

PROCESSO E TECNICHE DI ATTUAZIONE DEI DIRITTI

**Omaggio a Salvatore Mazzamuto
a trent'anni dal convegno palermitano**

a cura di
GIUSEPPE GRISI



JOVENE EDITORE 2019

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2019

ISBN 978-88-243-2599-8

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109

80134 NAPOLI - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19

Fax (+39) 081 552 06 87

website: www.jovene.it

email: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi.

Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248.

È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy

Stampato in Italia

ANDREA ZOPPINI

L'EFFETTIVITÀ *IN-VECE* DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. Effettività del diritto ed effettività della tutela giurisdizionale. – 2. L'effettività del (e nel) processo. – 3. Alla ricerca della conformazione privata. – 4. Un'analisi 'dal basso': l'autotutela esecutiva in talune nuove norme del sistema. – 5. (*Segue*) Possibile incidenza sistematica. – 6. Ulteriori indici del degradarsi dell'intermediazione processuale. – 7. Un primo tentativo di sintesi. – 8. Un'analisi 'dall'alto': la prospettiva dell'*order without law* e della *private Ordnung*. – 9. (*Segue*) Loro incidenza sul rapporto tra effettività e normatività. – 10. (*Segue*) I riflessi sulla teoria delle fonti. – 11. Talune (provvisorie) note conclusive.

1. *Effettività del diritto ed effettività della tutela giurisdizionale*

Nella semantica del tema, il lemma «effettività» discende dal latino *efficĕre* («compiere») ed evoca ciò che produce o è idoneo a produrre un risultato finale. Trasposta nel prisma della normatività, l'effettività assume un'accezione distinta dall'efficacia – che è l'attitudine di un fatto o di un atto a produrre effetti giuridici – o dall'efficienza – che attiene al rapporto di economicità tra mezzi impiegati e risultati raggiunti [N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009].

A ben osservare efficacia ed effettività costituiscono due insiemi solo in parte coincidenti o, più verosimilmente, si tratta di piani d'analisi tra loro sovrapposti e paralleli. (Ne offrono testimonianza l'interrogarsi sui fatti di normazione oggettiva, al cui interno trovano spazio insieme alla consuetudine, gli usi del commercio internazionale, le condizioni generali di contratto, i codici di condotta delle imprese; parimenti, è sufficiente rileggere le pagine di Antonio Pigliaru o riflettere sui moderni sistemi di giustizia alternativi al ricorso al giudice, di cui oggi un esempio cospicuo è costituito dall'Arbitro bancario e finanziario).

Altro è, infatti, il rapporto astratto tra un fatto giuridico e gli effetti che la norma al primo ricollega; altro è l'effetto conformativo del reale, l'idoneità concreta a soddisfare gli interessi della vita materiale. Sì che possono darsi effetti giuridici solo astrattamente predicati, perché incapaci d'incidere e ripartire i beni della vita; del pari, vi sono regole non se-

gnate dal crisma della giuridicità e dell'assistenza d'una sanzione giuridica e, pur tuttavia, superiori ad esse quanto ad efficacia conformativa nel dare *ordine* ai comportamenti umani.

Il rapporto tra normatività ed effettività disegna un crinale tutt'altro che nitido nella scienza giuridica, che appare contesa tra una opzione normativista e una, contrapposta, di tipo giusrealistico.

Il normativista non ammette deroga al potere conformativo dell'ordinamento, sì che non residua altro spazio di valutazione esaurito il giudizio sull'imperatività della norma; il giusrealista guarda, in direzione opposta, al processo effettivo che consente al comando di tradursi nei fatti.

Gli è, tuttavia, che l'effettività, sezionata dagli elementi strutturali della norma, non si risolve né s'identifica nel dover essere, che è il precepto rivestito dell'imperatività, né può dirsi coincidente con la datità del fatto materiale, che è in quanto tale inespressivo di qualsiasi valenza deontica.

L'effettività postula, infatti, una *valutazione* – *ab externo* – dell'effetto materiale alla luce del portato teleologico della norma e del fatto produttivo di effetti. Una valutazione che, proprio perché invoca il confronto tra un fatto e un valore, sottende una *scelta*, un'assunzione assiologica che va oltre il singolo comando imperativo.

Solo in questa prospettiva si può predicare ed effettivamente comprendere il «diritto ad un ricorso *effettivo*» (art. 47.1 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) o a «una tutela giurisdizionale *effettiva*» (art. 19.1 TUE) [G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *juscivile.it*].

Come si avrà modo d'illustrare, l'ammettere una valutazione che è nel perimetro del dato giuridico, ma fuori dell'area puramente riconducibile alla produzione di effetti, dimostra che la stessa effettività è, piuttosto, un portato e un riflesso della teoria delle fonti in un sistema (oggi) multilivello.

2. *L'effettività del (e nel) processo*

Ragionare allora di effettività *in-vece* del processo agita una serie d'interrogativi ulteriori, che mi provo a illustrare muovendo dalla lezione di Giuseppe Chiovenda.

Se è vero che la norma «tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili», ne risulta – quale logico corollario (un «principio così generale che non è, né

ha d'uopo d'essere, formulato in alcun luogo») – quello per cui «il processo deve dare, per quanto è possibile, praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» [G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1912].

Seguendo la traiettoria logica che questo insegnamento descrive, assumere che il processo debba assicurare tutti e proprio tutti i risultati astrattamente conseguibili con l'attuazione spontanea del diritto sostanziale segnala una possibile ambivalenza del ragionamento sull'effettività, declinabile vuoi come effettività «del diritto», vuoi come effettività «della tutela giurisdizionale». (Ed è bene essere avvertiti di quanto questa stessa impostazione sconti archetipi culturali propri degli ordinamenti codificati, basti solo richiamare la formula *remedies precede rights* propria della cultura di *common law*, a dimostrare che è vano affermare la pienezza del diritto ove non accompagnato all'adeguatezza del mezzo processuale che lo assiste).

Se guardiamo alla tutela giurisdizionale, l'effettività oltre a offrire un principio ermeneutico del diritto vigente, indica sul piano deontico imprescindibili esigenze di coerenza interna al sistema. In questa prospettiva, tanto più idonei saranno i mezzi approntati dal sistema processuale per garantire il soddisfacimento degli interessi sottesi alle situazioni soggettive individuali, quanto più potrà dirsi effettivo l'ordinamento giuridico in quanto tale.

La ricerca della tutela effettiva, quindi, non guarda all'*an* della situazione giuridica soggettiva, non concorre a definire l'interesse giuridicamente tutelato, ma definisce le modalità e l'attuarsi concreto della protezione accordata dalla norma.

Ciò significa, da un lato, che lo strumento di tutela processuale dev'essere costruito in funzione delle distinte situazioni giuridiche e dei bisogni di tutela che esse evocano di fronte alla lesione subita; dall'altro, che il rimedio non sostituisce o surroga il diritto o l'obbligo sostanziale, costituendo esclusivamente uno strumento di tutela in presenza di violazioni di diritti e interessi.

Già trent'anni orsono, la riflessione ispirata e poi raccolta nel volume curato da Salvatore Mazzamuto metteva in luce la crescente attenzione rivolta dalla cultura giuridica per il tema e l'acquisita consapevolezza delle contrapposte istanze sottese ad un «principio» riferito, prima ancora che all'essenza del precetto normativo, ai suoi modi di concretizzazione nel più complessivo quadro delle tutele predisposte dall'ordinamento giuridico. Dalla (*ri*)lettura di quelle pagine se ne ricava che la tutela possa dirsi effettiva solo allorché essa si traduca nella concreta

conformazione della realtà fattuale, senza tautologicamente risolversi nella sua astratta previsione normativa [S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, e v. già le riflessioni nella *Presentazione* di S. SANGIORGI, p. XIII].

3. *Alla ricerca della conformazione privata*

Sulla scorta di queste premesse, immaginando di poter collocare sull'ascissa d'un ideale terreno di equivalenza funzionale le diverse «tecniche di attuazione dei diritti» disponibili ai privati, il senso della mia riflessione porta a chiedersi *se*, e allora *in che misura e limiti*, sia consentito (tentare di) conseguire tutti i beni e gl'interessi garantiti dal processo (*anche*) fuori e a prescindere da esso.

In che misura, poi, possa l'autonomia privata attingere i risultati pratici che il processo, sia esso togato o arbitrale, è generalmente chiamato ad assicurare (e per converso quale sia – alla luce di un'analisi sistematica – il limite implicito di tale esercizio di autonomia). In che misura, ancora, possa attuarsi il risultato pratico, la conformazione coattiva del reale, a prescindere dal processo.

Gl'interrogativi appena formulati esitano in un ultimo quesito, solo apparentemente eversivo e provocatorio: è possibile, e se sì in che termini, guardare al processo, e soprattutto alla tutela giurisdizionale, non più con come una risorsa e una garanzia, ma come un ostacolo frapposto all'effettiva soddisfazione dei propri interessi?

Così inquadrato, il tema di queste pagine si presta a essere osservato da diversi angoli prospettici. In questa sede intendo privilegiarne due.

Dapprima, provo a investigarlo per così dire 'dal basso', riflettendo sugli istituti di recente introduzione legislativa dai quali (*mi*) pare possa desumersi una più generale traiettoria di politica del diritto volta a disancorare la realizzazione sostanziale degli interessi dal momento processuale. Poi, guardandolo questa volta 'dall'alto', mi provo a investigare il nesso intercorrente tra autonomia privata e tutele, prescegliendo la prospettiva generalissima del rapporto tra normatività ed effettività.

Un'ultima premessa a demarcare lo spazio della mia indagine. Giova sin da subito, segnalare che la prospettiva d'investigazione che si è tracciata valorizza un differente punto di rilevanza ermeneutica e un autonomo svolgimento rispetto a quella tradizionalissima dell'autotutela privata, che s'afferma – in deroga al monopolio statale e al divieto di farsi giustizia da sé – quando al titolare d'un interesse violato si riconosce

un'eccezionale tutela diretta delle proprie ragioni [tema che si costruisce intorno agli istituti della ritenzione, dell'eccezione d'inadempimento, della legittima difesa e dello stato di necessità, v. A. DE SANTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011, anche per gli ulteriori riferimenti].

4. *Un'analisi 'dal basso': l'autotutela esecutiva in talune nuove norme del sistema*

L'interrogativo che guida questa riflessione (: *se, e in che misura*, sia possibile una conformazione coattiva del reale che prescinde dal processo) trova una prima risposta in taluni indici normativi che disegnano l'arretramento della mediazione processuale rispetto all'attuazione dei diritti.

Consapevole di riuscire, in queste pagine, al più a inventariare spunti per una riflessione che meriterebbe un ben più rilevante approfondimento, ritengo che il patto marciano, il pegno non possessorio e il pignoramento revocatorio offrano non pochi elementi di riflessione, mostrando – unitamente ad altre prassi già note al traffico commerciale, e nel tempo sottoposte al vaglio della giurisprudenza pratica e teorica – una recisa traiettoria che indirizza la soddisfazione di interessi al di fuori del processo, o per lo meno di talune fasi di esso [v. sul punto A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 10 ss.].

L'affermazione mi pare dimostrabile già a fronte d'un essenziale vaglio dei richiamati istituti.

a) Già ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza [cfr. per tutte Cass. 9 maggio 2013, n. 10986], il patto marciano, pur in assenza di una tipizzazione legislativa di carattere generale, ha trovato una puntuale disciplina normativa nelle disposizioni «di settore» dell'art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B. per il credito immobiliare al consumo (introdotto con il d.lgs. n. 72/2016), e dell'art. 48-*bis* T.U.B. per il credito alle imprese (inserito con d.l. n. 59/2016, convertito dalla l. n. 119/2016).

Questi interventi coonestano forme di autotutela esecutiva, inevitabilmente destinate a porsi, su un piano funzionale, in concorrenza con il sistema giudiziario di recupero coattivo del credito, minato dalle criticità e dalle lunghezze dei tempi delle procedure di espropriazione forzata. La tutela marciana intende favorire e semplificare l'accesso al credito a favore dei soggetti marginali, in quanto capace di assicurare un sistema di garanzie reali più flessibile e meno oneroso (risultato macroeconomicamente assicurato dal risparmio dei tempi di recupero dei crediti).

Invero, in entrambe le ipotesi tipiche, i «marciani» consentono alla banca finanziatrice, in caso d'inadempimento del finanziato, di acquistare direttamente il bene immobile di proprietà del mutuatario o di un terzo al fine di soddisfare coattivamente le proprie ragioni, fermo l'obbligo di corrispondere l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto all'ammontare del credito [v. per una puntuale ricostruzione, tra gli altri, G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *I nuovi marciani*, Torino, 2017].

Sebbene norme speciali e di settore, non può sottacersi l'importanza sistematica delle regole appena richiamate, in quanto consentono di superare ogni incertezza circa l'ammissibilità di consimili accordi nel sistema di diritto comune e, al contempo, fissano le caratteristiche essenziali che dovranno necessariamente essere presenti negli schemi di volta in volta divisi dalle parti nell'esercizio dell'autonomia privata.

Tali caratteristiche sono individuabili: (i) nell'alienazione da parte del debitore di un bene di sua proprietà sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore (ma non mi pare nulla osti alla possibilità d'immaginare convenzionalmente meccanismi alternativi: ad esempio, secondo lo schema di un'alienazione immediatamente traslativa, risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore); (ii) nell'obbligo del creditore di versare l'eventuale eccedenza di valore del bene rispetto al debito garantito; (iii) nell'esecuzione della stima del bene da eseguirsi dopo l'inadempimento e con modalità che ne garantiscano l'attendibilità, in uno con l'imparzialità del perito.

Queste basilari condizioni valgono, quindi, a delineare uno strumento convenzionale che, cancellando e comunque governando il rischio di un ingiusto arricchimento del creditore, realizza un bilanciamento tra le esigenze di tutela del debitore e le istanze di operatività del mercato del credito. Risultato, questo, conseguito mediante la predisposizione di strumenti che anche la giurisprudenza pare aver già valutato in chiave alternativa rispetto alla tutela processuale esecutiva, descrivendoli come «meccanismi oggettivi e procedimentalizzati che, sulla falsariga delle disposizioni [del codice di procedura civile], permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito» [così, Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625].

b) Il d.l. n. 59/2016, convertito in l. n. 119/2016, introduce una forma di garanzia che, a differenza del pegno tradizionale, non comporta lo spossessamento del bene subito dal debitore. L'istituto si ricollega evi-

dentemente all'esigenza – avvertita nella prassi e segnalata da ormai diversi lustri dalla riflessione torica – di vedere evolvere il diritto delle garanzie reali (specie mobiliari) verso tecniche che, rispetto allo schema codicistico, tipico prodotto di un'economia pre-industriale, consentissero all'impresa un accesso al capitale di debito non privandola, al contempo, del godimento dei beni strumentali all'esercizio dell'attività economica destinataria del finanziamento [v. E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie immobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 241 ss.; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno" ma non troppo*, in *N. leggi civ. comm.*, 2018, 703 ss.].

Assecondando questa logica, la costituzione del nuovo diritto di garanzia mobiliare è subordinata all'iscrizione – dalla cui data il pegno prende grado, essendo opponibile ai terzi, anche nelle procedure concorsuali – in un apposito registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate. Riguardo all'escussione del pegno, la relativa disciplina è ispirata alla finalità di rendere soltanto eventuale il controllo giurisdizionale su tale fase, con l'evidente intento di ridurre tempi e costi del soddisfacimento del creditore pignoratizio. Quest'obiettivo è realizzato mediante l'attribuzione al creditore di diverse facoltà di autotutela esecutiva: due riconosciute direttamente dalla legge (vendita dei beni oggetto del pegno; escussione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita); altre due da costruire convenzionalmente con il costituente (locazione del bene oggetto del pegno, con imputazione dell'utile ricavato prima alle spese e agli interessi e poi al capitale; appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, c.d. «clausola marciانا»).

Con specifico riguardo a quest'ultima potenziale modalità operativa, merita in particolar modo segnalare che, a differenza di quanto avviene nell'assegnazione della cosa in pagamento – per come disciplinata dall'art. 2798 c.c. – l'appropriazione non discende indefettibilmente da una previa domanda giudiziale. Ne deriva un deminuto controllo pubblico sull'esercizio del potere del creditore, bilanciato dalla richiesta di una preventiva definizione negoziale dei criteri e delle modalità di valutazione tanto del valore del bene oggetto di pegno quanto dell'obbligazione garantita.

c) A norma dell'art. 2929-*bis* c.c. – introdotto con d.l. n. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 132/2015 – «il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al

sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto».

Il c.d. «pignoramento revocatorio» intende accelerare il soddisfacimento del diritto del creditore, cancellando il tempo necessario al giudizio revocatorio e consentendo, al ricorrere dei requisiti richiesti dalla norma, il pignoramento diretto del bene immobile o mobile registrato del debitore, anche presso il terzo acquirente. Si tratta, allora, d'una speciale azione esecutiva, il cui fondamento è costituito dalla presunzione d'inefficacia del vincolo di indisponibilità, ovvero di alienazione a titolo gratuito.

Di particolare rilievo, ai fini dell'analisi che si va svolgendo, è la disposizione contenuta all'art. 2929-*bis*, 3° comma, c.c. (la cui attuale formulazione è frutto delle modifiche apportate alla norma con il d.l. n. 59/2016, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 119/2016), che consente al debitore, al terzo assoggettato a espropriazione e ad ogni altro interessato alla conservazione del vincolo, di proporre opposizione per contestare i presupposti fondativi della fattispecie, ovvero che l'atto abbia arrecato pregiudizio alle ragioni del creditore o che il debitore abbia avuto conoscenza del pregiudizio arrecato.

Sebbene taluni tra i primi esegeti abbiano ritenuto che, con quest'ultima disposizione, si sia realizzata una semplice inversione dell'onere di iniziativa processuale (non diversamente da quanto ordinariamente accade nell'opposizione a decreto ingiuntivo), mi pare che la portata sistematica della norma in esame sia di più ampio effetto. Ciò emerge con chiarezza se solo si aderisce alla diversa prospettiva che ravvede nella novella una vera e propria inversione dell'onere della prova circa i presupposti dell'azione revocatoria diretta, in coerenza con l'ispirazione generale di una disciplina finalizzata ad evitare condotte elusive del debitore e che potrebbe essere vanificata ove si imponesse al creditore di provare l'esistenza di tutti i presupposti a séguito della semplice opposizione del debitore [v. M. LEO, *Il "pignoramento revocatorio"*, in *Riv. not.*, 2016, 983].

5. (Segue) *Possibile incidenza sistematica*

Così rilette nei tratti essenziali, le novelle legislative paiono comporre i segmenti d'una traiettoria molto avanzata, capace di revocare in dubbio la radicata tesi che vede nella mediazione processuale un momento *inderogabile* nella realizzazione coattiva degli interessi tutelati dalle norme del diritto sostanziale.

Al fondo, negli istituti passati in rassegna – che pure danno risposta a problemi tra loro diversi, e rispondono pure a logiche autonome – si può rinvenire un tratto comune, consistente nell'evidente consapevolezza, mostrata dal legislatore, di come (i) il *tempo* rappresenti un fattore di sempre più rilevante momento nello sfruttamento e nella valorizzazione delle risorse economiche; e (ii) i beni, proprio perché sovente *immateriali* e *idiosincratici*, abbiano un valore rilevantemente diverso in relazione alla rete dei poteri dispositivi nella quale sono impiegati [sia sufficiente qui il rinvio, in termini davvero generali, a J. HASKEL, S. WESTLAKE, *Capitalism without Capital. The Rise of the Intangible Economy*, Princeton University Press, 2018, 61 ss.].

Si pensi, esemplificativamente, allo schema del patto marciano (autonomo, o inserito convenzionalmente nell'operatività del pegno non possessorio): la soddisfazione dell'interesse creditorio viene per tal via programmaticamente realizzata a fronte d'una disintermediazione dal processo esecutivo, e attraverso l'apprensione immediata della *res*, così favorendo l'emersione di utilità che sebbene inesprese, risultano comunque connaturate al bene, e che invece la procedura esecutiva sarebbe inevitabilmente destinata a disperdere.

6. *Ulteriori indici del degradarsi dell'intermediazione processuale*

Possono invocarsi, a conferma di quanto appena affermato, altri notevoli esempi, prova dell'evoluzione teorica e pratica che segna l'arretramento della linea della imperatività della mediazione processuale quale presupposto dell'effettività. In essi potranno scorgersi indizi del tentativo delle parti di gestire contrattualmente o di derogare convenzionalmente alla cognizione ovvero all'esecuzione processuale.

(i) Uno lo traggio dal settore delle assicurazioni (sul punto, mi piace segnalare che la riflessione che si propone è anche frutto d'un dialogo intrattenuto con Ferruccio Auletta, che mi ha segnalato un modello assicurativo).

a) Un primo caso, sicuramente significativo, è quello connesso all'utilizzo dei contratti assicurativi per eliminare il *rischio* del processo: l'assicurazione, cioè, conclusa al fine di sterilizzare, rispetto ai privati, il rischio connesso all'incertezza degli esiti, e dei tempi, di un'aggiudicazione giudiziale.

b) Degno di menzione mi pare, altresì, il rapporto tra autonomia privata e procedimento di irrogazione di sanzioni pubblicistiche di na-

tura pecuniaria, siano esse penali, siano esse amministrative. Rammento, ovviamente, il vincolo dettato dall'art. 12, d.lgs. n. 209/2005 («Codice delle assicurazioni private»), che, nel disporre la nullità delle polizze aventi «per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative», rappresenta, secondo la comune opinione, la puntuale declinazione di un generale canone di illiceità di ogni contratto in forza del quale l'autore di un comportamento illecito sia affrancato dal peso di sopportare la relativa sanzione. E, tuttavia, mi pare che questa regola generale meriterebbe un approfondimento critico, perché in realtà, se non è assicurabile in via diretta il peso economico della sanzione, lo sono taluni effetti collaterali e connessi [v. in tema F. MEZZANOTTE, *L'allocatione convenzionale del rischio «da illecito» (con particolare riguardo alle sanzioni amministrative pecuniarie)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 203 ss.]. Penso, ad esempio, volgendo lo sguardo al diritto societario, alla riconosciuta validità ed efficacia dei contratti (ovvero, delle delibere assembleari) che trasferiscono in capo all'ente le spese di giustizia sostenute dagli amministratori per vicende connesse all'espletamento delle proprie funzioni [cfr. per tutti F. BONELLI, *L'art. 129 legge Draghi: l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza dei soci e l'assicurazione contro i rischi incorsi nella gestione*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Atti del convegno di studio di Santa Margherita Ligure (13-14 giugno 1998), Milano, 1998, 151 ss.]; o ancora, i contratti assicurativi stipulati dalla società in nome proprio ma per conto altrui (ai sensi dell'art. 1891 c.c.), a mezzo dei quale l'amministratore è assicurato contro il rischio di dover incorrere in spese legali per fatti legati al proprio mandato [U. TOMBARI, *L'assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, 180 ss.].

ii) L'altro esempio si può desumere dal progressivo relativizzarsi – tanto nell'elaborazione teorica che nell'evoluzione normativa – della regola che un tempo, in termini univoci, sanciva l'universalità della responsabilità patrimoniale. Un «dogma», quello appena evocato, che non è difficile ricollegare alla tendenza della dottrina ad esaurire la portata sostanziale dell'art. 2740 c.c. nella disciplina processualistica dell'espropriazione forzata, concepita, sulla scorta dell'insegnamento di Francesco Carnelutti, come indefettibile soggezione del debitore allo Stato, titolare del potere di procedere *in executivis* [v. ovviamente F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 221 ss.; traiettoria ricostruita oggi da G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, 21 ss.].

7. *Un primo tentativo di sintesi*

Tutti questi indizî e indici normativi, tratti da comparti tra loro non direttamente comunicanti, autorizzano a intravedere una traiettoria comune, allora di portata più generale, assecondando la quale un'attuazione effettiva delle tutele *in-vece* del processo fa da corollario ad una complessiva ridefinizione dell'imperatività della mediazione offerta dall'ordinamento.

Con quali conseguenze?

Consapevole di non poter rispondere se non in maniera molto sommaria, ritengo che, se limitato al piano metodologico, il ruolo dell'interprete non sia tanto quello di registrare, di volta in volta, il ricorrere di una o più eccezioni ad un canone generale di imperatività, quanto piuttosto di ricercare e porre a sistema le condizioni all'interno delle quali l'ordinamento ammette una delega funzionale a favore degli accordi tra privati.

Preso atto dell'accresciuto spazio dell'autonomia privata di conformare la realtà giuridica a prescindere dalla mediazione processuale (e, conseguentemente, a prescindere dal momento di garanzia rappresentato dal giudice), sarà di qui in avanti necessario interrogarsi sui limiti, espressi o inespressi, in cui tutto ciò può avvenire.

A volere tentare una prima e provvisoria risposta, è evidente che la 'disintermediazione' del processo nella conformazione coattiva del reale postula tre ordini di verifiche: la prima inerente alla struttura della fattispecie, la seconda all'esistenza di un procedimento nell'esercizio del potere rimesso al privato, la terza inerente alla verificabilità *ex post* del rapporto tra attribuzione del potere ed effetti conformativi.

8. *Un'analisi 'dall'alto': la prospettiva dell'order without law e della private Ordnung*

Se quanto sin qui detto rappresenta il frutto d'una possibile ricognizione – come dicevo prima – *dal basso*, un'analisi speculare (forse ancor più stimolante per il teorico), è quella che prova a riflettere sull'effettività *in-vece* del processo procedendo *dall'alto*, prendendo spunto dal rinnovato interesse mostrato dalla letteratura più recente, in particolare nell'ambiente statunitense e in quello tedesco, al rapporto tra *effettività* e *normatività*.

Allo studioso italiano non sfugge la memoria delle suggestioni offerte dalle riflessioni di Santi Romano e di Widar Cesarini Sforza [alla cui rilettura, in chiave attualizzata, ci rimandano le pagine di M. SPANÒ, *Zona*

Cesarini. Linee per una rilettura de Il diritto dei privati, che chiudono la riedizione di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata (Quodlibet), 2018, 125 ss.].

Oggi, il tema conosce una nuova fase di attenzione nella riflessione d'oltreoceano, testimoniata dal sempre più frequente impiego di formule descrittive tratte in particolar modo dai saggi di Robert C. Ellickson [*Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1994] e di Lisa Bernstein [*Opting out of the Legal System: Extra-legal Contractual Relations in the Diamond Industry*, in 21 *Journ. Leg. Studies*, 115 (1992)]. Sebbene non direttamente connesse al tema che tento qui di perimetrare, entrambe queste opere meritano di essere richiamate in una ricognizione problematica dell'effettività nel prisma della disintermediazione processuale.

Quelle ricerche sono, infatti, tese a indagare, attraverso studi empirici, le modalità in cui i privati tendano a conformare i propri reciproci rapporti esplicitamente orientando la propria scelta al di fuori del sistema giuridico (c.d. *opt-out*), e quindi deliberatamente rinunciando alla regolazione fondata sulla norma di diritto e, al fondo, sulla possibilità di ricorrere al vaglio del giudice.

Ne dà prova il saggio della Bernstein che descrive e ricostruisce il mercato internazionale dei diamanti. Ma è soprattutto il volume di Ellickson che (*mi*) pare di particolare interesse ai fini della presente riflessione, in quanto, traendo esempi da un'ampia varietà di contesti sociali ed economici, l'autore mostra l'elevatissimo grado di «effettività», pur nei più usuali domini del diritto (es. regolazione dei rapporti di vicinato tra proprietari terrieri), di una amplissima serie di regole informali e norme sociali che si sviluppano in assenza dello Stato ovvero di un altro tipo di regolatore centrale.

L'analisi vuole rimeditare criticamente quella consolidata lettura dell'imperatività del diritto sviluppatasi, inizialmente nell'ambiente nord-americano, a partire dal paradigma coasiano, implicitamente accolto in gran parte delle riflessioni giuridiche [v. ovviamente R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journ. Law & Econ.*, 3 (1960), 1 ss.]. Ciò, in quanto attraverso l'analisi empirica viene revocato in dubbio che il fallimento del mercato connesso alla presenza di elevati costi transattivi – e della conseguente impossibilità delle parti di negoziare un'allocazione ottimale dei diritti «in the shadow of the law» – debba ineludibilmente trovare soluzione nella regolazione affidata all'intervento vincolante del diritto oggettivo.

Le suggestioni che ci derivano dalle indagini condotte negli Stati Uniti sono state significativamente riprese anche in Europa, ed in particolar modo nella riflessione promossa dalla letteratura germanica.

Una formula appare particolarmente efficace in quel contesto, quale espressione di un percorso di progressiva «privatizzazione del diritto privato»: si tratta dell'idea della *private Ordnung* [v. diffusamente G. BACHMANN, *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Gesetzgebung*, Tübingen, 2006; e per altro verso S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, trad. it., Napoli (ES), 2011].

Con sempre maggiore attenzione vengono indagate le forme di autoregolazione delle attività economiche e sociali, partendo dai più comuni terreni d'emersione delle norme private, sino ai contesti nei quali la rilevata marginalizzazione della regola pubblicistica pone il problema, apicale, di quale sia la legittimazione di una regolazione esclusivamente affidata all'accordo dei consociati.

Interrogativo, questo, pregnante a fronte delle sempre più chiare manifestazioni d'un diritto transnazionale di fonte privata capace di dettare puntuali regole di condotta rilevanti per gli operatori del mercato, secondo un processo di *rule-making* alternativo rispetto all'intervento dei regolatori statali, spesso incapaci di governare in modo coordinato i rischi che a determinate operazioni, condotte su scala globale, si ricollegano [è la c.d. *governance through contracts*, sulla quale v. almeno S. GRUNDMANN, F. MÖSLEIN, K. RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford University Press, 2015].

9. (Segue) Loro incidenza sul rapporto tra effettività e normatività

Questi rinnovati orizzonti d'indagine consentono di rimeditare taluni approdi consolidati in punto di effettività e normatività e, al contempo, di riannodare i fili con pagine che hanno orientato la storia del pensiero giuridico.

In una prospettiva tradizionale, l'adattamento costante delle norme ai bisogni dei gruppi sociali implica che l'esperienza giuridica s'identifichi non (solo) con la singola norma o con il singolo ordinamento, ma, in chiave pluralistica, con la vita degli aggregati sociali e degli ambienti culturali di cui fa parte. In questo contesto di riferimento, l'effettività aiuta a comprendere il reciproco tramutarsi del fatto in diritto.

A ben guardare, quella riflessione dev'essere ripensata e aggiornata alla luce d'una moderna teoria delle fonti del diritto.

Un utile punto d'avvio può tutt'ora identificarsi nella nota controversia, sviluppatasi nel secondo decennio del Novecento, tra Hans Kelsen ed Eugen Ehrlich. Una partita che si gioca nella dialettica tra il *Sein* e il *Sollen* e nell'essere (o non) solo quest'ultimo proprio del fenomeno giuridico; poi, nel guardare alla *validità* quale punto esclusivo di rilevanza ermeneutica dei fatti giuridici [controversia che il lettore italiano trova compendiata nell'antologia curata da A. FEBBRAJO, *Verso un concetto sociologico di diritto*, Milano, 2010; ove v. in part. H. KELSEN, E. EHRLICH, *Un dibattito sul concetto di diritto*, 3 ss.].

Quel dibattito è paradigmatico del confronto e delle divergenti riflessioni del normativista, che celebra un sistema statale di fonti del diritto chiuso ed esclusivo, cui si contrappone la lettura dello studioso del diritto romano, evidentemente in difficoltà a risolvere ed esaurire, in un sistema di fonti aperto quale quello romanistico, l'effettività nella normatività.

La scientificità del diritto risiede, secondo Kelsen, nella coerenza normativa del metodo con cui il suo oggetto si autoriproduce e confina nella sociologia ciò che è *prima* o *oltre* il comando normativo. Per Ehrlich, invece, valorizzando il dato empirico e l'effettività sociologica, il fenomeno giuridico si risolve nella conoscenza dei meccanismi che trasformano gradualmente parte delle regole sociali in diritto vivente e solo successivamente, ed eventualmente, in diritto statale.

Mentre nella logica kelseniana il diritto risulta uno strumento volto a definire decisioni giuridiche assunte secondo criteri puramente formali, quindi 'valide', la prospettiva prescelta da Ehrlich conduce a rinvenire nel diritto lo strumento teso alla produzione di strutture autonome che si stabilizzano nella misura in cui risultino, poi, adeguate agli interessi basilari dei componenti dei diversi gruppi. Il fondamento normativo che consente a Kelsen di tradurre l'effettività nell'essere di un ordinamento, ovvero nella capacità di conformare la condotta dei consociati a esso, non sembra invece costituire sintesi dell'effettività nella prospettiva tracciata da Ehrlich: la scienza giuridica si traduce in scienza empirica che non può ignorare le radici sociali.

Muovendo da queste basi, è chiaro il motivo per cui l'effettività merita di essere tenuta in considerazione anche per la norma di diritto privato: gl'istituti si evolvono attraverso l'applicazione generalizzata di norme scritte che acquistano un significato nuovo rispetto a quello impresso originariamente dal legislatore. Attraverso la lettura kelseniana, può sostenersi che l'effettività sia momento essenziale della giuridicità, in

quanto le norme applicate possono dirsi ordinatrici di rapporti sociali, mentre le norme disapplicate non regolano i rapporti sociali e quindi possono avere solo l'apparenza di regole giuridiche. Invece, nella differente visuale, che trova punti di contatto con le tesi di Ehrlich, e poi di Max Weber, l'effettività della norma non è data dalla sua osservanza, ma dalla accettazione da parte del corpo sociale come norma giuridica.

10. (Segue) I riflessi sulla teoria delle fonti

La ricostruzione così compiuta, priva ovviamente di alcuna pretesa di esaustività e richiamata per tratti impressionistici, offre un'utile premessa per tentare di cogliere le ragioni che rendono le tradizionali spiegazioni non più sufficienti a cogliere la complessità di quanto qui si prova, seppure tentativamente, d'indagare.

L'interprete è oggi avvertito della profonda trasformazione che ha riguardato il sistema delle fonti del diritto, e del venir meno dell'idea d'una loro tipicità, non più considerabile un elemento costitutivo dell'ordinamento giuridico nazionale [v. per tutte le riflessioni raccolte in N. JANSEN, R. MICHAELS, *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tübingen, 2008]. Ciò evidentemente impone paradigmi analitici molto più complessi.

Limitando in questa sede l'attenzione all'architettura che governa il mercato unico europeo, pare chiaro che questa si lascia comprendere problematicamente con il solo l'ausilio degli strumenti offerti dalla teoria e dalla dogmatica delle fonti del diritto interno [J. KÖNDGEN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Europäische Methodenlehre - Handbuch*, Berlin, 2006, 189 ss.].

Il diritto che dà ordine al mercato unico postula sia regole e rapporti che s'indirizzano agli Stati, sia regole che attengono ai rapporti tra gli ordinamenti e i singoli cittadini degli Stati membri, sia regole che disciplinano direttamente le relazioni tra soggetti privati.

Questa scelta istituzionale è stata sottoposta, in particolare nella giurisprudenza delle corti europee, a un processo interpretativo teleologico, sì che le discipline conformative della struttura del mercato generano regole materiali che danno concreta *effettività* ai principi codificati nel Trattato [per maggiori riferimenti sia concesso fare rinvio al mio, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE (a cura

di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, 9 ss.].

Si che, ad esempio, la norma, verticale, che fissa il modello di organizzazione del mercato nei rapporti tra Stati membri e tra di essi e l'ordinamento comunitario, è suscettibile di tradursi in una regola di comportamento *orizzontale*, che disciplina e corregge il contenuto dei rapporti tra privati [da diverse prospettive, nella riflessione continentale, S. PERNER, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen, 2013; H. SCHEPEL, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2013, 1211 ss.; D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford-Portland, 2013].

A partire da queste considerazioni (e diverse altre, anche proiettate su scala globale, potrebbero svolgersi), si comprende che il tema dell'«ordine affidato ai privati» non può che porsi in maniera molto più problematica rispetto ad una valutazione compiuta in un quadro, non più attuale, che riconosceva monoliticamente al vaglio dell'ordinamento statale il giudizio sull'atto di autonomia, nei rigidi termini della recezione o della riprovazione [v. esemplarmente E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed. (rist.), Napoli, 1994, 114].

Parimenti, a revocare in dubbio l'alternativa binaria tra una valutazione positiva e una negativa, concorre l'osservazione – coerente con la prospettiva ordoliberal che informa gli assi portanti del mercato unico – che l'effetto conformativo della norma non è un predicato ineludibile e conseguente dell'imperatività, ma si determina in ragione della struttura del mercato.

Mi pare allora che il giudizio sulla normatività possa articolarsi in termini molto più graduati, potenzialmente dispiegandosi negli esiti del riconoscimento della fonte, dell'incorporazione, dell'adattamento della regola, sino a vagliare la possibile delegazione di funzioni ai privati (nella misura in cui – sviluppando il ragionamento compiuto nella prima parte di questa relazione – ciò possa ritenersi ammissibile).

11. *Talune (provvisorie) note conclusive*

Quanto sin qui detto può al più offrire risposte provvisorie, segnalare indizi e suggerire traiettorie di riflessione, che non trovano in questa sede – e di ciò mi scuso – compiuto sviluppo.

Per come ho provato a declinare il tema, l'effettività *in-vece* del processo agita in primo luogo un problema sistematico, che è riferito ai vincoli, prevalentemente inespressi e sottesi ai principî dell'ordinamento, che definiscono il potere conformativo dei privati.

Natalino Irti ci ha invitato a giudicare l'effettività commisurandola a una coscienza normativa che guarda verso il futuro e che ha bisogno di un criterio di giudizio, espressivo di una precisa scelta e rappresentativo di una misura formale che soppesi il fatto isolato [N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, cit.].

Sul punto, sono persuaso che un criterio non banale possa trarsi dal principio di proporzionalità. Principio, questo, – lo ha ricordato Mario Libertini [in questo volume] – che nella lettura della Cassazione è stato evocato nella riduzione officiosa della penale eccessiva [Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128] – e, da ultimo, nella responsabilità del creditore per eccesso di iscrizione ipotecaria [Cass. 5 aprile 2016, n. 6533] – come regola di attuazione di principî fondamentali dell'ordinamento [v. sul punto in particolare P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 335 ss.].

Quest'analisi non può, allora, prescindere da una riflessione sul sistema delle fonti, che consenta di comprendere quale sia, oggi, il rapporto, e la mediazione, che l'ordinamento – specialmente quello domestico – è in grado di attuare rispetto a regole che hanno una provenienza, e una portata operativa, di natura molto più ampia di quella esclusivamente nazionale.