immediata intuizione. La differenza tra 'antico' e 'moderno', qui, è riconducibile al fatto che, nel primo caso, il creditore si aspetta che il debitore adotti un comportamento coincidente con quello prescritto; in altre parole, per il creditore è cruciale che il debitore esegua la prestazione, sia perché questo è l'unico modo attraverso il quale potrà ottenere ciò che davvero gli interessa di avere, sia perché l'osservanza dell'obbligo vale, in pari tempo, conferma e aumento dell'autorità della *gens* e, per traslato, della '*civitas*'. Certo,

⁶² A riprova di quanto affermato nel testo si può richiamare il fatto che la posizione del convenuto, in un'*actio in personam*', venga comunemente descritta nei termini di un onere (l'*oportere*' conterrebbe, pertanto, un grado di vincolatività meno intenso della necessità immanente all'idea compiuta di '*obligatio*': v. R. SANTORO, *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Collana della Rivista di Diritto romano – Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di A. Biscardi"*. Siena. Certosa di Pontignano 13-15 dicembre 2001 (s.l. e s.d. ma 2002) 3-4 e ora in *Scritti minori*, II, cit., 633-634). Certo, anche del debitore moderno si potrebbe dire che, una volta convenuto in giudizio, egli sia gravato da un onere, nel senso che, ove mai volesse sottrarsi all'esecuzione forzata, potrebbe pur sempre adempiere spontaneamente. Tuttavia, tra i due 'oneri' esiste una differenza fondamentale: l'onere 'moderno' evoca un'alternativa – quella tra adempimento ed esecuzione forzata – la quale, essendo immanente al rapporto obbligatorio, non è una vera alternativa, e, dunque, per questa ragione, non può essere colta attraverso la specola dell'onere (a meno di non voler fare di 'onere' una parola polisensa, poco interessante sotto il profilo ricostruttivo). Al contrario, l'onere 'romano' prende forma all'interno di una sequenza non lineare, contraddistinta da un'alternativa autentica, tra l'esecuzione spontanea della prestazione e la '*condemnatio pecuniaria*', sicché descrivere la posizione processuale del debitore in termini di 'onere' consente di apprezzare il diverso modo di essere delle due polarità che compongono quell'alternativa. Risiede qui il limite della pur suggestiva proposta ricostruttiva di G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913, 150 s. prontamente segnalato da E. BETTI, *Struttura*, cit., 133.

anche il creditore ‘moderno’ si augura che il debitore adempia spontaneamente: ma questo non perché altrimenti non potrà avere ciò che è già suo, ma soltanto perché dovrà rivolgersi ad un avvocato, sostenere dei costi e, cosa ancora più grave, aspettare che la giustizia civile faccia il suo corso; per non dire, poi, che, a nessuna persona sana di mente, verrebbe in mente di immaginare che l’inadempimento, tanto per l’una quanto per l’altra delle due parti, rivesta un significato eccedente la dimensione puramente economica della microstoria racchiusa nel loro rapporto. Questa differenza può essere espressa anche dicendo -e si tratta, con ogni probabilità, dell’aspetto più significativo dell’intera questione – che mentre, per gli antichi ciò che davvero contava erano il *dare, facere, praestare*, per i moderni, in primo piano sta l’utilità che, già attribuita al creditore mediante il riconoscimento del diritto soggettivo, deve ora essergli procurata nella sua materialità⁶³. Da qui la infungibilità dell’obbligazione romana la quale, appunto, si impernia sulla condotta del debitore, per definizione infungibile e, quindi, insurrogabile; e la ordinaria fungibilità dell’obbligazione moderna la quale, imperniandosi, viceversa, sull’utilità da procurare al creditore attraverso il medio della prestazione, risulterà insurrogabile nei soli casi in cui prestazione ed utilità siano indistinguibili l’una dall’altra⁶⁴.

È venuto il momento di tirare le fila del discorso. La programmatica, e storicamente inevitabile, ibridazione di ‘römisches’ e ‘heutiges’ genera, sul versante del rapporto tra diritto sostanziale e processo, alcuni evidenti equivoci di cui la dottrina della conversione di ‘reale’ in ‘obbligatorio’ è uno degli esempi più

⁶³ L’adempimento serve a rendere il fatto conforme al diritto: e questo spiega la sostanziale simmetria di inadempimento e spoglio i quali, entrambi, privano il creditore e il proprietario dell’utilità loro attribuita in base ai rispettivi titoli giuridici (diritto di credito, diritto di proprietà).

⁶⁴ V, nt.8. Ma v. anche § 11.

vistosi⁶⁵. Intanto: l'attore romano, in effetti, ha motivo di 'pretendere' che il '*reus*' sia punito, cioè sia condannato a pagargli una somma di denaro; invece, non è ben chiaro che cosa abbia a pretendere l'attore moderno, posto che il sovrano gli ha già assegnato quanto, secondo le regole interne al sistema giuridico (che funziona come qualsiasi gioco, anche se, dal punto di vista sociale, il diritto incide più del 'bridge') gli spetta. Da questo punto di vista, una formulazione come quella contenuta nell'art. 2907 cod. civ. («alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte...») è di una chiarezza inequivocabile: se inquadrata nella giusta prospettiva, la norma si mostra per quello che è, ovvero una felicissima epitome del modo di funzionare degli ordinamenti moderni – caratterizzati dalla integrale statualizzazione del diritto – nei quali vedersi attribuire un'utilità nella forma di un diritto soggettivo e vedersi attribuito il potere di esigerne, ed ottenerne, la tutela (giurisdizionale) sono esattamente la medesima cosa per la semplice ragione che quel diritto e quel potere attingono ad una medesima fonte.

Due rapide considerazioni prima di procedere oltre. Come è ovvio, anche a Roma il diritto è un gioco socialmente relevantissimo: tuttavia, le sue regole non solo presentano un grado di formalizzazione inferiore a quello proprio degli ordinamenti giuridici moderni ma, ed è questo l'aspetto più significativo, esso è la risultante dell'azione di soggetti (privati, pretore, giurisperiti, senato, comizi ecc.) i quali, pur riconoscendosi nella varietà dei

⁶⁵ Rapporto (quello tra diritto sostanziale e processo) che, per il modo in cui è stato affrontato dalla dottrina tedesca, prima, e da quella italiana, poi, individua il contraddittorio paradigma di questa ibridazione a cagione della quale i 'moderni', nel loro lavoro di orientata sistemazione del lascito degli 'antichi', si imbattono in un problema che, però, non era percepito come tale da questi ultimi e di cui, invece, essi – cioè i 'moderni' – si appropriano facendone, addirittura, una delle teste di capitolo della '*scientia iuris*'.

ruoli e nella disimmertia dei poteri (*'conditio sine qua non'* della pensabilità stessa di un ordine civile), tuttavia godono di una legittimazione politica autonoma. La seconda considerazione, invece, attiene all'esperienza moderna. L'idea che il giudice fosse un mero ripetitore della *'voluntas legis'* è stata oggetto, fin dai suoi esordi, di critiche che ne hanno portato alla luce, per un verso, l'insostenibilità sul piano epistemologico (il passaggio dall'astratto al concreto, dall'enunciato al caso, è denso di un così elevato numero di variabili da rendere il paradigma del tutto inattendibile) e, per altro verso, ne hanno rivelato la compromissione sul piano ideologico. Tuttavia, se ci si pone dal punto di vista del processo, anzi, del giudizio, per il ruolo che esso è chiamato a svolgere in seno al dispositivo di governo di cui è emanazione, il funzionario pubblico che lo amministra è davvero, soltanto, e non può essere altro, che *'bouche de la loi'*⁶⁶.

⁶⁶ V., esattamente negli stessi termini, E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, in *Studi in onore di G. Chiovenda* (Padova 1927), 68, nt.2. La lotta ingaggiata contro il carattere puramente dichiarativo della interpretazione (e, in particolare, della interpretazione giudiziale) ha dalla sua ottime ragioni, che traggono alimento dalla storia, dalla teoria della conoscenza, dalla politica. Resta il fatto che, nel senso più profondo della cosa, la sentenza è un atto di intelligenza e non un atto di volontà (A. ROCCO, *La sentenza*, cit., 28-30) e non può essere altro, perché i *maiores* avevano intuito una cosa fondamentale, e cioè che qualunque linea di lettura il giudice abbracci, si tratta sempre di una variazione sul tema, e mai del tema. In altri termini, il formalismo interpretativo è una contromisura di ordine politico-ideologico, adottata dalle borghesie continentali allo stato nascente (diciamo, l'equivalente di quello a cui pensava Marx quando parlava di dittatura del proletariato: una profilassi temporanea, necessaria ad evitare il ritorno degli spodestati), ma del tutto periferica, sotto il profilo del nucleo sostantivo che presiede al funzionamento dei diritti di marca statale, per i quali l'ordine è fissato una volta per tutte (*'ein Ganzes'*, appunto, e non solo *'ein Alles'*). A suffragio di questo basterà richiamare la circostanza che Kelsen, il quale non era esattamente un sovversivo, propone una teoria dell'interpretazione che fa perno sulla

Ripeto, sotto questo profilo, la formulazione dell'art. 2907 cod. civ. non può lasciare adito a dubbi, se non a pensatori deboli, o, per meglio dire, confusi: il giudice (fisica incarnazione della angelicata giurisdizione: in questo, forse, Carnelutti non aveva tutti i torti) provvede alla tutela dei diritti soggettivi, cioè reitera un'operazione sempre eguale a se stessa, almeno nelle intenzioni de «lo buon geomètra dell'Universo». Che poi, nel far questo, il giudice ci metta (non possa fare a meno di metterci) del suo, è, come ho già detto, fuor di dubbio: è, altrettanto indubbio, però, che tra il '*denegare actionem*' o, a maggior ragione, l'accordare l'azione o il rimedio (si pensi all'*exceptio doli*') non previsti dal '*ius civile*', da parte del '*praetor*', e il rigettare la domanda da parte del giudice, esiste una differenza enorme, riconducibile al fatto che nel primo caso il pretore esercita un potere certo connesso al '*munus*' al quale accede, ma radicato in uno spazio di senso più ampio di quello descritto dalla regola di preposizione all'ufficio⁶⁷, mentre, nel caso del giudice, tra l'ufficio che egli riveste e il potere che egli esercita vi è una continuità assoluta (l'art. 102, comma 2 Cost. vuol dire anche questo). Riprendendo la nota coppia weberiana, si potrebbe anche dire che per il pretore legalità e legittimazione si muovono

discrezionalità del giudice, destinata a muoversi dentro il 'Rahmen', istituito dal potere, con effetti significativi sulla vita delle persone in carne ed ossa coinvolte nel giudizio, ma del tutto incapace di produrre uno scarto rispetto al sistema costituito.

⁶⁷ Il rinvio è sempre a E. BETTI, *La creazione*, cit., 71 s. il quale parlava della '*iurisdictio*' come di un potere legislativo a contenuto negativo perché inteso alla disapplicazione del '*ius civile*' aggiungendo poi che «secondo la concezione romana, il potere discrezionale del magistrato giurisdicente inerisce alla sua stessa *iurisdictio* ed è parte integrante della sua potestà di comando e di decisione, del suo *imperium*: poiché la *iurisdictio* non è che un aspetto, una funzione specifica dell'*imperium*. Esso potere non è qualcosa di prestato e di concesso dalla legge; ma è altrettanto proprio ed originario del magistrato quanto l'*imperium*: vale a dire, certo più antico della legislazione comiziale e virtualmente primitivo».

su piani differenti, mentre per il giudice esse coincidono senza residui⁶⁸.

10. Riprendendo il filo del ragionamento, il proprietario spogliato, dunque, deduce in giudizio, e non come diritto – presupposto, oggetto di accertamento incidentale, ma come diritto in relazione al quale, *recta via*, si chiede al giudice di provvedere, il diritto di proprietà⁶⁹. In altri termini, l'esito della causa – e la conseguente condanna del convenuto alla restituzione – dipenderà, appunto, dall'accertamento del diritto di proprietà: e a legittimare il proprietario all'esercizio dell'azione (cioè, alla proposizione della domanda ai sensi dell'art. 163 cod. proc. civ.) non sarà la violazione di fantasmatici doveri riflesso degli ancora più impalpabili *iura erga omnes*; e neppure l'inosservanza dell'etereo '*alterum non laedere*', alla quale la legge (come mai?) non riconosce, qui, la dignità di fonte dell'obbligazione. Accade, piuttosto, solo questo: che qualcuno si impossessi del 'Rechtsobject'; o che il debitore non adempia; o che, di nuovo, qualcuno si introduca nel fondo Corneliano; o che,

⁶⁸ Lo stesso concetto si può esprimere così. L'accesso all'ufficio del pretore avviene sulla base di una norma di legge ma il potere che il pretore esercita trae la propria legittimità da una fonte (in senso doppiamente figurato) diversa da quella a cui si riannoda l'atto di preposizione. Viceversa, l'accesso all'ufficio da parte del giudice avviene sulla base di una legge (quella che disciplina le modalità di reclutamento dei magistrati ordinari) e dei c.d. atti derivati, ma il potere che egli esercita (il potere di applicare la legge) è integralmente sovrapponibile a quello che gli ha reso possibile pronunziare valide sentenze in nome del popolo italiano. Appunto, come dice Betti in due parole, il potere del pretore «*non è qualcosa di prestato e di concesso dalla legge*». Questo caso rende, con grande chiarezza, la differenza che passa tra *Alles* e *Ganzes* a cui accennavo poco sopra nel testo. Sul punto v. anche quanto scrive F. GALLO, *L'«officium»*, cit., 125.

⁶⁹ Alla medesima conclusione perviene A. MOTTO, *Poteri*, cit., 422, nel quadro di una ricostruzione ancora tributaria, se intendo bene, dell'idea che i poteri e le facoltà del proprietario siano presidiati da un obbligo di astensione: un'idea alla quale viceversa, a mio avviso, si dovrebbe definitivamente rinunciare.

sempre qualcuno, neghi che Sempronio sia il proprietario di quel fondo: si tratta sempre di puri e semplici fatti, ai quali l'ordinamento consente di vivere nella sola specola del processo attraverso il medio dell'art. 100 cod. proc. civ. Quanto alla circostanza che la domanda, sempre ex art. 163 (comma 2) cod. proc. civ., si indirizzi verso un soggetto determinato, essa è solo un banale corollario della centralità processuale del fatto costitutivo (almeno nella prospettazione attorea) dell'interesse ad agire: trarne argomenti a sostegno della tesi della 'conversione', anzi farne l'argomento decisivo, è soltanto il frutto di un abbaglio a causa del quale il modello (semplificato) di conflitto iscritto nella logica dell'obbligazione viene generalizzato e trasferito, attraverso le mediazioni di cui si è detto in precedenza, in una sorta di terra di mezzo nella quale la inaggrabile bilateralità del processo si ribalta nella bilateralità (di risulta) del diritto reale⁷⁰.

⁷⁰ Il modello (semplificato) di conflitto di cui parlo nel testo è il nucleo di verità racchiuso nelle righe di Windscheid riportate alla nt. 48. Significa che l'utilità può essere sottratta al titolare del diritto soltanto dal debitore, sicché il fatto – inadempimento non aggiunge nessuna informazione su chi debba essere convenuto in giudizio. Viceversa, lo spoglio ha un contenuto più ricco, perché, oltre a dare un fondamento all'interesse ad agire, individua il destinatario dell'azione. In realtà, si tratta di un puro effetto ottico, riflesso della tecnica di attribuzione dell'utilità che il processo azzera (come aveva visto bene Chiovenda), senza da questo doverne ricavare le conseguenze che ne trae la dottrina della conversione. Anche Ulp. *sing. reg.* D.44.7.25 pr. offre, a questo riguardo, interessanti spunti di riflessione. Qui, infatti, Ulpiano, nel riproporre un po' sulla falsariga di Gaio, 4,5, la distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam* individua il tratto differenziale dei due rimedi nella circostanza per cui il primo viene esercitato «*semper adversus eum.. qui rem possidet*», mentre il secondo «*semper adversus eundem locum habet*» (v. M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 36, Milano, 1979, 47 s.). Non sono in grado di valutare l'originalità della formulazione prescelta da Ulpiano: però mi sembra interessante la sua scelta di porre l'accento, in punto di legittimazione passiva, sulla (cripto)ambulatorietà dell'*actio in rem* e sulla (verace) fissità dell'*actio in personam*'. L'ambulatorietà della

Ancora meno lo schema della ‘conversione’ si addice alla tutela risarcitoria. Qui, come si è visto, l’illecito, a differenza di quanto accade nel caso dello spoglio o dell’inadempimento, non è un mero fatto, la cui rilevanza è apprezzabile, in primo luogo, nella prospettiva del giudizio; quanto, piuttosto, un fatto-fonte, produttivo di quell’importante effetto sostanziale rappresentato dalla istaurazione di un rapporto obbligatorio e, quindi, dal riconoscimento di un diritto soggettivo di credito. Quest’ultimo, in altre parole, meno che mai potrebbe vestire i panni del diritto converso perché, una volta definitivamente ripudiata l’idea che quello compensativo sia rimedio complementare alla tutela del diritto reale (o di qualsiasi altro diritto soggettivo), la conversione (già di per sé dogmaticamente irricevibile) non disporrebbe di alcun fondamento sul quale poggiare.

Infatti, come bene hanno avuto modo di chiarire le ss. uu., «La titolarità del diritto fatto valere in giudizio è un elemento costitutivo della domanda. Gli elementi costitutivi possono

‘*actio in rem*’ è ‘cripto’ perché, a veder bene, il metro sulla base del quale viene individuato il *reus* è sempre uguale a se stesso, ovvero il fatto di possedere la cosa, mentre la fissità dell’‘*actio in personam*’ è verace perché soltanto il debitore può non eseguire la prestazione. Ora, l’invarianza del metro, speculativamente parlando, è tutto, mentre la mutevolezza del convenuto è nulla, nel senso che anche in sistemi mobili come quello romano, l’apparire sulla scena di un titolo giuridico (ossia, di una regola sociale dotata di una specifica forza performativa) ha un effetto di cristallizzazione, nel senso che Numero Negidio non è più ‘quel’ Numero Negidio, ma è una pura forma istituita dalla regola. In altri termini, vero è che ‘*in rem*’ viene convenuto chi si trova a possedere la cosa (il quale potrebbe non coincidere con l’autore dello spoglio), mentre ‘*in personam*’ può essere convenuto solo il debitore: ma, nonostante l’apparenza contraria (quella a partire dalla quale prende corpo la dottrina della conversione), in entrambi i casi l’individuazione del convenuto è sempre un puro riflesso del modo in cui è conformato il titolo giuridico richiamato nella *intentio* (per il diritto romano) o nella domanda (per il diritto moderno).

consistere in meri fatti o in fatti-diritto. Per chiedere in giudizio il riconoscimento di un diritto è necessario allegare e dimostrare una serie di fatti: ad esempio, per il riconoscimento di una pensione di inabilità bisogna presentare un certo grado di inabilità e un reddito inferiore a determinati livelli. Ma tra gli elementi costitutivi di un diritto possono esserci anche altri diritti. Nel caso in esame, il diritto oggetto della domanda è il risarcimento del danno subito da un immobile e tra gli elementi costitutivi della domanda vi è il diritto di proprietà sul bene danneggiato. Per chiedere in giudizio il risarcimento del danno la parte deve dimostrare, oltre ad una serie di elementi materiali (il danno, il nesso di causalità), anche di essere titolare di un diritto reale sul bene danneggiato. Il diritto di proprietà non è il diritto oggetto della domanda, e quindi della tutela giudiziaria, ma è un elemento costitutivo di quel diritto»⁷¹.

Cioè, a differenza di quanto riteneva Chiovenda, nei giudizi di responsabilità civile, il diritto di proprietà (ma oggi anche il diritto di credito, l'interesse legittimo, il possesso) non individua il presupposto del diritto al risarcimento del danno, ma solo uno (l'«ingiustizia») degli elementi costitutivi della sua fattispecie, provando la sussistenza della quale si sarà dimostrata la rilevanza giuridica e, dunque, la risarcibilità della perdita subita. Il punto è che nel caso dell'azione *ex art. 2043 cod. civ.* proprio perché ad essere dedotto in giudizio è un diritto (quello al risarcimento del danno) che è conseguenza, e non presupposto, della lesione (diversamente da ciò che accade con lo spoglio e con l'inadempimento), i confini tra legittimazione ed interesse ad agire perdono di limpidezza: nel senso che mentre lo spoglio e l'inadempimento sono, in astratto, certamente degli illeciti, sicché all'attore basterà dimostrare di essere titolare del diritto di cui si

⁷¹ Cass. ss.uu. 16 febbraio 2016, n. 2951, in *www.dirittocivilecontemporaneo.it*. Sul punto v. L. NIVARRA, *La tutela*, cit., 51-55.

predica la lesione per ottenere dal giudice il provvedimento richiesto, il danno, viceversa, ha uno statuto ambiguo, nella misura in cui la sua risarcibilità dipenderà dalla circostanza che il giudice ne abbia accertato l'ingiustizia.

Da questo punto di vista, la dottrina della 'tipicità', a prescindere dai suoi risvolti ideologici e delle imperfezioni del concetto, assolveva ad una funzione molto importante, che era quella di avvicinare quanto più è possibile, il danno – allo spoglio (e all'inadempimento), e, per conseguenza, giudizio di risarcibilità (della perdita) e giudizio di reintegrabilità (del diritto). La parabola della responsabilità civile, sfociata nella consacrazione di una classe di 'interessi giuridicamente rilevanti' nella sola forma della «minima tutela risarcitoria» ha reso visibile la piena autonomia della funzione compensativa e la sua non riducibilità alla misura di una variante puramente pecuniaria della protezione offerta dalla legge al prediletto dei suoi figli, cioè al diritto di proprietà⁷².

DIRITTO SOGGETTIVO, OBBLIGAZIONE, AZIONE (PARTE II)

SOMMARIO: 11. Ancora sul primato dell'adempimento in natura - 2. Per concludere: qualche (non innocente) considerazione su azione 'in concreto' e azione 'in astratto'

⁷² Riprendendo considerazioni già svolte in precedenza (§ 5), si può dire, quindi, che la polarizzazione del dibattito intorno alla coppia tipicità-atipicità ha occultato il fatto che la posta in gioco non fosse tanto l'allargamento in orizzontale del campo di operatività della tutela risarcitoria, quanto, piuttosto, quella della sua autonomia rispetto alla tutela reale.

11. Vorrei ora accennare ad un tema che riaffiora carsicamente nel dibattito giuridico: alludo al c.d. ‘primato dell’adempimento in natura’. La formula, che secondo un’opinione autorevole, sarebbe stata tenuta a battesimo (anzi «inventata» da Mazzamuto)⁷³ sta a designare la circostanza in forza della quale (mi avvalgo di una parafrasi il più possibile neutra), il sistema sarebbe congegnato in modo da assicurare al creditore proprio ciò che gli spetta. La prima osservazione è questa: chiunque l’abbia «inventata», la formula è, comunque, affetta da una certa dose di ambiguità. L’adempimento, in quanto tale, è sempre «in natura», è così tanto sempre «in natura» che predicarne l’essere «in natura» pone capo ad un giudizio analitico a priori. Per convincersi di questo è sufficiente richiamare gli artt. 1181 («Adempimento parziale») e 1197 («Prestazione in luogo dell’adempimento») del codice civile, dai quali si ricava, *de plano*, che il debitore non si libera dall’obbligazione (cioè, non si sottrae alla condanna e all’esecuzione forzata) se non procurando al creditore quanto a questi spetta in ragione del titolo costitutivo del diritto, a meno che il creditore non acconsenta a ricevere qualcosa di meno o qualcosa di diverso: ciò che, però, sta a significare, molto semplicemente, che quel titolo avrà subito una modificazione (per non parlare, poi, della novazione, allorché il titolo originario viene soppiantato da una nuova causa). Insomma, se per adempimento in natura (e correlativo primato) si intende che il debitore scampa all’attingimento forzoso dell’utilità dalla legge attribuita al creditore solo quando, *sua sponte*, adotti il comportamento idoneo a far

⁷³ C. CASTRONOVO, *Spigolature da Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti, Omaggio*, cit., 712. S. MAZZAMUTO, *L’attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 120 s. parla di «c.d. priorità dell’adempimento in natura».

ottenere alla controparte quel risultato (ovvero, quando esegua la «prestazione»), si dice una cosa in sé abbastanza ovvia.

Un passo in avanti nella decifrazione della formula lo si compie riportandola ad una temperie culturale in cui la posta in gioco era rappresentata, per un verso, dall'estensione al diritto di credito dell'esecuzione in forma specifica⁷⁴ e, per altro verso, dal superamento del dogma della correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata⁷⁵. Riguardata da questa angolatura, il «*primato*» intercetta, sino ad identificarvisi, lo spazio teorico, politico ed ideologico della «*effettività*» per come essa venne intesa a partire dagli anni '70, ovvero come ellissi delle pratiche ermeneutiche e applicative ispirate dall'art. 24 Cost. Tuttavia, anche a voler mettere il «*primato*» sotto l'ombrello della tutela giurisdizionale, le ambiguità, se non le aporie, della formula non si dissipano, perché, come è ovvio, l'accesso alla tutela, da un lato, presuppone l'inadempimento e, dall'altro lato, come insegna la dottrina dell'equivalenza, il risultato che essa appresta al creditore, sotto il profilo funzionale, è certamente il medesimo di quello che sarebbe disceso dall'adempimento, ma per il tramite di un dispositivo (una 'machinery', l'esecuzione forzata) alternativa a quest'ultimo. Insomma, 'ex ante', cioè in pendenza dell'adempimento, la formula è cognitivamente povera là dove

⁷⁴ Si ricorderà che secondo Satta (v. nt. 10), le norme in materia di esecuzione in forma specifica descrivono le modalità attraverso le quali il proprietario (per meglio dire: il titolare di una situazione finale) esercita, sotto giudiziario controllo, il suo diritto, mentre solo l'espropriazione è autentica esecuzione riservata al diritto di credito in quanto diritto sprovvisto dell'energia necessaria a garantirne l'autoapplicazione.

⁷⁵ Il punto era stato bene intuito da L. MENGONI, *Discussioni*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 152. I due volumi che raccolgono gli atti del convegno palermitano del 1987 offrono una panoramica pressoché completa di quella stagione e, quindi, ad essi si rinvia per gli approfondimenti di dettaglio.

pretende che «*in natura*» aggiunga qualcosa ad «*adempimento*»; *ex post*, ad inadempimento consumatosi, la formula diviene ingannevole perché «*in natura*» è qualità predicabile della forma di tutela giurisdizionale (nel nostro caso, l'esecuzione in forma specifica) e, per le ragioni già dette, non certo dell'adempimento.

Fermo restando tutto questo, e ribadito che l'idea del «*primato*» fiorisce in un contesto culturale caratterizzato dall'esigenza di ammodernare il sistema delle tutele specie sul versante delle fattive «*situazioni strumentali*» (esigenza che traeva un forte dall'alimento dall'ingresso sulla scena rimediabile degli artt.18 e 28 Stat. lav.), un contributo decisivo ai fini di un migliore inquadramento della formula venne da alcune, poche pagine di Luigi Mengoni, del quale vale la pena di riportare per esteso quello che a me sembra il passaggio cruciale del suo ragionamento. Scrive Mengoni: «Il principio dell'adempimento in natura risultante dall'art. 1218 ha una rilevanza sostanziale indipendentemente dalla coercibilità della prestazione.... Anzitutto il principio in parola significa che il creditore può domandare la condanna del debitore al risarcimento del danno in luogo della condanna all'adempimento, salvo... l'art. 1453, solo se dimostra l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. L'impossibilità sopravvenuta ha dunque una funzione liberatoria in ogni caso: se non è imputabile al debitore libera quest'ultimo dall'obbligazione; se è imputabile libera il creditore dal vincolo del principio di adempimento in natura. Così interpretato, questo principio forse non varrà...a scalzare il principio processuale di tipicità dell'esecuzione specifica, ma certo ne dimostra l'incoerenza, lo scarto rispetto al diritto sostanziale; comunque fornisce almeno un criterio ermeneutico che legittima una interpretazione che allarghi al massimo il campo di applicazione degli artt. 2931 e 2933 cod. civ., oltre il limite che sembra segnato dalla norma di strumentalizzazione processuale dell'art. 612 cod. proc. civ. il quale

sembra limitare l'esecuzione forzata degli obblighi di fare o di non fare a quelli il cui oggetto consiste in un'opera»⁷⁶.

Queste poche righe di Mengoni, complice, al di là dell'autorevolezza e dell'acutezza dello Studioso, pure, ripeto, uno spirito del tempo ancora fortemente impregnato degli umori dell'«*effettività*» costituzionale (siamo nel 1987) – circostanza, questa, che, sul piano delle prassi di pensiero, si traduceva in una sistematica ibridazione di 'sostanziale' e di 'processuale'⁷⁷ - hanno

⁷⁶ L. MENGONI, *Discussioni*, cit., 152. Nella pagina precedente Mengoni scriveva «Come sottolinea la relazione al codice, l'art. 1218 è specularmente all'art. 1256 e intende dire che l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa imputabile al debitore non estingue l'obbligazione, ma la converte nel risarcimento dei danni; che è quanto dire che, se fino a quando la prestazione sia possibile, la pretesa di adempimento in natura non può essere sostituita con la pretesa di risarcimento dei danni, salvo, per le obbligazioni derivanti da contratto con prestazioni corrispettive, l'art. 1453, il quale consente alla parte non-inadempiente di domandare, anziché l'adempimento, la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni quando l'inadempimento dell'altra parte sia di notevole importanza».

⁷⁷ È opportuno precisare che l'ibridazione di 'sostanziale' e 'processuale' non è certo una scoperta della effervescente cultura giuridica degli anni '70. Infatti, è difficile immaginare una pratica dell'ibridazione più radicale di quella patrocinata da Satta il quale, semplicemente, costruisce una teoria dell'esecuzione forzata a partire dall'idea che vi siano diritti di 'serie A' e diritti di 'serie B'. L'ibridazione 'anni 70' (chiamiamola così solo per intenderci), però, presenta una serie di caratteristiche molto diverse. In primo luogo, per quanto questo possa apparire d'acchito molto sorprendente, si tratta di un'ibridazione che esibisce una inequivocabile coloritura giuspositivistica (prende le mosse, come ho già ricordato, dagli artt. 18 e 28 Stat. lav. in cbn. disp. con l'art. 24 Cost.); in secondo luogo, si tratta di una ibridazione al contrario, per così dire, nel senso che la domanda di «*effettività*» scaturente da quelle norme, e suffragata da quel principio, rimette in discussione la gerarchia civilistica, nel senso che cessa di considerare quest'ultima un vincolo dogmatico e la declassa ad impedimento ideologico.

dato la stura ad un dibattito dottrinale ancora oggi non placatosi⁷⁸. Vorrei ripartire da esse per meglio mettere a fuoco alcuni punti cruciali, almeno ai fini del mio ragionamento. Nella prospettazione fornitane da Mengoni, il «*primato*» si presenta, appunto, nei panni di una regola di diritto sostanziale in forza della quale, sulla base di quanto disposto dall'art. 1218 cod. civ., la prestazione primaria e la prestazione 'risarcitoria' non sono fungibili o alternative, nel senso che né il debitore potrà liberarsi (cioè sottrarsi all'esecuzione forzata) corrispondendo al creditore una somma di denaro equivalente al valore dell'utilità a quest'ultimo assegnata dalla legge mediante l'attribuzione del diritto soggettivo, né il creditore, dal canto suo, potrà esigere dal debitore la prestazione pecuniaria: questo, almeno, fino a quando la prestazione primaria non sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore (mentre, come ancora ricorda Mengoni, se la prestazione diviene impossibile per causa non imputabile al debitore, l'obbligazione semplicemente si estingue ai sensi dell'art. 1256 cod. civ.).

Assoggettata ad una lettura integrale, che, cioè, ne metta in esponente il ruolo di anello di congiunzione tra i due assi sistemici – la 'validità' e la 'tutela' – questa regola, da un lato, cattura la intangibilità delle convenzioni private (art. 1372 cod. civ.) e, più in generale, dei titoli attributivi di diritti soggettivi ammessi dall'ordinamento⁷⁹; e, dall'altro lato, rideclina, sul piano sostanziale,

⁷⁸ Gli ultimi due capitoli di questa intrigante *disputatio* li hanno scritti, a trent'anni di distanza, C. CASTRONOVO, *Spigolature*, cit., 711 s: S. MAZZAMUTO, *Postfazione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 795. s.

⁷⁹ Intangibilità, per così dire, unilaterale, nel senso che a ciascuna delle parti è inibita la possibilità di modificare unilateralmente, appunto, il contenuto del titolo che le impegna. In questo senso, il c.d. 'primato' è esattamente l'altra faccia della irricevibilità della teorica dell'efficient Breach' su cui torna, attingendo ad un registro connotato da un grado crescente di problematicità (crescente rispetto al contributo consegnato agli atti del convegno del 1987) R.

il canone moderno di allineamento del debito alla responsabilità (passaggio dalla ‘Haftung für’ alla ‘Haftung an’) per il quale al debitore è inibita la possibilità di liberarsi corrispondendo al creditore l’*aestimatio rei*⁸⁰. L’art. 1218 cod. civ., tuttavia, almeno ad un primo esame, restituisce un’immagine semplificata delle crisi alle quali il rapporto obbligatorio è esposto: per un verso, infatti, esso si affida ad una idea di inadempimento di chiara impronta naturalistica; per altro verso, proprio perché così fortemente condizionata da questa impronta, la regola in questione sembra chiudere il creditore dentro un’autentica camicia di Nesso, da cui soltanto l’impossibilità sopravvenuta della prestazione, se

PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell’analisi economica del diritto: trent’anni dopo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 739 s. Come è noto, il diritto tedesco ha accolto, a seguito della riforma, una nozione di impossibilità liberatoria molto più ricca di quella proposta dal legislatore italiano del ’42 (§ 275 BGB) e, per di più, organicamente collegata alla disciplina della risoluzione (§ 326 BGB). Per quanto dilatata, la disciplina dell’impossibilità liberatoria rimane pur sempre una regola di diritto sostanziale distinta (anche nell’ipotesi di cui allo Abs.III, della prestazione da eseguire personalmente) da quella di infungibilità (‘nicht vertetbare Handlungen’) del § 888 ZPO che, invece, rileva sul piano processuale. Questo, ‘*ex latere debitoris*’: come vedremo più oltre, invece (§ 11), i due piani – quello dell’impossibilità e quello della infungibilità - tendono ad avvicinarsi ove si ragioni ‘*ex latere creditoris*’.

⁸⁰ Come si è visto, nel diritto romano classico, l’*aestimatio rei* costituiva il contenuto inevitabile della ‘*condemnatio*’, fermo restando che il debitore si sarebbe liberato (ossia, avrebbe impedito al creditore di agire in giudizio), solo attraverso il dare ‘*facere praestare*’ originario. Nel diritto moderno, e, certamente, nel nostro, l’inidoneità della prestazione pecuniaria a restituire al debitore la piena disponibilità del suo patrimonio è un riflesso della normale eseguibilità in forma specifica del diritto del creditore; tuttavia, ciò che dovrebbe colpire l’attenzione dell’interprete è che la regola ‘sostanziale’ è un puro riflesso della regola ‘processuale’ che non significa affatto primato della ‘tutela’ sulla ‘validità’, ma, molto più semplicemente, della perfetta sovrapposibilità, se non identità, dei due piani.

imputabile al debitore, può svincolarlo⁸¹. In realtà come è noto, il quadro è più movimentato: e questo grazie all'art. 1453 cod. civ. dettato con riguardo ai contratti a prestazioni corrispettive. Qui alla 'parte non inadempiente', a fronte dell'inadempimento della controparte, è permesso di scegliere tra l'azione di adempimento e l'azione di risoluzione: e che di un'autentica alternativa si tratti è suffragato dal fatto che i due rimedi siano disposti orizzontalmente e non verticalmente, come accade, invece, con l'art. 1218 cod. civ. dove il 'risarcimento del danno' presuppone la maturata inattuabilità della prestazione primaria.

A ben vedere, però, i rimedi in questione sono sì veracemente alternativi l'uno all'altro, ma non sono omogenei, nel senso che le

⁸¹ Emblematica della sensazione claustrofobica che la formula dell'art. 1218 cod. civ. può ingenerare è la circostanza per cui addirittura Mengoni è indotto a ravvisare nella sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile la fattispecie che 'libera' il creditore dal vincolo dell'adempimento in natura. Si tratta di un'evidente concessione al fascino della simmetria, perché parlare di una «*liberazione*» del creditore risulta problematico da un duplice punto di vista. In primo luogo perché, a seguito della distruzione della cosa, al creditore non resta che il c.d. 'risarcimento del danno'; ovvero una soluzione di risulta, integralmente sottratta alla '*facultas eligendi*' del titolare del diritto. Il punto è che il creditore, come non è libero 'prima', non è libero neppure 'dopo': aggiungo che non è del tutto chiaro cosa c'entri la 'libertà' quando lo spazio in cui le parti si muovono è quello della 'libertà' consumata perché già esercitata o perché, di tutto principio, estranea a quell'orizzonte di senso (titoli obbligatori non negoziali). In questa storia, l'unico che può 'liberarsi' (cioè, non vedersi recapitare a casa un atto di citazione o un decreto ingiuntivo) è il debitore per il quale l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile è l'eguale e contrario del frammento di vita in cui egli si era andato a cacciare in origine, volontariamente o involontariamente. In secondo luogo, non capisco come si concili il «*primato*» con la 'liberazione': è uno strano «*primato*» quello il venire meno del quale (per meglio: il venire meno della possibilità fattuale di avvalersene) coincide con una 'liberazione', ossia con il conseguimento con uno stato di cose preferibile a quello che lo precede.

loro rispettive ragion sufficienti sono irriducibili; mentre, al contrario, i rimedi contemplati dall'art. 1218 cod. civ. sono omogenei ma non alternativi, proprio perché essi condividono la ragion sufficiente. A questo punto è opportuno fornire al lettore uno schiarimento sull'uso di 'omogeneo' e di 'alternativo'. 'Omogeneo' sta ad indicare la perdurante identità del fine, pur nella contingente variabilità del mezzo. Il 'risarcimento del danno' di cui parla l'art. 1218 cod. civ. è tecnicamente un succedaneo dell'utilità che il creditore avrebbe conseguito se tutto fosse andato liscio: e si spiega così il motivo per il quale ad esso può farsi ricorso solo una volta constatata l'impossibilità della prestazione originaria. 'Alternativo', in questo quadro, ha un significato molto diverso, perché, tramite l'uso di questo segno, si indica non la mutevolezza del mezzo, ma il mutamento del fine: e la risoluzione, a ben vedere, individua un fine radicalmente alternativo all'adempimento. Attraverso la risoluzione, infatti, la 'parte non inadempiente' mira a sbarazzarsi del titolo da cui aveva tratto origine il rapporto obbligatorio: al punto tale che lo stesso legislatore, consapevole della circostanza per cui la scelta a favore della risoluzione proietta l'intera vicenda fuori dall'orbita del '*vinculum iuris*', si affida ad una terminologia oscillante parlando ora di «contraenti», ora di «inadempiente»⁸². La circostanza non è casuale perché essa sta ad indicare proprio la non ibridabilità delle due ragion sufficienti – la tutela del credito e la tutela del contratto – ciò di cui ci si può agevolmente rendere conto avendo riguardo alla posizione che l'inadempimento riveste nell'economia dei due giudizi, quello di adempimento e quello di risoluzione.

⁸² Nel comma 1 dell'art. 1453 cod. civ., là dove il legislatore istituisce l'alternativa, prevalgono i «contraenti»; nel comma 3 – che fotografa con grande efficacia la irreversibile transizione dal piano del rapporto a quello del contratto – rispunta l'«inadempiente».

Nel primo caso, l'inadempimento è tutto interno ad una procedura finalizzato a sostituirlo attraverso il ricorso all'esecuzione forzata (in forma specifica o per espropriazione, a seconda che il creditore, essendo ancora possibile la prestazione, agisca in vista di questa, oppure, resosi impossibile il *'dare facere praestare'*, debba mirare al suo equivalente pecuniario): ciò che, processualmente, si traduce nella sicura iscrizione dell'inadempimento entro l'orizzonte dell'interesse ad agire e della configurazione del diritto di credito come oggetto del processo.

Nel secondo caso, l'inadempimento occupa uno spazio ambiguo, nel quale si rispecchia l'asimmetria tra il suo essere ciò che giustifica l'appello alla giurisdizione e la finalità perseguita dall'attore che è quella di togliere al contratto la sua forza di legge. Sotto questo profilo, cioè sotto il profilo del modo di atteggiarsi del congegno propriamente processuale, potrebbe azzardarsi un accostamento del rimedio risolutorio a quello aquiliano. Nell'un caso e nell'altro, infatti, ad integrare gli estremi della legittimazione ad agire concorrono un titolo giuridico – il quale, però, entra in gioco non come fonte attributiva del diritto fatto valere in giudizio, ma come mero presupposto della fondatezza della domanda – e un fatto – il danno, l'inadempimento – che costituisce la materia dello specifico accertamento del giudice⁸³.

⁸³ È questa la ragione per la quale la tesi, ancora oggi dominante, secondo la quale il danno da risoluzione coinciderebbe con il c.d. 'interesse positivo', cioè con il danno da inadempimento (comprensivo del finto risarcimento dell'art. 1218 cod. civ. e del risarcimento genuino dell'art. 1223 cod. civ.) è inaccoglibile. È del tutto evidente, infatti, che quando si agisce ex art. 1218 cod. civ. si fa valere lo stesso diritto che si farebbe valere ove mai la prestazione fosse ancora possibile, ancorché non adempiuta; quando si agisce ex art. 1453, in risoluzione, si fa valere un diritto diverso, del tutto disallineato rispetto all'inadempimento (ancora possibile o non più possibile e, quindi, supplito dal 'risarcimento' sostitutivo). In altri termini, la scelta pro risoluzione azzera l'equivalenza di adempimento e ed esecuzione forzata, ovvero denuncia una

Insomma, mi sembra abbastanza evidente che attraverso l'azione di risoluzione si chiede allo Stato protezione per un interesse radicalmente diverso da quello tutelato dal diritto di credito, anche se, come ho già accennato, l'attore allegherà il correlativo titolo quale presupposto imprescindibile della pronunzia risolutoria⁸⁴. Se questo è vero, abbiamo conferma del

eterogenesi dell'interesse dell'attore, molto più radicale di quella che si consuma allorché questi, senza smettere i panni del creditore, agisca per l'equivalente pecuniario della prestazione in presenza di un inadempimento non assoluto ma definitivo: chi agisce in risoluzione non è più un creditore ma un contraente deluso per il quale il contratto degrada dallo *status* di transazione sociale 'valida', ovvero presidiata dall'art. 1372, comma 1 cod. civ. a contatto sociale foriero di interferenze dannose. Non mi soffermo sulla questione, complementare a quella di fondo, della integrabilità del danno da risoluzione, una volta asseveratane la sua irriducibilità al danno da inadempimento, entro lo schema dell'«interesse negativo» (per una accurata disamina del punto rinvio a v. F. PIRAINO, *Danno da risoluzione*, in *Scritti in onore di C. Castronovo*, cit., II, 476 s. sulla scorta del fondamentale saggio di C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 838 s.): resta assodato che l'inadempimento, quando si agisce per attuare il vincolo (in natura o per equivalente) occupa la casella corrispondente all'interesse ad agire; mentre quando si agisce in risoluzione, esso opera come fatto costitutivo sia del diritto (potestativo) di chiedere lo scioglimento del contratto, sia del diritto a chiedere il risarcimento da violazione del '*pactum*' che rappresenta una sorta di inosservanza della buona fede *ex* art. 1337 cod. civ. al quadrato.

⁸⁴ Non voglio affrontare la questione relativa alla configurazione del diritto esercitato dal contraente non inadempiente nei termini di un diritto potestativo. Certo, bisognerà pure dare un nome al fenomeno per cui, proposta l'azione di adempimento, l'accertamento dell'inadempimento apre la strada, tramite la mediazione della condanna, all'attuazione forzata del medesimo diritto fatto valere in giudizio, mentre, proposta l'azione di risoluzione, l'accertamento dell'inadempimento completa la fattispecie costitutiva del diritto allo scioglimento del contratto. S. MAZZAMUTO, *Postfazione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 796, *incidenter tantum*, ossia nel quadro di una discussione avente un oggetto in parte differente e su cui anch'io mi soffermerò più avanti, accenna all'idea secondo cui «*la risoluzione completa la fattispecie*

fatto che i due rimedi contemplati dall'art. 1453 cod. civ. sono davvero alternativi, nel senso chiarito in precedenza, e che, quindi, a dispetto dell'apparenza, lo stesso art. 1453 propone al creditore, *in quanto* creditore, esattamente la stessa scena scolpita dall'art. 1218 cod. civ., tanto è vero che da sempre si guarda all'art. 1453 come alla norma nella quale si parla dell'azione di adempimento, ovvero della genuina traduzione processuale del «*primato*». Certo, il creditore può spogliarsi dei suoi panni e vestire quelli del contraente deluso, ormai deciso a mandare monte il matrimonio con la controparte infedele: ma se accade questo, è perché cambia la scena, sicché ogni tentativo di omogeneizzare ciò che è, per sua natura, alternativo, va respinto.

Semmai, la disciplina della risoluzione potrebbe risultare interessante, sempre nell'ottica del dibattito sul 'primato', da un altro punto di vista, qualora, cioè, da essa potessero trarsi indicazioni utili circa un indebolimento della nozione rigida di inadempimento – rigida perché fortemente pregiudicata dal tributo alla natura – accolta dall'art. 1218 cod. civ. In realtà, la questione si presenta alquanto perplessa. È vero, infatti, che l'art. 1455 cod. civ. mette in circolo l'inadempimento di non scarsa importanza (che, già d'acchito, sembrerebbe un '*minus*' rispetto alla catastrofe dell'inadempimento da impossibilità sopravvenuta): e, tuttavia, lo fa con riguardo all'ipotesi in cui il creditore si è già trasformato nel contraente non inadempiente desideroso di agire per la risoluzione. Sicché, si potrebbe liquidare la questione appellandosi al fatto che l'«*interesse*» del contraente non inadempiente di cui parla l'art. 1455 cod. civ. è qualitativamente diverso dall'«*interesse*» del creditore di cui parla l'art. 1174 cod. civ.: e, in effetti, questo è vero, là dove ciò che, agli occhi del legislatore, rende la posizione del primo non

dell'*inadempimento*». È vero, probabilmente, il contrario: e cioè che l'inadempimento (il suo accertamento) completa la fattispecie della risoluzione.

assimilabile alla posizione del secondo è il suo interesse a recuperare l'investimento effettuato stipulando il contratto. Si potrebbe, però, ragionare in altro modo e ricavare dall'art. 1455 cod. civ. uno spunto di metodo che vada nel senso di una dialettizzazione dell'idea di «*interesse*». A questo scopo torna utile ripartire dall'art. 1218 cod. civ. per il quale, come è noto, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (liberatoria o non liberatoria) è collegata con l'inadempimento o con il ritardo. Ed è su quest'ultimo che vorrei brevemente soffermarmi.

La prima (ovvia) osservazione da fare è che, in modo alquanto contraddittorio rispetto all'impianto generale del dispositivo, il quale poggia su una nozione naturalistica di inadempimento, il ritardo si apre ad una considerazione qualitativa dell'interesse del creditore. Intendo dire che, a differenza di quanto accade nel caso in cui l'inadempimento dipenda dal perimento o dallo smarrimento della cosa⁸⁵, là dove esso dipenda dal ritardo, la prestazione, materialisticamente intesa, sarebbe ancora possibile. Se è così, è evidente che il ritardo altera la primitiva sequenza causale imperniata sul nesso inadempimento – impossibilità (o, meglio, impossibilità – inadempimento) in ragione della quale il venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione è un mero riflesso del venir meno della prestazione: prende corpo, allora, una architettura di quell'interesse non più appiattita sulla sola coppia possibile/impossibile, ma inclusiva di un valore terzo, che, stipulativamente, andrebbe ricondotto entro l'area della 'convenienza'. In altre parole, il trascorrere del tempo può, di per sé, usurare l'aspettativa del creditore e 'liberarlo' (non dall'onere di

⁸⁵ Parlo di 'cosa' per non appesantire il discorso, ma in realtà il fenomeno in questione riguarda l'utilità generalmente intesa attribuita al creditore: si pensi al grande pianista che, il giorno prima del concerto, abbia voluto affrontare la scalata di una ripidissima parete e abbia riportato, a seguito di una caduta, la frattura del metacarpo.

esigere la prestazione primaria a favore del risarcimento del danno ma) dall'obbligazione *tout court* restituendogli la possibilità di procurarsi l'utilità altrove o, più semplicemente, inducendolo a immaginare un *business plan* che non contempra quella utilità. Una lampante conferma di quanto precede si ricava dall'art. 1256, comma 2 cod. civ. a mente del quale «se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'inadempimento. Tuttavia, l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione, ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla».

Il chiaro indice di una fuoriuscita dell'inadempimento dall'orbita naturalistica nella quale lo aveva relegato l'art. 1218 cod. civ. si rinviene nell'uso, da parte del compilatore, del periodo ipotetico dell'eventualità, il quale istituisce un ordine di significati irriducibile all'automatismo che accompagna il binomio impossibilità – inadempimento. Insomma se l'apodosi «l'obbligazione si estingue», dipende da una protasi «se l'impossibilità perdura fino a quando...il creditore non ha più interesse a conseguirla (la prestazione)», fortemente interferita dalla inevitabile valutazione del giudice (nascosta, appunto, nella sintassi del periodo ipotetico), è evidente che il ritardo può sperare di attingere la dignità di fattispecie estintiva del vincolo soltanto in combinazione con un giudizio circa la razionalità della permanenza in vita di quest'ultimo per rapporto all'interesse del creditore. Certo, nel caso dell'art. 1256, comma 2 cod. civ., il ritardo – inteso come epifania qualitativa dell'inadempimento – viene in considerazione nella prospettiva della estinzione della obbligazione: tuttavia, mi sembrerebbe abbastanza naturale supporre che analoga configurazione qualitativa debba riconoscersi al ritardo dell'art. 1218 cod. civ.: sicché quando

l'inerzia (questa volta imputabile) del debitore avrà provveduto ad interrompere il nesso prestazione – interesse istituito dall'art. 1174 cod. civ.⁸⁶, per il creditore si aprirà la strada del 'risarcimento del

⁸⁶ Naturalmente non sempre il ritardo presenta questi caratteri di ultimatività. Anzi, di regola, il ritardo, il quale, appunto, descrive un caso di inadempimento conservativo, prelude allo sbocco giudiziario della crisi del rapporto obbligatorio sotto la specie dell'azione di adempimento. La denominazione adottata dall'art.1453 cod.civ. è infelicissima ed equivoca nella misura in cui lascia intendere che la domanda del creditore miri ad ottenere l'adempimento da parte del debitore: ciò che, va da sé, è una pura insensatezza, posto che scopo dell'attore è l'acquisto del titolo esecutivo (fermo restando che il processo, prima, e la notifica del titolo in forma esecutiva, poi, possono indurre la controparte ad eseguire le prestazione, sulla base di un calcolo di convenienza economica, sociale ecc.: ma si tratta di un effetto collaterale, non formalizzabile). In altri termini, l'inesecuzione della prestazione, nel perdurare della sua possibilità naturale, eccitando il ricorso alla giurisdizione da parte del creditore, spinge fuori dalla scena l'adempimento, il quale, da allora in poi, menerà una vita puramente larvale, all'ombra del processo (è questa il succo della dottrina dell'equivalenza). Di contrario avviso C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 492 s. (e, da ultimo, C. CASTRONOVO, *Spigolature*, cit., 714 s.) per il quale «da condanna all'esatto adempimento, nei contratti a prestazioni corrispettive, è in realtà una condanna al risarcimento on forma specifica. Il presupposto sostanziale della relativa domanda giudiziale è infatti che «uno dei contraenti non adempia(a) le sue obbligazioni (art. 1453, 1 comma), dunque l'inadempimento. E l'effetto giuridico indefettibile dell'inadempimento è la responsabilità concretizzantesi nella obbligazione di risarcimento del danno (art. 1218)». Questo è certamente vero, quando la prestazione sia divenuta impossibile per causa imputabile al debitore. Ma se la prestazione (l'utilità che, nel migliore dei mondi sarebbe stata trasferita spontaneamente dal debitore al creditore) è, *in rerum natura*, ancora attingibile, perché chiamare in causa il risarcimento del danno (sia pure in forma specifica), tanto più quando, come nel caso di Castronovo, si nutre il fermo (e condivisibilissimo) convincimento che la riparazione in natura sia soltanto una '*species*' del '*genus*' risarcimento? Il risarcimento, nelle sue varie forme, è un modo di riscrivere la regola di diritto sostanziale (ragione per la quale il 'risarcimento

danno' pur nella astratta, perdurante disponibilità materiale della 'res'⁸⁷.

Provo a riassumere il senso del discorso sviluppato sin qui. In primo luogo, a differenza di quanto si potrebbe ritenere d'acchito, l'art. 1453 cod. civ. rappresenta sì un'alternativa all'art. 1218 cod. civ., ma solo entro i limiti chiariti in precedenza. Ciò significa che l'art. 1453 cod. civ., per una parte - quella consacrata all'azione di adempimento - reitera il disposto dell'art. 1218 cod. civ.; mentre per la parte in cui apre la strada all'azione di risoluzione, esso, come ho già detto, individua un'alternativa verace alla tutela in natura del credito, ma così tanto verace da distaccarsene del tutto, di talché il confronto perde qualsiasi

del danno' dell'art. 1218 cod. civ. non è un risarcimento genuino: v. *infra*, nt. 88): a volte si tratta di un procedimento complesso (come nel caso del torto aquiliano), a volte di un procedimento abbreviato (come nel caso del torto contrattuale) ma, in entrambi i casi, si ripara una perdita, non si attua un diritto soggettivo (da questo punto di vista mi sembra debba sempre tenere presente l'insegnamento di Renato Scognamiglio (per il quale rinvio a R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010) Autore al quale si deve una messa a punto, pressoché definitiva, della distinzione tra risarcire e reintegrare). Nella ritrosia ad ammettere che non vi sia alcuna mediazione tra il fallimento della spontaneità e il prendere campo della coattività mi sembra di riscontrare qualche analogia tra la posizione di Castronovo e quella di L. MONTESANO, *La tutela*, cit., 162 s.

⁸⁷ Davvero, per dirla con il giovane Hegel, la prestazione sradicata dal nesso che la legava all'interesse del creditore, appare come «morta positività», destinata ad esaurirsi nella misura estrinseca della '*aestimatio rei*'. Dubbi sulla pertinenza del richiamo all'art. 1256, comma 2 cod. civ. esprime P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 61-62. A mio avviso, pur nella diversità dei contesti, «non scarsa importanza» e «non più interesse a conseguirla» (la prestazione) esprimono la medesima tendenza ad emancipare l'impossibilità, nel senso di sopravvenuta inidoneità della prestazione a soddisfare l'interesse del creditore, dalla declinazione naturalistica abbracciata dall'art. 1218 cod. civ.

credibilità già solo sul piano di una logica elementare⁸⁸. D'altra parte, non si vede per quale motivo si dovrebbe precludere al

⁸⁸ Un corollario di quanto appena affermato nel testo è che il creditore 'corrispettivo', al pari del creditore 'a senso unico', allorché decida di vestire ancora i panni del creditore, rinunciando ad indossare quelli del contraente non inadempiente, avrà accesso, una volta divenuta la prestazione impossibile per causa imputabile al debitore, al 'risarcimento del danno' di cui si parla all'art. 1218 cod. civ. Tale ultima affermazione presuppone l'adesione ad una lettura del medesimo art. 1218 – e, appunto, del suo 'risarcimento del danno' – sulla base della quale il rimedio in questione, a dispetto del *nomen legis*, sarebbe cosa diversa dalla misura genuinamente compensativa prevista dall'art. 1223 cod. civ., collocandosi, piuttosto, nell'orizzonte della tutela reale, sia pure per equivalente (L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in materia di responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 76 s., 91 s. e ora anche in *Nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino 2015, 124 s., 138 s.). Dissente la prevalente dottrina alle perplessità della quale ha dato voce da ultimo F. PIRAINO, *Il risarcimento sostitutivo tra adempimento in natura e risoluzione del contratto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 574 – 575. Piraino muove dall'assunto secondo il quale io avrei sostenuto che il c.d. risarcimento sostitutivo mira ad attuare la prestazione inadempita (574) o che sempre il medesimo risarcimento sostitutivo sia assimilabile all'adempimento in natura (575, nt. 92). In una certa misura, il dissenso è più apparente che reale nella misura in cui l'interlocuzione investe piani diversi. Le mie riserve sulla riconducibilità del 'risarcimento del danno' ex art. 1218 cod. civ. entro l'alveo della tutela risarcitoria traggono origine dal tentativo (da me perseguito) di tracciare una netta linea di demarcazione tra il 'risarcire' e il 'reintegrare'. Ridotta all'essenziale, una volta adottata questa prospettiva, la questione può essere formulata così: il risarcimento di cui parla l'art. 1218 cod. civ. è una '*species*' del '*genus*' risarcimento del danno, oppure è un modo di mimare la prestazione originaria? C'è un argomento inoppugnabile, a mio avviso, contro l'idea secondo cui il 'risarcimento' dell'art. 1218 cod. civ. sarebbe un risarcimento autentico e cioè che il risarcimento autentico compensa una perdita, mentre il risarcimento sostitutivo supplisce alla lesione di un diritto soggettivo. Diversamente opinando, ove cioè si aderisse alla prospettiva indicata da Piraino, ne verrebbe compromessa l'unitarietà della nozione di danno, in quanto pregiudizio neutralizzabile attraverso lo specifico rimedio risarcitorio:

unitarietà suggellata, come è noto, dal cbn. disp. degli artt. 1223 e 2056 cod. civ. Infatti, il danno riflesso nello specchio delle due norme testé richiamate e sottratto all'incertezza incombente sulla parola, ha un significato preciso ridicibile alle rigorose condizioni di uso della nozione che il legislatore ha provveduto ad istituire, e identificabili nella «perdita subita» (danno emergente) e nel «mancato guadagno» (lucro cessante). Orbene, se davvero il danno di cui parla l'art. 1218 cod. civ. fosse il medesimo danno di cui parlano gli artt. 1223 e 2056 cod. civ., ne discenderebbe che il lucro cessante, una volta sta ad indicare la perdita, intesa nel senso di mancata messa a profitto del cespite sottratto al creditore attraverso l'inadempimento, un'altra volta sta ad indicare la perdita intesa nel senso della sottrazione del cespite in quanto tale (al riguardo si vedano gli illuminanti rilievi di A. BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica-causalità materiale» e i criteri di determinazione del danno da risarcire*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 117 s. spec.126. Sulla distinzione, di matrice angloamericana, tra danno 'generale' e danno 'conseguenziale', G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005. Forti riserve sulla tenuta della categoria esprime ora T. PELLEGRINI, *Interesse*, cit., 180-184). Si tratta, all'evidenza, di usi diversi del medesimo segno: e questo è un chiaro indice, a mio avviso, della necessità di distinguere i danni-conseguenza di cui all'art. 1223 cod. civ., dal «danno» di cui all'art. 1218 cod. civ. il quale, non essendo un danno '*stricto sensu*', neppure può essere rimediato per via risarcitoria. Quanto all'argomento per cui il risarcimento sostitutivo condividerebbe con il risarcimento dei danni consequenziali «da medesima causa di esonero: l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore» (F. PIRAINO, *Il risarcimento*, cit., 575, nt. 92), esso è sicuramente condivisibile, ma a patto di chiarire che sono questi ultimi a subire la '*vis attractiva*' del primo, e non viceversa, come sembra lasciar pensare il discorso di Piraino. Ne approfitto per provare a rispondere ad un'altra obiezione che mi è stata mossa, relativamente all'idea (formulata in alcuni scritti, compreso quello richiamato appena sopra) che il 'risarcimento del danno' di cui parla l'art. 1218 cod. civ. troverebbe il suo omologo (art. 948 cod. civ.) nella corresponsione del valore della cosa cui è tenuto l'autore dello spoglio quando, per fatto di quest'ultimo, la cosa sottratta al *dominus* sia andata perita o smarrita (S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 742 s.; F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1097 s.). Ora, sempre che non ne abbia frainteso il senso, a me pare che questa critica, in definitiva, tragga alimento dalla pura e semplice riproposizione della *summa divisio* tra diritti reali

e di diritti di credito, alla quale corrisponderebbe, sul piano rimediabile, la intraducibilità di obbligazione restitutoria e di obbligazione risarcitoria. Secondo la prospettiva in esame, in altri termini, nel caso dello spoglio, la sopravvenuta inattuabilità della *res* darebbe ingresso ad una *restituzione* per equivalente, mentre nel caso dell'inadempimento (da impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa imputabile), quella medesima inattuabilità aprirebbe la strada ad un *risarcimento* sostitutivo: le due misure, cioè, avrebbero in comune di essere entrambe un ripiego, ma, se è chiaro in che senso lo sarebbe la prima la quale mimerebbe un dispositivo - l'obbligazione restitutoria - finalizzato a reintegrare un diritto soggettivo (il diritto di proprietà), non si capisce (davvero, non si capisce) di cosa prenderebbe il posto la seconda. Premesso che già qualche sospetto lo dovrebbe destare il fatto che il medesimo congegno - la 'sostituzione' - venga posto al servizio di forme di tutela per definizione irriducibili l'una all'altra, la tutela reale e la tutela risarcitoria, sul piano della semplice logica, poi, non si vede in che modo possa applicarsi l'idea di 'sostituzione' (pecuniaria) ad un rimedio - il risarcimento - immaginato dal legislatore come pecuniario *ex se*, se non concedendo che il 'sostituto' intrattenga con il 'sostituito' un rapporto assai più intimo di quanto, secondo le vedute correnti, non si sia disposti a concedere: voglio dire che, mentre ha un senso predicare la 'equivalenza' o la 'sostitutività' della misura consistente nel pagamento del valore monetario della cosa spogliata, posto che essa, in effetti, subentra alla reintegra, l'idea di un risarcimento che sostituisce...un risarcimento è una vera e propria contraddizione in termini. Se, invece, si tiene ferma l'idea che il compito del 'risarcimento' *ex art. 1218 cod. civ.* è di apprestare l'equivalente monetario non dell'adempimento ma dell'utilità riservata al creditore in quanto titolare di un diritto soggettivo, ne discenderà che, qui, il 'risarcimento' tiene luogo dell'attingimento forzoso della *res* (esattamente come accade alla corresponsione del valore della cosa dell'art. 948 cod. civ. dove, peraltro, tutto è reso molto più limpido dalla esplicitazione - attraverso l'inciso «oltre a risarcirgli il danno» - della ovvia autonomia di cui gode il rimedio autenticamente compensativo). Quindi, siccome il 'sostituto' non può distinguersi dal 'sostituito' se non per il modo in cui il fine viene raggiunto e giammai per il fine in sé, il 'risarcimento' dell'art. 1218 cod. civ. sarà destinato a iscriversi nell'orbita della tutela reale, sia pure per equivalente e, ancora, a svincolarsi da qualsiasi rapporto con l'art. 1223 cod. civ. (il quale, nell'economia della tutela del credito genericamente intesa, occupa il medesimo spazio che,

creditore ‘corrispettivo’ - il quale preferisca, nel caso concreto, mettere l’accento su ‘creditore’ piuttosto che su ‘corrispettivo’ - l’accesso al risarcimento sostitutivo (che, per le ragioni richiamate alla nt.88, non è vero risarcimento), una volta che si siano verificate le condizioni dell’art. 1218 cod. civ. Esempio. Supponiamo che

nell’economia della tutela della proprietà, sempre ‘*lato sensu*’, occupa quell’ «oltre a risarcirgli il danno» richiamato poco sopra). Della rilevanza sistematica dell’inciso si avvede F. PIRAINO, *Sulla natura*, cit., 1100-1101 il quale, però, se ne serve per rimarcare la differenza che, a suo avviso, passerebbe tra restituzione per equivalente e risarcimento sostitutivo, ancora una volta nel presupposto che l’inesecuzione della prestazione integri gli estremi del danno emergente: con la conseguenza che il ‘risarcimento’ dell’art. 1218 cod. civ., in tal modo, viene ‘*recta via*’ assimilato al risarcimento dell’art. 1223 cod. civ.. Ma, mi permetto di osservare, questo è esattamente ciò che andrebbe dimostrato e non soltanto assunto come vero. Beninteso, tutto questo perderà di significato se, come accade ai miei interlocutori, la premessa maggiore del discorso è costituita dal fermo, incrollabile convincimento che i diritti reali siano i diritti reali e i diritti di credito, i diritti di credito (dove la copula esprime tutta la pregnanza ontologica del verbo ‘essere’ ereditata dalla tradizione aristotelica). Infine, basta mettere a confronto l’art. 948 cod. civ. e gli artt. 2037-2038 cod. civ. per rendersi conto della differenza che passa tra il ‘restituire’ allorché esso, in quanto funzionale alla reintegra del diritto di proprietà, soggiace al criterio di imputabilità del ‘*fatto proprio*’ dell’autore dello spoglio; e il ‘restituire’ allorché esso, in quanto funzionale al ripristino di un equilibrio patrimoniale (obiettivo rispetto al quale le disposizioni testé richiamate operano alla stregua di una regolamentazione postuma del contatto sociale istituito dalla *traditio*), soggiace al solo criterio della buona o della mala fede. Al riguardo v. le osservazioni di A. IULIANI, *La fisionomia del danno e l’ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 169; ma già nello stesso senso C. ARGIROFFI, *Delle azioni a difesa della proprietà*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 150 s. Il significato e il valore sistematici della formula «fatto proprio», in altre parole, non tollerano ridimensionamenti perché ad essa è consegnata la inesorabilità del destino che incombe sull’autore dello spoglio il quale, al pari del debitore, potrà sottrarsi alla condanna solo provando il caso fortuito o la forza maggiore.

Tizio abbia acquistato da Caio un quadro il cui valore di mercato è pari ad Euro 100.000,00 pagandolo, per motivi i più disparati, Euro 70.000,00. Supponiamo, altresì, che il quadro vada distrutto per una causa imputabile a Caio. Ora, è evidente che Tizio potrebbe non avere alcun interesse a sbarazzarsi del contratto: pagherà i suoi Euro 70.000,00, incamererà Euro 100.000,00 (l'«*aestimatio rei*» del quadro) con un guadagno di Euro 30.000,00, e, in più, come precisa l'art. 1453, comma 1 cod. civ., senza lasciare adito a dubbi, potrà chiedere il risarcimento del danno (art. 1223 cod. civ.), ossia le spese sostenute per organizzare la mostra che avrebbe dovuto ospitare il quadro e i mancati guadagni, facilmente stimabili sulla base di serie storiche legate al nome dell'autore, alla *location* (come si dice oggi), ai flussi turistici, ecc.

In secondo luogo, si è visto che il «ritardo» dell'art. 1218 cod. civ., specie se letto alla luce dell'art.1256, comma 2 cod. civ., introduce, all'interno della disciplina dell'obbligazione, un ordine di considerazioni simile a quello che ispira l'art. 1455 cod. civ. là dove la risolubilità del contratto è subordinata alla circostanza che l'inadempimento sia di non scarsa importanza «avuto riguardo all'interesse» dell'altra parte. È vero, come ho già detto, che l'interesse del creditore (quello di cui parla, programmaticamente, l'art. 1174 cod. civ.) non è assimilabile a quello del contraente non inadempiente, nel senso che la valutazione dell'interesse di quest'ultimo deve, per forza di cose, farsi carico della variabile rappresentata dal suo investimento nel contratto. Tuttavia, a mio avviso, almeno un segmento di quella valutazione rimane confinata entro il perimetro tracciato dall'art. 1174 cod. civ., nel senso che il giudice dovrà, per un attimo, fare astrazione dalla circostanza che l'attore agisca nella veste di contraente piuttosto che in quella di creditore, per poi proseguire dando ingresso alle specifiche ragioni imposte dal desiderio dell'attore medesimo di sbarazzarsi del

contratto⁸⁹. Ad ogni modo, resta il fatto che «ritardo» e «inadempimento di non scarsa importanza» condividono un approccio qualitativo all'inadempimento, nel senso che entrambi i criteri emancipano l'inadempimento dal vincolo naturalistico istituito dall'art. 1218 cod. civ.⁹⁰. L'inadempimento qualitativo (o definitivo) è motivo di grande angustia per la dottrina: e ciò si spiega agevolmente, ove si consideri che, uscita di scena la natura sotto forma di perimento o smarrimento della *res*, sembrerebbe riprendere campo l'arbitrio (a seconda dei casi, del creditore o del contraente non inadempiente)⁹¹. In realtà, si tratta di un mero effetto ottico, perché la fuga arbitraria da un vincolo giuridico (si tratti di un rapporto obbligatorio o di un contratto) è inibita dalla legge (basti pensare a quanto dispone l'art. 1372 cod. civ.), sicché l'opzione, a favore del risarcimento sostitutivo o della risoluzione, sarà ammissibile solo quando sia venuto meno la stessa ragion d'essere di quel vincolo: stato di cose, questo, che non godendo più del potente ombrello dell'evidenza assicurata dalla materialità

⁸⁹ In concreto, questo significa che un inadempimento il quale appaia compatibile con la conservazione del rapporto obbligatorio esigerà, poi, una motivazione qualificata ai fini della risoluzione del contratto. Del resto, se così non fosse, la conseguenza, paradossale, sarebbe che il giudizio sull'inadempimento in vista della risoluzione finirebbe per appiattirsi sul giudizio sull'inadempimento in funzione dell'adempimento (cioè, del 'risarcimento' *ex art.1218 cod. civ.*); o, per converso, finirebbe per fluttuare in una sorta di vuoto pneumatico, del tutto immemore della genesi 'obbligatoria' della vicenda.

⁹⁰ Si tratta degli inadempimenti definitivi di cui parlava Giorgianni (M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 120 sui quali torna da ultimo G. GRISI, *Responsabilità e risoluzione del contratto*, in *Scritti in onore di C. Castronovo*, cit., III, 1665 s., nel quadro di un'analisi dei rapporti tra l'art. 1218 cod. civ. e l'art. 1453 cod. civ. largamente convergente con quella sviluppato da me.

⁹¹ Angustie delle quali si fa interprete da ultimo F. PIRAINO, *Il risarcimento*, cit., 555 s.

dei processi fisici, dovrà per forza essere rimesso all'apprezzamento del giudice secondo lo schema delineato dall'art. 1455 cod. civ. ma implicito anche nel riferimento al ritardo di cui all'art. 1218 cod. civ.⁹².

⁹² Un interessante tentativo di performare legislativamente la classe degli inadempimenti definitivi, in tal modo riducendo sia l'arbitrio del creditore, sia la discrezionalità del giudice, può ravvisarsi nel §281 BGB – in genere addotto come prova della generale tendenza dei sistemi giuridici più evoluti a coltivare la fuga dal c.d. adempimento in natura – a mente del quale, al cospetto di un inadempimento o di un adempimento inesatto, il creditore potrà chiedere il risarcimento del danno in luogo della prestazione, purché egli abbia preventivamente fissato un termine adeguato per l'esecuzione della prestazione o per la sua ripetizione. È chiaro che l'onere imposto al creditore ha come effetto quello di ritualizzare, di rendere percepibile oggi al debitore, domani al giudice e, quindi, in ultima analisi, di oggettivizzare, l'incombente perdita di interesse del creditore alla ricezione della prestazione (v. P. BYDLINSKI, H.P. WESTERMANN, R. WEBER, *BGB. Schuldrecht allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 2010, 158-159). Ad una logica non troppo diversa risponde, da noi, la diffida ad adempiere (su cui v., da ultimo, C. GRANELLI, *Uno strumento (di dubbia efficacia) di risoluzione stragiudiziale: la diffida ad adempiere*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, Bologna, 2018, 195 s.), anche se, in quest'ultimo caso, l'iniziativa del creditore prelude alla risoluzione del contratto e non alla sua conservazione, sia pure per equivalente. In generale, poi, si può osservare che gli 'avvertimenti' (le *Mahnungen* tedesche) indirizzati dal creditore alla controparte rivestono un duplice significato: da un lato, ne testimoniano il perdurante interesse a ricevere la prestazione; dall'altro, ne segnalano l'incombente *deficit* di pazienza. Questa duplicità di significati si traduce, 'recta via', in una duplicità di funzioni: per la parte in cui l'avvertimento' segnala la perduranza dell'interesse, si può dire che esso agisca da misura di coercizione indiretta (A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 227 s.); per la parte in cui l'avvertimento' prelude al cambio (parziale o totale) di scena, esso agisce da istitutore della definitività dell'inadempimento. Considerazioni analoghe valgono per la costituzione in mora: al riguardo v. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Torino, 2011, 202 s. Per tornare poi al punto cui accennavo inizialmente – ripudio del primato dell'esecuzione in natura da parte del diritto tedesco dopo la riforma - si può richiamare l'autorevole opinione di

Da questo discorso si possono trarre, a mio avviso, due conclusioni. La prima è che quella del ‘primato’ dell’adempimento in natura appare oggi una formula decisamente ridondante perché essa, in realtà, è solo un modo un po’ enfatico di evocare l’intangibilità *ab uno latere* del rapporto obbligatorio. Certo, come ho già ricordato, l’enfasi fu pienamente giustificata in un tempo in cui la riaffermazione, sul piano del diritto sostanziale, del ‘primato’ rispondeva all’esigenza di allineare il credito alla proprietà in punto di tutela giurisdizionale e, in specie, in punto di tutela esecutiva, attuando così un’operazione di segno eguale e contrario a quella agglutinata nella *summa divisio* sattiaiana. Venuta meno quell’esigenza

R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, Oxford, 2010, 43 il quale sottolinea come, nonostante le numerose vie di fuga offerte tanto al creditore - §§280-283 BGB – quanto al debitore §275 BGB – l’esecuzione in natura resti, per il diritto tedesco, il principio ispiratore. E questo per una ragione molto semplice: e cioè che mentre gli altri sono ‘rimedi’, l’esecuzione in natura è ancora considerato un effetto parimenti naturale del contratto, secondo una logica che da noi precipita nell’art. 1372 cod. civ. Concludo osservando che il (presunto) appassimento del principio dell’esecuzione in natura (che, in realtà, è solo un modo per descrivere malamente le tecniche adottate dai legislatori continentali di maggior peso per accertare il perdurare dell’interesse del creditore alla ricezione della prestazione, ovvero per evitare che l’attingimento materiale dell’utilità promessa o, comunque, dovuta, comporti costi intollerabili per il debitore e, quindi, per la collettività), trova una clamorosa smentita nell’art.1221 nCCFr a mente del quale «“le créancier d’une obligation, apres mise en demeure, en poursuivre l’exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s’il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier”». Del resto, durante tutto il XX secolo la dottrina e la giurisprudenza francesi avevano lavorato nel senso di una limitazione della portata applicativa del art. 1142 CCFr. (eco del ‘*nemo ad factum praecise cogi potest*’) alle sole ipotesi in cui l’esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare di cui ai successivi artt. 1143 e 1144 avesse messo a repentaglio l’integrità della sfera esistenziale del debitore (M.A. GOERG, *Exécution*, cit., 90 s.).

e definitivamente acquisita all'ordinamento la coercibilità del diritto di credito (basti pensare all'art. 614 – *bis* cod. proc. civ.), il 'primato' (e il dibattito intorno ad esso) perde gran parte del suo interesse e, anzi, rischia di alimentare l'equivoco di un creditore prigioniero della prestazione fino alla sopravvenuta impossibilità di quest'ultima.

Si tratta di un equivoco tanto più ingiustificato - e veniamo così alla seconda conclusione – perché, come si è visto, il raggio d'azione dell'inadempimento 'liberatorio', cioè propedeutico al 'risarcimento del danno' di cui all'art. 1218 cod. civ. supera i confini dell'impossibilità sopravvenuta e include gli 'inadempimenti definitivi' (o qualitativi), i quali azzerano l'interesse del creditore a riceversi la prestazione anche là dove quest'ultima, nella sua materialità, resti ancora possibile.

Il tema del 'primato' dell'adempimento in natura il quale, sul piano della storia e della cultura, intreccia quello dell'effettività della tutela giurisdizionale con riguardo, in primo luogo, ai diritti di credito, mi consente di accennare ad un'altra questione, in passato molto dibattuta nella dottrina processualistica e, poi, anche civilistica, e cioè quella della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata⁹³. La sua genesi è, appunto, tutta interna all'orizzonte del processo, dove l'idea che la sentenza di condanna ripeta il proprio fondamento dall'attitudine a costituirsi come titolo esecutivo incespica in quei casi nei quali la prestazione fa corpo unico con l'utilità attribuita al creditore, ovvero, come si suole dire, la prestazione è infungibile. Il punto è alquanto aggrovigliato perché le sue implicazioni teoriche e (gius)politiche (in particolare queste ultime) ne eccedono i confini epistemologici. Cosa intendo

⁹³ Per un riepilogo della quale v. ora A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art.2907*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018 688 ss.

dire? Ad es., che le indubbie difficoltà cui va incontro il canone chiovendiano tutte le volte in cui prestazione e utilità si immedesimano sono state attratte entro un ordine del discorso dominato dall'esigenza di deprimere, anzi, di negare, la vocazione del credito ad essere attuato in forma specifica. In altre parole, un vincolo naturalistico (uno dei tanti nei quali si imbatte, inevitabilmente, un costrutto – il diritto - che intrattiene con la natura rapporti molto tormentati) è stato convertito in un vincolo dogmatico, poi invocato a riprova della (presunta) congenita inferiorità del credito rispetto alla proprietà.

Lo sconfinamento può assumere una seconda forma (molto meno arbitraria, nel senso che esso si mantiene entro i limiti di una controversialità inerente alla cosa, ma che, in pari tempo, si espone al rischio del truismo) agglutinata attorno al carattere necessariamente patrimoniale della prestazione (art. 1174 cod. civ.), inossidabile garanzia dell'accesso all'esecuzione per espropriazione e, dunque, presidio, parimenti inscalfibile, del nesso condanna - esecuzione⁹⁴. Infine, la ricaduta dell'infungibilità sul nesso condanna – esecuzione può essere trattata alla stregua di un problema di ordine pratico (ovvero di politica legislativa) e non come modalità di riscrittura di quel nesso destinata a sfociare nella selezione di una sottospecie di sentenze di condanna, che, in realtà, non sono più sentenze di condanna ma di accertamento. È la via chiovendiana all'effettività prima maniera⁹⁵, poi tornata in auge negli anni⁷⁰, grazie, fundamentalmente alla riflessione di Proto Pisani⁹⁶ il quale, a prescindere dalla maggiore o minore

⁹⁴ È la prospettiva privilegiata da A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., 697 s. Sulla questione in generale v., da ultimo, T. PELLEGRINI, *Interesse*, cit., 173 s.

⁹⁵ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 247 s.

⁹⁶ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1104 s. e poi in A. PROTO PISANI, *Appunti*, cit., 121 s. Una notazione di gusto eminentemente filologico: la critica che Proto Pisani sviluppa nei riguardi

condivisibilità delle soluzioni tecniche proposte (il presidio penale dell'ordine del giudice) coglie del nesso la portata prescrittiva e non puramente fenomenologica⁹⁷, in questa operazione certo aiutato

della dottrina della correlazione necessaria (A. PROTO PISANI, *Appunti*, cit., 134-136) investe chiaramente la declinazione 'fenomenologica' e non quella 'prescrittiva' di tale dottrina (sulla distinzione v. nt. successiva).

⁹⁷ 'Prescrittivo' v. 'fenomenologico', qui, può essere rideclinato nei seguenti termini. In una prospettiva di tipo chiovendiano, la circostanza che la condanna sia la via d'accesso all'esecuzione forzata rappresenta, per così dire, la premessa maggiore del sillogismo, sicché da allora in poi, là dove l'attingimento forzoso dell'utilità (non ricalcolata secondo il suo valore di mercato) incespichi, come ho già detto, nell'infungibilità, si tratterà di trovare un espediente pratico idoneo ad aggirare l'ostacolo (cosa che, alla fine, ad es., nell'esperienza italiana è avvenuta con l'art. 614 – bis cod. proc. civ.). Nella prospettiva 'fenomenologica' (per citarne solo un alfiere: Attardi, ma da ultimo, lo stesso Chizzini), il nesso è predicabile solo se, in concreto, la condanna sia attuabile '*manu militari*', sicché l'inciampo proposto dall'infungibilità viene aggirato, in questo caso, o scartando sulla necessaria patrimonialità della prestazione (garanzia della sua liquidabilità e, dunque, della sua presa per equivalente), oppure declassando la condanna ad accertamento, dimentichi del fatto che una mossa di questo genere avrebbe la singolare conseguenza di immutare lo stato di cose consegnato al processo dal diritto sostanziale. Voglio dire questo: ci sono stati di cose introdotti nel processo, l'accertamento dei quali equivale a soddisfare il programma icasticamente delineato dall'art. 2907 cod. civ. (accertamenti meri: artt. 949, 1079 cod. civ.; accertamenti costitutivi: artt. 2900, 2932 cod. civ.), ma si danno anche stati di cose – ad es., l'affermazione della esistenza di un titolo attributivo di un'utilità sottratta al creditore – rispetto ai quali l'accertamento, nelle sue due versioni, è quantomeno inadeguato. In altre parole, a decidere della natura di un provvedimento giurisdizionale sono le caratteristiche del rapporto sostanziale dedotto in giudizio: a nessuno verrebbe in mente di ventilare la possibilità che la domanda di risoluzione venga accolta da una sentenza di condanna! Il ragionamento può essere sviluppato anche a prospettiva invertita, nel senso che una sentenza può dirsi di mero accertamento solo là dove l'accertamento effettuato dal giudice consente al processo di attuare la tutela giurisdizionale. Ne discende che l'idea di un mero accertamento tale per sottrazione – ovvero, la condanna meno il nesso con

dal disgelo costituzionale, dalla ‘scoperta’ dell’art. 24 Cost., dall’art. 18 Stat. lav.

Dei tre profili, solo il secondo e il terzo presentano ancora interesse, risultando ormai del tutto improponibile un uso in chiave

l’esecuzione forzata – suona abbastanza bizzarra, perché, alla fine, l’unico risultato che otterremo sarà una strana sentenza la quale accerta senza dirimere o condanna senza surrogare. Per tornare alla distinzione tra ‘prescrittivo’ e ‘fenomenologico’, sembrerebbe che, delle due declinazioni del nesso, la prima soggiaccia ad una forma di pensiero essenzialista, là dove predica l’immanenza del mezzo esecutivo più appropriato al provvedimento di condanna, ovvero, in altri termini, iscrive nello statuto logico della condanna il suo destino di titolo esecutivo; mentre la seconda esibirebbe il volto accattivante di un approccio pragmatico, capace di articolare la grammatica delle forme di tutela in funzione del dato di realtà. A ben vedere, però, questo è uno di quei casi nei quali l’ossequio alla natura, che qui si presenta nei panni dell’infungibilità, è pura e semplice violazione della nota legge: e un infallibile indicatore del *vulnus* arrecato proprio alla grammatica delle forme di tutela si ritrova nella conversione di condanna in accertamento. Viceversa, la fedeltà chiovendiana al nesso prescrittivamente inteso è fedeltà non ad ‘un a priori’, ma ad uno dei costrutti fondativi dello Stato moderno, ovvero il diritto soggettivo, figura nella quale si concentra, come in un immenso buco nero, tutta la violenza avocata a sé dal nuovo soggetto. I suoi inciampi – si chiamino spoglio, inadempimento, infungibilità – sono gli (apparenti) ostacoli che, temporaneamente, si frappongono alla presa sulla realtà di un ordine che si autoconcepisce come totale. In questo Chiovendia è un grande interprete della modernità: sicché, le critiche rivoltegli da G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali storia cult. giur.*, 1977, 455 s., ora in *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, 1989, 109 s., si alimenteranno certamente di buone ragioni filologiche, ma hanno il solo, piccolo, difetto di non tenere conto della storia. Contrapporre, al netto delle beghe accademiche e politiche raccontate da F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, Mortara (campione del pensiero liberale) a Chiovendia (campione del pensiero statalista e autoritario) significa, a mio sommo avviso, trascurare che statalista e autoritaria non era la dottrina, quanto, piuttosto, la realtà che, attraverso quella dottrina, trovava compiuta espressione.

interdittiva della correlazione tra condanna ed esecuzione forzata. Prendiamo in esame, in primo luogo, la questione della patrimonialità della prestazione. Ora, che tutti i salmi finiscano in gloria: in altri termini, che l'«*aestimatio rei*», cioè lo spurio 'risarcimento del danno' di cui parla l'art. 1218 cod. civ., preservi la vocazione esecutiva della condanna, è tanto vero quanto ovvio. Impostato in questi termini, però, il discorso va, per così dire, oltre se stesso, finendo per attribuire alla pecuniarizzazione dell'utile riservato al creditore il compito di garantire la giuridicità del vincolo. Scrive, ad es., Chizzini: «In quanto nell'ordinamento vigente non si conoscono altri mezzi di tutela rispetto a quelli definiti dal sistema processuale...funzionali a realizzare in via coattiva l'obbligazione stessa, si riconosce rilevanza solo a quei vincoli che sono riducibili a una valutazione economica, al fine di assicurare sempre – in caso di inadempimento – quella residuale tutela che è data dall'attuazione del processo per espropriazione... Per il sistema sostanziale, che si struttura sull'art. 1174 cod. civ. dovrà, allora, operare in generale la conversione nel risarcimento del danno, data la valenza patrimoniale dell'obbligazione. Altrimenti non c'è tutela proprio perché non c'è obbligazione giuridicamente rilevante»⁹⁸.

Tutto questo è incontrovertibilmente vero: ma, ed è questo il punto decisivo, è vero in generale, cioè per ogni sorta di obbligazione, e non soltanto per quelle obbligazioni che hanno ad oggetto prestazioni infungibili; così come, del resto, il dispositivo pseudo - risarcitorio contemplato dall'art. 1218 cod. civ. con riguardo all'ipotesi della sopravvenuta impossibilità imputabile trova applicazione sempre e non soltanto quando la prestazione sia infungibile. In altre parole, la patrimonialità è sempre un requisito performativo dell'obbligazione e non soltanto in alcuni casi

⁹⁸ A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., 697 - 698.

particolari. Ne discende che far dipendere dalla sua risarcibilità la circostanza che la prestazione ‘infungibile’ possa essere dedotta in obbligazione risulta, sul piano interpretativo, una mossa quantomeno ambigua, perché il ‘risarcimento del danno’ non è pensato in funzione dell’infungibilità rivestendo, come ho già detto, una portata generale. Tra l’altro, questo modo di argomentare presenta, almeno ai miei occhi, un ulteriore limite nella misura in cui sembra accreditare l’idea secondo la quale, trattandosi di infungibilità, l’approdo alla misura sostitutiva si consumerebbe senza transitare attraverso l’*experimentum crucis* dell’impossibilità sopravvenuta: come se, cioè, nel caso in esame, l’inadempimento desse luogo, di per sé, al prendere campo del ‘sekundär Anspruch’. Si tratta, però, di un esito non conforme al sistema: nel senso che il sistema pone, anche qui senza distinguere tra fungibile e infungibile, quale condizione per il ricorso all’equivalente la circostanza che l’inadempimento (o il ritardo) dipenda da una sopravvenuta impossibilità imputabile al debitore.

Se le cose stanno così, e ci si vuole mantenere fedeli al sistema, senza cedere alla lusinga delle scorciatoie, è necessario chiedersi cosa significhi ‘sopravvenuta impossibilità imputabile’ allorché la prestazione sia infungibile. Per rispondere, è necessario tornare al punto di partenza, ossia ad un caso della vita in cui (beninteso, mantenendosi fedeli all’idioletto del giuridico) non è più possibile distinguere tra la sostanza e il suo predicato. Intendo dire questo. Si prenda, ad es., l’obbligazione di consegnare gravante sul venditore ai sensi dell’art. 1476, n. 1 cod. civ. la quale, in linea di massima, si presta ad essere adempiuta in vari modi: trattandosi di un quadro di medie dimensioni, il venditore potrà recapitarlo di persona al domicilio dell’acquirente oppure potrà affidarlo ad un corriere. Naturalmente, al variare della modalità di consegna prescelta, varierà anche il corredo di dati empirici su cui è destinato ad esercitarsi il giudizio di responsabilità. Così, se il venditore ha

optato per la prima soluzione – consegna ‘*brevi manu*’ – ed il quadro è andato distrutto nell’incidente automobilistico in cui il medesimo venditore è rimasto coinvolto durante il tragitto, si tratterà di ricostruire la dinamica del sinistro per stabilire se egli debba o non debba sopportare le conseguenze del perimento della cosa; se, invece, il venditore si è affidato alla seconda soluzione – consegna tramite corriere – nel caso del perimento della cosa, si dovrà appurare, in primo luogo se la scelta del trasportatore aveva tenuto conto della speciale professionalità imposta dalla delicatezza della consegna.

Proprio la diversità fattuale dei due contesti aiuta a vedere come, quando la prestazione sia fungibile, si registri una divaricazione tra l’inadempimento – pura e semplice inesecuzione della prestazione - e l’impossibilità sopravvenuta, ellissi di tutto ciò che sta alle spalle di quel singolo, puntuale episodio. Potremmo anche dire, avvalendoci di un paradigma descrittivamente facile, che, nella prospettiva dell’art. 1218 cod. civ., l’inadempimento consegue (è l’*effetto*) dalla impossibilità sopravvenuta (che, dunque, dell’inadempimento, individuerrebbe la *causa*). Chiediamoci, ora, se questo schema elementare valga anche con riguardo alla prestazione infungibile, riconsiderando il caso che, a occhio e croce, sembrerebbe più approssimarsi alla grammatica primaria dell’art. 1218 cod. civ.: quello del pianista che, alla vigilia del concerto, si cimenti in una scalata e si fratturi il metacarpo. Se volessimo spingere l’analogia fino in fondo, dovremmo dire che il metacarpo sta all’adempimento dell’obbligazione scaturente dal contratto d’opera, come il quadro sta all’adempimento dell’obbligazione di consegnare scaturente dal contratto di compravendita. Si tratta di una conclusione assurda, di per sé indice della circostanza per cui, allorché la prestazione sia infungibile, diversamente da quanto accade nel caso della prestazione fungibile, non è dato dissociare le condizioni dell’adempimento

dall'adempimento medesimo. In altri termini, se, in positivo, l'infungibilità, come detto, è sinonimo della perfetta compenetrazione di prestazione e utilità, in negativo, essa mette capo alla piena compenetrazione di impossibilità e inadempimento, nel senso che qui è l'inadempimento a rendere la prestazione impossibile, e non viceversa: ovvero, per riprendere lo schema causale proposto in precedenza, si assiste, nel caso in esame, ad un ribaltamento dei due termini, sicché sarà l'inadempimento a presentarsi come la causa, e non come la semplice conseguenza, dell'impossibilità.

Tutto questo significa che, sia pure attraverso un percorso apparentemente (chiarirò subito perché 'apparentemente') più tortuoso, anche la prestazione infungibile, al pari di quella fungibile, è, *ex se*, soggetta alla conversione nell'equivalente pecuniario del suo valore di mercato: di talché, sotto il profilo dogmatico, l'enfasi posta sulla patrimonialità della prestazione quale *condicio sine qua non* della giuridicità del vincolo può risultare fuorviante, quasi che sull'infungibilità, a causa della nota ritrosia ad una coercizione diretta, incombesse il fantasma della '*naturalis obligatio*'⁹⁹.

Si può aggiungere anche dell'altro (e così veniamo all' 'apparentemente'). L'art. 1218 cod. civ., a differenza di quanto si potrebbe credere d'acchito, è congegnato in modo alquanto complesso, perché le tipologie di inadempimento che la norma prevede sono tre, mentre l'impossibilità generatrice della sostituzione per equivalente sembrerebbe individuare (dell'inadempimento) il corollario invariabile. In realtà, ad un esame più ravvicinato, emerge come esista una stretta correlazione tra il modo di essere dell'inadempimento e il modo di essere dell'impossibilità. Il caso più semplice è quello nel quale

⁹⁹ V. nt. 6.

l'inadempimento è pura inesecuzione della prestazione, conseguente al perimento o allo smarrimento della cosa (in senso lato: non solo il quadro dell'esempio precedente, ma anche il pullmann con cui il *tour operator* avrebbe dovuto condurre i suoi clienti in giro per la città). Già il ritardo si sottrae a quella linearità, e ne è chiaro indizio la sua attitudine a proporsi come paradigma degli inadempimenti qualitativi, o definitivi. Infatti, il ritardo, come si è visto, non compromette la prestazione nella sua materialità, ma può spezzare il nesso che la collega all'interesse del creditore. Questo può avvenire in due modi diversi, a seconda che la '*solutio*' promani da un'attività più o meno complessa alla quale il debitore sovrintende e della quali, in pari tempo, è chiamato a rispondere (ad es., trattandosi di consegnare via mare, entro una certa data, una partita di merce, il debitore il quale si affidi, al solo scopo di risparmiare sui costi di trasporto, ad un cargo che, per avere imprudentemente violato le acque territoriali del paese X, viene posto sotto sequestro per un periodo tanto lungo da consumare l'interesse del creditore a ricevere il carico, dovrà senz'altro rispondere della sopravvenuta impossibilità della prestazione); ovvero che la '*solutio*' sia nella piena disponibilità non solo giuridica ma anche effettuale del debitore (ad es., trattandosi di consegnare al creditore la copia di un libro, questi – il debitore – per pura negligenza tardi sino al punto da, ancora una volta, azzerare l'interesse della controparte alla prestazione).

Ora, in questo secondo caso, la posizione del debitore 'fungibile' non è molto diversa da quella del debitore 'infungibile' e questo perché il ritardo può rendere la prestazione impossibile solo quando il tempo faccia corpo unico con l'utilità attesa dal creditore: e il tempo è una variabile che solo il debitore controlla, esattamente come la prestazione nella quale quella utilità sia incapsulata, senza che possibile separare l'una dall'altra. Naturalmente, per il modo (variabile) in cui il tempo si pone in

relazione con l'interesse del creditore, le conseguenze del ritardo possono essere molto diverse. Ad es., il ritardo può sottrarre valore alla prestazione ma non distruggere l'interesse del creditore alla '*solutio*': qui siamo fuori dal novero degli inadempimenti definitivi, sicché l'inesecuzione andrà 'risarcita' per equivalente solo 'pro quota'¹⁰⁰; oppure, a causa del ritardo, il creditore perde interesse alla prestazione nel suo insieme, per cui il 'risarcimento' coprirà per intero il valore di quest'ultima. Viceversa, allorché l'infungibilità copra per intero la prestazione, l'inadempimento darà ingresso alla misura 'risarcitoria' nella sua interezza.

¹⁰⁰ L'evenienza è meno fantasiosa di quanto si possa immaginare d'acchito. Supponiamo che, sulla base di una serie storica consolidata, tutte le transazioni finanziarie relative a titoli del mercato agricolo che si perfezionino tra le 10,00 e le 11,00 a.m. di dati giorni della settimana, incorporino, a Wall Street, a Francoforte o dove si vuole, l'incremento di valore che lo strumento ha conseguito nella precedente ora di negoziazioni. Supponiamo, altresì, che Tizio abbia acquistato, la sera prima, da Caio titoli di quel tipo per un importo pari ad Euro 100.000,00 sapendo che rivendendoli la mattina dopo, lucrerà comunque una plusvalenza. Supponiamo, infine, che Caio adempia l'obbligazione tardivamente, cioè trasferisca i titoli alle 11,00 a.m. (quando ormai, almeno per quel giorno, la possibilità di acquisire il differenziale è sfumata) e non alle 8,00 a.m., come pattuito. In un caso di questo genere, l'acquirente conserva l'interesse ad acquisire i titoli, sapendo che, almeno nel 'breve', la serie non è destinata ad interrompersi; tuttavia, se il giorno ancora successivo, la plusvalenza ammonterà ad Euro 8.000,00, mentre il giorno prima ammontava ad Euro 10.000,00, Tizio potrà chiedere a Caio un 'risarcimento' pari ad Euro 2.000,00. Sarebbe un grave errore, a mio avviso, riportare questi Euro 2000,00 al lucro cessante di cui all'art. 1223 cod. civ. – in altre parole, al danno – conseguenza – perché ciò significherebbe confondere il valore di un cespite con la sua messa a profitto. Per proseguire nell'esempio: l'acquirente potrà chiedere anche il risarcimento (questa volta senza apici) del danno patito per non aver potuto acquistare, smobilizzando subito tutti gli Euro 10.000,00 che avrebbe incassato se la prestazione fosse stata adempiuta puntualmente, una rara edizione del 'Principe' solo per quel giorno in vendita a metà del suo prezzo ufficiale.

Il discorso sviluppato più sopra mostra piuttosto chiaramente come l'infungibilità si insinui nelle pieghe della prestazione anche quando il bene che essa è destinata a procurare al creditore sia attingibile, riguardato nella sua morta obiettività, in via esecutiva. Il tempo è (o può essere) parte integrante del valore della prestazione e, per conseguenza, della idoneità di quest'ultima a soddisfare l'interesse del creditore: la sua perdita, cioè il ritardo, è definitiva e non rimediabile se non nelle forme del 'risarcimento' sostitutivo. Se rideclinato secondo la grammatica della correlazione di condanna ed esecuzione specifica, quello che ho detto sul ritardo mette in luce come lo scarto tra i due piani sia una costante del rapporto tra la cognizione (il luogo del processo in cui il diritto continua a celebrare la sua artificialità, nome, vagamente dispregiativo con cui non di rado si ama battezzare il rapporto tormentato che il diritto intrattiene con l'effettualità) e l'esecuzione, dove la proporzione tra artificio ed effettuale si ribalta a favore di quest'ultimo. Basterebbe appropriarsi davvero di questo ordine di idee, per liquidare una volta e per sempre l'idea che le difficoltà patite a seguito della inevitabile sua discesa agli inferi rappresentino una buona ragione per mettere in dubbio lo statuto di condanna del provvedimento che accoglie la domanda del creditore. Viceversa, un approccio corretto dovrebbe assumere l'infedeltà dello scarto come problema da risolvere al fine di accorciare, nei limiti del possibile, la distanza che separa la condanna dalla misura ideale della sua effettività (l'approccio seguito da Maestri del rango di Chiovenda e di Carnelutti), piuttosto che fare leva su quella distanza per trasformare in mero accertamento di un credito ciò che entra nel processo come rivendicazione di un'utilità assegnata all'attore dal diritto sostanziale.

Quest'ultima osservazione introduce il terzo dei tre punti attorno al quale, come ho detto, si agglutina il nodo della

infungibilità, quello relativo alla c.d. esecuzione indiretta, cioè all'adozione delle misure di coercizione della volontà del debitore teso, nella sostanza, a rendere l'adempimento conveniente al di là dei vantaggi connessi alla liberazione dal vincolo¹⁰¹. In assenza di una norma di carattere generale¹⁰² la dottrina, almeno quella di matrice chiovendiana, si era variamente ingegnata alla ricerca di un modo per sopperire alla oggettiva debolezza di uno strumentario soddisfacente tutto sbilanciato dal lato delle ragioni di tutela della libertà del debitore (si trattasse della proposta di Proto Pisani,

¹⁰¹ F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929, 7 s. aveva chiarito come, a differenza dell'esecuzione forzata, la misura coercitiva indiretta non mira a sostituirsi al debitore (secondo i canoni della dottrina dell'equivalenza) ma a indurre il debitore ad eseguire spontaneamente la prestazione. Nonostante talora la giurisprudenza mostri qualche incertezza, la misura di esecuzione indiretta obbedisce ad una *ratio* del tutto eccentrica rispetto a quella risarcitoria. V.S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art.614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur.it.*, 2010, 637 s. e, da ultimo, nello stesso senso, M. ZACCHEO, *Le misure di esecuzione indiretta*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 75. Chiarissimo, invece, l'orientamento delle corti francesi per le quali l'astreinte' oggi disciplinata agli artt. L131-L134 CPCE «est une mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts, et qui n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation, n'a pas pour objet de compenser le dommage né du retard...» (Cass. civ., 20 ottobre 1959, in *Recueil Dalloz*, 1959, 537. Per un esame aggiornato del tema v., da ultimo, M.A. GOERG, *Exécution*, cit., 112 – 113.

¹⁰² Più generoso, talora, il legislatore 'secondo': si pensi alla ricca di messe di tecniche di questo tipo storicamente rinvenibile in seno al diritto industriale. Vocazione all'effettività che ora trova conferma nell'art. 9 d.lgs. 2018/63 sulla protezione del 'know-how' riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, il quale dispone l'applicazione dell'art. 388 c.p. per il caso in cui taluno eluda l'esecuzione di un provvedimento del giudice che prescriva misure inibitorie o correttive a tutela dei diritti di proprietà industriale). Per non parlare, poi, dello storico art. 18 Stat. lav.

incentrata sulla valorizzazione del dispositivo penale o di quella di Mazzamuto il quale rinveniva un effetto compulsorio anche nella incombenza della esecuzione per espropriazione)¹⁰³. Oggi, però, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 614-*bis* cod. proc. civ., il quadro di riferimento ha subito una profonda trasformazione della quale è impossibile, a mio avviso, sottovalutare la portata. Qui la coercizione indiretta si attua per il tramite della fissazione, all'atto della condanna e su istanza di parte, di una somma di denaro che l'obbligato dovrà corrispondere «per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento». La norma, oggi, dopo la riforma del 2015, rubricata «misure di coercizione indiretta», in origine era stata pensata con riguardo ai soli obblighi di fare infungibili e a quelli di non fare.

Già di per sé l'estensione della misura ad ogni tipo di condanna, tranne quelle al pagamento di una somma di denaro, restituisce un'immagine sdrammatizzata della coppia fungibilità/infungibilità, ora appaiate nel comune destino di assoggettamento a strategie di contenimento dei costi addossati sulla collettività dal ricorso al processo esecutivo. In altri termini, si può dire che l'oltrepasamento delle colonne d'Ercole

¹⁰³ A ben vedere, infatti, non tanto rispetto alla violazione degli obblighi di fare o di non fare - l'esecuzione in forma specifica dei quali finisce per avvalersi proprio della esecuzione generica (così come la costitutività della sentenza è posta al servizio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto: si tratta di tutte ipotesi di quella dissociazione tra tecnica e forma di tutela illustrata a suo tempo da Di Majo (A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 11 s.) - quanto, piuttosto, rispetto all'attuazione forzosa degli obblighi di consegna e rilascio, l'esecuzione *ex art.* 2740 cod. civ. esibisce un grado di non comparabile invasività che, di per sé, dovrebbe offrire al debitore una buona ragione per presentarsi in teatro e suonare piuttosto che vedersi pignorato l'intero patrimonio o anche solo una parte di esso.

dell'infungibilità tradizionalmente intesa ('fare' e 'non fare' non surrogabili attraverso la tecnica della traslazione delle spese sul debitore) sta a significare almeno due cose: 1) la realistica presa d'atto della circostanza che tutte le prestazioni ancora possibili, rimanendo nella disponibilità del debitore, sono '*lato sensu*' infungibili. Questo tratto di più lasca 'infungibilità' si accentua, poi, proprio in funzione dell'obiettivo giuspolitico di ridurre la massa dei procedimenti esecutivi: obiettivo che viene perseguito, appunto, attraverso il ricorso a misure capaci di indurre il debitore ad un adempimento 'spontaneo'¹⁰⁴. In altri termini: esplicitamente assunta entro un orizzonte sistemico che trascende, in pari tempo conservandolo, il piano del rapporto obbligatorio puntualmente riguardato, l'infungibilità esibisce, con ancora maggiore chiarezza, il suo profilo chiovendiano di busillis di ordine squisitamente pratico; 2) il dileguamento, si direbbe definitivo, della '*vexata quaestio*' del nesso (condanna – esecuzione forzata) in conseguenza del fatto che il ventaglio delle opzioni ordinamentali intese a trasferire sul piano dell'effettualità l'ordine del giudice (e, quindi, a garantirne l'effettività), si è allargato (con la riforma del 2015) ben oltre il limite, tradizionale, della infungibilità in senso stretto ('fare' e 'non fare' non traslabili, in termini di costi, sul debitore). Intendo dire che in un sistema nel quale la condanna rappresenta il presupposto per la somministrazione di misure di coercizione

¹⁰⁴ Si spiega così il perché, anche dopo la riforma del 2015, le obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro sono rimaste fuori dal perimetro dell'astreinte, posto che, nell'ottica di un loro adempimento 'spontaneo', esse possono già fidare sull'effetto compulsorio riconducibile alla prospettiva di un'aggressione generalizzata al patrimonio. Nella medesima direzione indicata dal testo mi sembra che vadano le brevi ma acute osservazioni di C. CONSOLO, *Obblighi a contrarre (e anche solo a rinegoziare): gli artt.2932,2908 e 2009 c.c. e l'alternativa posta sull'art.614 – bis c.p.c. (ante e post riforma del 2015)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 83-84.

indiretta anche quando la prestazione sia fungibile, non ha più molto senso continuare a declinare il nesso nella chiave fenomenologica di cui parlavo in precedenza: perché questo equivarrebbe ad avallare un'autentica aporia a causa della quale, pur in presenza di effetti omogenei, la medesima parola finirebbe per designare oggetti diversi, e, cioè, una volta, una condanna verace e, un'altra volta, una condanna che maschera un mero accertamento.

12. A conclusione del mio discorso, vorrei accennare, ad un altro tema classico, quello del rapporto tra diritto soggettivo e azione o, se si preferisce la formula oggi corrente, quello della concezione 'astratta' o 'concreta' dell'azione¹⁰⁵. Da tempo, ormai, il dibattito – incandescente dalla seconda metà dell'Ottocento fino, e oltre, la seconda metà del Novecento - è sopito, all'insegna della netta prevalenza dell'astrazione'. Secondo questo modo di vedere, l'azione sarebbe un potere del tutto autonomo dal diritto soggettivo dedotto in giudizio, inteso ad ottenere dal giudice non un provvedimento «favorevole» (come voleva Chiovenda), ma un provvedimento *tout court*. Questa idea dell'azione – cui, appunto, viene contrapposta quella detta dell'azione 'in concreto', per la quale l'azione medesima si identificerebbe o, almeno, conserverebbe un legame, con la originaria posizione di vantaggio – intrattiene un chiaro rapporto genealogico con la costruzione chiovendiana dell'azione come diritto soggettivo (potestativo) di natura processuale, distinto dal diritto soggettivo sostanziale, sebbene posto al servizio di quest'ultimo. Se ne distacca, però, là dove, appunto, essa ritiene di ritrovare la ragion d'essere dell'azione

¹⁰⁵ Per una sintesi rinvio di nuovo a A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., 140 s.

non nella tutela dell'interesse protetto *ex ante* dalla legge, ma nel puro e semplice potere di eccitare l'esercizio della giurisdizione¹⁰⁶.

Questo modo di presentare le cose è inattaccabile, perché, in effetti, una volta investito, il giudice deve pronunziarsi, sia pure attraverso una sentenza di puro rito che, per es., si limiti ad accertare l'insussistenza delle condizioni dell'azione. Però, non vedo in che modo la rilevazione di questo fatto possa risultare decisivo ai fini di un corretto inquadramento del rapporto tra diritto soggettivo e azione. Supponiamo che al conservatore dei registri immobiliari venga presentata domanda per la trascrizione di un atto di acquisto immobiliare che non sia in possesso dei requisiti richiesti dalla legge ai fini del rilascio della nota di trascrizione: in un caso siffatto il conservatore potrà, anzi dovrà, ricusare di riceversi la nota (art. 2674, commi 1 e 2 cod. civ.)¹⁰⁷ in tal modo precludendo al richiedente l'accesso ai registri e, quindi, ai vantaggi assicurati della pubblicità.

Ora, seguendo la logica dell'azione in astratto, dovremmo immaginare un diritto strumentale ad investire l'apparato statale, e istituito allo scopo di tutelare il diritto di proprietà sotto la specie della certezza giuridica somministrata in una forma diversa da quella del giudicato¹⁰⁸, del tutto autonomo rispetto alla posizione sostanziale destinata a beneficiare della trascrizione. L'analogia

¹⁰⁶ Per citare solo alcuni degli esponenti più autorevoli dell'indirizzo in esame: A. ROCCO, *La sentenza*, cit., 78 s.; E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 43 s. (Liebman è l'Autore a cui si deve la formulazione più compiuta della dottrina); E. ALLORIO, *L'ordinamento*, cit., 32 s.; G.A. MICHELI, *Giurisdizione e azione. Premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958, 498 s.

¹⁰⁷ G. GABRIELLI, *Idoneità dei titoli ai fini della pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1996, 153 s.

¹⁰⁸ F. CARNELUTTI, *Tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, 13.

potrebbe apparire forzata nella misura in cui il controllo del conservatore è circoscritto ai soli profili formali dell'atto trascrivendo, sicché, a differenza di quello che accade con l'azione, l'autonomia della quale si spinge sino a sopportare il peso di un rigetto della domanda nel merito, qui sembrerebbe che, in ogni caso, l'effetto amministrato dalla regola sostanziale si sia perfezionato. Questo è vero fino ad un certo punto. Intanto, come è noto, ai sensi dell'art. 2674-bis cod. civ., allorché «emergano gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità di un atto o sulla iscrivibilità di un'ipoteca, il conservatore, su istanza della parte richiedente, esegue la formalità con riserva»¹⁰⁹. Si apre, così, in seno alla procedura di trascrizione/iscrizione, un vero e proprio incidente, introdotto dal reclamo di cui al comma 2 dello stesso art. 2674-bis e disciplinato dall'art. 113 – ter disp. att., all'esito del quale potrebbero risultare travolti non solo gli effetti sostanziali dell'atto, ma anche i suoi aspetti qualificanti (in caso di rigetto o mancata proposizione del reclamo: art. 113 – ter ultimo comma)¹¹⁰. In secondo luogo, si pensi a tutte le ipotesi di nullità 'edilizie' nelle quali l'irricevibilità dell'atto per inosservanza dell'art. 2657 cod. civ. si sovrappone al vizio documentale dell'atto medesimo erroneamente rogato dal notaio¹¹¹. In entrambe queste ipotesi lo

¹⁰⁹ Quanto alla latitudine dei poteri di controllo riservati al conservatore e al correlativo potere di rifiutare la trascrizione, ovvero di procedere con riserva v. G.P. FREZZA, *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento. Artt. 2654-2682*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e proseguito da F.D. BUSNELLI, Milano, 2017, 445 s., G. OBERTO, *Rifiuto di trascrizione e trascrizione con riserva nel sistema della l.27 febbraio 1985, n.52*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 258 s.

¹¹⁰ P. ZANELLI, M. D'ORAZI FLAVONI, L. FERRI, *Trascrizione. Artt. 2643-2696*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, diretto da F. Galgano, Roma, Bologna, 1995, 468-469.

¹¹¹ Mi riferisco all'art.30, comma 2 d.P.R. n. 380/2001 che espressamente preclude la trascrizione per gli atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento (o

schermo rappresentato dal controllo di mera legalità si rivela un po' una foglia di fico, perché, in realtà, la procedura ben potrebbe essere stata avviata pur in difetto del diritto soggettivo tutelando, esattamente come quando il giudizio si concluda con una pronunzia negativa nel merito.

Insomma, tanto il ricorso alla giurisdizione, quanto quello alla trascrizione, possono prescindere dalla effettiva titolarità del diritto tutelando, nel senso che, come si è detto, i due apparati pubblici deputati alla somministrazione delle due diverse forme di certezza giuridica vengono messi in movimento anche da domande provenienti da chi non ha titolo per accedere alla tutela. Posto che tutto questo è assolutamente inoppugnabile, ci si dovrebbe però chiedere se davvero tra il 'diritto civico'¹¹² che spetta ad ogni cittadino di interpellare la giurisdizione, costringendo il giudice a chiudere con una decisione, di rito o di merito, il processo istaurato attraverso la proposizione della domanda, e l'azione, come potere di ottenere tutela per il diritto soggettivo di cui si è titolari, intercorra il rapporto di immedesimazione predicato dalla teorica 'astratta'. Ora, questo modo di impostare il ragionamento presenta, a mio avviso, un vero e proprio buco nel tessuto connettivo del discorso che, tradizionalmente, lo sorregge: un buco riconducibile, in primo luogo, ad una mistione di piani che, viceversa, andrebbero tenuti distinti. Come si evince agevolmente dalla lettera dell'art.

la costituzione o lo scioglimento della comunione) di diritti reali relativi a terreni qualora al titolo non sia allegato il certificato contenente le prescrizioni urbanistiche relative all'area interessata. La disposizione appena richiamata riveste un particolare significato anche in relazione alla possibilità di 'sanare' successivamente la carenza di allegazione del certificato di destinazione urbanistica (comma 4 - bis).

¹¹² L. MONTESANO, *La tutela*, cit., 87 s. Formule equivalenti a quella del diritto civico (potere civico, diritto pubblico soggettivo ecc.) sono ricorrenti tra tutti gli autori che aderiscono alla dottrina oggi dominante.

2907 cod. civ., la tutela giurisdizionale per ottenere la quale il ‘*civis*’ deve (stante il divieto della ragion fattasi) rivolgersi all’autorità giudiziaria ha per oggetto i diritti soggettivi: in altre parole, il fondamento stesso, politico-istituzionale, dell’autorità giudiziaria, risiede, almeno per quanto riguarda questo comparto del sistema giuridico, nella tutela dei diritti soggettivi. Orbene, se l’autorità giudiziaria è lì, con tutto il suo corredo di procedure, uomini, edifici, macchinari, risorse, anche finanziarie, per tutelare i diritti soggettivi, sarebbe veramente bizzarro abbracciare una prospettiva per la quale, viceversa, l’autorità giudiziaria è lì per vagliare le istanze che il ‘*quisque de populo*’, più o meno a suo piacimento, azionando il famoso diritto civico, riterrà di sottoporle. Certo, questo è quello che accade: ci si deve chiedere, però, in che rapporto stia l’accesso alla giurisdizione attraverso il medio dell’esercizio del diritto civico e l’accesso alla giurisdizione nelle forme dell’esercizio dell’azione (un quesito, ricordiamolo, che se ci si colloca dal punto di vista ‘astratto’ non ha motivo di porsi, perché i due piani, appunto, si sovrappongono fino a identificarsi).

Un buon punto di avvio per rispondere alla domanda è rappresentato dalla regola sulla capacità d’agire, per cui, come è noto, tutti gli atti giuridici compiuti da chi è munito del requisito di cui all’art. 2 cod. civ. reclamano di essere vagliati dalla legge: essi cioè, attingono, già solo per il loro manifestarsi, la soglia della rilevanza. Quest’ultima, a seconda dei casi, può precludere alla definitiva consacrazione statutale (validità e poi efficacia); ovvero può subire un drastico ridimensionamento ad opera del giudizio di invalidità (nelle due forme della nullità e dell’annullabilità), preludio della parimenti definitiva inefficacia dell’atto, indice, a sua volta, del legame solo estrinseco che l’atto medesimo può vantare con un

esercizio autentico della libertà negoziale¹¹³. In altri termini, la capacità d'agire individua il generico presupposto richiesto dall'ordinamento per la partecipazione del singolo al traffico giuridico ma, lungo la strada che conduce alla stipulazione di un atto valido, si ritrovano ulteriori e più specifiche condizioni in difetto delle quali lo sbocco sarà inevitabilmente negativo.

¹¹³ Si potrebbe obiettare che anche l'atto compiuto dall'incapace d'agire guadagna subito la soglia della rilevanza giuridica, risultando, però, fin dal suo venire in essere molto più esposto alla retrocessione che non alla evoluzione positiva cui sono destinati i negozi immuni da vizi, posto che qui il giudizio invalidità si risolve in un accertamento pressoché solo burocratico (infatti, siamo ai limiti della volontaria giurisdizione) del difetto del requisito di validità. D'altra parte, questo controllo postumo ed eventuale in ordine alla sussistenza della capacità d'agire è solo l'ovvio riflesso del modo in cui opera il dispositivo che presiede al riconoscimento della capacità d'agire medesima, imperniato su un automatismo generalizzato. L'altra obiezione, di carattere più generale, che si potrebbe muovere è che quando la rilevanza ha in grembo l'annullabilità, il destino dell'atto può essere mutato attraverso il ricorso alla convalida (art. 1444 cod. civ.). Tuttavia, bisogna chiedersi su cosa verta la convalida, ossia se la convalida, la quale è certamente un atto di autonomia privata (art. 1444, comma 3 cod. civ.), verta su un atto di autonomia privata, o se, come a me sembra più plausibile, verta su un segmento di esistente deforme (agli occhi della legge) molto più prossimo, per questa ragione, al magma sul quale si esercitano, ordinariamente, i poteri ordinatori delle parti che non ad una fattispecie compiuta ma bisognosa di un'ultima integrazione per raggiungere lo stato di perfezione (si pensi, ad es., al caso del c.d. preliminare improprio). La differenza consiste in questo: che, mentre nel caso della convalida (e, in una certa misura, anche della conversione) ciò che viene recuperato è un fatto al quadrato, ossia una transazione sociale solo abbozzata e destinata, in linea di massima, ad essere risospinta prima verso l'inefficacia e poi verso l'irrilevanza, nel caso del 'compromesso', viceversa, non è questione di riutilizzo di materiale grezzo ma, appunto, di perfezionamento di un processo avviato correttamente ma non completato. In altre parole, nel primo caso la vicenda ha un andamento verticale, nel secondo orizzontale.

Naturalmente, un ragionamento di questo tipo implica il rigetto di una concezione giusnaturalistica o, comunque, originaria, del potere di autonomia privata, nel senso che il potere esercitato dai privati non individua un *'prius'* rispetto all'insieme delle regole che, volta per volta, presiedono alla somministrazione della validità perché quelle regole, in realtà, sono esse stesse costitutive di quel potere. L'idea di un potere *'anteriore'* alle condizioni di un suo utile esercizio può applicarsi in modo coerente alla sfera pubblica dove, in effetti, le attribuzioni di cui sono titolari i singoli uffici rivestono un carattere di originarietà che discende dalla loro diretta emanazione dalla legge: qui, pertanto, si tratterà di stabilire se il potere di cui l'ufficio è investito in ragione della sua stessa istituzione sia stato dispiegato in modo conforme ai fini in vista dei quali l'investitura ha avuto luogo. Lo schema, però, non trova applicazione alla sfera privata la quale, proprio perché esterna a quella statale, può dialogare con quest'ultima soltanto sulla base di un algoritmo integralmente fissato dalla legge. Insomma, la stipulazione di una compravendita immobiliare priva del requisito della forma scritta è una vicenda che non si lascia descrivere nei termini di un potere giuridico spettante al privato *'ab origine'* (non è neppure del tutto chiaro in quale ipotetico luogo – reale o mentale – questa misteriosa *'origine'* si collocherebbe) il quale, nonostante la sua intrinseca e primitiva giuridicità, andrebbe incontro ad una sconfitta a causa del suo esercizio difforme, quanto, piuttosto, nei termini di un conato sociale destinato, dopo un inevitabile (per le ragioni che si sono viste prima) e larvale passaggio attraverso la giuridicità, ad essere respinto lontano dall'approdo dell'art. 1372, comma 1 cod. civ. proprio perché incapace di farsi potere giuridico e, in quanto tale, decifrabile dalla legge.

Del resto, una riprova della plausibilità di questa linea di discorso ce la offre il caso in cui la piena inoperosità giuridica dell'atto dipenda dalla carenza, in capo al privato, di un potere, per

così dire, di secondo grado quale è, ad es., il potere di disposizione. Parlo di un potere di secondo grado perché, a differenza di quanto accade allorché a venire in considerazione sia l'esercizio 'in purezza' del potere di autonomia (si pensi alla stipula di un contratto di mandato da parte del mandatario), il potere di disposizione rinvia ad una pregressa vicenda traslativa e/o acquisitiva (a titolo derivativo o a titolo originario: artt. 832 e 922 cod. civ.) e può, a sua volta, innestarsi su una sequenza negoziale presidiata da un potere giuridico. È il caso classico, attorno al quale tanto ci si è affaticati, di una compravendita immobiliare che presenti tutti i crismi di validità ma che sia stata conclusa da chi non era legittimato a disporre del bene. Qui è stato esercitato un potere giuridico 'pieno' (dove la validità dell'atto), la cui efficacia, tuttavia, viene inibita, appunto, dall'insussistenza in capo allo pseudo-alienante del potere di disposizione di cui parla l'art. 832 cod. civ.¹¹⁴.

Supponiamo di voler trasferire lo schema ora delineato, cui dobbiamo il rivelamento della insopprimibile (anche se non sempre duratura) vitalità delle manifestazioni dell'autonomia privata – vitalità che, come si è detto, trova la sua scaturigine prima nella regola di cui all'art. 2 cod. civ. – all'azione: quest'ultima, nonostante sia molto più rumorosa di un comune negozio giuridico, già solo perché implica un impegno fisico

¹¹⁴ Come è noto, l'alienazione 'a non domino', impotente a produrre gli effetti propri di un atto traslativo compiuto, viene riciclata e inclusa in una più ampia fattispecie di acquisto del diritto a titolo originario (artt. 1153 e 1158 cod. civ.). Si tratta di fenomeni (analoghi, sotto questo riguardo, a quelli che si attuano per il tramite della conversione o della convalida) di ripescaggio di materia deforme, in linea con il principio di economia dei mezzi giuridici, qui rafforzato o, addirittura, motivato da specifiche esigenze di tutela dell'affidamento dell'*accipiens*' o di valorizzazione della continuità nell'uso della cosa da parte del possessore.

dell'ordinamento¹¹⁵, rimane pur sempre, almeno per il modo in cui io vedo le cose, un atto di autonomia privata, nel senso in cui lo è l'esercizio del potere di disposizione *ex art. 832 cod. civ.*¹¹⁶ Ciò significa che, esattamente come nelle ipotesi nelle quali la posta in gioco sia la validità, anche nel caso dell'azione, dove la posta in gioco è la tutela (giurisdizionale)¹¹⁷, è necessario che tra la capacità d'agire e il conseguimento dell'effetto utile (cioè, appunto, la somministrazione della tutela) trovi spazio un tassello intermedio rappresentato, nella specie, dalla titolarità di un potere giuridico dalla legge '*ex ante*' attribuito al soggetto sotto forma di diritto soggettivo. E, ancora una volta, esattamente come nelle ipotesi nelle quali la posta in gioco sia la validità, anche qui l'assenza, in capo all'attore, della titolarità del potere giuridico richiesto per il conseguimento del risultato in vista del quale si agisce, non sarà, di tutto principio, d'ostacolo al prendere forma di un singulto di

¹¹⁵ Quello che voglio dire è che mentre la somministrazione della validità è pura immaterialità, la somministrazione della tutela segna la rivincita della corporeità: la ricerca dell'avvocato, il cliente trepidante che si reca allo studio del suo patrono, la cauta prognosi sull'esito della causa, il versamento dell'acconto, la fissazione dell'udienza e, finalmente, la legge che parla attraverso il suo ventriloquo, il giudice in carne e ossa.

¹¹⁶ Come scrive W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970 «“Wir sehen also den Prozess als ein Verfahren zur Ausübung subjektiver Privatrechte und privatrechtlicher Interessen vor dem Gericht und mit Hilfe des Gerichts und dementsprechend das Prozessrecht als Ordnung und Schranke dieser Rechtsausübung. Der Prozess dient also dem Zweck einer qualifizierten Rechtsausübung”» («dobbiamo ravvisare nel processo il procedimento per l'esercizio di un diritto soggettivo privato o di un interesse giuridicamente protetto, da svolgersi davanti al giudice e con l'ausilio del giudice, e corrispondentemente a ciò, il processo ci appare come ordinamento e limite dell'esercizio del diritto. Il processo, dunque, ha come scopo quello di assicurare un esercizio qualificato del diritto»).

¹¹⁷ Sul nesso che, organicamente, lega validità e tutela (giurisdizionale) mi sono intrattenuto in L. NIVARRA, *La tutela*, cit., 7 s.

vitalità giuridica, sotto la specie di un giudizio la cui ragion d'essere, a quel punto, si esaurirà, però, nell'accertamento della insussistenza dello stato di cose fatto valere originariamente¹¹⁸.

Del resto, questa linea di ragionamento è anche quella che meglio si accomoda al disposto, di per sé chiarissimo, dell'art. 2907 cod. civ. per il quale, molto semplicemente, l'autorità giudiziaria provvede alla tutela giurisdizionale dei diritti: con la conseguenza per cui, quando l'autorità giudiziaria provvede sebbene il processo sia stato istaurato da chi non è titolare del diritto, ci troviamo in presenza di una vicenda che può spiegarsi nei termini che ho

¹¹⁸ Come ho già osservato (v. nt.115) il fallimento in punto di tutela giurisdizionale è molto più fragoroso di quanto non lo sia il fallimento in punto di validità, perché la somministrazione di quest'ultima si consuma all'interno di uno spazio ideale (condensato nella formula dell'art. 1372, comma 1 cod. civ.: «il contratto ha forza di legge tra le parti»), mentre la somministrazione della tutela avviene in un contesto decisamente più ibrido, scandito da una successione di atti, posti in essere dalle parti e dal giudice, ciascuno dei quali presuppone un'autonoma manifestazione di volontà e, quindi, un alternarsi di corporeo e di immateriale che, appunto, fa del giudizio un procedimento. Tuttavia, in entrambi i casi, il fallimento si accompagna comunque, ad un'attività ordinamentale: si tratti del movimento, tutto ideale, che, prendendo le mosse dalla 'rilevanza' dell'atto, si svolge tra i due estremi dell'acquisizione della validità o del verdetto di invalidità/inefficacia (a partire dal quale vengono, ove possibile, avviate le operazioni di recupero di cui ho parlato, appena più sopra, nel testo); ovvero, si tratti di un intero processo il quale culminerà nell'accertamento della insussistenza del potere giuridico abusivamente invocato per interpellare la giurisdizione. Dandosi questa ultima scena, il giudicato risulterà un sottoprodotto della nomodinamica (il prodotto di prima qualità è il giudicato che accerta il diritto soggettivo introdotto nel giudizio) il quale, però, meccanicamente ossequioso della tendenza, immanente al sistema, a recuperare gli scarti, serve, comunque, ad irrobustirne (del sistema medesimo) la tenuta sotto il profilo della certezza. In un ordine di idee non troppo distante, mi sembra, da quello qui proposto si muove T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, 742 s.

provato ad illustrare più sopra ma che, non può essere ricondotta entro l'alveo della tutela giurisdizionale dei diritti, se non al prezzo di una grave forzatura. Sotto questo profilo, infatti, la teorica dell'azione 'in astratto', nel registrare l'attività che il giudice, in ogni caso, è chiamato a svolgere una volta che la parte abbia presentato la sua domanda, incorre in un equivoco perché dissocia ciò che, proprio sul piano della grammatica istituzionale, non può essere dissociato: ovvero, l'azione dalla tutela giurisdizionale del diritto soggettivo. In altri termini, a me sembra molto difficile accettare l'idea che l'azione recida ogni legame con il diritto soggettivo e prenda a fluttuare in una sorta di vuoto, il singolo, concreto processo, soltanto all'esito del quale sarà dato di sapere se essa era stata esercitata in funzione della tutela, ovvero in funzione di un dispiegamento della giurisdizione che, con la tutela, non intrattiene alcun rapporto.

Certo, l'idea che l'azione fosse cosa diversa dal diritto soggettivo rappresenta il cuore della proposta teorica di Chiovenda, per il quale, tuttavia, l'azione individuava pur sempre un potere (un diritto potestativo) attribuito dalla legge in vista della tutela di un diritto soggettivo (teorica dell'azione 'moderatamente in concreto'). Il retroterra politico – culturale dell'autonomia predicata da Chiovenda è ben noto: si trattava di assicurare un solido fondamento alla 'diversità' del processo civile (e della sua 'scienza', destinata, ormai, ad essere nomata 'diritto processuale civile') rispetto all'imponente blocco delle regole che il diritto della modernità (ovvero, i codici civili) avevano destinato alla disciplina dell'autonomia privata. Qui si istaura un singolarissimo corto circuito, sul quale ho detto qualcosa in precedenza¹¹⁹, ma sul quale bisognerebbe indagare con ben altra acribia, tra il *römisches* (già

¹¹⁹ V. § 9. Di «corto circuito fra antico e moderno» parla A. SCHIAVONE, *Alle origini*, cit., 63.

filtrato dalla tradizione romanistica) e lo *heutiges Recht*: cioè, tra un mondo dove, almeno per molto tempo, la pretesa di una disciplina coercitiva della vita sociale come forma di vita programmaticamente separata dal suo oggetto si presenta ancora allo stato magmatico, e un mondo dove, viceversa, la separatezza del ‘giuridico’ è parte integrante di un progetto di governo ‘verticale’ del mondo e di riduzione a sé della realtà sociale. Sotto questo profilo, pertanto, l’autonomia ‘debole’ dell’azione propugnata da Chiovenda, pur rivestendo il grande significato che sul piano della storia delle idee le viene generalmente, e giustamente, riconosciuto, appare minata da una interna contraddizione: perché, in effetti, o si recide del tutto il legame con il diritto soggettivo, finendo, però, per fare dell’azione un potere dai contorni alquanto vaghi, la cui (autistica) ragion d’essere si esaurisce nello stimolo impresso alla giurisdizione; oppure, la si riconduce al diritto soggettivo, secondo una logica che non è quella (assurda) del primato della sostanza sulla procedura (uno dei giganteschi equivoci in cui è incorso un pensiero giuridico spesso inconsapevole del radicale riduzionismo che contraddistingue il diritto della modernità), quanto, piuttosto, quella che governa il binomio validità – tutela, ovvero una logica unica (neppure soltanto unitaria), puro e semplice rispecchiamento della incontenibile forza performativa della legge.

Se si accoglie questa prospettiva, e si desoggettivizza, per così dire, il diritto soggettivo, il riconducimento dell’azione al diritto soggettivo non avrà luogo all’insegna del primato di quest’ultimo (prima il diritto soggettivo, poi l’azione, alla maniera di Savigny, per il quale quest’ultima era il modo di atteggiarsi dell’uno quando, consumatasi la violazione, spettasse all’altra irrompere sulla scena.), quanto, piuttosto, all’insegna di una visione unitaria dove il campo della validità e il campo della tutela (giurisdizionale) designano una costellazione di effetti traducibili in una gamma di poteri tutti

funzionali a garantire, a chi ne è titolare, l'esclusiva intorno a un bene della vita, ad una utilità. In altri termini, validità e tutela, diritto soggettivo e azione sono nomi che impieghiamo per descrivere, da angolature diverse, il fenomeno riassunto dall'art. 1372, comma 1 cod. civ. e che può, a seconda delle contingenze cui quell'utilità è esposta, assumere configurazioni diverse. Così, ad es., la giuridicità del potere attribuito al riservatario del bene, a seconda dei casi, prenderà le forme della irretrattabilità della prestazione eseguita dal debitore, della efficacia dell'atto di disposizione, della trascrizione dell'atto medesimo e, infine, dell'accoglimento, da parte del giudice, della domanda attraverso la proposizione della quale l'attore ha inteso avvalersi cogliere l'opportunità offertagli dall'art. 2907 cod. civ.¹²⁰.

¹²⁰ Per quanto assoggettata a critiche acuminata, la tesi di Ross (A. ROSS, Tù-Tù, in *Harvard Law Review*, 70 (1957; 5 s.; trad. it., in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, 1976, 165 s.), per la quale il diritto soggettivo è un classico caso di concetto intermediario, deputato fondamentalmente a descrivere e riassumere il nesso che collega il titolo ai suoi effetti, mi pare che conservi una sua indiscussa vitalità teorica. Più in generale, il movimento di pensiero che, articolatissimo al suo interno (da Kelsen a Hohfeld alla teoria analitica del diritto nelle sue varie espressioni), ha contribuito in maniera decisiva alla desostanzializzazione (ovvero, alla loro riduzione a fenomeni puramente linguistici) di alcuni concetti giuridici fondamentali, tra i quali quello di diritto soggettivo, individua un punto di non ritorno teorico. Beninteso, la linguisticità di questi costrutti non è sinonimo di irrealtà (come alcune tendenze estreme, animate dal desiderio di ridurre ogni cosa a linguaggio cosale, vorrebbero lasciar intendere) perché, anzi, il loro impiego sistematico (nel duplice senso di sistematico: - 1) sistematico, nel senso, banale, di frequente; 2) sistematico, nel senso, meno banale, di ordinatorio e semplificatorio – una mnemotecnica, si potrebbe dire – di insiemi di norme (alludo ai codici, ovviamente), molto estesi, abbastanza eterogenei dal punto di vista delle materie regolate ma, in pari tempo, caratterizzati da una pretesa, costitutiva della loro stessa identità, di completezza e di autosufficienza) – è il segno inconfondibile della effettualità di un ordine giuridico così tanto proteso verso

È del tutto ovvio, pertanto, che, per il modo in cui è congegnata la tutela e, ancor più, per lo scopo che l'ordinamento le assegna, la domanda medesima debba indicare il diritto dedotto in giudizio e gli elementi di fatto e di diritto costituenti le ragioni poste a fondamento dell'iniziativa dell'attore (artt. 99,100, 163, n. 4 cod. proc. civ.). Infatti, solo sulla base della allegazione e, poi, se del caso, della prova di queste circostanze, il titolare del diritto potrà ottenere dal giudice il provvedimento che concretizza la tutela. Il fatto che chi esercita il potere debba esibire i suoi quarti di nobiltà dipende solo dalla fisicità del giudizio (come anche della trascrizione), affidato ad un funzionario pubblico in carne ed ossa sul quale grava l'onere di fermare le macchine quando si accorga che le condizioni del processo non siano state soddisfatte¹²¹. Particolare rilievo riveste, in una simile prospettiva, la norma sull'interesse ad agire: qui il legame (che poi, è, nella sostanza, sovrapposizione) tra diritto soggettivo e azione emerge, a mio avviso, con particolare chiarezza là dove l'interesse di cui parla l'art. 100 cod. proc. civ. può rettamente intendersi solo se riferito all'art. 1174 cod. civ. L'opinione contraria, sostenuta da dottrina

il dominio sul mondo da riscrivere una sintassi del reale a proprio uso e consumo. Per alcune considerazioni al riguardo mi permetto di rinviare a L. NIVARRA, *Le parole del diritto: finzioni*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 389 s. Rinvio anche a G. TERRANOVA, *Diritti soggettivi senza sovranità (a proposito di bail-in cram-down e altro)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio*, cit., 103 s. dove, sebbene la tessitura del discorso non sia perfettamente sovrapponibile a quella proposta qui, la distinzione tra 'grappoli' (titolarità) e 'racimoli' (legittimazione) mi sembra presentare una qualche non secondaria assonanza con il ragionamento sviluppato nel testo.

¹²¹ V. nt. 118. Peraltro, sia pure in casi eccezionali, può accadere che il potere giuridico attribuito al titolare dell'esclusiva sul bene debba rispondere di se stesso anche quando si muove all'interno del circuito – puramente formale – della validità: si pensi al disposto dell'art. 1392 cod. civ. sulla giustificazione dei poteri del rappresentante.

autorevolissima¹²², si fonda solo sull'assunto della pretesa autonomia/astrattezza dell'azione¹²³ e incappa, quindi, in un chiaro

¹²² V., tra gli altri, E. BETTI, *Struttura*, cit., 123 – 124.

¹²³ L'argomento correlato, rintracciabile anche in Chiovenda (G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 46 s.) è quello per cui l'azione è soggetta ad una legge regolatrice diversa da quella alla quale è sottoposto il diritto soggettivo (E. BETTI, *Struttura*, cit., 123). Se devo essere sincero, non capisco che cosa questo esattamente significhi, ovvero che peso possa avere questa circostanza nell'ottica di una *Trennung*, più o meno marcata, tra diritto soggettivo e azione. I poteri di cui diritto soggettivo e azione sono ellissi si esercitano nei contesti più diversi; ad es., se devi trascrivere, ti imbatti nelle regole sulla trascrizione, quindi, a seguire quella logica, esisterebbe un potere di chiedere la trascrizione distinto dal potere giuridico di trascrivere, così come, appunto, esisterebbe un potere giuridico (l'azione) di chiedere al giudice un provvedimento, piuttosto che chiedere al giudice di tutelare il tuo interesse. Sarebbe sufficiente entrare nell'ordine di idee che diritto soggettivo e azione non sono che il modo in cui chiamiamo l'insieme delle regole statuali che istituiscono e governano l'esercizio di un potere giuridico. Come scrive S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro. it.*, 1954, IV, 171 «...l'interesse tutelato al godimento di un bene... può concretarsi nell'interesse al regolamento dei confini, o nell'interesse al recupero del bene, o nell'interesse all'accertamento, quando sorgano i fatti corrispondenti, previsti dalla legge. Ma tutti questi interessi non sono altra cosa, interessi diversi dall'interesse al godimento (concepito come diritto), sono lo stesso interesse che assume un contenuto in relazione alla situazione di fatto e che legittimamente possiamo concepire e qualificare come diritto. Questo interesse è quello che si fa valere in giudizio, mediante l'azione, perché esso trova la sua tutela concreta nella sentenza favorevole del giudice, e l'azione è appunto postulazione di giudizio favorevole». Poi Satta, come può capitare ai grandi pensatori, va un po'oltre e si fa prendere la mano dalla mistica del 'concreto' (si v. l'ultimo capoverso, 178) la quale provvede a cancellare dal mondo quello che i comuni mortali chiamano 'diritto sostanziale'. Ciò non toglie che Satta veda giusto e che, sotto questo profilo, non colga nel segno la replica di E. GARBAGNATI, *Azione*, cit., 73 s. il quale, a sostegno della autonomia dell'interesse ad agire rispetto all'interesse protetto dalla norma sostanziale, per un verso, adduce l'argomento della 'conversione' (nel senso che il proprietario farebbe valere un interesse, quello alla restituzione, diverso da quello tutelato dal diritto di proprietà); e, per altro verso, invoca il caso della sostituzione processuale, dove la scissione tra

vizio logico, perché la non riducibilità dell'interesse di cui parla il codice di rito all'interesse di cui parla la norma sostanziale è un corollario dell'assunto secondo il quale l'azione sarebbe cosa diversa dal diritto soggettivo: assunto che, a sua volta, andrebbe fondato su basi diverse da quelle, fragilissime, su cui poggia la teorica dell'astrazione. Viceversa, una volta restituita l'azione alla casa – madre (che non è tanto il diritto soggettivo inteso come sostanza separata, quanto piuttosto la costellazione di poteri di cui l'una – l'azione, appunto – e l'altro – il diritto soggettivo medesimo – sono la sintesi verbale), il requisito posto dall'art. 100 cod. proc. civ. ripeterà la sua piana ragion d'essere dall'esigenza di misurare la coerenza del provvedimento richiesto al giudice con il diritto dedotto in giudizio.

ABSTRACT

Il saggio ruota attorno all'idea che la normale eseguibilità in forma specifica dell'obbligazione “moderna”, consenta di promuoverne una visione intesa a valorizzarne la funzione attributiva propria del diritto soggettivo. Sulla scorta di questa ricostruzione, che si avvale anche di un confronto con l'esperienza giuridica romana, l'autore avanza l'ipotesi che l'azione, lungi dall'essere un potere autonomo

titolarità dell'azione e titolarità del diritto soggettivo dedotto in giudizio si presenterebbe in una forma esemplare. Sulla ‘conversione’ mi sono già intrattenuto criticamente più sopra; quanto alla sostituzione, vero è che il creditore in surrogatoria deduce il diritto del debitore inerte ma a tutela di un interesse sostanziale proprio, quello alla integrità della garanzia patrimoniale.

dal diritto soggettivo, ne rappresenti la traduzione nella sede del processo.

The essay revolves around the idea that the normal executability in a specific form of the "modern" obligation, allows to promote a vision intended to enhance the function attributed to the subjective right. On the basis of this reconstruction, which is also witnessing a confrontation with the Roman juridical experience, the author puts forward the hypothesis that legal action, is not an autonomous power from the subjective right, represents the translation in the center of the process.

LUCA NIVARRA
Professore ordinario di Diritto Civile
Università degli Studi di Palermo
E-mail: luca.nivarra@unipa.it

