

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

SOMMARIO

1. L'apparente polisemia di "tutela". – 2. "Validità" e "tutela giurisdizionale dei diritti". – 3. Casi di giurisdizione introflessa. – 4. Riepilogo.

1. *L'apparente polisemia di "tutela"*

Nel codice civile, come in numerose altre leggi, la parola "tutela" ricorre assai frequentemente, con una pluralità di significati. Prendiamo due casi, a loro modo emblematici per le ragioni che vedremo subito. Il primo caso è quello dell'art. 1322 intitolato «*Autonomia contrattuale*», dove, al co. 2 si legge che «*le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di **tutela** secondo l'ordinamento giuridico*». Il secondo caso è quello dell'art. 2907, co. 1 intitolato «*Attività giurisdizionale*» a mente del quale «*alla **tutela** giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo disponga, su istanza del pubblico ministero*»¹. Si può aggiungere che lo stesso art. 2907 apre il Titolo IV («*Della tutela giurisdizionale dei diritti*») del Libro VI del codice civile il quale, a sua volta, è consacrato alla «*Tutela dei diritti*».

In nessuno dei casi ora menzionati, almeno apparentemente, la paro-

¹Contenuto sostanzialmente identico a quello dell'art. 2907, co. 1 presenta l'art. 24, co. 1, Cost. secondo il quale «*tutti possono agire in giudizio per la **tutela** dei propri diritti ed interessi legittimi*».

la “tutela” ricorre con il medesimo significato. Intanto, nel caso dell’art. 1322, co. 2 “tutela” è riferita ad “interessi”, mentre nel caso dell’art. 2907, co. 1 essa è riferita ai “diritti”: circostanza, questa, che sembrerebbe creare un ponte con l’intitolazione del Libro VI, se non fosse per l’aggettivo “giurisdizionale”, estraneo a quest’ultima. Nelle tre occorrenze prese in esame, dunque, “tutela”, una prima volta, è accoppiata ad “interessi”, mentre nelle due volte successive essa è abbinata a “diritti”, con o senza la specificazione “giurisdizionale”. V’è di più. In questi tre contesti, il significato di “tutela” è influenzato dal suo riferimento (“interessi”, “diritti”) in una misura molto più grande di quanto potrebbe immaginarsi d’acchito. Infatti, nella prospettiva dell’art. 1322, co. 2 la “tutela” è un *posterius*, mentre negli altri due casi la “tutela” è un *prius*. Lo stesso concetto può rendersi osservando che la “tutela” di cui all’art. 1322, co. 2 è un traguardo non ancora raggiunto dagli “interessi”, i quali tale traguardo raggiungeranno solo là dove risultino in possesso del requisito della “meritevolezza” (qualsiasi sia il senso in cui la si voglia intendere), mentre la “tutela” di cui all’art. 2907, co. 1 (e anche quella del *nomen* del Libro VI) è un risultato che i “diritti” hanno già conseguito².

La “tutela” promessa (agli “interessi”) e la “tutela” accordata (ai “diritti”) individuano le due funzioni fondamentali (ovvero, i due momenti dell’unica funzione fondamentale: sul punto tornerò da qui a breve) che l’ordinamento giuridico (locuzione attraverso la quale i giuristi alludono in modo un po’ criptico all’insieme delle disposizioni di diritto scritto che, proprio in quanto dotate di un’efficacia specificamente giuridica, possono trattare le convenzioni private come fatti oggetto di una regolazione autoritativa)³ svolge allorché la sua attenzione si indirizzi verso

²In un ordine di idee non dissimile F. Mazzarella, *Sei lezioni sul processo* (Padova 2000), 15.

³Quella accennata nel testo è una definizione dell’ordinamento giuridico che si attaglia alla parte di quest’ultimo che, usualmente, viene indicata attraverso la locuzione “diritto privato”. Si tratta di una definizione non molto diversa, nella sostanza, da quella proposta da Max Weber, alla stregua della quale «*il diritto privato può essere considerato ... come il complesso delle norme riguardanti non già l’agire riferito ... all’istituzione dello stato, bensì soltanto l’agire regolato mediante norme dell’istituzione statale*» [M. Weber, *Economia e società*. III. *Sociologia del diritto* (Milano 1980), 1]. Sul modo promiscuo in cui viene usata la locuzione “ordinamento giuridico” v. già le osservazioni di R. Orestano, *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica* (Torino 1967), 15.

l'autonomia contrattuale. La prima funzione (o il primo momento dell'unica funzione) consiste nella "giuridicizzazione" degli "interessi" dei privati, ovvero nella possibilità accordata alle parti di stipulare un contratto "valido" attraverso il quale realizzare gli scopi pratici che esse hanno di mira. La "validità" di un contratto è sempre nelle mani dell'ordinamento giuridico, come dimostra, a tacer d'altro, l'elencazione dell'art. 1325: solo che, nel caso dell'art. 1322, co. 2 trattandosi di «*contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare*», è necessario che la transazione superi il *test* della "meritevolezza" il quale, là dove, viceversa, si verta in materia di contratti aventi una disciplina particolare, il legislatore mostra di considerare assorbito dall'esplicita previsione del requisito della "causa"⁴. La seconda funzione (o il secondo momento dell'unica funzione) consiste nell'allestimento di alcuni dispositivi pubblici, ovvero regolati e controllati dalla medesima forza dispensatrice della "validità" dei contratti, il cui compito è quello di risolvere i conflitti che dovessero insorgere tra le parti nella fase successiva alla conclusione del loro accordo. Tali dispositivi pubblici sono la giurisdizione e la pubblicità immobiliare (di essi si occupa, fondamentalmente, il Libro VI del codice civile, e ciò spiega la intitolazione a questo assegnata dal legislatore del 1942)⁵, a ciascuno dei quali corrisponde una particolare tipologia di conflitto⁶.

⁴Personalmente, sarei incline a ritenere il dettato dell'art. 1322, co. 2 abbastanza ridondante proprio alla luce della esplicita previsione del requisito della causa e del correlativo disposto dell'art. 1343. L'unico modo di assicurare alla "meritevolezza" uno spazio di senso autonomo, sarebbe quello di considerarla un criterio di ricevibilità dell'atto negoziale diverso e, verosimilmente, più esigente, della liceità. Posizione già sostenuta nella nostra dottrina (e, non a caso, dall'ideatore della formula della causa come "funzione economico-sociale" [E. Betti, *Teoria del negozio giuridico*, Tratt. dir. civ., diretto da F. Vassalli (Torino 1950), 189 s., spec. 197]) che oggi, in un'epoca integralmente *market-oriented*, risulta del tutto improponibile. Alla fine, tutto sembrerebbe risolversi in un aggravio dell'onere investigativo del giudice il quale, trovandosi di fronte ad un contratto "atipico" dovrà ripetere l'operazione compiuta in via preliminare dal legislatore per i contratti tipici, utilizzando, beninteso, i medesimi canoni di valutazione.

⁵La giurisdizione, come è noto, è anche oggetto di una minuziosa disciplina da parte di un apposito testo legislativo, il codice di procedura civile, detto codice di rito.

⁶Della pubblicità immobiliare non ci occuperemo in questo libro. Qui basterà osservare che il tipo di conflitto alla soluzione del quale è preordinata la trascrizione (art. 2643 ss.) verte ancora sull'assegnazione del diritto e non sulla sua attuazione, come nel caso della giurisdizione.

Una questione sulla quale può essere interessante soffermarsi è la seguente. Posto che il somministratore della “validità” e il somministratore della “tutela” si identificano nella persona (*ficta*) dell’ordinamento giuridico, si tratta di stabilire se questi due beni (la “validità” e la “tutela”, appunto) si identificano a loro volta (due momenti della medesima funzione), oppure individuano due distinte modalità di regolazione dell’autonomia privata. Per rispondere a questa domanda, è necessario chiedersi, intanto, che cosa esattamente intendiamo quando parliamo di “validità” di un contratto. Ora, in un primo senso, un contratto potrà dirsi valido quando esso soddisfi tutte le condizioni richieste dalla legge affinché una transazione privata attui gli interessi delle parti. Anzi, a voler essere precisi, in questa accezione, “validità” sta ad indicare l’insieme delle condizioni richieste dalla legge affinché una transazione privata possa essere considerata un contratto⁷. Questo uso di “validità”, però, non è molto interessante, esaurendosi in una semplice formula riassuntiva dei requisiti di “validità” di un fatto sociale. In altri termini, dire che un contratto è valido equivale a dire che un certo fatto sociale è un contratto: “validità”, qui, istruisce in ordine al corretto impiego di regole che, in questo caso, ancora prima che prescrittive, sono performative nel senso chiarito in modo definitivo da Searle⁸.

Resta impregiudicata, tuttavia, la questione di che cosa sia la “validità” (questione evidentemente diversa da quella relativa alle condizioni d’uso del termine) perché, a ben vedere, la sua semantica non è esaurita dalle regole che la governano. Per comprendere che cosa sia la “validità”, è necessario uscire dai ristretti confini del gioco linguistico e vedere in essa una proprietà del fatto sociale cui viene somministrata, una proprietà che può essere apprezzata su una scala, per così dire, istituziona-

⁷In un sistema sociale in cui il diritto non soltanto copre una specifica modalità di regolazione dei rapporti interindividuali, ma si avvale di enunciati dotati di una forza parimenti specifica (l’efficacia giuridica), la circostanza che certi fatti (ad es., gli accordi tra privati) entrino nell’orbita del detentore esclusivo di questa forza, e siano da quest’ultimo corredati di una nomenclatura loro propria, esclude in via definitiva che si possa parlare di contratti se non nel senso in cui ne parla la legge. Tutti gli altri usi sono figurati, abusivi, ideologicamente suggestivi: in una parola, impropri.

⁸Si tratta di regole di un gioco linguistico attraverso le quali il diritto ordina una pratica sociale di cui viene riconosciuta la speciale rilevanza. Il riferimento è alla fondamentale opera di J.R. Searle, *La costruzione della realtà sociale* (Milano 1996) (l’edizione originale è dell’anno precedente).

le. Tale proprietà consiste, sicuramente, nel rendere coercibili (ossia, attuabili, in ultima analisi, attraverso il ricorso alla violenza) le aspettative che ciascuna delle parti ripone in ordine alla circostanza che l'altra farà ciò che ha promesso di fare. Da questo punto di vista la "validità" rappresenta il viatico per la tutela dei diritti di cui parla l'art. 2907, nel senso che l'esercizio della giurisdizione potrà essere sollecitato alla sola condizione che l'attore deduca in giudizio un fatto (un accordo) munito del crisma della "validità". Una conferma del nesso che lega "validità" e "tutela giurisdizionale dei diritti" la si ricava dall'art. 1372, secondo il quale «*il contratto ha forza di legge tra le parti*»: quest'ultima disposizione, pertanto, può essere considerata l'anello di congiunzione tra gli artt. 1322, co. 2, e 1325, da un lato, e l'art. 2907, dall'altro.

La "validità", dunque, è funzione della "tutela giurisdizionale dei diritti"⁹: resta da chiedersi se per essa residui uno spazio autonomo che permetta di apprezzarne la rilevanza indipendentemente dal nesso con l'art. 2907. Al riguardo è opportuno ricordare che le prestazioni (ovvero, gli spostamenti di ricchezza) eseguite sulla base di un contratto valido sono irretrattabili, sicché chi le ha eseguite non può esigerne la restituzione (a differenza di quanto accade allorché la prestazione sia indebita: art. 2033 ss.). La irretrattabilità della prestazione eseguita, pertanto, potrebbe essere considerata una manifestazione della forza di legge del contratto al pari della sua giustiziabilità. Per quanto promettente,

⁹Questa affermazione può apparire troppo perentoria: e, nondimeno, essa risulta, a mio avviso, indiscutibile. Non significa, però, che le regole sulla validità siano solo una via d'accesso alla giurisdizione. Esse, ad es., orientano l'esercizio dell'autonomia privata, nel presupposto che le parti preferiscano concludere contratti validi (formula tautologica, come si è visto, ma di uso corrente), piuttosto che contratti invalidi. Così, la nullità della clausola vessatoria nei termini descritti dall'art. 36 cod. cons. dovrebbe rappresentare un incentivo per il professionista a non approfittare del consumatore (gli esempi si potrebbero moltiplicare). Resta il fatto che anche l'effetto incentivante della regola di autonomia privata può essere adeguatamente apprezzato solo attraverso la specola del nesso che, indissolubilmente, lega "validità" e "tutela giurisdizionale". Su un piano diverso si disloca, poi, il contenuto delle regole di validità il quale varia a seconda della temperie storico-politica: ma, indipendentemente dalla circostanza che l'errore ostativo sia causa di nullità o causa di annullabilità, o che la clausola unilateralmente predisposta sia efficace se conosciuta o conoscibile dall'aderente, o nulla se vessatoria (tutte cose, beninteso, importantissime per comprendere l'orientamento politico di un sistema giuridico), la funzione ultima di queste regole storicamente cangianti è di rendere possibile, se non osservate, il ricorso alla giurisdizione.

questa ipotesi, tuttavia, si rivela, per le ragioni che vedremo subito, molto debole.

Una notevole importanza riveste, ai fini del nostro discorso, l'art. 2034, il quale così recita: «*non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace. I doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato, non producono altri effetti*». Questa disposizione contiene due regole, l'una collegata all'altra. La prima prevede che la prestazione eseguita sulla base di doveri morali e sociali non possa essere ripetuta; la seconda, che quella stessa prestazione non sia esigibile in giudizio. La *soluti retentio* e la *denegatio actionis* – così le due regole vengono ancora oggi indicate con locuzioni trasmesse dal diritto romano – contraddistinguono un antico e venerabile istituto, l'obbligazione naturale (*naturalis obligatio*), a lungo oggetto di grande attenzione da parte della dottrina giuridica (specie tedesca) impegnata nella costruzione di una moderna teoria dell'obbligazione, ma da qualche decennio a questa parte ormai relegato ai margini del sistema. Il caso che ci propone l'art. 2034 è interessante per due ragioni. La prima è che, come si è visto, l'irretrattabilità della prestazione (la *soluti retentio*) si presenta, per così dire, allo stato puro, scissa, cioè, dalla azionabilità della correlativa pretesa che, in quanto semplicemente “naturale”, non può autorizzare il ricorso alla giurisdizione (*denegatio actionis*). La seconda ragione è che i doveri morali o sociali, i quali fungono da causa dell'attribuzione patrimoniale attuata per il tramite della prestazione giuridicamente non dovuta¹⁰ (ma non indebita), appartengono al medesimo ordine di fenomeni di cui parla l'art. 1322, co. 1.

Ciò significa che le parti, volendo, potrebbero porre quei doveri mo-

¹⁰ Meglio sarebbe dire solo “non dovuta”, ma anche in questo caso mi adeguo ad un uso linguistico tanto consolidato quanto ambiguo che sembra alludere ad una doverosità non giuridica, là dove, nella prospettiva dell'art. 2034, i doveri morali e sociali sono fatti incapaci di fondare l'esercizio dell'azione, anche se ritenuti dalla legge idonei a rendere irripetibile la *solutio*. Sul punto v. L. Nivarra, *Obbligazione naturale*, Digesto, IV ed., vol. XII, Sez. Civile (Torino 1995), 11 s. dell'estratto. Si può anche immaginare che l'atto mediante il quale l'attribuzione patrimoniale si perfeziona, abbia un carattere bilaterale: in ogni caso, saremo in presenza di una bilateralità debole, funzionale alla sola esigenza di tutelare l'autonomia dell'*accipiens*.

rali e sociali a fondamento di un accordo che, se conforme alle previsioni di legge in punto di “validità”, diverrebbe un contratto a tutti gli effetti (ad es., figurando tra i doveri morali la riconoscenza, o la gratitudine, è fuor di dubbio che il beneficiario delle cure ricevute potrebbe, in alternativa alla *solutio* irripetibile, proporre al suo benefattore la stipula di una donazione remuneratoria ex art. 770). Ora, l’ingresso sulla scena della “validità” ha come effetto immediato quello di destituire di senso la autonoma rilevanza della irretrattabilità della prestazione la quale torna ad essere il mero riflesso della vincolatività per le parti degli impegni assunti, di cui la “validità” medesima è il vettore, e la “tutela giurisdizionale” la sanzione. In altri termini, nel caso delle obbligazioni naturali, la *soluti retentio* si può presentare come un fenomeno a sé stante, immediatamente visibile all’occhio dell’interprete, solo perché collegata ad un fatto in relazione al quale la legge si limita a stabilire semplici condizioni di efficacia (la sussistenza dei doveri morali e sociali, la capacità del *solvens*, la spontaneità dell’attribuzione) che, però, nulla hanno a che vedere con i requisiti di validità di un contratto. Ricorrendo quest’ultimo, la prestazione, anche quando non sia mediata dalla nascita di un rapporto obbligatorio, ha un carattere attuativo del *pactum*, cui l’ordinamento riconosce dignità di titolo per l’istaurazione di una lite, programmaticamente negata, come si è visto, ai doveri morali e sociali dell’art. 2034¹¹.

2. “Validità” e “tutela giurisdizionale dei diritti”

Il ragionamento svolto nel § precedente si può riassumere così. La “tutela” di cui parla l’art. 1322, co. 2 e quella di cui parla l’art. 2907, co. 1 rivestono due significati diversi. La prima, infatti, è funzione della “validità”, la seconda dell’attuazione forzosa dei diritti. La “validità” è la tecnica della quale l’ordinamento si serve, attraverso la previsione di

¹¹Del resto, basta chiedersi che effetto sortirebbe riportare alla *solutio* una formula impegnativa come quella già ricordata dell’art. 1372 (“*il contratto ha forza di legge tra le parti*”), per rendersi conto della radicale irriducibilità dei due fenomeni. Anche la terminologia che tradizionalmente scandisce il discorso sull’obbligazione naturale (*soluti retentio*, *denegatio actionis*) è ingannevole trattandosi del lascito di una concezione ormai superata per la quale essa era una semplice variante dell’obbligazione civile.

una serie di requisiti (ivi inclusa la “meritevolezza” degli interessi perseguiti dalle parti) per trasformare un fatto sociale (un accordo tra soggetti privati), di per sé privo di rilevanza giuridica, in un contratto. L’attuazione forzosa dei diritti è il monopolio della violenza messo al servizio dell’autonomia privata. Tuttavia, per quanto distinte sul piano fenomenologico e, direi, anche cronologico, “validità” e “tutela giurisdizionale” sono collegate l’una all’altra. Il punto di congiunzione è rappresentato da quella che abbiamo chiamato “rilevanza giuridica” (la sua traduzione normativa è presente nell’art. 1372, già citato: «*il contratto ha forza di legge tra le parti*»), la cui epifania ultima si rinviene proprio nella circostanza che l’esercizio della giurisdizione possa essere sollecitato con successo¹² soltanto deducendo in giudizio un contratto valido.

Possiamo ora dare una risposta alla domanda che avevamo sollevato in precedenza quanto al fatto che “validità” e “tutela giurisdizionale” individuassero due autonome funzioni ordinamentali o due momenti, autonomi ma coordinati, della medesima funzione, in senso favorevole alla seconda delle due alternative prospettate. Naturalmente, sarebbe davvero molto ingenuo ricavare da questo il corollario di una presunta superiorità del processo (e del correlativo ordinamento) sul diritto sostanziale, ossia sull’insieme delle regole che fissano le condizioni di “validità” degli atti di autonomia privata. Posizioni di questo genere, oggi del tutto desuete, risalgono ad una fase storica (fine ’800, primi decenni del ’900) nella quale istanze di emancipazione disciplinare si intrecciavano, in misura variabile a seconda delle coordinate geopolitiche, con pulsioni di tipo statalista, particolarmente marcate nei paesi, come l’Italia e la Germania, pervenuti solo da poco all’unità nazionale, per le quali la rivendicazione dell’autonomia e, finanche, della prevalenza del diritto processuale civile, faceva tutt’uno con l’affermazione e il consolidamento della sovranità dello Stato¹³.

Il cordone ombelicale che lega “validità” e “tutela giurisdizionale” dei

¹² Più avanti (Cap. II e Cap. IV) chiariremo in che modo debba intendersi “con successo”.

¹³ E non può certamente essere un caso che l’opera di Giuseppe Chiovenda, l’artefice della trasformazione della “procedura civile” nel diritto processuale civile, sia coeva a quella di Vittorio Emanuele Orlando, il fondatore della moderna teoria del diritto amministrativo. Sempre consigliabile la lettura di G. Tarello, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (Bologna 1989).

diritti” può essere spiegato solo attraverso la predisposizione di un modello più sofisticato di quello che fa perno sull’idea, abbastanza elementare, in definitiva, del primato della norma processuale su quella sostanziale¹⁴: un modello che recuperi il ruolo che le ideologie suprematiste del processo civile assegnavano allo Stato, ma in una chiave del tutto diversa. In questa prospettiva, il punto sul quale è opportuno richiamare l’attenzione non è tanto quello, appunto, della non meglio precisata (e tutta ideologica) superiorità del diritto pubblico (sotto la specie del diritto processuale civile) sul diritto privato, sebbene quello della integrale appropriazione di quest’ultimo da parte dello Stato. Infatti, una delle caratteristiche salienti dello Stato moderno si rinviene nella integrale avocazione in capo a quest’ultimo e ai suoi organi – variamente identificati in rapporto alla forma che esso ha assunto nel corso degli ultimi due secoli e mezzo¹⁵ – delle competenze relative alla produzione delle norme giuridiche, ovvero di norme obbligatorie per quanti siano soggetti alla sua sovranità. Il passaggio (del sistema delle fonti del diritto) da un assetto di tipo pluralista (proprio degli ordinamenti medievali) ad un assetto di tipo monista (proprio degli ordinamenti moderni), potrebbe essere interpretato nel senso dell’affermazione di un modello autoritario di potere: in realtà, il fenomeno di cui stiamo parlando si colloca nel quadro di un processo di razionalizzazione della forma giuridica funzionale alle esigenze di una ormai evoluta economia capitalistica. Ciò che a prima vista si presenta nei panni del Leviatano è, a ben vedere, un efficacissimo e potentissimo dispositivo al servizio del mercato il quale, nella sua fase protolibérale, reclama regole certe, eguali per tutte e rispettose dell’autonomia dei privati (ossia dei capitalisti) e delle loro transazioni¹⁶.

¹⁴Un’idea non solo elementare ma di cui è perfino difficile intendere il senso al di là della sconcertante banalità per cui, attesa l’elevata probabilità statistica che le parti non rispettino gli impegni assunti, è necessario, per la pensabilità stessa di un insieme di regole “giuridiche”, che vi sia un’istanza dotata del potere di dirimere le susseguenti, inevitabili controversie e di dare attuazione alle sue decisioni. Insomma, dalla giustizia di cadì ai giudici come corpo di funzionari statali, uno schema in grado di ricomprendere tutto e, dunque, del tutto inutile anche sotto il profilo semplicemente euristico.

¹⁵Solo per dare un riferimento di massima: a partire dalla Rivoluzione francese.

¹⁶La codificazione civile rimane l’insuperato esito di quel disegno razionalizzatore. La storia, tuttavia, è già stata raccontata troppe volte: sarà sufficiente rinviare a G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna 2001), 33 s.