

***L'AUTOTUTELA NEL DIRITTO PRIVATO: UNA FUNZIONE, UNA
CATEGORIA, UN MECCANISMO.***

Premessa

La decisione di dedicare la tesi di dottorato allo studio dell'autotutela privata ha avuto alle spalle due ragioni di fondo.

La prima muove da una precisa determinazione, ossia dal desiderio, in consonanza con il taglio scientifico di un dottorato di ricerca intitolato “*in diritto privato generale*”, di trattare un argomento che, se non proprio di teoria generale del diritto (privato), ne mimasse quantomeno l'approccio.

La seconda ragione, pur legata a fattori del tutto casuali, svela, già alle soglie di questo contributo, la ricchezza di contenuti che il discorso sull'autotutela è in grado di offrire.

A motivare il convincimento del pregio di un tale tema di ricerca, è stata, infatti, la realizzazione di due lavori: una nota di commento in materia di caparra confirmatoria e un breve saggio in ordine alla portata precettiva dell'art. 1705, secondo comma c.c., e segnatamente in ordine al problema dell'esercitabilità o meno da parte del mandante delle azioni contrattuali discendenti dal negozio gestorio concluso dal mandatario.

Due tematiche del diritto dei contratti in apparenza estremamente distanti. Ed invece tenute strette da una stessa logica ispiratrice: l'essere, entrambe, rimedi di autodifesa privata.

Due tematiche che evocano una categoria considerata per lungo tempo alla stregua di un ferro vecchio, di un refuso del passato, di un qualcosa non al passo con i tempi, pertanto non meritevole di ricevere lustro da parte di una dottrina, spesso inconsapevolmente, disattenta.

A parte alcuni celebri lavori – risalenti, però, ad alcuni decenni or sono (Betti, Bigliuzzi Geri) – la letteratura scientifica recente si mostra più che esigua sull'argomento. La giurisprudenza non è da meno.

Un destino, però, immotivatamente impietoso.

Di qui, l'obiettivo della presente analisi. Che non è quello di rispolverare

un utensile relegato al dimenticatoio dalla dogmatica giuridica, ma di dimostrare che si tratta di una categoria notevolmente moderna e fluida.

Per il giurista contemporaneo l'autotutela si presenta, in effetti, come una materia di grande suggestione, dalle potenzialità applicative e speculative sorprendenti.

Ed è una materia trasversale. Essa pervade il diritto privato in quasi tutte le sue partizioni, intrattiene strette relazioni con il diritto processuale civile, interroga perfino il penalista, dialoga con la filosofia del diritto e la sociologia.

Il principio di autotutela esorta, quindi, ad operare un tentativo di ricostruzione sistematica di numerosissimi riferimenti normativi, frammentari ed occasionali, e a calare un siffatto esito all'interno di un contesto sociale dalle coordinate strutturali profondamente mutate rispetto al passato.

Lo scopo del lavoro è, pertanto, di riflettere sulla modernità di una categoria che si pone all'incrocio dell'intersecarsi di due esigenze differenti: da un lato, la persona umana, che reclama interventi ispirati dall'urgenza di creare un sistema che le consenta di tutelare i propri interessi nel modo più solerte possibile; dall'altro, il momento dell'autorità, che spinge viceversa verso una configurazione in cui evitare forme di auto-soddisfazione incontrollata.

Dopotutto, in una società in cui lo sviluppo della persona umana è uno degli obiettivi primari delle agende dei governi, l'autotutela spinge verso la rivendicazione di uno spazio di centralità all'individuo, sia nella valenza di singolo sia nella sua proiezione socio-relazionale.

Per tutte queste implicazioni, il principio in parola va riletto e sottoposto ad un'aggiornata opera di riconsiderazione. Il proposito è di comprendere con quali vantaggi esso possa assolvere al ruolo di strumento di tutela del singolo, di tecnica di costruzione della fattispecie e di risoluzione dei

conflitti interpretati.

La novità di impostazione consiste nel non limitare l'osservazione al punto di vista del titolare del potere di autodifesa, ma di ricomprendere la prospettiva di chi subisce l'esercizio di tale potere e, in ultima analisi, quella del legislatore.

Questa differente chiave di lettura arricchisce la discussione, perché permette di ampliare la visione tradizionale dell'autotutela – incentrata tutta sulla figura giuridica di tutela – includendovi la considerazione del concetto di auto-responsabilità e aprendo alla possibilità di considerare l'autodifesa quale strumento di composizione di una contrapposizione di interessi.

Tra queste brevissime notazioni, infine, un'indicazione sul metodo dell'analisi. Il quale vuole risultare coerente con le premesse introduttive, e di conseguenza caratterizzarsi per un approccio di tipo teorico generale. Lo sforzo ricostruttivo sarà in tal modo concentrato ad analizzare i tratti distintivi, i presupposti, la funzione, il meccanismo di attuazione dell'autotutela, come elementi aggregativi delle singole ipotesi sparse nel codice e nella legislazione speciale, alle quali non sarà, perciò, dedicata un'analitica indagine se non per le fattispecie stimate maggiormente significative nel discorso più generale che si farà sulla tenuta ed utilità scientifica della categoria esaminata.

Capitolo primo

L'autotutela come funzione

Sommario: 1. Il principio di autotutela tra regola ed eccezione. 2. Il divieto di autotutela come parte integrante del concetto di ordine pubblico. 3. Il divieto di autotutela e il principio di appartenenza allo Stato della funzione giurisdizionale. 4. L'autotutela come momento di affermazione dell'etica secondo natura. 5. Un passo in avanti verso l'inammissibilità di un divieto generale di autotutela. 6. La poliedricità di funzioni dell'autotutela. 7. Autotutela, autonomia privata ed esercizio del diritto: analogie e distinzioni. L'autotutela come causa contrattuale. 8. L'autotutela della Pubblica Amministrazione. Precisazioni.

1. Il principio di autotutela tra regola ed eccezione.

Quello del divieto di autotutela nei rapporti privati rappresenta, probabilmente, uno degli esempi più longevi di principio implicito ricavato dal sistema dalla dogmatica civilistica¹.

Per la verità, non esiste nel panorama legislativo italiano un dispositivo contenente in forma esplicita un simile divieto, e si può (forse) dire che una norma del genere non vi sia mai stata².

1 Cfr. E. Pattaro, *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Bologna, 1994, pp. 273 e ss..

2 V. Paul. 13 *ad Plaut.*, D. 50,17,176: «*non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi*».

Il passo di Paolo mostra come la tesi che vede nel divieto di autotutela un mezzo necessario per impedire turbative dell'ordine pubblico abbia origini molto antiche.

Secondo la dottrina storico-giuridica, prima di tale noto passo, sicuramente frutto dell'opera dei compilatori del VI d.c., il diritto romano non conteneva un divieto generale di farsi giustizia da sé, limitandosi a vietare specifiche forme di autodifesa violenta [cfr., al riguardo, M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 280]. Col passare del tempo, l'acquisizione da parte dell'autorità imperiale del monopolio dell'amministrazione della giustizia avrebbe determinato, ma sempre per via implicita, la formulazione del divieto per i privati di tutelare da sé le proprie ragioni.

Tra le ipotesi più antiche di autodifesa lecita, oltre alla nota *manus iniectio*, merita menzione la facoltà del *precario dans* di recuperare il bene che il precarista ricusasse di restituire [v. M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1994, p. 506]. Cfr. anche L. Aru, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. Palermo*, XV, 1936, pp. 114 e ss..

Per un approfondimento dell'aspetto storico dell'autotutela, cfr. D. Rossi, *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in *La disciplina dell'autotutela, nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*,

Esiste, al contrario, una nutrita gamma di ipotesi, presenti nel codice civile e nella legislazione speciale, dalle quali si percepisce la regola opposta, in quanto tutte ammettono, secondo percorsi differenti al variare del contesto di riferimento, che il privato possa difendere da sé i propri diritti.

La normativa civilistica offre un campionario di poteri di autotutela davvero sorprendente.

Dai poteri di riscatto alla materia dei recessi, dalla caparra confirmatoria all'eccezione d'inadempimento, dalla legittima difesa alle azioni di rilievo del fideiussore, per finire con la recente introduzione delle garanzie finanziarie, la varietà delle fattispecie tipizzate di autodifesa è certamente consistente.

Eppure, è una conclusione della letteratura civilistica pressoché unanime che nel nostro ordinamento, proprio per la mancanza di una norma di carattere generale analoga al modello di cui all'art. 1322 c.c., non sia contemplata la possibilità di farsi giustizia da sé senza ricorrere al potere dello Stato³.

Piuttosto, la presenza di quella serie di ipotesi sarebbe sintomatica di un'indicazione diversa, poiché si tratterebbe di casi eccezionali in cui il

comunitario ed internazionale, a cura di P. Gianniti, Padova, 2010, pp. 17 e ss..

3 In questo senso, E. Betti, *Autotutela (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529; L. Bigliazzi Geri, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, pp. 1-2; Id., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, Milano, 1971, pp. 38-39 e 46; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano, 2003, p. 3; M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, pp. 23-27; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1954, p. 343; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, p. 162; L. Mezzanotte, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, pp. 15 e 62; A. Rappazzo, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, p. 14; F. Santoro Passarelli, *La transazione*, Napoli, 1975, pp. 16-17. *Contra*, cfr. A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, p. 64; M. Ferrara Santamaria, *La giustizia privata*, Napoli, 1937, p. 199; A. Saturno, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, p. 249. A parte la posizione di C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, p. 134, per il quale “il problema dell'autotutela non può essere risolto in via generale ed astratta, ma richiede un esame puntuale della varie forme in cui può articolarsi il farsi giustizia da sé”.

legislatore rimette la difesa di un interesse privato all'iniziativa del titolare.

Invece che di principio di autotutela si dovrebbe allora parlare dell'inverso: l'autotutela transita, in tal modo, nell'area del divieto.

In realtà, le radici di questo presunto divieto scaturiscono da basi incerte o da argomentazioni anacronistiche e tralattizie.

Rinviando al prosieguo l'approfondimento della riflessione, è comunque significativo che, ad eccezione della sparuta letteratura che si è interessata *ex professo* all'argomento⁴, il discorso sull'autotutela venga per lo più liquidato, nella manualistica tradizionale, con un sommario accenno all'impossibilità per il singolo di tutelare da sé i propri interessi, ma senza uno sviluppo tematico adeguato che non diventi un'illustrazione analitica degli istituti che ne costituirebbero una deroga⁵.

Ancorché, poi, la formula più accreditata dalla dottrina sia nel senso di considerare l'autotutela una forma peculiare di tutela, anche le trattazioni dedicate alla materia della tutela civile dei diritti, quando sfiorano l'argomento, non vanno al di là di un'approssimativa menzione⁶.

4 Sostanzialmente, quanto alla letteratura specifica, cfr. E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit.; C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit.; L. Bigliazzi Geri, *Autotutela: II) diritto civile*, cit.; Id., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit.; Id., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Milano, 1974; A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit.; A. Rappazzo, *L'autotutela della parte nel contratto*, cit.; A. Saturno, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, cit.

Sotto il vigore del codice del 1865, cfr. M. Ferrara Santamaria, *La giustizia privata*, cit.

5 Tra gli altri, v. S. Mazzamuto, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2007, pp. 1125 e ss.; L. Nivarra-V. Ricciuto-C. Scognamiglio, *Istituzioni di diritto privato*, 2° ed., Torino, 2002, pp. 69 e 216; P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1995, p. 261; V. Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, p. 141; P. Stanzione, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2006, p. 147; A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 747; P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 17° ed., Milano, 2007, pp. 34-35; P. Zatti, *Manuale di diritto civile*, Padova, 2006, pp. 189 e ss..

6 *Ex plurimis*, AA.VV., *Rimedi-1*, vol. IV, a cura di A. Gentili, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006; Id., *Rimedi-2*, vol. V, a cura di V. Roppo, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006; L. Bigliazzi Geri-F.D. Busnelli-R. Ferrucci, *Della tutela dei diritti: artt. 2900-2969*, in *Commentario cod. civ.*, 2° ed., Torino, 1980, pp. 197 e ss.; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit.; S. La China, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, pp. 3 e ss.; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ. it.*, fondato da F. Vassalli, vol. XIV, t. IV, Torino, 1985; F. Roselli, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Attuazione e tutela dei diritti. L'attuazione dei diritti*, vol.

Nondimeno, l'autotutela permea il nostro ordinamento in modo singolare.

2. Il divieto di autotutela come parte integrante del concetto di ordine pubblico.

Una delle giustificazioni più antiche, oltre che tra le più intuitive, del divieto di autotutela si ricollega all'esigenza di scongiurare forme arcaiche di giustizia privata, non più consentite in quegli ordinamenti giuridici che si sono lasciati alle spalle l'età in cui l'uso diffuso della forza da parte dei singoli era uno strumento di risoluzione dei conflitti privati⁷.

Il processo di accentramento in capo alle strutture pubbliche del monopolio dell'uso della forza si è andato via via consolidando a misura che lo Stato di diritto assumesse, con sempre maggiore consapevolezza, il ruolo di mediatore dei conflitti interindividuali, sicché la tutela dei diritti privati è diventata col tempo un impegno legislativo non delegabile ai singoli.

Per tale via, lo spazio all'interno del quale autorizzare il ricorso alla violenza da parte del privato ha finito col coincidere con il noto brocardo del *vim vi repellere licet*, e dunque con la fattispecie della legittima difesa⁸.

È evidente che questo modo di impostare il problema riflette una caratterizzazione di stampo pubblicistico, poiché orienta il divieto verso un obiettivo di dimensione meta-individuale: la salvaguardia dell'ordine pubblico, di cui – il divieto stesso – finirebbe per diventarne una componente di rilievo⁹.

IV, t. II, diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, p. 373.

7 Si veda, al riguardo, K. Larenz, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, a cura di M. Wolf, München, 1997, p. 379; A. Tuhr, *Der Nothstand*, Heidelberg, 1888, 74.

8 Cfr. Ulp. 69 *ad ed.*, D. 43, 16, 1, 27.

9 Considerate le premesse concettuali da cui muove quest'indirizzo dottrinario, la partecipazione del divieto al concetto di ordine pubblico parrebbe un risultato estraneo alla disputa intorno all'interpretazione – materiale o ideale – della nozione di ordine pubblico.

Non a caso, chi ha ritenuto di fondare su tali basi le ragioni del divieto ne ha reperito il fondamento normativo all'interno del codice penale, e segnatamente negli artt. 392 e 393¹⁰.

Occorre però intendersi.

E' fin troppo ovvio che nell'attuale società moderna l'unica possibilità di cagionare violenza (nel senso materiale del termine) sia nelle maglie delle disposizioni che prevedono la legittima difesa (artt. 52 c.p. e 2044 c.c.) e lo stato di necessità (artt. 54 c.p. e 2045 c.c.).

Al di fuori di tali ipotesi, l'ordinamento non consente che la difesa dei propri diritti si traduca in atti di aggressione fisica nei confronti delle persone o delle cose altrui. Tant'è che, a prescindere dall'eventuale configurazione di altre fattispecie incriminatrici, ove taluno, al fine di esercitare un preteso diritto e pur potendo ricorrere all'autorità giudiziaria, si faccia giustizia da sé con violenza sulle cose o sulle persone, commette un delitto punibile, a querela della persona offesa, ai sensi degli artt. 392 e 393 c.p..

Tuttavia, che da tali ultime norme possa ravvisarsi un divieto generale di autotutela, o che in esse possa riconoscersi traccia del principio opposto, pare sinceramente eccessivo.

Sotto il primo profilo, va segnalato che, attraverso quelle disposizioni, il legislatore non ha pensato di mettere al bando l'autotutela come categoria di genere, semmai di delimitarne, in negativo, la nozione. Come a dire che contraddicono un'accezione moderna di autotutela quelle modalità di reazione che, al di fuori delle condizioni per l'applicazione della legittima difesa o dello stato di necessità, facciano uso della violenza, perciò creando un pericolo per la pacifica convivenza civile.

La conclusione trova conferma nella stessa descrizione del fatto tipico

¹⁰ Cfr. E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 529; G. Persico, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955, p. 33; S. Pugliatti, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, p. 77; F. Roselli, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 373.

contenuta nelle disposizioni citate, ove, per un verso, viene data centralità alla condotta violenta dell'aggressore, di modo che non è sanzionata in sé l'attività di giustizia privata bensì vengono colpite quelle espressioni reattive a carattere più invasivo; per altro, si subordina la punibilità del reato alla querela dell'offeso, circostanza, quest'ultima, inconciliabile con la tesi secondo cui il divieto di autotutela avrebbe lo scopo di evitare attentati all'ordine pubblico¹¹.

D'altra parte, sarebbe pure errato sostenere che dalle norme predette, interpretate *a contrario*, sia ricavabile l'esistenza di un principio generale di autotutela.

L'opinione, dandola per buona, porterebbe a ritenere che, in caso di impossibilità di un tempestivo ricorso davanti all'autorità giudiziaria, il singolo possa impunemente farsi ragione da sé anche usando violenza o minaccia alle persone ovvero danneggiando, trasformando o mutando la destinazione della cosa altrui.

Epilogo, quest'ultimo, non solo assurdo, ma ulteriormente smentito dalla presenza della norma sulla legittima difesa, l'unica deputata a fissare i requisiti in presenza dei quali un comportamento violento è considerato scriminato dall'ordinamento giuridico¹².

Di qui, un primo punto fermo: le norme di cui agli artt. 392 e 393 c.p. non ci dicono nulla sulle ragioni del divieto di autotutela né sottintendono

11 Ragione per cui, a rigore, sembrerebbe che gli artt. 392 e 393 c.p., anche alla luce della loro collocazione topografica all'interno del codice penale, spostino le ragioni del divieto di autotutela sull'idea secondo cui spetta allo Stato il monopolio della funzione giurisdizionale. Sull'interpretazione di tali articoli, v. S. Ardizzone, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975; Id., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, Torino, 2000, pp. 260 e ss.; M. Mazzanti, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1966, pp. 614 e ss.; P. Nuvolone, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, pp. 133 e ss.; A. Regina, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1979; A. Santoro, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 812 e ss.

12 Cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., pp. 49 e ss.. Il rilievo suggerito nel testo comprova lo scarso rilievo pratico che le disposizione di cui agli artt. 392 e 393 c.p. hanno avuto nelle aule dei tribunali.

un principio opposto. Piuttosto, confermano che un ordinamento giuridico moderno non può tollerare che l'autotutela si manifesti attraverso atteggiamenti socialmente pericolosi.

In sintesi, non bisogna cadere nell'errore di riferire al concetto di autotutela limiti che più precisamente appartengono alla sfera della singola fattispecie di difesa privata¹³.

La discussione sulla presunta simbiosi tra la nozione di autotutela ed il concetto di ordine pubblico non tira in ballo un divieto di autotutela dal punto di vista dogmatico, semmai un divieto limitato allo specifico rimedio.

3. Il divieto di autotutela e il principio di appartenenza allo Stato della funzione giurisdizionale.

Sempre nell'ambito di una concezione incline a ravvisare la presenza nel sistema di un divieto generale di giustizia privata, un percorso argomentativo assai condiviso, soprattutto dalla dottrina pan-pubblicistica d'oltralpe, ha trovato appiglio nell'idea per la quale la giustizia è una funzione di esclusiva pertinenza dello Stato, al quale andrebbe riservato il compito di fornire protezione, soddisfazione e ristoro ai suoi cittadini¹⁴.

Quali che siano le forme che di volta in volta assume, l'autotutela metterebbe in crisi quest'assunto: da qui, l'esigenza di tollerarla soltanto laddove sia impossibile al pubblico potere intervenire tempestivamente per

13 Così, ad esempio, secondo parte della dottrina [A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., pp. 61-32], ai privati non sarebbe consentito di introdurre contrattualmente misure di tutela che comportino forme dirette di coercizione.

14 Cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., pp. 38-39; A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 3. Per la dottrina straniera, cfr. A. Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. II, Berlin, 1910, p. 580; Id., *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Berlin-Leipzig, 1888, p. 354.

Contra, cfr. la tesi di L. Puccini [*Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, p. 137], secondo il quale l'autotutela sarebbe un'espressione di giurisdizione privata.

la tutela dei diritti.

Dal punto di vista sia concettuale sia operativo, l'autotutela occuperebbe, in pratica, quei territori che il potere statale, non importa la causa, non riesce a raggiungere.

La tesi ha trovato argomenti nuovi tanto a livello costituzionale quanto a livello di legge ordinaria, parendo essa incentrata, per un verso, sull'art. 2907 c.c., ove si afferma che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria, per altro, sugli artt. 101 e 102 Cost., i quali affidano al potere giudiziario l'esercizio della funzione giurisdizionale.

La dottrina più recente ha sottoposto a critiche queste conclusioni¹⁵.

L'idea del monopolio statale della giustizia è, oggi, ampiamente superata: non c'è alcuna disposizione che, in materia di diritti disponibili, sancisca l'esercizio esclusivo della giurisdizione da parte dello Stato. L'arbitrato (art. 806 c.p.c.) ne è la dimostrazione più evidente¹⁶.

A tanto si aggiunga che l'art. 2907, primo comma, c.c., letto nella sua interezza e interpretato tenendo conto della cornice in cui è inserito, fa leva sul principio dispositivo come chiave di accesso alla tutela giurisdizionale, cosa ben diversa dal dire che la norma costruirebbe una sorta di riserva assoluta in favore dello Stato nella materia della tutela dei diritti privati disponibili¹⁷.

Si è pure affermato che l'autotutela non sia affatto un'ipotesi di giustizia privata alternativa alla giurisdizione perché non mirerebbe, come questa, al soddisfacimento del diritto ma esclusivamente alla sua difesa, ossia al

15 Cfr. C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 131; A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 26; A. Saturno, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, cit., p. 246.

16 Secondo E. Betti [(*Autotutela (voce)*, cit., pp. 532-533)], l'arbitrato sarebbe una forma di autotutela consensuale autorizzata dalla legge a scopo di accertamento.

Si tratta, tuttavia, di un'opinione non più sostenibile: l'arbitrato è «una forma di tutela analoga a quella della giurisdizione statale, reclamando come questa il rispetto dei principi del contraddittorio, dell'alterità, e dell'imparzialità». In questi termini, C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132.

17 Sull'art. 2907 c.c., si rinvia alla bibliografia indicata sopra in nota n. 6.

mantenimento dello stato di fatto o di diritto preesistente all'aggressione¹⁸.

Ora, a ben vedere, anche qui occorre chiarezza.

Affermare che lo Stato abbia l'esclusiva della tutela dei diritti dei singoli è un'osservazione indubbiamente sfornita di un supporto argomentativo adeguato. Le spinte, poi, verso la valorizzazione di forme di mediazione esterne al processo, confluite peraltro nelle recenti riforme legislative¹⁹, comprovano l'infondatezza dell'impostazione criticata, sulla quale pertanto non vale la pena di soffermarsi oltre²⁰.

Occorre, invece, meditare qualche istante sulla posizione di chi ritiene che l'autotutela sia finalizzata alla difesa del diritto mentre la giurisdizione al suo soddisfacimento.

Un tale convincimento non pare, infatti, sinceramente sostenibile.

E non solo perché la giurisdizione, tra le sue finalità, si prefigge anche di garantire che il diritto non subisca quelle turbative, di fatto o di diritto, capaci di alterarne lo *status quo ante* (si pensi ad esempio alle azioni di accertamento negativo)²¹.

Il punto fondamentale è che esistono ipotesi in cui l'autotutela presenta davvero una componente soddisfattiva. La compensazione legale ne è un esempio; i poteri di recesso, o la caparra confirmatoria, ne sono un altro.

18 Si tratta, in particolare, dell'opinione di A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., pp. 38-42 e 90. L'A. ritiene che, diversamente da quanto si riscontrerebbe nell'autotutela, la giurisdizione postula una sovranità che i privati non hanno e risolve un conflitto di interessi.

A prescindere dalla discutibilità della pretesa inidoneità dell'autotutela a risolvere un conflitto di interessi, l'A. cade, però, nell'equivoco di far rientrare nell'autotutela ipotesi che, in base al presunto carattere esclusivamente difensivo e non soddisfattivo del fenomeno, avrebbero dovuto esserne escluse. Così emerge con riguardo alla vendita ed alla compera coattive, ai recessi oppure ancora ai riscatti (v. alle pp. 44 e ss.).

Cfr., anche, A. Saturno, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, cit., p. 275.

19 Cfr. d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, attuativo della legge 18 giugno 2009 n. 69.

20 Si rimanda a C.M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., pp. 131-132.

Il riferimento all'arbitrato, poi, non deve confondere, trattandosi di un richiamo assolutamente neutrale nel discorso sull'ammissibilità o meno di un divieto generale di giustizia privata.

Cfr. anche Salv. Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, a cura di F. Romano, Napoli, s.d., p. 217.

21 Ciò non dovrebbe essere contestato neppure dalla dottrina criticata.

In questi casi, la difesa del diritto minacciato si risolve rapidamente nel soddisfacimento dell'interesse sotteso o collegato al rapporto.

Si è consapevoli che si tratta di una posizione non da tutti condivisa²². E per un esame più approfondito, ci si riserva di tornare in seguito sulla questione.

Piuttosto, in questa fase del ragionamento, preme sottolineare che l'autotutela deve essere tenuta distinta dal concetto di giurisdizione, pubblica o privata che sia, non già a motivo del suo dirigersi alla difesa del diritto, cioè a motivo delle sue finalità, ma in ragione delle sue modalità di funzionamento.

Di fronte alla lesione o al pericolo di lesione di una situazione giuridicamente rilevante, l'autotutela sollecita un particolare atteggiamento: la spontanea reazione a difesa del diritto praticata dallo stesso titolare dell'interesse minacciato.

Non si apre alcun procedimento diretto alla salvaguardia del diritto leso, non occorre il coinvolgimento di un soggetto terzo, privato o pubblico, posto in posizione di imparzialità ed indipendenza rispetto alle parti in contesa, non serve instaurare un contraddittorio con la controparte. L'attualità dell'offesa, o la gravità del rischio di lesione cui è esposto l'interesse dell'agredito, rendono superflui tutti questi momenti. Il comportamento difensivo del privato diviene in tal modo parziale, primitivo nel suo attuarsi.

Insomma, per cogliere appieno il vero profilo di distinzione rispetto alla giurisdizione, bisogna guardare all'autotutela non tanto come funzione quanto come meccanismo di tutela²³.

22 Cfr. ancora nota n. 18.

23 La conclusione sintetizza il vizio logico cui si ritiene incorra l'opinione contraria.

4. L'autotutela come momento di affermazione dell'etica secondo natura.

Al fine di capire qual è il bisogno di tutela al quale guarda l'autotutela, e dunque quali sono le prospettive che essa dischiude in una società della post-modernità o, per usare un'espressione molto abusata, della modernità liquida, è determinante allargare gli orizzonti dell'indagine e assumere una visione più ampia, rassicurati dal conforto del punto di vista e dell'approccio delle scienze filosofico-sociali.

Un atteggiamento adulto nei confronti del problema suggerisce, infatti, di aprire la riflessione al confronto interdisciplinare, per cogliere taluni aspetti che nel discorso sull'autotutela sono stati, forse irresponsabilmente, tralasciati.

La discussione che si vuole qui portare avanti ha un preciso orientamento: intende dimostrare che parlare oggi di autotutela ha un significato profondamente diverso rispetto al passato. Per cui occorre trascendere il ristretto ambito entro cui l'argomento è stato abitualmente inquadrato.

Innanzitutto, il tessuto sociale è cambiato.

Viviamo in un contesto ove il privato rivendica in misura sempre più crescente un proprio spazio d'azione nei confronti del pubblico²⁴.

Le resistenze del singolo nei confronti dell'intervento di regolamentazione esterna sono via via più diffuse. L'individuo reclama una propria sovranità. Il modello dell'amministrazione dirigitica e piramidale è considerato un fossile rinsecchito. Perfino la gerarchia, un tempo reputata la migliore delle relazioni interorganiche possibili, perde terreno a vantaggio di dinamiche più al passo coi tempi. Si parla così di direzione e soprattutto di coordinamento. Moltiplicandosi le competenze accrescono i centri di

²⁴ Cfr., al riguardo, le lucide osservazioni di Z. Baumann, *Modernità liquida*, Bari, 2010, p. 33.

poteri. Non si amministra più con l'ordine, con il comando, con l'imposizione. La decisione amministrativa realizza tanto più gli obiettivi che si propone quanto più si apre al dialogo, all'ascolto, quanto più risulti partecipata. Si inaugura una logica che, invertendo rotta, parte dal basso.

Pure il diritto penale, manifestazione potente del momento dell'autorità, non si sottrae al fenomeno.

Di fronte al lento decadere della sanzione penale e della sua efficacia deterrente, fioriscono posizioni, contributi e categorie un tempo impensabili. Si parla di diritto penale della prevenzione e di principio di precauzione; alle misure di polizia – in passato tanto discusse – si affidano obiettivi ambiziosi; riaffiora l'utilità di modelli che, rispetto al bene giuridico tutelato, spostano all'indietro la soglia di rilevanza penale della condotta²⁵. Due, in estrema sintesi, i dati che ci interessano.

Per un verso, la perdita di centralità a livello sistematico del diritto penale.

Piegato dai colpi della legislazione emergenziale, esso ha definitivamente cessato di essere il metro con cui misurare universalmente le categorie giuridiche.

Le tecniche di difesa tipiche del diritto penale classico non danno i risultati sperati.

Come conseguenza, si assiste alla rivendicazione da parte di taluni settori dell'ordinamento di quell'autonomia dogmatica e assiologica che era esclusivo appannaggio del diritto penale.

Così è avvenuto per il principio di causalità. E così sta accadendo per la tematica dei rimedi, sempre più sviliti quelli del diritto penale, sempre più vigorosi quelli della normativa extra-penale²⁶.

25 Sul tema, si vedano M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, pp. 3558 e ss.; Id, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, *ivi*, 2003, 6, pp. 1808 e ss..

26 Cfr., in materia, A.A.Vv., *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. Borré e G. Palombarini, Franco Angeli, 1998.

Per altro verso, l'improduttività di una risposta sanzionatoria che si collochi temporalmente dopo la verifica dell'evento lesivo è un postulato ormai scontato.

La questione si ripropone, nelle sue linee generali, con riferimento alla materia della responsabilità civile²⁷.

Allo stato attuale, l'ordinamento giuridico è intempestivo. Arriva troppo tardi, sovente quando il conflitto cui intende dare soluzione è divenuto insanabile. E se sopraggiunge in tempo, risponde in modo convulso e disordinato. Sicché è auspicabile partire dalla valorizzazione di tutele che operino *ex ante*, che offrano una difesa rapida e riducano al minimo i tempi. In soldoni, dati i caratteri attuali dell'intervento penale, che siano alternative rispetto alla sanzione penale classica²⁸.

E poi, elemento che non va affatto sottostimato, occorrono strumenti che sazino il bisogno di giustizia del singolo.

Le vicende degli ultimi decenni, aggravate dall'ammassarsi di molteplici fattori, tra i quali la lentezza della macchina giudiziaria, l'affollamento carcerario ed una caotica normazione sono solo alcuni, mostrano una realtà allarmante, in cui l'incapacità di reazione del sistema ha determinato un livello di insoddisfazione e di sfiducia senza precedenti.

Le cause, lo si è appena detto, sono molteplici. E non è questa la sede per analizzarle.

Eppure, è una emergenza con cui bisogna confrontarsi.

Gli individui del tempo presente hanno la consapevolezza che la difesa

27 Cfr. C.M. Bianca, *Riflessioni sulla pena privata*, in *Le pene private*, a cura di F. D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, pp. 407 e 408; P. Cendon, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. del dir.*, 1979, p. 149; F. Mantovani, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena e la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e E. Paliero, vol. II, Milano, 2006; Id., *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pp. 864 e ss..

28 È bene precisare che la nozione di sanzione prescinde, in sé, dal riferimento esclusivo al modello penalistico, ricomprendendo essa il complesso di quelle misure che l'ordinamento introduce per garantire la sua conservazione. Cfr. N. Bobbio, *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1960, pp. 452 e ss.. Il rilievo tornerà utile in seguito.

dei propri diritti non può trovare compimento nelle aule dei tribunali. L'apparato pubblico giudiziario è affannato. Non è in grado di rispondere alle istanze di tutela, né, a ragion veduta, gli compete di rimediare ai fallimenti che si verificano ad altri livelli. Ciò produce uno scetticismo ed una diffidenza che non faticano, alle volte, a tradursi nell'inazione e nell'indifferenza più totale²⁹.

Rispetto a questo contagioso sentimento di diffidenza verso la funzione tutoria dello Stato, è auspicabile, pertanto, promuovere meccanismi di tutela nei quali l'individuo sia messo nelle condizioni di realizzare, secondo una valutazione di carattere propriamente introspettiva, le proprie aspettative di tutela.

E da qui occorre muovere.

L'autotutela, infatti, ha in sé una forte connotazione introspettiva, dato che in essa si riflette la necessità dell'individuo di esprimere e di imporre la propria identità e il proprio ruolo in modo corrispondente alle proprie capacità soggettive e in relazione all'ambiente sociale nel quale vive.

In quest'ottica, essa richiama alla mente il linguaggio dei diritti umani, dal momento che pone al centro del dibattito la persona umana, di cui costituisce azione vitale. E rispetto a quelli, ha pure maggiori speranze di non arrestarsi alla fase del proclamo.

Invero, la reazione ad un'aggressione sentita come ingiusta – *rectius*: stimata tale dall'ordinamento³⁰ – è una delle forme di difesa più istintive e

29 La constatazione richiama alla mente la prospettiva di Rudolf von Jhering [*La lotta per il diritto*, Bari, 1960, pp. 68-69], laddove affermava che il privato avesse un vero e proprio dovere di difendersi. La lotta contro la violazione del diritto, per lo Jhering, è un atto di conservazione della persona, e perciò un dovere di colui che ne è investito verso se stesso, oltre che verso la comunità.

Una posizione non molto dissimile viene riproposta, nell'ambito del dibattito sui diritti dell'uomo, da parte di quella dottrina che ritiene che chi combatte per i diritti umani, in quanto dotato di una vera e propria legittimazione giuridica, sia quasi un organo dell'umanità giuridicamente organizzata. In questi termini, A. Falzea, *L'itinerario dei diritti dell'uomo*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III. Scritti d'occasione, Milano, 2010, p. 66.

30 L'inciso dice in sé molto, perché avverte che la valorizzazione dell'autotutela per come si è venuta abbozzando in queste pagine non vuole certo significare l'auspicio di una società del far

primordiali. Una facoltà connaturata. Questo dato fa comprendere perché l'autotutela rappresenta un tema d'indagine che sconfinava nei territori del diritto naturale³¹. E non è certo un caso che, seppur in contesti differenti, si parli di “*diritto naturale di autotutela*”³².

Questo passaggio va rimarcato.

Di regola, l'introduzione di una norma giuridica produce l'effetto di alterare il corso delle azioni umane, orientandolo verso la direzione imposta dall'etica legale.

Non sempre, però, questa direzione collima con il dispositivo suggerito dall'etica secondo natura.

Se le condizioni economico-sociali del mondo contemporaneo si sono

west. I valori di fondo cui si ispirano i meccanismi di giustizia privata debbono necessariamente essere immanenti all'ordinamento.

31 A conferma della pertinenza del richiamo al diritto naturale, riportiamo un'interessante e recente pronuncia della Corte di Cassazione. Si tratta di Cass. civ., 9 gennaio 2007, n. 196, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1140, con nota di L. Racheli. Brevemente: il caso era quello di una società di soccorso stradale che, su incarico di un condominio, rimuoveva un ciclomotore di proprietà di altra società, perché abusivamente parcheggiato all'interno del portico condominiale. La società proprietaria del ciclomotore denunciava davanti al giudice di pace l'illegittimità della rimozione in quanto operata da un privato e non dall'autorità amministrativa all'uopo preposta. Soccombente in primo grado, la società ricorreva per cassazione, denunciando, tra le varie censure, la violazione del principio di tassatività ed eccezionalità dei poteri di autodifesa. La Cassazione rigettava il ricorso, condividendo e riaffermando la sussistenza del principio dell'autotutela possessoria.

La sentenza è di notevole interesse nella parte in cui stabilisce che «*il principio dell'autotutela possessoria, o della legittima difesa privata del possesso, [...] trova ingresso nel nostro diritto come principio di ragione naturale, prima ancora che giuridica [...]*».

Sostanzialmente conformi alla soluzione affermata dalla Corte, Cass. pen., 19 aprile 2001, n. 20277, De Marco, in *Giur. it.*, 2001, p. 2126; Cass. pen., 27 novembre 1996, n. 483, in *Cass. pen.*, 1998, p. 450.

Al di là della condivisibilità dell'impostazione, l'intervento giurisprudenziale segnalato solleva due brevissime considerazioni. Da un lato, apre il dibattito sulla possibilità teorica di fondare il principio di autotutela (anche atipica) sui principi del diritto naturale. Dall'altra, ad un livello più circoscritto, ci consente quantomeno di provare come le osservazioni svolte in merito ai legami che l'autotutela intrattiene con il diritto naturale non siano pure astrazioni slegate per ciò solo dalla prospettiva dell'applicazione pratica.

Del resto, neppure in dottrina mancano contributi che sottolineano la tendenza dell'ordinamento giuridico moderno a rivalorizzare il contributo del diritto naturale. In questo senso, ad esempio, F. Galgano, *Il legittimo ed il giusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1, pp. 9-10.

32 Cfr. art. 51 della Carta delle Nazioni Unite: “*Nessuna disposizione del presente Statuto pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. [...]*”.

complessivamente innalzate ed il rischio cui è esposta la vita individuale, nella prospettiva della psicologia collettiva, non è considerevolmente avvertito, lo svolgimento delle azioni umane è paradossalmente più limitato rispetto al passato.

Il processo di progressiva supremazia sui comportamenti individuali ha provocato un aumento cospicuo delle occasioni di scontro tra etica legale ed etica secondo natura.

Ora, sotto questo profilo, l'autotutela rappresenta il promontorio per eccellenza da cui ammirare questo scontro.

Da una parte, il farsi giustizia da sé è il trionfo dell'etica secondo natura; dall'altra, il divieto di autotutela si presenta come una delle più determinanti limitazioni al gioco libero delle azioni umane, o in alternativa, secondo la visione contrattualistica dell'illuminismo di base, come una volontaria scelta di adesione collettiva motivata dalla necessità della sopravvivenza.

Il presagio di un ordine di tutela lasciato in balia di gesti individuali non diretti da una finalità unitaria, avrebbe portato a circoscrivere la gamma di alternative entro cui confinare le traiettorie di tutela della persona umana.

Nasce in tal modo l'esigenza di sottomettere l'iniziativa difensiva del singolo sotto il controllo di un ordine rigido. Si comprendono i richiami, tuttora attuali e condivisi, al principio di tipicità dei poteri di autotutela, all'eccezionalità di una difesa delegata al singolo, alla creazione di un sistema di rimedi accentrato. Affermazioni, in fin dei conti, tecnicamente tutte indimostrate, ma storicamente giustificate.

In sostanza, il divieto di autotutela, quale tecnica di controllo sociale, è stato, per lungo tempo, una risorsa per i governanti.

Ecco quindi un primo assaggio dei vantaggi che l'autotutela può offrire in termini introspettivi. Dinanzi all'avvertito allargamento del divario tra individuo e Stato, di fronte all'incapacità del secondo di farsi carico degli appelli di tutela del primo, l'autotutela offre scenari inaspettati: asseconda il

processo di auto-affermazione del singolo e responsabilizza³³.

In altre parole, è in grado di favorire, qualora sia calata nella fattispecie con la giusta prudenza, il passaggio cruciale da individuo a cittadino³⁴.

5. Un passo in avanti verso l'inammissibilità di un divieto generale di autotutela.

Il discorso fin qui svolto è approdato ad un primo punto fermo: l'insufficienza delle argomentazioni tradizionalmente fornite dalla dottrina per radicare un divieto generale di autotutela.

Ma basta questo dato per ritenere liberalizzato un potere generale di farsi giustizia da sé?

In breve, la domanda cui dobbiamo rispondere è racchiusa in questa formula: data l'insussistenza di un divieto generale di giustizia privata, si

33 Uno degli aspetti, per altro, della società moderna consiste nella deregolamentazione e privatizzazione dei compiti e doveri propri delle istituzioni. Cfr. Z. Bauman, *Modernità liquida*, cit., p. 20.

34 La questione della possibilità per i privati di farsi giustizia da sé non ha una dimensione esclusivamente giuridica. Essa impegna anche la competenza delle scienze sociali. Sotto questo profilo, e più in generale in relazione al problema del rapporto che nella società moderna intercorre tra individuo e Stato, interessa ai nostri più limitati fini segnalare come siano venuti affermandosi nel tempo due modi diversi di impostare il discorso.

Volendo sintetizzare, secondo una prima prospettiva (cfr. D. Conway, *Classical Liberalism: the Unvanquished Ideal*, New York, 1955, p. 48; C. Murray, *What it means to be a libertarian: a Personal Interpretation*, New York, 1997, p. 32), affermatasi a partire dalla metà del secolo scorso, l'atteggiamento che lo Stato dovrebbe assumere per garantire la felicità della comunità amministrata sarebbe di far crescere negli individui "l'aspettativa che per soddisfare i propri bisogni ciascuno debba contare sullo sulle proprie forze". Si tratta di un'impostazione che intende lo sforzo individuale come la formula vincente per ricavare un società che funzioni. Da tali premesse dovremmo poi dedurre che l'autotutela, in quanto fondata sulle capacità del singolo, realizzi esattamente questa filosofia sociale. Il che avvalorava la conclusione che si è appena ricavata nel testo.

Secondo, invece, un altro opposto orientamento (Cfr. E. Durkheim, *Sociologie et philosophie*, Paris, 1924; A. Giddens, *E. Durkheim: selected Writings*, Cambridge, 1972, p. 115), la natura presociale ed asociale dell'uomo comporterebbe che un essere umano liberato da qualsiasi freno sociale è una bestia anziché un individuo libero. La libertà per l'uomo non consisterebbe nel contare sulle proprie forze o nel realizzare da sé i propri bisogni, quanto, al contrario, nell'affrancarsi dalle forze irrazionali che sono in lui; in una parola, sottomettendosi alla società ed alla norma. L'opinione darebbe il supporto filosofico-sociale al principio di tipicità necessaria degli strumenti di autotutela.

può allora dire che l'autotutela faccia parte dell'ordine generale di tutela dei diritti?

Per una sparuta dottrina pare che al quesito si debba rispondere affermativamente.

I tentativi di dimostrare l'esistenza di un potere generale di autotutela hanno seguito due percorsi. Da una parte, sono stati l'esito quasi automatico della negazione del monopolio statale della giustizia³⁵; dall'altra, con un maggiore impegno dogmatico, si sono basati sull'idea per cui un potere generale di difesa sarebbe una sorta di proiezione della capacità giuridica riconosciuta ai privati³⁶.

Si tratta tuttavia di posizioni fortemente suggestionate dal contributo della dottrina tedesca³⁷. La quale, com'è noto, si muove all'interno di un contesto normativo in cui esiste una disposizione (il paragrafo 229 del *BGB*) che disciplina espressamente l'istituto dell'autotutela, dividendosi poi tra chi ne afferma il contenuto tassativo e chi ammette la possibilità di un'interpretazione analogica³⁸.

Il paragrafo 229 del *BGB* sancisce infatti che a scopo di autotutela taluno possa prendere, distruggere o danneggiare cose altrui, fermare la persona dell'obbligato che si sospetta voglia fuggire, superare l'opposizione dell'obbligato contro un'attività che questi è tenuto a tollerare.

Il recupero di tali suggestioni nel discorso privatistico italiano è tuttavia difficile: come si è già detto, nel diritto italiano l'unica forma di violenza

35 E' la posizione di M. Ferrara Santamaria, *La giustizia privata*, cit., p. 100. Cfr. anche A. Saturno, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, cit., p. 249.

36 E' la posizione di A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., pp. 42 e 64.

37 Vedi O. F. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, München-Leipzig, 1936, p. 337; H. Lehmann-H. Hübner, *Allg. Teil der bürg. Gesetzbuchs*, Berlin, 1966, pp. 117 e ss.; B. Rehfeldt, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Berlin, 1966, pp. 300 e ss.; T. Sörgerl-G. Siebert, *Kommentar zum BGB*, I, *Allg. Teil*, Stuttgart, 1967, pp. 992 e ss.; W. B. Schünemann, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, Tübingen, 1985, p. 17. Andando a ritroso nel tempo, cfr. pure L. Kuhlenbeck, *Das Recht der Selbsthilfe*, Langensalza, 1907, p. 70.

38 Nel primo senso v. K. Larenz, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 380; nel secondo, W. B. Schünemann, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, cit., p. 90.

ammessa è all'interno della norma sulla legittima difesa³⁹.

Ebbene, nell'intento di mettere ordine nel labirinto di opinioni espresse, si ritiene utile partire da un dato empirico. E cioè: quando si tratta di passare dalla discussione teorica all'applicazione pratica, si registra una diffusa propensione ad allargare le maglie di tipicità delle fattispecie che introducono poteri di autotutela. E non solo da parte della giurisprudenza, alla quale si potrebbe rimproverare una premura eccessiva nei riguardi di chi subisce l'ingerenza dell'azione altrui. Il fatto curioso è che una tale operazione espansiva sia in fondo avallata persino da coloro che condividono, come premessa teorica di fondo, un concetto di tipicità e di eccezionalità dei poteri di autotutela assolutamente rigoroso.

Qualche esempio chiarirà meglio il punto.

Soffermiamoci sull'eccezione di inadempimento, una delle più classiche ipotesi di autotutela.

L'art. 1460, primo comma, c.c. legittima la dilazione della prestazione di un contraente qualora l'altro non adempia o non offra di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi siano stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto.

La norma introduce un'eccezione in senso sostanziale, rimessa all'iniziativa ed alla disponibilità delle parti.

Mentre l'art. 1461 c.c. tutela colui che deve adempiere per primo, l'art. 1460 c.c. protegge il contraente la cui prestazione deve essere *contemporanea* a quella di controparte.

E qui già potrebbe muoversi il primo rilievo. Perché secondo l'interpretazione più accreditata si riconosce che l'eccezione possa essere sollevata nel caso in cui la prestazione di una parte sia successiva a quella dell'altra⁴⁰.

39 Vedi C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 134.

40 Cfr. Cass. civ., 16 luglio 1953, n. 2319, in *Giust. civ.*, 1953, p. 2505. Per la dottrina, v. R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, vol. II, Torino, 1998, pp. 676 e ss..

Inoltre, sempre a dispetto del tenore letterale della disposizione, si conviene nell'accordare l'*exceptio* al contraente tenuto ad adempiere per primo laddove la controparte abbia preventivamente dichiarato di non volere adempiere o dimostrato di non essere in grado di adempiere ai propri obblighi⁴¹.

Ma non è tutto. La norma *de qua* perimetra il suo campo di applicazione ai soli contratti con prestazioni corrispettive. Eppure, è soluzione condivisa di impiegare l'eccezione anche con riguardo ad inadempimenti relativi a rapporti diversi, purché risulti dalla volontà delle parti un collegamento negoziale fra di essi⁴².

Né si può dire che l'esempio dell'art. 1460 c.c. sia un episodio isolato. Considerazioni analoghe potrebbero farsi in merito ad altri istituti del diritto privato pacificamente ricondotti alla categoria in esame: è il caso dell'art. 1461 c.c. piuttosto che del diritto di ritenzione⁴³.

Ancora più lampante, poi, è l'incoerenza di quelle impostazioni dottrinarie che, fermamente persuase della tipicità dei poteri di autotutela, finiscono con l'ammettere che il creditore possa ricorrere, senza bisogno dell'esplicita autorizzazione della legge o del giudice, a mezzi atipici di coazione psicologica contro il debitore inadempiente (sul modello delle cd. *astreintes* francesi), oppure con l'aprire il campo dell'autotutela a quei

41 Cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, cit., p. 23 e ss.. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 966; Cass. civ., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2389.

42 Cfr. Cass. civ., 19 ottobre 2007, n. 21973, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 115; Cass. civ., 19 dicembre 2003, n. 19556, in *Foro it.*, 2004, I, p. 718; Cass. civ., 5 giugno 1984, n. 3397, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3331. Per la dottrina, cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, cit., pp. 17 e ss.; G. Persico, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., pp. 37 e ss.; F. Realmonte, *Eccezione di inadempimento (voce)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 222 e ss..

43 Con riferimento all'art. 1461 c.c., ad esempio, si è ammessa la sospensione della prestazione dovuta se il mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente sia intervenuto prima della stipulazione del contratto ma il contraente ne sia venuto a conoscenza in un momento successivo [cfr. Cass. civ., 15 maggio 2002, n. 7060, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, 4, p. 88; Cass. civ., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Studium Juris*, 2000, p. 84].

Quanto al diritto di ritenzione ed al dibattito che si è originato intorno al problema dell'ammissibilità della ritenzione convenzionale, si rinvia alla nota n. 65. Cfr., sul tema, Cass. civ., 5 marzo 1992, n. 2687, in *Giust. civ.*, 1992, I p. 2080.

rimedi non tipizzati che si rifanno alla massima “*vigilantibus iura succurrunt, non dormientibus*”⁴⁴.

In conclusione: nonostante da più parti si predichi la natura eccezionale dei poteri di autotutela, non sempre alla presunta perentorietà del principio ha fatto seguito una coerente applicazione.

Più plausibile, allora, sembra l'opinione di quella dottrina secondo la quale l'autotutela, in quanto implicante l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica, costituisce una forma di tutela in linea di massima non consentita⁴⁵. Nessuno dovrebbe intromettersi nella sfera giuridica altrui senza un'eccezionale autorizzazione da parte della legge. E l'autotutela rientrerebbe nel novero di tali eccezioni.

Per quanto si avvicini alla soluzione del problema qui proposta, la tesi, tuttavia, non coglie nel segno. Essa non tiene conto dell'ordine cronologico con cui si succedono i presupposti di fatto in presenza dei quali sorge il potere di reazione.

Volendo sintetizzare: se nella dinamica complessiva di una fattispecie di difesa privata si verifica un'intrusione non autorizzata nella sfera giuridica di taluno, non si tratta certo di quella compiuta da chi esercita il potere di difesa. L'autotutela è precisamente una forma di reazione contro un'aggressione *di altri* alla *propria* sfera giuridica

La questione, dunque, non è tanto di giustificare l'ingerenza dell'agredito nella sfera giuridica dell'aggressore, ma di metterlo in condizione di potersi difendersi da sé contro un'offensiva esterna.

Ad ogni modo, siccome ogni forma di tutela contempla al suo interno

44 Si tratta della posizione autorevole di E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 531 (il riferimento al principio di tipicità dei poteri di autotutela è contenuto alla p. 529). L' A. menziona come possibili strumenti atipici di coazione psicologica l'esclusione dei soci morosi dalla società o la pubblicazione del nome dei debitori insolventi, e ipotizza, per la liceità di tali mezzi, la necessità di un rapporto di proporzionalità tra essi e l'inadempienza, con l'esclusione degli abusi.

45 Cfr. C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 134; A. Rappazzo, *L'autotutela della parte nel contratto*, cit., p. 14.

delle modalità invasive, il dubbio sull'esistenza o meno di un principio di tipicità o di eccezionalità dovrebbe più esattamente porsi nei confronti di ciascuna di esse. Persino l'esercizio di un diritto può alle volte tradursi in un'ingerenza nei riguardi di taluno, ma ciò non vuol dire che al legislatore compete l'individuazione tassativa dei binari lungo i quali quell'esercizio si esplica. Ne è modello il divieto degli atti emulativi.

D'altra parte, neppure può darsi per scontato che l'autotutela si traduca *sempre* in un'intrusione nella sfera giuridica altrui, potendo essa assumere manifestazioni per così dire passive⁴⁶.

Il vero è che, tutte le volte in cui si discute dell'estensione applicativa di un potere di autotutela, si presuppone avvenuta una lesione di un interesse che, in quanto già apprezzato positivamente dall'ordinamento, va protetto. E dinanzi al sacrificio di un valore positivo, è quasi istintivo creare le condizioni affinché la tutela possa dirsi completa.

A questo punto, si avranno due possibilità: a) se la reazione difensiva dell'agredito fa o prevede il ricorso alla violenza, il dato di riferimento da cui muovere sarà l'art. 2044 c.c.; b) in caso contrario – e sono le ipotesi più frequenti – riteniamo che non si ponga affatto un problema di tipicità o di eccezionalità della fonte del potere esercitato – che, ripetiamo, non ha tecnicamente ragion d'onde – quanto un problema di controllo dell'esercizio di un potere privato. Controllo da svolgersi secondo un calibrato utilizzo della clausola di buona fede.

Del resto, di questo modo di operare conservano traccia diverse fattispecie legali istitutive di poteri di autotutela. In esse, l'intervento dell'ordinamento si traduce nell'affidamento al giudice di un potere di controllo volto alla verifica della sussistenza dei presupposti che giustificano l'impiego del potere di autodifesa (in questo senso, le diverse forme di risoluzione di diritto), oppure dell'assenza di un abuso

⁴⁶ Tra gli altri, si ricordano l'art. 1460 c.c., l'art. 1461 c.c. e l'art. 1481 c.c..

nell'esercizio del rimedio (è il caso della riduzione *ex officio* della clausola penale manifestamente eccessiva).

Se, dunque, di tipicità si deve parlare, è con riguardo ai valori presidiati dal sistema più che allo strumento di tutela. Almeno sulla base degli appigli normativi esistenti.

Si delinea così un quadro d'insieme in cui, lungi dal ricercare soluzioni universali valevoli a livello astratto, va più opportunamente promosso un modo di procedere caso per caso, che, a seconda delle note caratteristiche delle fattispecie che si presentano davanti all'interprete, tenga conto: i) della qualità degli interessi in conflitto; ii) delle coordinate valoriali in cui quello specifico conflitto è calato; iii) delle peculiari modalità di attuazione del farsi giustizia da sé.

L'incisività con cui il fenomeno dell'autotutela ha attecchito nel codice civile consente di delineare con un certo rigore i tratti tipici della figura, e, per tale via, di abbozzare un catalogo aperto di fattispecie, in cui l'ingresso di nuove ipotesi o l'applicazione analogica di quelle già esistenti divengono operazioni controllabili.

La conclusione ha il conforto dell'autorità della Relazione al codice civile (n. 1065) ove sta scritto che tutti i diritti soggettivi, *se pur variamente, secondo la loro varia natura e le varie possibili contingenze*, esigono una tutela più o meno affidata o condizionata all'iniziativa delle parti interessate, tutela senza la quale si avrebbero offese senza rimedio⁴⁷.

Ciò non toglie che, talvolta, l'ordinamento possa disincentivare o rendere inutile l'autotutela. Ma questo non autorizza conclusioni oltre misura.

In particolare, non vanno sopravvalutate talune indicazioni sistematiche tradizionalmente richiamate per argomentare il divieto generale di autotutela privata.

⁴⁷ Relaz. al cod. civ. n. 1065, in *Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, p. 734.

In cima alla lista, la materia del possesso.

Si concorda, ad esempio, nel ritenere che il proprietario del fondo non possa apporre un cancello e chiuderlo a chiave dopo che il vicino ha esercitato per qualche tempo il passaggio sul fondo altrui. Egli dovrà piuttosto rivolgersi al giudice per far accertare l'illegittimità del passaggio, per lo meno se vorrà evitare che sia il vicino stesso a ricorrere per le vie legali allo scopo di ottenere il ripristino dello stato di fatto precedente a quel gesto (art. 1168 c.c.). *Ergo*, se il proprietario del fondo non ha il diritto di impedire il potere di fatto che taluno esercita sulla sua cosa, lo si dovrebbe proprio a quel divieto.

Ebbene, a dispetto dell'opinione dominante, in quest'ipotesi non si pone per niente un problema di divieto di autotutela.

Il vero motivo per il quale al proprietario del fondo è impedito di farsi giustizia da sé risiede nell'assenza di un'attuale lesione a suo danno. Paradossalmente, l'esempio proposto rivela che il vicino non lede alcun diritto del proprietario del fondo, e ciò in quanto, secondo le valutazioni dell'ordinamento e alla luce di una prognosi probabilistica, esercita un diritto di passaggio che, sia pur ancora in ipotesi, gli appartiene in forza dell'esercizio prolungato del passaggio sul fondo altrui. Parlando nel linguaggio dell'autotutela, cioè, risulta del tutto approssimativo il presupposto della lesione o dell'esposizione a pericolo di una situazione di interesse giuridicamente rilevante⁴⁸.

Al più, si potrà dire che, sul piatto della bilancia, la tutela dell'apparenza prevalga sulle ragioni della proprietà. Ma quest'operazione di bilanciamento, compiuta sulla base del dato positivo, conferma appunto la credibilità di quel modo di procedere che si è indicato come una tappa necessaria per giudicare se, in uno specifico campo dell'esperienza giuridica, sia o meno esercitabile un determinato potere di autotutela.

48 Cfr. cap. II, par. n. 5.

E' pure possibile sostenere che, in fin dei conti, tutta quest'architettura sia funzionale al mantenimento della pacifica convivenza tra i consociati. Ciò nonostante, saremmo in presenza di una finalità da riportare più correttamente al principio di apparenza che ad un presunto divieto di autotutela.

Talvolta, poi, è il sistema stesso che suggerisce all'interprete quali sono i limiti alla configurabilità di azioni in autotutela.

Prendiamo, al riguardo, la norma sulle immissioni (art. 844 c.c.).

Se il proprietario del fondo deve sopportare le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino quando non superano la normale tollerabilità, vorrà dire che dalla descrizione del fatto tipico già emerge il confine varcato il quale l'autotutela, non solo è scoraggiata, ma è addirittura vietata. Nondimeno, si tratta di una considerazione ben diversa dal ritenere sussistente un divieto generale di autotutela privata.

Indubbiamente, la previsione di un esplicito potere di autotutela non è priva di senso, perché costituisce un indizio della particolare attenzione che l'ordinamento intende dedicare all'interesse presidiato mediante l'attribuzione di quel potere.

Oltre a ciò, a riprova dell'*accoglienza* mostrata nei riguardi della categoria incriminata, può anche immaginarsi che la lesione del libero esercizio dei poteri di autotutela sia fonte di danno risarcibile *ex art. 2043 c.c.*

E' quanto affiora, ad esempio, dalla recente fattispecie della concessione abusiva del credito, in cui l'erogazione irresponsabile del credito da parte dell'istituto bancario diventa una condotta sanzionabile a titolo di illecito extracontrattuale appunto perché dissuade il soggetto già creditore dell'impresa abusivamente finanziata e poi decotta dall'attivare quei poteri riconosciutigli dall'ordinamento per l'autotutela del proprio interesse di

fronte al pericolo di insolvenza (e a maggior ragione alla insolvenza) del debitore⁴⁹. La circostanza che il beneficiario del finanziamento sia già insolvente al momento dell'erogazione del credito (giacché altrimenti la concessione del credito non avrebbe carattere abusivo), dovrebbe per ciò solo portare ad escludere che il comportamento dell'istituto di credito abbia contribuito a rendere impossibile quella prestazione alla cui esecuzione il soggetto obbligato era tenuto. Se così è, ad essere leso non è tanto il diritto di credito in sé quanto il potere di autodifesa del credito, ossia la libertà di ricorrere ai poteri, legali o contrattuali, attribuiti per la difesa del diritto. Per meglio dire, la concessione abusiva del credito è sanzionata perché pregiudica la possibilità per il creditore di esercitare i poteri di autotutela del credito.

Tutto ciò contribuisce a dimostrare che l'autotutela non è affatto avversata dall'ordinamento. Quale prerogativa di difesa dell'individuo, anzi, – si perdoni il gioco di parole – viene addirittura tutelata.

49 Cfr., sul punto, F. Di Marzio, *Sulla fattispecie "concessione abusiva del credito"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 3, pp. 332 e ss. (v. anche nota n. 39).

Sulla problematica della concessione abusiva del credito, cfr., in giurisprudenza, Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7029, in *Dir. fall.*, 2006, 2, p. 630; Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 643; Cass. civ., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7031, in *Dir. fall.*, 2007, 2, p. 195.

Nella dottrina, tra i numerosi contributi, cfr. C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La responsabilità civile dell'impresa bancaria*, in AA.Vv., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura di S. Maccarone e A. Nigro, Milano, 1981, p. 279; B. Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le Società*, 2007, 4, pp. 462 e ss.; Id., *Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione della autonomia contrattuale*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, pp. 412 e ss.; Id., *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 1, pp. 280 e ss.; A. Nigro, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, *ivi*, 2007, 4, pp. 437 e ss.; Id., *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, in *Giur. comm.*, 1978, 1, pp. 219 e ss.; V. Roppo, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Il Fallimento*, 1996, pp. 876 e ss.; A. Viscusi, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004; Id., *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 2, p. 648.

6. La poliedricità di funzioni dell'autotutela.

Nel precedente paragrafo si è cercato di mostrare che l'autotutela non è estranea al sistema e che un divieto generale di difesa privata non ha ragion d'essere.

E' venuto ora il momento di portare a compimento le riflessioni svolte e tratteggiare in maniera chiara le funzioni che, in una società moderna, possono attribuirsi alla figura studiata⁵⁰.

Occorre cioè comprendere qual è il tipo di problema che l'autotutela mira a fronteggiare, e quali vantaggi essa è in grado di offrire, riservando ad un momento successivo l'approfondimento, secondo un approccio propriamente tecnico, dei presupposti e del meccanismo di funzionamento.

Al fine di agevolare l'emersione dei diversi versanti dai quali la questione può essere osservata, sembra conveniente partire da una schematizzazione di base.

Sottoposta a quest'opera di sintesi, l'autotutela lascia intravedere al suo interno tre diversi momenti o sviluppi.

Il primo è certamente quello più intuitivo, perché esalta il punto di vista del titolare del potere di autodifesa.

Quest'angolazione ribadisce un dettaglio quasi scontato: l'autotutela è una forma di tutela.

Come ogni forma di tutela, essa è un tipo di risposta ad una lesione o ad un tentativo di lesione. Pertanto, ha un fine *tendenzialmente* reattivo⁵¹.

Per cogliere però le peculiarità di questa dimensione dell'autotutela, dai

50 Quanto al concetto di funzione qui accolto, cfr., al riguardo, M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, pp. 97 e ss., 108 e 119; Id. *Funzione compensativa della responsabilità*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato, a cura di M. Maugeri ed A. Zoppini, Bologna, 2009, pp. 66 e ss..

51 Il corsivo intende ribadire che vi sono ipotesi di autotutela in cui la finalità difensiva si risolve rapidamente nel soddisfacimento dell'interesse salvaguardato (in questo capitolo, par. n. 3; v. anche cap. II, par. n. 3).

confini ancora troppo incerti se ci si limita al profilo funzionale, è necessario compiere uno sforzo ulteriore ed evidenziare le modalità tramite cui il potere di autodifesa opera. Il che apre ad un primo progetto di definizione: l'autotutela è quel *potere di reazione* tramite cui il privato può *da se medesimo*, ossia senza ricorrere agli organi giurisdizionali dello Stato, i) difendersi contro un'interferenza esterna suscettibile di mettere in pericolo il soddisfacimento di un proprio interesse o di pregiudicare la conservazione dello *status quo*; ii) riparare una lesione compiuta ai danni della propria sfera giuridica; iii) realizzare il soddisfacimento dell'interesse contro chi ne minacci l'attuazione.

In termini di benefici, quest'aspetto dell'autotutela assicura la speditezza della difesa; rinsalda nel soggetto tutelato la consapevolezza del proprio ruolo e delle proprie capacità, valorizzando la sua iniziativa autonoma e responsabile; consente una reazione calibrata alle risorse del singolo⁵².

Il secondo momento dell'autotutela, invece, incentrandosi su colui che ne subisce l'esercizio, ossia sull'autore della lesione, scopre nuovi orizzonti.

Escludendo i casi di ricorso all'uso della forza fisica, l'autotutela resta infatti un meccanismo di difesa particolarmente incisivo. Non è un caso che, se si vanno a guardare le ipotesi normative richiamate dalla discussione sul presunto spazio della nozione di pena nell'ambito dei rapporti privati, si tratta per lo più di fattispecie di autotutela privata⁵³.

52 Francamente eccessiva, oltre che giuridicamente inesatta, è l'impostazione di M. Ferrara Santamaria, *La giustizia privata*, cit., p. 100, il quale assegna alla giustizia privata il ruolo di integrazione della giustizia pubblica.

53 Il dibattito sulla problematica della pena privata ha coinvolto, ad esempio, la caparra confirmatoria, la ritenzione, la clausola penale.

Non mancano, del resto, autori favorevoli a riconoscere nella pena privata un mezzo di attuazione del diritto di autotutela: in questo senso, sia pur in relazione ad ipotesi nominate ed alle condizioni espressamente fissate dal legislatore, A. Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 9; F. Mazziotti Di Celso, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, s.d., p. 125; L. Mezzanotte, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, cit., pp. 16 e ss. e 36; A. Saturno, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, cit., p. 273. Critico al riguardo C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 135; Id., *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 20. Per ulteriori considerazioni, si rimanda alla sede appropriata (cap. II, par. n. 3, nota n. 87). Sul tema, cfr., anche, F. D. Busnelli, *Verso una riscoperta delle pene private?*, in *Le pene*

Questa diversa proiezione – richiamando alla mente la nozione di *auto-responsabilità*⁵⁴ – pone l'accento sulle conseguenze di una condotta illecita o illegittima.

Compare in tal modo la prospettiva di una finalità di tipo punitivo e/o deterrente.

Invero, rimettendo per intero la reazione difensiva all'attività spontanea del singolo, è probabile che la rappresentazione anticipata dell'esercizio del potere di autodifesa suggerisca al destinatario maggiore prudenza nell'azione.

Almeno quanto a tempistica, poi, egli dovrà escludere tra le alternative possibili l'eventualità di una strategia dilatoria, esito, quest'ultimo, altamente immaginabile nell'ipotesi in cui la vicenda seguisse la via del processo.

In breve, almeno ad un livello razionale, la presenza di un potere di autotutela può rendere meno conveniente la trasgressione della norma.

Infine, il terzo sviluppo dell'autotutela rileva sul piano della tecnica di costruzione della fattispecie.

Si tratta questa volta di verificare se e come l'introduzione di un potere di autotutela possa giovare alla composizione di un conflitto di interessi, ossia quali vantaggi possono convincere il legislatore a ricorrere all'introduzione di uno strumento di giustizia privata.

La risposta al quesito è contenuta, almeno in parte, in svariati riferimenti di diritto positivo.

Più precisamente, è nelle pieghe della legislazione speciale, dove ipotesi di autotutela privata figurano numerose volte a protezione di talune categorie cd. economicamente deboli.

private, cit., p. 3; E. Moscati, *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 772 e ss..

54 Cfr. S. Pugliatti, *Autoresponsabilità (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 452 e ss..

Lo schema classico è quello dei poteri di recesso⁵⁵.

Sotto questo punto di vista, l'autotutela diviene una risorsa, il cui sapiente e controllato utilizzo fornisce l'occasione, se non altro, di attenuare uno squilibrio mercé la valorizzazione e la sollecitazione di specifici atteggiamenti individuali.

Essa, cioè, riassume una tecnica di regolazione del mercato⁵⁶.

Per di più, l'immissione di uno strumento di giustizia privata nella disciplina di tali peculiari rapporti permette di invertire la normale cadenza dell'iniziativa processuale nel caso di esito patologico della relazione contrattuale.

L'autotutela, per vero, pur ponendosi al di fuori del processo, non lo esclude in maniera assoluta, perché colui che ne sopporta l'esercizio può sempre ottenere la verifica giudiziale della corretta esplicazione del potere. Se tanto è vero, dando al soggetto più debole del rapporto la possibilità di tutelarsi da sé, si ottiene in pratica il risultato di caricare la parte economicamente forte dell'onere di percorrere le vie legali qualora paventi l'insussistenza dei presupposti di liceità dell'autotutela. Il che favorisce non solo la stabilità delle contrattazioni, ma anche una migliore distribuzione dei costi.

Questa peculiarità segna un aspetto virtuoso dell'autotutela e apre le porte ad una riflessione di più ampio respiro.

In fin dei conti, attraverso l'attribuzione di uno specifico strumento di autodifesa l'ordinamento confessa il suo favore per una determinata situazione di interesse.

Questo risalto che l'autotutela dà all'interesse cui accede – similmente a

55 Per l'esame dei recessi di autotutela e la loro distinzione rispetto a quelli di pentimento, si rinvia al cap. II, par. n. 3, nota n. 91.

56 L'autotutela verrebbe ad arricchire il quadro dei rimedi privatistici utilizzabili in funzione regolatoria.

Sulla possibilità ed utilità di assegnare al diritto privato compiti di *enforcement*, cfr. A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., pp. 16 e ss..

quanto accade con riguardo alla tutela inibitoria – non è privo di implicazioni, perché, illuminando il giudizio di bilanciamento tra norme o interessi in conflitto, costituisce un indice della levatura assiologica delle posizioni confrontate. La presenza di un rimedio d'autotutela va in tal modo ad arricchire il quadro di riferimenti normativi a disposizione dell'interprete per verificare la prevalenza tra posizioni giuridiche contrastanti, così fungendo da fattore determinante in quelle sedi ove occorre operare un giudizio di valutazione comparativa tra più interessi confliggenti⁵⁷.

In definitiva, volendo tirare le somme del discorso fin qui svolto, affiora un dato: per avere una visione complessiva delle cose, è necessario concepire l'autotutela talvolta come funzione talaltra come meccanismo.

Se poi si accetta di operare un'ulteriore astrazione concettuale che spezza però i ponti con il piano della fattispecie concreta, l'autotutela appare in fondo uno strumento tramite cui il sistema delega ai suoi membri la preservazione di se stesso.

Questo rilievo vale a fondare la possibilità di considerare l'autotutela una tecnica d'incoraggiamento con cui l'ordinamento realizza una funzione che – per riprendere le parole di un autorevole Autore – può definirsi *promozionale*, con tale termine alludendosi all'idea per cui il ricorso al potere di autodifesa è funzionale allo scopo di ottenere il coinvolgimento del titolare dell'interesse protetto nel ruolo di principale protagonista della tutela⁵⁸.

57 E' quasi superfluo aggiungere che la principale area di riferimento per simili operazioni interpretative sia la responsabilità civile. V. al riguardo, P. Trimarchi, *Illecito (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 98.

58 Volendo sviluppare in sintesi questo concetto, ci interessa segnalare che, dal punto di vista della massima astrazione possibile, per il tramite dell'autotutela l'ordinamento riesce a perseguire due finalità complementari. Nell'ottica del soggetto passivo della vicenda, l'ordinamento consegue un fine di carattere protettivo-repressivo, in quanto scoraggia un'azione lesiva di un interesse giuridicamente protetto; nell'ottica dell'autotutelante, invece, stimola il compimento di atteggiamenti individuali socialmente desiderati, vale a dire persegue un fine *lato sensu* promozionale.

Il riferimento contenuto nel testo è all'insegnamento di N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1313 e ss..

In breve, se il sistema persegue l'obiettivo di selezionare e tutelare un determinato interesse, può certamente agire sul trasgressore, garantendo il supporto di un apparato repressivo funzionale all'inflizione del castigo (è la tecnica dello scoraggiamento); ma può anche intervenire sull'agredito creando le condizioni perché questi ottenga tutela da sé, ossia incentivando la sua spontanea reazione ed assicurandogli i vantaggi, in termini di autosoddisfacimento, del comportamento autodifensivo.

Ciò, ovviamente, estende la nozione di autotutela: in quanto strumento di conservazione di un ordinamento, essa rientra nel concetto di sanzione⁵⁹.

7. Autotutela, autonomia privata ed esercizio del diritto: analogie e distinzioni. L'autotutela come causa del contratto.

Si è appena visto che al mutare della prospettiva da cui si osserva l'autotutela, il panorama si arricchisce di nuove implicazioni, si intravedono finalità ulteriori e si dilatano pure i confini *interni* della nozione.

Per evitare confusioni concettuali, però, è altresì necessario definire il perimetro *esterno* della figura in esame.

L'autotutela, infatti, interferisce con categorie e nozioni affini. Motivo per il quale è importante fissare i tratti distintivi rispetto a quelle figure giuridiche con cui essa presenta talune affinità.

In particolare, occorre definire, per un verso, il rapporto che sussiste tra autotutela e autonomia privata, per altro, quello tra autotutela ed esercizio del diritto.

Partiamo dal raffronto tra autotutela ed autonomia privata.

Al riguardo, è utile ribadire un punto: nonostante il discorso

⁵⁹ Conformemente alla nozione di sanzione acclarata dalla dottrina più autorevole. Cfr. N. Bobbio, *Sanzione*, cit., pp. 452 e ss..

sull'autotutela intercetti il tema dell'autonomia privata, tra questa e la prima non v'è da fare alcuna commistione. Almeno a livello concettuale, deve essere chiaro che i due concetti non sono affatto sovrapponibili.

A ben vedere, non si tratta di una conclusione così scontata. Ne è prova il fatto che, soprattutto in passato, si è proposto di riferire l'autotutela proprio alla nozione di autonomia privata⁶⁰.

Il ragionamento muoveva dall'idea secondo cui nell'ambito del concetto di autonomia – intesa come quella potestà dei privati di dare assetto ai propri interessi o rapporti – sarebbe possibile individuare tre partizioni interne: avremmo in tal modo un'autonomia normativa distinta da un'autonomia esecutiva e da un'autonomia giurisdizionale. L'autotutela sarebbe espressione di autonomia giurisdizionale, costituendo, per i soggetti non sovrani, il reciproco di ciò che la potestà giurisdizionale rappresenterebbe per gli ordinamenti sovrani.

La tesi è stata ampiamente smentita e poi superata⁶¹. Si è fatto notare come tra le due aree vi sia totale diversità: se l'una si incentra sulla potestà dei privati di obbligarsi ad una cooperazione e di disporre dei propri interessi, l'altra ha un'esclusiva funzione di difesa.

Un confronto, aggiungiamo, che non andrebbe al di là della condivisione di un aggettivo.

60 Il riferimento è alla nota tesi di Salv. Romano, *Autonomia privata (Appunti)*, in *Scritti minori*, vol. II, Milano, 1980, pp. 541 e 558 e ss., il quale, ripartendo l'autonomia privata in normativa, esecutiva e giurisdizionale, mima in piccolo le tre potestà fondamentali dell'ordinamento giuridico originario (legislativa, esecutiva e giurisdizionale).

L'impostazione segue le orme del contributo teorico di S. Romano, *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 14.

Sulla nozione di autonomia privata, si vedano inoltre, E. Betti, *Autonomia privata (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 1559 e ss.; F. Carresi, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 1, pp. 265 e ss. (il saggio è poi apparso col titolo, *Contratti e atti unilaterali. Note critiche*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. I, Torino, 1960); L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

61 Cfr., anche per l'ampia indicazione bibliografica, L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., pp. 67 (nota n. 122) e 69. V. anche, E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 537; A. Lener, *Potere (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 625; A. Rappazzo, *L'autotutela della parte nel contratto*, cit., p. 22.

Eppure, ciò non toglie che tra i due concetti possa ravvisarsi qualche profilo di interferenza. E a dimostrazione di una tale contiguità, si possono svolgere due ordini di considerazioni.

Innanzitutto, riteniamo che l'autonomia privata possa essere fonte di autotutela.

L'opinione contraria poggierebbe sulla presunta esistenza del divieto di autotutela privata e sull'idea conforme per cui fonte dei diritti di autotutela non può essere che la legge⁶². Talvolta, si afferma, il potere di autodifesa verrebbe attribuito al singolo in forza di un'espressa disposizione legislativa, talaltra, invece, avrebbe la propria fonte causale immediata in un atto di autonomia privata. Così nell'ipotesi di cui all'art. 1456, primo comma, c.c., dove, sebbene l'impiego dello strumento di autotutela dipenda in concreto da un incontro di volontà – nel caso indicato: dalla stipulazione della clausola risolutiva espressa –, è pur sempre la legge a prefigurare il meccanismo tipico.

Una volta, però, dimostrata l'infondatezza di quel dogma⁶³, non dovrebbero esservi difficoltà a concludere che in linea di massima i privati possano, nell'esercizio della loro autonomia privata, dare vita a poteri di autotutela, modificare la struttura dello schema legale, aggiungervi termini o condizioni.

Con una sola e ben nota limitazione: il perseguimento dell'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. E non pare che, tenuto conto delle funzioni riferibili all'autotutela, la soglia della meritevolezza dell'interesse perseguito debba ritenersi, perlomeno in linea astratta, valicata.

62 V. L. Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 63; L. Mezzanotte, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, cit., pp. 61-62.

Secondo una parte della dottrina, sarebbe possibile ammettere un'autotutela consensuale che si fondi su di un accordo privato, ma solo se una norma lo riconosca e lo garantisca. In questo senso, W. D'Avanzo, *Ritenzione (voce)*, in *Noviss. dig.*, Torino, 1969, p. 170; A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 61.

63 Cfr., *retro*, par. n. 3.

La libera esplicazione della volontà privata sarà, pertanto, impedita solo se ad una valutazione in concreto l'attribuzione per via negoziale del potere di autodifesa minacci la lesione di interessi maggiormente bisognosi di tutela.

Alcune volte, è il legislatore stesso a segnalare questa ricorrenza: è l'ipotesi, a nostro avviso, dell'art. 2744 c.c.. In altre, invece, la valutazione spetta all'interprete, il solo che, a seconda degli indici sistematici rintracciabili dal diritto positivo, dovrà giudicare della validità o meno del patto attributivo di un meccanismo di autodifesa.

Valido, per esempio, è ritenuto il contratto costitutivo di pegno irregolare.

Mediante questo negozio, il creditore pignoratorio, posto di fronte all'inadempimento dell'obbligazione principale, incamera definitivamente le somme o le cose fungibili ricevute in proprietà all'atto della costituzione del pegno, a patto di restituire la parte eccedente l'ammontare dei crediti garantiti.

Il creditore reagisce all'inadempimento del debitore auto-soddisfacendosi, ossia appropriandosi in modo definitivo delle utilità pignorate purché fino alla concorrenza del credito, saltando così le procedure di vendita all'incanto e di successiva distribuzione del ricavato⁶⁴.

Alla luce della sua causa, il contratto sembrerebbe, dunque, realizzare una funzione economico-individuale lecita: predisporre un meccanismo di

⁶⁴ La corrispondenza tra la somma appropriata ed il credito garantito è l'elemento che salva la fattispecie dalla scure del divieto del patto commissorio. In questo senso, tra gli altri, cfr. Cass. civ., 24 maggio 2004, n. 10000, in *Giust. civ.*, 2005, 9, I, p. 2154.

Sulla funzione autosolutoria del pegno irregolare, cfr. altresì Cass. civ., 15 febbraio 2008, n. 3794, in *Foro it.*, 2008, 11, p. 3284.

È chiaro, e la sentenza da ultimo menzionata lo mette bene in mostra, che la funzione di autodifesa del contratto di pegno irregolare si manifesta non già al momento della costituzione della garanzia ma allorché il sopravvenuto inadempimento del debitore autorizza il creditore ad incamerare in via definitiva le somme o i beni ricevuti in garanzia.

La tematica è legata, poi, ad un'altra questione, riguardante la dibattuta possibilità di attribuire convenzionalmente al creditore poteri di esecuzione privata. Il tema verrà discusso al cap. II, par. n. 8.

difesa contro l'altrui inadempimento.

La stessa cosa non potrebbe dirsi con riguardo al summenzionato divieto del patto commissorio. Ma non per l'inadeguatezza dell'assunto di fondo – l'autotutela come possibile causa contrattuale – ma per il sospetto legittimo che il meccanismo di cui al 2744 c.c. stimolerebbe operazioni usurarie⁶⁵.

In breve: non vi sono ostacoli nel riconoscere che i privati possano predisporre le condizioni necessarie ai fini della nascita e dell'esercizio del potere di autotutela.

L'osservazione, avvalorata dal riconoscimento della dignità funzionale dell'autotutela, dimostrerebbe pertanto la possibilità di concepire un negozio con causa di autotutela⁶⁶. A maggior ragione, da quando, tramontata l'idea dirigistica della causa come funzione economico-sociale, ha fatto irruzione nel diritto dei contratti la prospettiva della causa in concreto⁶⁷.

65 Cfr. Cass. civ., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Giur. comm.*, 1997, 2, p. 656, con nota di R. Simone. Quanto alla questione della configurabilità o meno di una ritenzione convenzionale, la soluzione positiva appare preferibile. Parte della dottrina, muovendo dall'eccezionalità dei poteri di autotutela, ritiene invece che la ritenzione sia configurabile se ed in quanto prevista da una norma di legge ed esclude, di conseguenza, la possibilità di un'applicazione analogica del regime legale alle ipotesi di ritenzione convenzionale, le quali costituirebbero piuttosto una facoltà regolata unicamente dall'accordo delle parti e non dai principi che vengono enunciati riguardo alla ritenzione legale [in questo senso, E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 532; L. Mezzanotte, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, cit., pp. 63, 64 e 65; A. Rappazzo, *L'autotutela della parte nel contratto*, cit., pp. 130 e ss.; F. Semiani Bignardi, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, p. 10 nota n. 19]. Una volta superata, però, la rigidità del principio di eccezionalità dell'autotutela, cadrebbe l'ostacolo all'ammissibilità della ritenzione convenzionale, con efficacia, si intende, meramente obbligatoria.

Ammettono la possibilità di una ritenzione convenzionale, C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 139, secondo il quale, considerando che il proprietario ha il potere di attribuire ad altri il diritto di godere della cosa, deve ammettersi che possa conferirsi un diritto di contenuto più limitato, quale quello di trattenere la cosa per un fine cautelativo; L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, cit., p. 139; G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, Firenze, 1907, p. 568; A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 115.

In giurisprudenza, per la tesi sfavorevole alla figura della ritenzione convenzionale, cfr. Cass. civ., 22 ottobre 1993, n. 10482, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1346. *Contra*, Cass. civ., 7 luglio 1975, n. 2643, in *Foro it.*, 1975, I, p. 401.

66 E' utile premettere che la soluzione positiva al problema dell'ammissibilità di un'autotutela di fonte negoziale non contraddice il fatto che l'autodifesa dell'interesse dipenda dall'esclusiva attività del suo titolare. Come si avrà modo di vedere (cap. II, par. n. 4), una cosa è la fonte del potere esercitato, altra il carattere unilaterale dell'esercizio del potere.

67 Non è questa la sede adatta per approfondire la complessa problematica. È sufficiente, pertanto, ricordare che il *revirement* teorico si fa ormai convenzionalmente risalire a Cass. civ., 8 maggio

Passando al secondo ordine di considerazioni, emerge un'altra traccia dell'intersezione tra l'universo dell'autonomia privata e quello dell'autotutela, ossia che l'atto unilaterale di autonomia privata può essere un mezzo di autotutela.

E infatti, a prescindere dalla discussione intorno alla loro esatta natura giuridica, vi sono casi in cui l'impiego dello strumento di autodifesa non si concretizza nell'adozione di un comportamento, ma nell'esercizio di un atto di volontà, magari limitato alla sola scelta di valersi o meno dello schema preconfezionato dalla legge. Molteplici gli esempi: l'atto di esercizio del recesso, quello del riscatto, la diffida ad adempiere, l'esercizio stragiudiziale dell'azione surrogatoria.

Diremo allora che in queste ipotesi la difesa della propria posizione giuridica diviene quasi una forma di regolazione dei propri interessi.

L'autotutela va tenuta distinta anche dall'esercizio del diritto⁶⁸.

A livello astratto, la distinzione è agevole. L'esercizio del diritto consiste nello svolgimento di una delle facoltà ricomprese nel diritto soggettivo medesimo (godimento, disposizione, scelta, pretesa), e non presuppone la lesione o l'esposizione a pericolo dell'interesse protetto. L'autotutela, invece, mirando alla difesa del diritto, si sostanzia nell'esplicazione di un potere non compreso nel fascio di facoltà di cui il diritto soggettivo consta e presuppone, come si vedrà, una lesione attuale o un'attuale esposizione a

2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, 9, p. 1985, con nota di B. Izzo.

In realtà, prima di tale pronuncia, l'idea secondo cui nel nostro ordinamento dovesse accogliersi un concetto di causa intesa come funzione economico-sociale era diventata una petizione di principio, perché nei fatti la giurisprudenza dava mostra di applicare la tesi della causa intesa come funzione economico-individuale. Cfr. G. Alpa, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, pp. 1 e ss.; U. Breccia, *Causa*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa-U. Breccia-A. Liserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 1999, pp. 66 e ss.. In sostanza, col passare del tempo il richiamo alla nozione di causa in astratto è sembrato più una clausola di stile che una consapevole adesione ad un principio.

Sul tema, v., di recente, F. Rolfi, *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 1718 e ss.; R. Rolli, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e impresa*, 2007, pp. 416 e ss.; Id., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.

68 Cfr. A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., pp. 86-87.

pericolo dell'interesse protetto.

Nei fatti, però, la differenza tende a sfumare.

Per intenderci, la chiusura del fondo *ex art.* 841 c.c. può essere sia esercizio del diritto di proprietà sia mezzo di autotutela. Rappresenta esercizio del diritto quando non è diretta a respingere una lesione o l'altrui pretesa di passaggio; diverrà strumento di autotutela qualora si realizzerà il presupposto dell'attualità della lesione.

Alla stessa maniera, la predisposizione di dispositivi di sicurezza dotati di capacità offensiva non ha niente a che vedere con l'autotutela, a meno di non volere importare dal diritto penale la discussa figura della legittima difesa anticipata ovvero, come ritiene una parte della dottrina, di differire la ricorrenza dell'autotutela all'epoca della violazione effettiva del diritto di proprietà da parte dell'intruso⁶⁹.

Conclusioni in parte diverse valgono con riferimento all'ipotesi dello sciame d'api (art. 924 c.c.) o a quella successiva dell'inseguimento di animali mansuefatti.

Indubbiamente, il diritto di inseguimento sul fondo altrui che compete al proprietario dello sciame o degli animali altro non sembra se non il legittimo esercizio del diritto di proprietà. La situazione non pare così diversa da quella del proprietario del fondo che, smarrendo un suo oggetto nel terreno del vicino, va a recuperarlo.

In realtà, sviscerando più a fondo il modo di operare delle fattispecie richiamate, risulta che espressione di autotutela non è tanto il diritto di inseguimento sullo sciame d'api o sugli animali mansuefatti quanto il diritto di accesso sul fondo altrui esercitabile contro l'eventuale opposizione del proprietario di questo.

⁶⁹ In questo secondo senso, C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 133.

Cfr., sul tema, G. Bianca, *La figura giuridica della difesa dei beni economici mediante ordigni esplosivi*, Catania, 1926. A favore, invece, di un concetto di autotutela a carattere anticipato o prodromico, E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 529.

Secondo parte della dottrina, poi, venendo a mancare il profilo della provenienza della lesione, o della minaccia della lesione, dalla sfera giuridica altrui, neppure potrebbe parlarsi di tutela in senso tecnico⁷⁰.

A parte la discutibilità di tale ultimo assunto (sul cui esame si rimanda al capitolo successivo), va, quindi, disattesa la possibilità di ravvisare in tali ipotesi le note caratteristiche del farsi giustizia da sé. A riprova di questa conclusione, le norme prevedono in favore del proprietario del fondo attraversato dallo sciame o dagli animali il diritto ad un'indennità per il danno subito. Diritto, quest'ultimo, difficilmente configurabile qualora l'inseguimento equivalesse ad una reazione difensiva.

Infine, ma il discorso è già stato affrontato⁷¹, l'autotutela va differenziata dal concetto di giurisdizione.

8. L'autotutela della Pubblica Amministrazione. Precisazioni.

Prima di chiudere questo primo capitolo, sembra inevitabile ricordare come il fenomeno dell'autotutela abbia avuto ben altra considerazione sul piano del diritto amministrativo.

A conferma di ciò, è curioso che persino tra gli addetti ai lavori la sola menzione del termine autotutela riporti in modo quasi automatico al dibattito tutt'ora in corso tra gli studiosi del diritto amministrativo, dimenticando del tutto che esiste la prospettiva del diritto privato.

Segno di questa maggiore generosità nei confronti del problema è l'imponente produzione letteraria offerta in materia dalla pubblicistica⁷².

70 In quest'ottica, L. Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 17. *Contra*, E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 529, il quale riconduce al fenomeno dell'autotutela perfino quelle forme di reazione preventiva contro pericoli derivanti da fattori naturali.

71 Motivo per cui si rinvia al precedente paragrafo n. 3.

72 Cfr., tra i vari contributi, N. Bassi, *Principio di legalità e poteri impliciti*, Milano, 2001, pp. 379 e ss.; F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 539 e ss.; G. Coraggio, *Autotutela: I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma,

L'indagine fin qui condotta ha, invece, presupposto l'esistenza di un rapporto di parità tra i soggetti coinvolti dalla vicenda di autotutela.

Proprio per questa ragione, la considerazione dell'attività di autotutela compiuta dalla Pubblica Amministrazione in veste di autorità esula dalla presente riflessione.

Benché in senso puramente descrittivo l'autotutela amministrativa condivide con l'omologa categoria privatistica il fatto di essere una tutela attuata dallo stesso interessato, la prima mette in campo problematiche diverse da quelle sollevate dal dibattito sull'autotutela privata.

Basta scorrere la nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*) e della revoca dell'atto amministrativo (art. 21-*quinquies*) contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, per accorgersi rapidamente che le condizioni dettate dal legislatore per la legittimità dei relativi provvedimenti amministrativi spostino la riflessione altrove.

Questo non significa che il discorso sull'autotutela privata non sia in grado di intercettare la sfera giuridica dell'Amministrazione, ma che i due poli potranno toccarsi solo quando l'azione del pubblico potere percorra i binari del diritto privato, ossia quando la Pubblica Amministrazione, spogliatasi della veste di pubblica autorità, agisca in condizione di parità con il privato.

1988, pp. 1 e ss.; A. Liberati, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006; M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006. Recentemente, L. M. Caruso, *Potere di autotutela, principio di affidamento e discrezionalità della pubblica amministrazione. Il potere di annullamento in via di autotutela attribuito alla p.a.*, commento a Tar Trento, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Giur. merito*, 2010, fasc. 5, pp. 1400 e ss.; A. Cassatella, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, commento a Tar Trentino Alto Adige, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Foro amm. TAR*, 2010, fasc. 3, pp. 802 e ss.; C. Di Seri, *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in *Giustamm.it*, pubblicato il 3/02/2010; F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, pp. 439 e ss.; G. Ianni, *Pubblica amministrazione e obbligo di motivazione dei provvedimenti: gli oneri gravanti sulla p.a. in caso di preavviso di rigetto ed annullamento in via di autotutela. Intensità dell'obbligo di motivazione gravante sulla p.a.*, commento a Tar Lazio, 27 novembre 2009, n. 11946, in *Giur. merito*, 2010, fasc. 4, pp. 1100 e ss.; R. Perticarari, *Annullamento in via di autotutela e interesse pubblico*, commento a Cons. di Stato, 8 febbraio 2010, n. 592, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 6, pp. 714 e ss..

Ciò vuol dire che la Pubblica Amministrazione potrà adottare provvedimenti amministrativi di autotutela inquadrabili sotto gli schemi del diritto amministrativo e, al contempo, porre in essere atti di autotutela collocabili all'interno del diritto privato⁷³.

La distinzione non è solo concettuale. Essa rileva tanto ai fini della definizione dei presupposti della categoria di riferimento e della disciplina applicabile, quanto ai fini dell'individuazione del giudice competente.

⁷³ L'assunto sembra condiviso pure dal legislatore, come emerge dall'art. 21-*sexies* legge 1990 n. 241.

Questa norma disciplina il recesso unilaterale dal contratto della Pubblica Amministrazione, subordinandolo al principio di legalità o all'esplicita previsione pattizia. Salvo quanto si dirà in merito ai recessi di autotutela, la disposizione citata, espressamente distinta da quelle sulla revoca e sull'annullamento d'ufficio, pare essere la sede appropriata da cui muovere per ragionare su di un'autotutela privata dell'Amministrazione Pubblica. È importante, però, precisare che, una volta esclusa la ricorrenza di un potere pubblico di autotutela, e dunque rimanendo nell'ambito di rilevanza di un potere privato, non ogni recesso esercitato dalla parte pubblica di un contratto è, per ciò solo, di autotutela privata. Affinché sia legittimo il riferimento all'autodifesa privata, occorre accertare rigorosamente la presenza dei presupposti costitutivi della figura. In breve, la natura privata dell'atto di esercizio della facoltà del recesso è una circostanza necessaria ma non sufficiente perché possa parlarsi di autotutela privata.

Capitolo secondo

L'autotutela come categoria

Sommario: 1. Premessa. 2. Il meccanismo di funzionamento dell'autotutela e il tendenziale carattere personale dei poteri di autodifesa. 3. Il potere di reazione: natura giuridica e classificazioni. 4. L'unilateralità dell'esercizio del potere di autotutela. 5. Il presupposto della lesione o dell'esposizione a pericolo dell'interesse protetto. 6. La situazione giuridica protetta. 7. L'alternatività dell'autotutela rispetto al processo. 8. Puntualizzazioni.

1. Premessa.

Nel capitolo precedente si è visto quanto l'autotutela sia oggi ricca di significato e quanto dense di prospettive siano le funzioni che ad essa possono imputarsi.

Occorre adesso pensare al fenomeno come ad una categoria, ossia una sintesi riepilogativa di caratteristiche ed elementi condivisi da una moltitudine di fattispecie specifiche, per ciò solo riconducibili ad un'unità concettuale⁷⁴.

L'operazione di individuazione di tali caratteristiche non ha un valore meramente speculativo, ma riveste un singolare rilievo.

Delineate analiticamente le singole componenti dell'autotutela, si possiedono, infatti, gli strumenti interpretativi per risolvere alcune importanti questioni riguardanti taluni rimedi tipizzati di autotutela e per allargare lo spazio applicativo della nozione alle ipotesi non disciplinate espressamente ovvero, data l'indisponibilità di un divieto generale di autotutela, per *governare* le fattispecie atipiche di autodifesa aventi fonte negoziale.

Per questa ragione, è necessario procedere all'illustrazione dettagliata dei

⁷⁴ Cfr., al riguardo, G. Pugliese, *Diritti reali (voce)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 772.

tratti costitutivi della figura in esame. I quali, in via di anticipazione, sono da considerarsi:

1. l'esistenza di un potere di reazione conferito al titolare del diritto violato o minacciato;
2. l'unilateralità del suo esercizio;
3. la presenza di una lesione attuale (o di un'esposizione a pericolo attuale) ai danni di un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico;
4. l'extra-processualità del meccanismo di tutela, ossia la sua alternatività rispetto alle procedure rimediali statuali.

Alla stregua di tali caratteri, l'autotutela può essere definita come *quello specifico potere di reazione, di fonte legale o negoziale, il cui esercizio unilaterale consente al singolo di difendere da sé, ossia senza ricorrere al potere dello Stato, una determinata situazione giuridica meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico di fronte ad una lesione consumata oppure ad un rischio attuale di lesione.*

2. Il meccanismo di funzionamento dell'autotutela e il tendenziale carattere personale dei poteri di autodifesa.

Il primo, e forse anche il più importante, segno rivelatore della ricorrenza di un potere di autotutela privata è dato dalla comparsa, nella descrizione normativa della fattispecie, di un peculiare meccanismo di respingimento di una lesione o di un tentativo di lesione arrecati ad una posizione giuridica protetta.

Tutte le ipotesi paradigmatiche della figura, infatti, convergono nel rimettere al singolo il potere di salvaguardare da sé i propri interessi. Di modo che, oltre ad essere centro di imputazione di una situazione giuridica

rilevante per l'ordinamento giuridico, l'individuo diviene al contempo il soggetto deputato alla difesa dell'interesse di cui è titolare.

Rispetto al diritto di azione che a ciascuno compete a tutela della propria sfera giuridica, l'autotutela si caratterizza per la sua immediatezza, ovvero per l'assenza di mediazione tra il profilo della lesione, comprensivo della minaccia, e quello della tutela, la quale si risolverà direttamente ed esclusivamente sul piano sostanziale.

L'essenza del farsi giustizia da sé consiste, quindi, nell'attribuzione di un potere di reazione allo stesso soggetto titolare del diritto minacciato.

Ciò spiegherebbe il carattere *tendenzialmente* personale del potere di autotutela, nel senso che, in linea di massima, non vi sarebbe alcunché di assimilabile all'autodifesa laddove manchi questa coincidenza tra il soggetto dell'interesse e il soggetto della tutela.

Il dato non va però esasperato, poiché non è escluso che il soggetto dell'interesse protetto possa scegliere di esercitare il potere di autotutela per il tramite di un rappresentante. Il ricorso allo strumento della rappresentanza non toglie, invero, che la decisione in ordine all'attivazione del potere di autotutela rimanga pur sempre una scelta del titolare dell'interesse rappresentato, il quale rimetterà al rappresentante il *quomodo* dell'esercizio non l'*an*⁷⁵.

Talvolta, poi, l'elemento sintomatico della presenza di uno strumento di autotutela non è – come vorrebbe una certa dottrina⁷⁶ – l'attribuzione del potere di autodifesa al titolare della posizione giuridica da difendere, perché può accadere che l'investitura del potere consegua all'appartenenza di fatto

⁷⁵ E' chiaro che il riconoscimento di una tale libertà di azione all'istituto della rappresentanza valga soltanto per quella volontaria, di cui ne importerebbe i limiti.

Il rappresentante dell'incapace che intercede per impedire la lesione della sfera giuridica del suo rappresentato non compie di certo atti di autotutela ma esercita il suo ufficio privato. Nulla, peraltro, esclude che sia l'incapace stesso ad autotutelare i suoi diritti.

Contrario all'ammissibilità della rappresentanza nell'ambito dell'autotutela, C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132.

⁷⁶ Cfr. C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132.

delle utilità coinvolte nella vicenda. Di guisa che tale potere verrà conferito al singolo per consentirgli appunto l'appropriazione economica delle prestazioni finali contro chi impedisca la realizzazione di questa spettanza.

A rigore, dunque, non sarebbe possibile escludere dal campo di competenza del fenomeno tutte le ipotesi in cui l'iniziativa difensiva sia volta alla tutela di un diritto tecnicamente altrui.

A tale stregua, se non è corretto parlare di autotutela con riferimento alle ipotesi in cui la reazione provenga dal gestore di affari altrui⁷⁷, a diversa conclusione dovrebbe giungersi laddove il mandante, *ex art. 1705*, secondo comma, c.c., si sostituisca al mandatario nell'esercizio dei diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato e di cui è il mandatario stesso il titolare giuridico⁷⁸.

Né all'individuazione della tutela di cui si sta discorrendo osta la circostanza che, in talune occasioni, la difesa dell'interesse necessita dell'intervento di un soggetto diverso, quale, ad esempio, l'ufficiale giudiziario di cui agli artt. 1515 e 1516 c.c.. La partecipazione di tali soggetti nel processo di attuazione del diritto assume, invero, un ruolo meramente servente rispetto alla tutela della posizione giuridica coinvolta.

In linea generale, la spettanza del potere di difesa al titolare del diritto leso non impedisce al creditore di esercitare in via surrogatoria il potere di autotutela riferibile al debitore inerte, dovendosi distinguere caso per caso.

Secondo le indicazioni che possono trarsi dall'art. 2900 c.c., l'effetto impeditivo rispetto alla configurazione della surrogazione nell'esercizio del potere di autotutela dovrebbe dipendere dalla natura personale del diritto esercitato oppure dalla contraria disposizione di legge. Sicché non potrebbero esercitarsi in via surrogatoria i poteri di autodifesa connessi alla tutela dei diritti della personalità oppure quelli in cui la discrezionalità del

⁷⁷ Sul tema, cfr. C. M. Biaca, *Autotutela (voce)*, cit., p. 132.

⁷⁸ Il punto sarà trattato ampiamente nel cap. III.

titolare riguardo all'esercizio del potere costituisca un aspetto essenziale della tutela⁷⁹. Seguendo tale schema, esulerebbero dall'ambito della surrogatoria il potere di recedere dal contratto o il riscatto del coerede *ex art. 732 c.c.*.

Taluni, poi, ma è bene chiarire che si tratta di un profilo concettualmente distinto rispetto a quello precedente, riconoscono alla base stessa dell'esercizio stragiudiziale dell'azione surrogatoria le condizioni in presenza delle quali appare legittimo il riferimento all'autotutela⁸⁰.

3. Il potere di reazione: natura giuridica e classificazioni.

Una tesi ampiamente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza sostiene che i poteri di autotutela avrebbero natura potestativa⁸¹.

La concreta attività di autotutela coinvolge, invero, due soggetti. Da una parte, il soggetto attivo della vicenda, autorizzato a produrre da sé ed in via extragiudiziale determinati effetti incidenti sulla sfera giuridica dell'autore del fatto lesivo; dall'altra, il soggetto passivo del rapporto, costretto a subire l'altrui intrusione senza la possibilità di un'ulteriore reazione.

Lo schema evocherebbe, dunque, il modello del diritto potestativo: all'esplicazione del potere di autodifesa farebbe da contraltare lo stato di soggezione dell'altra parte, incapace di sottrarsi alle conseguenze dannose del proprio comportamento illecito.

79 Cfr. G. Giampiccolo, *Azione surrogatoria (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 957; S. Patti, *L'azione surrogatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino 1985, pp. 146-147.

80 Cfr. L. Bigliazzi Geri, *Autotutela: II) diritto civile*, cit., p. 2; Id., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., pp. 28 e ss., 88 e 92. Inoltre, sia pur confondendo i due profili da noi mantenuti distinti, A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., pp. 9 e 53.

81 Cfr. L. Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 63; A. Rappazzo, *L'autotutela della parte nel contratto*, cit., p. 16. In giurisprudenza, Cass. civ., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 779, con nota di A. Manna. *Contra*, A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 54.

L'impostazione appare accettabile, a patto che, però, si puntualizzino taluni aspetti.

Non v'è dubbio che moltissimi casi di autotutela replichino la dinamica del diritto potestativo, risolvendosi nell'attribuzione di un potere di modificazione dell'altrui sfera giuridica. Che poi tale potere consista propriamente nell'esercizio di un diritto oppure nell'adozione in via fatto di un comportamento, ciò non toglie che la sostanza del fenomeno sia l'assoggettamento del responsabile della lesione all'azione dell'autotutelante. In senso puramente descrittivo, dunque, il riferimento al diritto potestativo può essere di qualche utilità.

Purtuttavia, sono immaginabili ipotesi in cui l'esercizio dell'autotutela, mirando essenzialmente alla difesa passiva del proprio diritto, non produce alcuna modificazione della sfera giuridica dell'aggressore, arrestandosi alla fase del mero respingimento dell'altrui aggressione⁸². In tali casi, il ricorso allo schema del diritto potestativo risulta improprio.

In conclusione, l'autotutela è in astratto un potere giuridico. Spesso, assume anche la forma del diritto potestativo. Allo stesso modo, può aversi un'eccezione di autotutela, un comportamento in autotutela, una legittimazione all'esercizio di un diritto altrui orientata secondo una logica di autodifesa.

In sintesi, l'autotutela rimette al singolo il potere di attuare da sé la tutela di un interesse; la tecnica di intervento, però, può differire da caso a caso.

È quindi importante non confondere i due termini.

Dei poteri di autotutela possono proporsi diverse classificazioni.

Una parte della dottrina ha distinto un'autotutela passiva da un'autotutela attiva⁸³. La prima avrebbe per contenuto una condotta positiva e per

⁸² E' il caso, ad esempio, del diritto di ritenzione, dell'eccezione d'inadempimento, della compensazione legale stragiudiziale.

⁸³ La distinzione risale a E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 529.

risultato un mutamento protettivo nell'attuale situazione di fatto⁸⁴; la seconda, al contrario, avrebbe per contenuto un comportamento negativo e per risultato la conservazione dello stato di fatto esistente contro l'altrui pretesa di mutarlo⁸⁵.

A seconda, poi, che la genesi del rimedio sia nella legge o nella volontà delle parti, l'autotutela si suddivide in legale o negoziale.

L'opinione dominante propone al riguardo di distinguere un'autotutela unilaterale da un'autotutela consensuale⁸⁶, ma si tratta di un'astrazione che non può condividersi perché, sia pure inconsapevolmente, sovrappone criteri classificatori non omogenei.

Con riferimento al momento dinamico dell'esercizio, l'autotutela è sempre unilaterale, essendo un potere che opera per il fatto della sola parte interessata. Se si vuole, pertanto, individuare una formula per designare la facoltà dei privati di dar vita, mediante convenzioni, a poteri di autotutela atipici, il ricorso al binomio *autotutela negoziale* appare di sicuro meno equivoco.

Sebbene in tutte le ipotesi riferibili all'autotutela sia presente una finalità *lato sensu* difensiva di una situazione giuridicamente rilevante, l'attività di autotutela assume una connotazione diversa a seconda del tipo di risultato cui tende l'esercizio del potere specifico. Ad un elemento costante – la finalità difensiva – si somma in tal modo una componente aggiuntiva, variabile in ragione del diverso esito che consegue all'esplicazione del

84 E' il caso, ad esempio, della vendita e della compera coattive previste dagli artt. 1515 e 1516 c.c., della legittima difesa, dei recessi di autotutela.

85 Cfr. sopra in nota n. 82.

86 Cfr. E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 532; A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 83.

Isolata la posizione di L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., pp. 87-88: l'A., invero, ritiene che la sola distinzione degna di validità concettuale sia quella tra autotutela attiva ed autotutela passiva.

È evidente che, al di là dell'attendibilità delle singole posizioni, l'accoglimento della tesi secondo cui l'autotutela deve trovare titolo nella legge porta a sostenere l'inammissibilità del concetto di autotutela consensuale (*rectius*: negoziale).

potere di autodifesa⁸⁷. Si avrà così:

a) un'autotutela con prevalente funzione conservativa. In tale sottocategoria rientrerebbero tutte quelle fattispecie in cui l'attribuzione del potere di autotutela si pone in vista della conservazione o assicurazione di una determinata situazione giuridica o di un determinato assetto giuridico contro l'altrui pretesa di violarli. Il comportamento autodifensivo non conduce all'attuazione del diritto leso. Piuttosto, assicura all'autotutelante una posizione di forza, la quale può anche fungere da deterrente contro turbative qualificate oppure da stimolo alla cooperazione di controparte. In tal senso sono orientate, ad esempio, le ipotesi di cui agli artt. 748, ultimo comma, c.c., 1006, ultimo periodo, c.c., 1152, secondo comma, c.c., 1460 c.c., 1461 c.c., 2900, secondo comma, c.c.;

b) un'autotutela con prevalente funzione satisfattiva dell'interesse salvaguardato. Si tratta di una caratterizzazione che riassume tutte quelle previsioni in cui l'esercizio del potere di autotutela consente al titolare di realizzare il diritto nel suo contenuto originario. In questo modo operano gli artt. 1515 e 1516 c.c., la cauzione⁸⁸, la compensazione legale, ed in generale

87 La schematizzazione proposta non è tassativa, nel senso che possono darsi strumenti di autotutela in cui una o più delle finalità indicate concorrono. Un esempio è dato dalla materia dei recessi di autotutela, in cui la componente satisfattiva si unisce ad una finalità del terzo tipo.

Si ritiene, inoltre, di escludere dalla classificazione qui accolta l'autotutela punitiva, perché la direzione del rimedio alla punizione dell'autore della lesione è un risultato che non appartiene alla prospettiva dell'autotutelante (v. sopra in cap. I, par. n. 4).

88 Il meccanismo operativo della cauzione esprime bene il funzionamento dell'autotutela satisfattiva.

Nella cauzione, infatti, il creditore fronteggia l'inadempimento del debitore per mezzo di un diritto potestativo di incameramento delle cose consegnate dal debitore. Il procedimento, nelle sue linee programmatiche, è simile a quello che è dato ravvisare con riferimento al tema delle garanzie (su cui v. in questo capitolo, par. n. 7), e non è un caso che, secondo la dottrina che si è occupata dell'argomento, la cauzione sarebbe una forma di garanzia reale in nulla distinguibile dal pegno. Cfr., sul tema, F. Martorano, *Cauzione (diritto civile) (voce)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 653; G. Tucci, *Cauzione (voce)*, in *Digesto*, IV, II, Torino, 1988, pp. 263 e ss..

A ben vedere, il medesimo risultato funzionale si intravede nelle cd. polizze fideiussorie «a prima richiesta». La diversità starebbe nelle forme di attuazione del diritto leso: l'autonomia dell'obbligo del garante rispetto a quello del debitore principale permette al creditore di superare l'inadempimento dell'obbligazione principale attraverso la presentazione della semplice richiesta al terzo garante. Cfr. F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed.

le fattispecie in cui la soddisfazione del creditore pecuniario avviene mediante il ricavato della vendita dei beni del debitore effettuata dal creditore medesimo⁸⁹. E' questa una configurazione assai incisiva, perciò sgradita a quella parte della dottrina convinta dell'idea secondo cui l'autotutela sarebbe diretta a difendere diritti, non a soddisfarli⁹⁰. In realtà, il riferimento, anche per tali esempi, all'autotutela è più che corretto: la finalità difensiva è invariabilmente presente, tant'è che ognuna delle fattispecie menzionate presuppone la lesione o l'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato⁹¹. Piuttosto, deve essere chiaro che è il tipo di offesa alla posizione giuridica protetta che conforma il mezzo di autotutela, non il contrario. Il soddisfacimento dell'interesse creditorio è in fondo la modalità specifica tramite cui la parte ottiene tutela, ossia lo sbocco finale dell'attività difensiva, il risultato ultimo di un'aggressione qualificata – l'inadempimento del debitore – la quale, per la permanenza nel tempo degli effetti, esige una reazione calibrata e, soprattutto, efficace;

c) un'autotutela con prevalente funzione reattiva. Qui, l'esercizio del potere di autotutela determina la rimozione forzata di uno stato di fatto pregiudizievole oppure il ripristino dello *status quo*. E' quanto accade in quelle forme di legittima difesa dove l'agredito restaura lo stato di fatto

riveduta e ampliata, Torino, 1995, pp. 206 e ss.; C. Russo, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1009, pp. 45 e ss..

89 Il discorso sulla possibilità o meno di configurare poteri di autotutela di esecuzione privata sarà svolto in questo capitolo, par. n. 8.

90 Cfr. anche nota n. 18.

91 La precisazione consente di dire che i poteri di recesso non costituiscono rimedi di autotutela se non sono conseguenti alla lesione o alla minaccia di lesione di un interesse meritevole di tutela. I recessi di autotutela, infatti, per essere tali devono essere agganciati a determinati presupposti. Ne discende che i cd. recessi di pentimento, come quelli che consentono al consumatore di beni o servizi negoziati fuori della sede dell'impresa o a distanza (art. 64 d. lgs. 2005 n. 206) ovvero all'acquirente di multiproprietà (art. 5 d. lgs. 1998 n. 427) di cambiare idea e liberarsi dal vincolo contrattuale senza indicarne le ragioni, non rappresentano esercizio di autotutela. Così come non è una reazione in autotutela la facoltà di recesso riconosciuta all'associato ex art. 24 c.c. in deroga al principio di cui all'art. 1372 c.c., costituendo invece un aspetto più generale della tutela della libertà di associazione.

Viceversa, sono riconducibili all'autodifesa i recessi previsti dall'art. 91, secondo comma, d. lgs. 2005 n. 206 e dall'art. 118, secondo comma, d. lgs. 1993 n. 385, così come quelli di cui agli artt. 1464 c.c., 1674 c.c. e 1809, secondo comma, c.c. per citarne alcuni.

conforme al diritto⁹², nel taglio delle radici e dei rami protesi (art. 896 c.c.), nell'uccisione dei volatili altrui che danneggiano il fondo (art. 638, secondo comma, c.p.), nella distruzione dell'opera realizzata in spregio al diritto di proprietà, nei poteri di riscatto nascenti dalla violazione della prelazione legale⁹³. La lista è destinata ad allargarsi, potendovisi ricomprendere i casi in cui lo strumento di reazione tenda alla risoluzione unilaterale di un rapporto obbligatorio (sul modello dell'art. 1454 o dell'art. 1456 c.c.) oppure alla liberazione coattiva del debitore (art. 1210 c.c.).

A seconda, infine, del tipo di elemento della realtà esterna su cui ricade la condotta di reazione, l'autotutela può avere ad oggetto cose, persone oppure rapporti giuridici.

4. L'unilateralità dell'esercizio del potere di autotutela.

Si è già rilevato che l'esercizio del potere di autotutela è rimesso all'iniziativa unilaterale di chi ne è titolare. E si è pure visto che l'unilateralità dell'esercizio non toglie che il potere di autotutela possa avere origine negoziale.

Dal carattere unilaterale dell'attività di autotutela e dalla qualificazione dell'atto di autotutela in termini di potere giuridico deriva pure che la valutazione in ordine all'*an* dell'esercizio del potere è facoltativa: non esistono vincoli che obblighino il soggetto ad esercitare l'autotutela, al di fuori di una valutazione fondata sulla convenienza di attivare il potere. Il

92 E' il caso dell'impossessamento della cosa illecitamente sottratta avvenuto immediatamente dopo il fatto lesivo. Cfr. A. Montel, *Il principio di autotutela*, in *Giur. agr. it.*, 1958, p. 76.

93 Il recesso può, infatti, essere esercitato anche in via stragiudiziale. Cfr. B. Carpino, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, p. 40; Id., *Riscatto (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1113. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 26 ottobre 1994, n. 8789, in *Dir. e giur. agr.*, 1995, p. 154; Cass. civ., 11 giugno 1987, n. 5084, in *Dir. e giur. agr.*, 1987, p. 548. In materia di prelazione agraria, cfr. anche V. Pappa Monteforte Bronzo, *Prelazione agraria e riscatto*, in *Riv. notariato*, 2001, 4, pp. 821 e ss..

rimedio di autotutela si aggiunge e non si sostituisce alle ordinarie azioni contrattuali⁹⁴.

L'inerzia dell'autotutelante non può essere dunque fonte di responsabilità, sebbene, aggiungiamo, può in teoria accadere che il mancato esercizio del potere di autotutela da parte del danneggiato valga ad escludere l'obbligo risarcitorio addossato all'autore del fatto lesivo (art. 1227, secondo comma, c.c.).

Il fatto che l'atto di autotutela sia espressione di un potere non vincolato non autorizza ad affermare l'esistenza di un incontrollato potere di pentimento in favore di colui che abbia agito in autotutela. La scelta di esercitare il potere di autotutela è, infatti, un atto irrevocabile, se non alle condizioni generali cui soggiace il singolo rimedio di autodifesa.

La questione ha avuto un'interessante applicazione pratica in materia di caparra confirmatoria, dove si è posto all'attenzione della giurisprudenza il dubbio se l'autotutelante, dopo avere esercitato il recesso e ritenuto la caparra, potesse o meno revocare tale scelta ed agire per il conseguimento degli effetti di cui al terzo comma dell'art. 1385 c.c.⁹⁵.

La facoltatività non esclude, in linea di principio, la possibilità di conferire al rappresentante l'esercizio del potere di autotutela, salvi i limiti connessi al valore strettamente personale di talune prerogative di autodifesa (in questo capitolo, par. n. 2).

Quanto ai rapporti con l'azione surrogatoria, si rimanda a quanto detto sopra (in questo capitolo, par. n. 2).

⁹⁴ Conseguentemente, se il venditore non si avvale della vendita in danno di cui all'art. 1515 c.c. resta legittimato ad esercitare ogni altro rimedio per l'inadempimento di controparte. Analogamente, l'autotutela accordata al compratore di cose fungibili dall'art. 1515 c.c. configura un rimedio facoltativo che si aggiunge alle ordinarie azioni contrattuali. Il rilievo è pacifico nella giurisprudenza: v. Cass. civ., 26 marzo 1986, n. 2140, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 176. In dottrina, cfr. F. Bocchini, *La vendita di cose mobili*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 238; G. Mirabelli, *I singoli contratti: art. 1470-1765 c.c.*, in *Commentario cod. civ.*, 3° ed. rielab e agg., Torino, 1991, p. 159.

⁹⁵ La problematica verrà esaminata dettagliatamente nel cap. III.

5. Il presupposto della lesione o dell'esposizione a pericolo dell'interesse protetto.

La causa dell'attribuzione di un potere di autotutela riposa nell'esigenza di superare una lesione o un pericolo di lesione arrecati ad un interesse giuridicamente significativo.

Perché il potere di autotutela sia attivabile, non è quindi necessario che la minaccia lesiva sia portata a compimento. Molte volte, l'autotutela viene esercitata proprio per cautelarsi contro un pericolo di danno futuro⁹⁶.

D'ora in avanti, allora, per fatto lesivo rilevante ai fini dell'esplicazione di un potere di autotutela dovrà intendersi tanto il momento dell'offesa consumata quanto quello più arretrato del pericolo dell'offesa.

La lesione o il tentativo di lesione potranno, poi, consistere in un fatto sia dell'uomo sia della natura⁹⁷, e il fatto umano, a sua volta, potrà consistere in un comportamento attivo, in un'omissione (l'inadempimento) e finanche in una dichiarazione (la dichiarazione di non volere adempiere

96 Una funzione preventiva o di coazione indiretta all'osservanza del vincolo realizzano l'art. 1460 c.c., l'art. 1461 c.c., l'art. 1481 c.c., l'art. 1482 c.c., le ipotesi di ritenzione legale (tra cui, art. 748, ultimo comma, c.c., art. 1011 c.c., art. 2235 c.c.).

97 Parte della dottrina [cfr. C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132; L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 17] ritiene che il significato proprio del termine *tutela* porti ad escludere dal campo di pertinenza del fenomeno qui considerato i fatti lesivi non provenienti dall'azione dell'uomo.

L'opinione sarebbe smentita: a) dalla configurazione della legittima difesa come forma di reazione in autotutela non solo contro l'altrui azione dolosa o colposa, ma anche contro il fatto della cosa, dell'animale o del non imputabile [cfr. R. Scognamiglio, *Responsabilità civile (voce)*, in *Noviss. dig.it.*, XV, Torino, 1968, p. 654]; b) dall'irrelevanza degli atteggiamenti psicologici dell'autore del fatto lesivo, sicché l'attenzione va posta più al risultato della compromissione della sfera giuridica altrui che non alla natura dell'azione lesiva. Se si pensa, inoltre, alla centralità che nei poteri di autotutela assume il meccanismo di attuazione della tutela, totalmente rimesso all'iniziativa del singolo, la conclusione indicata si consolida ulteriormente.

D'altronde, va pure detto che per taluni di questi casi sembrerebbe più calzante il riferimento alla norma sullo stato di necessità (art. 2045 c.c.), la quale pone a carico dell'autore del fatto dannoso – la lettera della norma parla di fatto dannoso, non di fatto illecito – l'obbligo di corrispondere in favore del danneggiato innocente un'equa indennità.

Per l'esame degli artt. 924 e 925 c.c., tradizionalmente addotti quali esempi di reazione in autotutela contro il fatto della natura, si rinvia al cap. I, par. n. 6.

quale possibile antecedente dell'eccezione d'inadempimento: v. nel cap. I, par. n. 5).

Quel che occorre accertare è l'attualità dell'offesa, sotto il profilo della sua concretezza e dell'impossibilità di giustificare l'attività di difesa sulla mera rappresentazione soggettiva della parte che intende avvalersi del rimedio.

Nonostante la dottrina sorvoli sul punto o proponga soluzioni non comprovate⁹⁸, a tanto si arriverebbe dalla ricognizione delle fattispecie legali costruite sul modello del pericolo di offesa. Dalle aggettivazioni o dalle clausole generali presenti in talune di esse – quali la notevole importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1565 c.c.⁹⁹, la non contrarietà del rifiuto alla buona fede *ex art.* 1460 c.c.¹⁰⁰, l'evidente pericolo del conseguimento della controprestazione nell'ipotesi dell'art. 1461 c.c.¹⁰¹, la serietà e la concretezza del pericolo di rivendica nel caso dell'art. 1481 c.c.¹⁰² – parrebbe, infatti, che il legislatore abbia avuto in mente il prototipo della fattispecie a pericolo concreto.

Non è richiesto, invece, un particolare atteggiamento mentale

98 Così emerge da A. Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 10. L'A., peraltro, riferisce alla posizione del Betti [*Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 529] la tesi secondo cui l'esclusione del requisito dell'attualità della lesione deriverebbe dall'ammissione di un'autotutela attiva di carattere anticipato o prodromico. Ciò appare assolutamente infondato, non comprendendosi perché l'accertamento del carattere attuale dell'offesa non possa operarsi con riferimento ad una fattispecie di pericolo.

99 Ciò si desumerebbe *a contrario* dalla lettera della norma. Cfr., al riguardo, G. Cottino, *Del contratto estimatorio, della somministrazione: art. 1556-1570*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970, p. 146; C. Giannattasio, *La permuta, il contratto estimatorio e la somministrazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, p. 278.

100 Da ciò si deduce che l'inadempimento rilevante *ex art.* 1460 c.c. sia quello giudicato grave ai sensi dell'art. 1455 c.c.. Cfr. Cass. civ., 2 febbraio 2001, n. 1510, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1855; Cass. civ., 10 giugno 1991, n. 6576, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1333.

101 “*Ai fini della sospensione cautelativa della prestazione, ai sensi dell'art. 1461 c.c., è indispensabile la dimostrazione di un pericolo attuale ed evidente di perdere la controprestazione [...]*”. Così, Cass. civ., 3 dicembre 1993, n. 12011, in *Vita not.*, 1994, p. 758. Nello stesso senso, Cass. civ., 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giust. civ.*, 2008, 10, p. 2158; Cass. civ., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Studium Juris*, 2000, p. 85.

102 In tal senso, Cass. civ., 7 giugno 2001, n. 7678, in *Giur. it.*, 2008, p. 483, con nota di M. Sesta; Cass. civ., 13 aprile 1985, n. 2463, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1136.

nell'aggressore, dandosi ipotesi in cui l'esercizio dell'autotutela reagisce ad episodi incolpevoli¹⁰³.

In sintesi, il concetto di lesione utile ai fini del discorso sull'autotutela prescinde dal riferimento al danno inteso quale pregiudizio economico o fisico in atto. Piuttosto, rileva un fatto oggettivamente pericoloso, ossia un fatto, che ad una valutazione in concreto, sia suscettibile di pregiudicare la conservazione di una situazione giuridica protetta oppure l'acquisizione di una dovuta utilità futura.

Sfugge ad una nozione tecnica di autotutela il caso in cui la reazione difensiva consegua ad una lesione autorizzata. L'autorizzazione può provenire dalla legge oppure dal consenso dello stesso soggetto che vorrebbe poi ricorrere al potere di autotutela, a meno che, in questa seconda ipotesi, l'esercizio del potere di autodifesa non sia stato preceduto dalla revoca legittima del consenso precedentemente prestato.

6. La situazione giuridica protetta

L'esercizio dell'autotutela è funzionale alla protezione di una situazione di interesse giuridicamente rilevante, che non si identifica per forza di cose con il diritto soggettivo.

E' possibile, infatti, concepire l'autotutela con riguardo ad altre situazioni di vantaggio, quali l'aspettativa¹⁰⁴ o il possesso. Alle volte, assume rilievo la

¹⁰³Ad esempio, è pacifico che il giudizio sulla notevole importanza dell'inadempimento *ex art. 1565 c.c.* non sia legato alla valutazione del dolo o della colpa dell'inadempiente [v. G. Cottino, *Del contratto estimatorio, della somministrazione: art. 1556-1570*, cit., p. 128]; che l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. possa essere sollevata anche nei confronti del contraente il cui inadempimento sia incolpevole [cfr., L. Bigliazzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento (art. 1460-1462)*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1988, p. 18 e ss.]; che, ai fini della legittimità della sospensione di cui all'art. 1461, il mutamento delle condizioni economiche della controparte rileva anche quando sia incolpevole [cfr. R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 683].

¹⁰⁴Cfr. art. 1356 c.c..

La situazione soggettiva che si origina dal contratto condizionato a favore del soggetto che ha

considerazione di un interesse in quanto momento singolo della posizione complessiva assunta da un soggetto nell'ambito di un determinato rapporto giuridico (basti pensare alle fattispecie di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c.).

Né vi sono limitazioni legate alla tipologia del diritto salvaguardato, essendo tutelabili per il tramite dell'autodifesa i diritti della personalità, i diritti reali e i diritti di credito¹⁰⁵.

A misura poi che si ritenga di estendere il campo di applicazione della norma di cui all'art. 2044 c.c. oltre il terreno naturale dei diritti assoluti, i confini del sistema auto-protettivo sono destinati a dilatarsi¹⁰⁶.

La dubbia menzione, tra i casi di autotutela legale, dello sciopero quale

interesse all'avverarsi o al non avverarsi dell'evento futuro ed incerto è detta aspettativa. Secondo alcuni, l'aspettativa, pur non essendo un pieno diritto soggettivo, rappresenta comunque una posizione strumentale tutelata in modo distinto rispetto alla (eventuale) posizione finale [C. M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano, 2000, p. 552]; altri, invece, parlano di un diritto di aspettativa pienamente trasmissibile a titolo successorio [A. Falzea, *Condizione (voce)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 5]; altri ancora, infine, negano che l'aspettativa sia una situazione giuridica autonoma: nel contratto condizionato, gli atti di disposizione avrebbero ad oggetto il diritto futuro [R. Scognamiglio, *Aspettativa di diritto (voce)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226].

105Secondo parte della dottrina, dall'osservazione delle singole ipotesi di autotutela previste dal legislatore emergerebbe un dato statistico: la prevalenza di fattispecie a tutela dell'interesse creditorio alla regolare attuazione del rapporto obbligatorio rispetto a quelle poste a presidio dei diritti assoluti e delle rimanenti posizioni di vantaggio. In tal senso, cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 91.

106Quanto ai diritti di credito, i dubbi derivano dall'equivoca formula dell'art. 2044 c.c. laddove esonera dalla responsabilità colui il quale cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri. L'ostacolo deve, però, ritenersi superato, considerato che, secondo opinione unanime, l'articolo rinvia implicitamente alla nozione penalistica di legittima difesa che non distingue a seconda del carattere personale o patrimoniale del diritto minacciato [in questo senso, cfr. A. De Cupis, *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1993, p. 43; M. Franzoni, *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1993, p. 289; P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, pp. 227 e ss.. In giurisprudenza, Cass. civ., 16 febbraio 1978, n. 753, in *Arch. civ.*, 1978, p. 762; Cass. civ., 26 novembre 1976, n. 4487, *ivi*, 1977, p. 570; Cass. civ., 22 ottobre 1968, n. 3394, in *Foro it.*, 1968, I, p. 2673].

La conclusione sarebbe quella di giustificare la reazione del creditore a fini esclusivamente conservativo-cautelari ma non quella mirante alla realizzazione coattiva della pretesa creditoria [in questi termini, L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., pp. 50-51, la quale cita l'esempio del creditore che, allo scopo di impedire la distruzione, minacciata dal debitore, della *res* dovutagli, prima ancora di chiedere un provvedimento d'urgenza *ex* artt. 700 e ss. c.p.c., sottrae la cosa al debitore.].

Il superamento del divieto generale di autotutela potrebbe comunque costituire un argomento decisivo per ammettere definitivamente l'estensione della norma sulla legittima difesa ai diritti di credito. Sul tema, si rinvia al cap. I, par. n. 6.

mezzo di tutela del lavoro subordinato¹⁰⁷, non impedisce di formulare l'ipotesi di un'autotutela diretta alla protezione di interessi collettivi o appartenenti a gruppi ristretti¹⁰⁸.

Inoltre, benché la ritenzione prevista dall'art. 2034 c.c. possa considerarsi una forma di autodifesa, deve escludersi l'eventualità di una diversa reazione in autotutela con riferimento alle obbligazioni naturali. Decisiva, al riguardo, pare la lettera della norma, esplicita nel ritenere l'irripetibilità di quanto sia stato spontaneamente pagato in esecuzione di doveri morali o sociali l'unico effetto dell'obbligazione naturale¹⁰⁹.

107Per l'opinione favorevole ad inquadrare il diritto di sciopero ed il contratto collettivo di lavoro nel quadro dell'autotutela sindacale, cfr. F. Mazziotti Di Celso, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, cit., p. 36.

In senso contrario, L. Bigliuzzi Geri, *Autotutela: II) diritto civile*, cit., p. 3, la quale dubita della riconducibilità dello sciopero all'interno della categoria in esame per l'assenza di quell'immediatezza di risultati che costituisce il *proprium* dell'autotutela: in quanto strumento di lotta sindacale, lo sciopero esulerebbe dall'idea di autodifesa. In questo secondo senso, cfr. anche C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 140.

Alla luce di tali note, riteniamo che uno spazio per un concetto appropriato di *autotutela sindacale* esista. Esso sarebbe dato da quelle forme di reazione collettiva poste in essere dai lavoratori (a) con modalità non violente e (b) come mezzo per far fronte ad una lesione effettiva o ad un pericolo attuale di lesione. Diversamente, si avrebbero soltanto forme di rivendicazione sindacale o salariale dotate di un significato esclusivamente politico.

Quanto alla qualificazione dell'occupazione dei luoghi di lavoro quale strumento di autotutela, si è espressa in senso positivo, seppur subordinando il fenomeno a determinate condizioni, L. Bigliuzzi Geri, *L'occupazione d'azienda come possibile forma di autotutela*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1988, p. 292.

108In questo senso, a nostro giudizio, va letta la previsione di cui all'art. 24, terzo comma, c.c.: Il potere dell'assemblea di escludere l'associato in presenza di *gravi motivi* è, invero, una modalità di difesa del gruppo contro le violazioni dei diritti associativi perpetrate dal singolo. Analogamente, deve dirsi con riguardo all'esclusione di cui all'art. 2286 c.c., e a quella di cui all'art. 2609 c.c., considerata l'applicabilità, in questo secondo caso, della disciplina vigente in tema di società personali.

109Alla medesima conclusione potrebbe giungersi muovendo dalla tesi secondo cui l'obbligazione naturale esula dal novero degli obblighi giuridici. A favore dell'impostazione che, sia pure con sfumature ed elementi di diversità, nega una qualsiasi equiparazione delle obbligazioni naturali alle obbligazioni giuridiche, L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, 2^a ed., Milano, 1948, pp. 386 ss.; C. M. Bianca, *Diritto civile. L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1993, pp. 783 e ss.; M. De Simone, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, pp. 72-73; M. Giorgianni, *L'obbligazione*, vol. I, rist. inalt., Milano, 1968, pp. 104 e ss.; E. Moscati, *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 2034, Bologna-Roma, 1981, pp. 309 ss.; U. Mori Checcucci, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Genova, 1947, p. 76 ss.; L. Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 47, il quale parla comunque di una giuridicità potenziale; G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 261; sotto la vigenza del codice abrogato, P. Bonfante, *Il concetto dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, pp. 360 ss.; E. Finzi, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, I, Bologna, 1920, pp. 19-20.

Nulla impedisce, infine, di ipotizzare che l'interesse finale preservato mediante la previsione di un potere di autotutela sia di tipo non patrimoniale. Ciò, peraltro, in coordinamento sistematico con la disposizione dell'art. 1174 c.c..

7. L'alternatività dell'autotutela rispetto al processo.

Ultimo fra i caratteri propri dell'autotutela, ma non in termini di importanza, è il suo porsi al di fuori del processo.

L'autotutela è, invero, tutela attuata direttamente dall'interessato. Sicché l'intervento del giudice – lo si è già anticipato – si pone come un momento soltanto eventuale, e comunque non costitutivo della fattispecie.

La sentenza emessa nel giudizio instaurato su iniziativa del destinatario del potere di autotutela avrebbe così un contenuto dichiarativo, in quanto sarebbe l'esito dell'accertamento della sussistenza o meno dei presupposti per il legittimo esercizio del potere stesso.

Ciò confermerebbe la qualificazione dell'autotutela in termini di potere *non imparziale*. Di modo che gli attributi della giurisdizione – imparzialità, terzietà, parità delle parti, contraddittorio – verranno recuperati nella fase successiva del controllo della corretta esplicazione del potere privato.

Quanto ai rapporti tra autotutela ed arbitrato rituale, si è già detto dell'assenza di punti di contatto tra le due figure (si rinvia al cap. I, par. n. 3). Alla medesima conclusione si deve giungere in merito all'arbitrato irrituale, dal momento che la risoluzione della lite operata tramite questo strumento, più che una forma di tutela, è l'effetto di un contratto in cui gli arbitri si pongono come rappresentanti delle parti¹¹⁰.

¹¹⁰Diversamente E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 532, il quale riconduce l'arbitrato (rituale ed irrituale) tra i tipi di autotutela consensuale a scopo di accertamento.

Convinta, invece, dell'estraneità dell'arbitrato alla nozione di autotutela è la dottrina successiva:

8. Puntualizzazioni.

La descrizione analitica degli elementi costituenti l'autotutela fornisce adesso gli strumenti per apprezzare le distanze tra la categoria in esame e taluni istituti del diritto privato, spesso ritenuti, soprattutto in passato, rimedi di autotutela.

Ci si riferisce, in particolare, all'opinione di quella parte della dottrina che, allargando a dismisura il raggio d'azione dell'autotutela, vi ricollega tutta una serie di figure, accomunate dal fatto che in esse l'autodifesa si realizzerebbe mediante contratto. Esempi ne sarebbero l'arbitrato, la transazione, il contratto di accertamento, l'inventario¹¹¹.

La tesi, pur suggestiva, appare eccessiva.

Il motivo dell'inaccettabilità di quest'impostazione non riposa nella considerazione secondo cui l'autotutela non può trarre origine dalla volontà delle parti, essendo possibile che l'attribuzione del potere di autodifesa sia la risultante di un accordo privato (v. cap. I, par. n. 6).

Il punto fondamentale è, invece, un altro, e attiene al momento dinamico dell'esercizio del potere.

Come si è più volte detto, infatti, si assiste ad una genuina manifestazione di autotutela unicamente quando tale esercizio avviene per il fatto di una sola parte, sconfinandosi, altrimenti, nel terreno limitrofo segnato dall'autonomia privata.

Tramite il contratto, i contraenti possono certamente rimuovere situazioni di incertezza, risolvere precedenti contratti, rinnovarli,

cfr. C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132; L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 4.

111Cfr. E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 532. In merito all'arbitrato, valga quanto detto al paragrafo ed alla nota precedenti.

reinterpretarli. Tali risultati, però, saranno l'effetto di un accordo, non l'attuazione di una tutela.

A sostengo di tale soluzione va pure detto che, per talune delle figure indicate, e segnatamente per il contratto di accertamento, la transazione e l'inventario, il presupposto della lesione o dell'esposizione a pericolo dell'interesse protetto sembrerebbe piuttosto fumoso¹¹².

Di autotutela è corretto parlare, invece, a proposito dei poteri liquidatori attribuiti dalla legge o dalla volontà privata ai creditori come rimedio all'inadempimento contrattuale del debitore¹¹³.

La questione collega profili differenti del discorso sull'autotutela: la prospettiva di una causa di autotutela (cap. I, par. n. 6), l'unilateralità dell'esercizio del potere di contro al possibile carattere negoziale della fonte (in questo capitolo, par. n. 4), l'eventuale funzione satisfattoria del rimedio d'autodifesa (in questo capitolo, par. n. 3).

Ebbene, non esiste un monopolio dello Stato nella gestione delle procedure esecutive.

Quest'assunto, appropriato ad un sistema in cui non vige alcun principio

¹¹²Ulteriori obiezioni valgono con riferimento ai singoli istituti.

La transazione e l'accertamento presuppongono l'incertezza di posizioni preesistenti (o la lite intorno ad esse), la quale viene risolta o mediante le reciproche concessioni di cui all'art. 1965 c.c. oppure mediante la ricognizione aggiornata del contenuto e dell'ampiezza della posizione controversa.

Con riguardo all'inventario, poi, l'assenza di affinità rispetto all'autotutela è espressa dalla circostanza per cui dalle varie fattispecie in cui esso è previsto (artt. 52, 64, 362, 484, 529, 705 c.c.) risulta come la sua redazione sia funzionale alla salvaguardia di interessi, anche economici, alieni rispetto alla parte su cui grava l'obbligo. Inoltre, la stessa configurazione dell'inventario in termini di obbligo giuridico, e la previsione di sanzioni per il caso di violazione dell'obbligo, ratificano la conclusione dell'impossibilità di vedere nella figura un riflesso dell'autotutela.

Un ultimo accenno alla confessione stragiudiziale, anch'essa considerata un mezzo di autotutela consensuale a scopo di accertamento [cfr. E. Betti, *Autotutela (voce)*, cit., p. 533]. Contro una tale considerazione – giustificata sotto il profilo che l'istituto consentirebbe all'interessato di procurarsi una prova idonea a vincolare l'apprezzamento del giudice circa la verità di fatti contrari all'interesse dell'altra parte premunendosi contro il rischio di un'eventuale contestazione – deve obiettarsi, per un verso, che nella fattispecie è del tutto appannato il presupposto della lesione o del pericolo della lesione, e, per altro, che non vi si ravvisa l'esercizio di un potere del tipo di quelli già descritti (v. cap. II, par. n. 3).

¹¹³Cfr. sul tema C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 137.

di esclusiva appartenenza allo Stato della funzione giurisdizionale (cap. I, par. n. 3), va di pari passo con l'indirizzo attuale dell'ordinamento, teso a valorizzare forme di conciliazione extra-processuali.

Peraltro, un atteggiamento di tal genere non è il frutto di una conquista dei tempi moderni ma la valorizzazione di un dato già presente nelle pieghe della legislazione¹¹⁴.

Oltre a ciò, va ricordato come, secondo una tradizionale interpretazione, sarebbe lecito il cd. patto marciano, in cui la valutazione economica del bene oggetto della garanzia è rimessa ad un terzo e l'eventuale differenza rispetto al valore del credito garantito deve essere versata al debitore¹¹⁵.

L'unico deterrente al conferimento per via contrattuale di poteri di autotutela esecutoria in capo al creditore è rappresentato dal divieto del patto commissorio, e dunque dal timore che la stipula di tale patto, mirando ad attribuire al creditore un bene di valore superiore al credito garantito, sia il pretesto per l'attuazione di pratiche usuarie.

In breve: nei limiti segnati dalla fattispecie del patto marciano si resta nel campo della liceità dell'interesse perseguito: i privati possono perciò stipulare negozi attributivi di poteri di esecuzione privata. Ne è un modello tipizzato la cessione dei beni ai creditori di cui agli artt. 1977 e ss. c.c..

Una tematica altrettanto interessante riguarda, poi, i rapporti tra autotutela e garanzie reali¹¹⁶.

114Basti citare le norme di cui agli artt. 1515, 1977, 2797, quarto comma c.c..

115La distinzione rispetto al patto commissorio sarebbe da ravvisare nella circostanza che “*mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto costituendo oggetto di un diritto del debitore*”. Così, C. M. Bianca, *Patto commissorio (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1976 p. 718.

Sulla liceità del patto marciano, v. U. Carnevali, *Patto commissorio (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982 p. 505.

Sul tema, cfr. anche N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, pp. 12 e ss..

116Al riguardo, cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 28. In merito alla fideiussione, vale una soluzione non dissimile da quella prospettata con riguardo al pegno e all'ipoteca. Riassumendo: la fideiussione, quale contratto costitutivo di una garanzia personale, non è in sé uno strumento di autotutela e ciò per le stesse ragioni per cui non lo sono la transazione o il contratto di accertamento. Per poter ravvisarvi traccia dell'autotutela dovrà

Effettivamente, la discussione sull'autotutela chiama in causa il tema delle garanzie: il supporto della garanzia reale consente al creditore di preconstituirsì una cautela contro l'inadempimento di controparte e ciò mimerebbe il modo di atteggiarsi dell'autotutela.

L'accostamento non pare del tutto improprio, pur reclamando le seguenti precisazioni.

E' sicuramente errato riconoscere tra le due figure un rapporto di genere (l'autotutela) a specie (la garanzia reale in sé).

Al momento della costituzione della garanzia il profilo della lesione del credito è troppo distante nel tempo per rappresentare un'attuale situazione di pericolo rilevante nei termini che abbiamo già indicato (in questo capitolo, par. n. 3): l'inadempimento del debitore è, infatti, una probabilità troppo approssimativa per giustificare una lettura in chiave di autotutela.

Le cose cambiano quando dalla fase genetica del rapporto si passa al momento dell'effettivo inadempimento. In tale punto della vita di un rapporto obbligatorio, l'offesa all'interesse protetto per il tramite della garanzia sarà da considerarsi compiuta, di guisa che la facoltà del creditore di soddisfarsi sul bene pignorato *ex art. 2796 c.c.* oppure di far espropriare l'immobile ipotecato *ex art. 2808 c.c.* potranno ritenersi veri e propri poteri di autotutela.

Sul confronto con la figura dello stato di necessità, infine, riteniamo che l'attività necessitata possa configurarsi quale forma di reazione di autotutela nei casi in cui la lesione, provenga dal fatto dell'uomo o della natura, sia

attendarsi il momento in cui il fatto lesivo diventi attuale, ossia si verifichi l'inadempimento del debitore principale. In questo caso, la responsabilità sussidiaria del fideiussore si pone in effetti come uno strumento difensivo nelle mani del creditore garantito, dalla cui discrezionale scelta, fermo restando il disposto di cui all'art. 1944, secondo comma, c.c., dipenderà l'escussione del fideiussore.

Al di là di tali considerazioni, comunque, la disciplina legale della fideiussione offre fattispecie di autotutela. Ad esempio, le azioni di rilievo che competono al fideiussore *ex art. 1953 c.c.*, qualora si riconosca la possibilità di un loro esercizio stragiudiziale [in questo senso C. M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, vol. V, Milano, 1994, p. 495], sono strumenti di autotutela dell'interesse del fideiussore.

diretta a salvare sé stessi dal pericolo attuale di un danno grave alla propria persona, mentre la stessa cosa non potrebbe dirsi con riguardo al soccorso di necessità, essendo, quest'ultimo, più una forma di gestione di affari altrui che una modalità di autotutela¹¹⁷.

Ad ogni modo, la questione ha più una valenza teorica. Nell'universo delle ipotesi di autotutela privata, le fattispecie riconducibili allo stato di necessità, considerati i rigidi presupposti indicati dalla norma, non sono che una minima parte.

¹¹⁷Quanto alla qualificazione giuridica delle risposte in autotutela ai fattori lesivi provenienti dalla natura, valga quanto detto in questo capitolo, nota n. 98.

Sullo stato di necessità quale possibile fattispecie di autotutela, si pronuncia in positivo, anche se escludendo proprio i casi in cui si fa fronte ad un pericolo proveniente dalla forza della natura, L. Bigliazzi Geri, *Autotutela: II) diritto civile*, cit., p. 5. Contrario in senso assoluto, invece, C. M. Bianca, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132.

Capitolo terzo

L'autotutela come meccanismo: le applicazioni pratiche

Sommario: 1. Premessa. 2. Il potere del mandante *ex art.* 1705, secondo comma, c.c. di sostituirsi al mandatario nell'esercizio dei diritti di credito discendenti dal negozio gestorio. 2.1. Una breve digressione: il contesto di riferimento ed il paradosso della disciplina sul mandato. 2.2. La posizione della giurisprudenza. 2.3. (*Segue*): e della dottrina. 2.4. Ancora sull'autotutela. Puntualizzazioni. 3. La caparra confirmatoria. 3.1. L'alternatività dei rimedi riconosciuti alla parte adempiente *ex art.* 1385, secondo e terzo comma, c.c.: gli argomenti tradizionali. 3.2. (*Segue*): il contributo della riflessione sull'autotutela.

1. Premessa.

Il punto di vista che fino a questo momento ha caratterizzato l'esposizione è stato quello dell'osservazione dall'alto del fenomeno dell'autotutela.

Dapprima, si è tentato di sgombrare il campo dell'indagine dai quei limiti e pregiudizi che per lungo tempo hanno costituito la gabbia concettuale entro cui la materia è stata confinata.

Successivamente, lo sviluppo tematico ha adottato un linguaggio più tecnico, di modo che l'attenzione è stata focalizzata sull'individuazione dei presupposti giuridici in presenza dei quali il riferimento all'autotutela avrebbe potuto dirsi corretto.

Non è possibile, però, ignorare la prospettiva dell'applicazione pratica.

In quanto categoria empirica, l'autotutela induce a verificare il modo in cui quei presupposti reagiscono nel diritto vivente.

In buona sostanza, a completamento del discorso sugli elementi costitutivi della *categoria* dell'autotutela, occorre esemplificarne il *meccanismo* di funzionamento.

Per questa ragione, il taglio dell'indagine sarà d'ora in poi orientato all'esame di taluni peculiari meccanismi di autodifesa.

La scelta è caduta su due tematiche del diritto dei contratti particolarmente feconde. Per un verso, si tratta di argomenti oggetto di recenti pronunciamenti da parte della Suprema Corte di Cassazione; per altro, considerate le premesse di carattere generale che sono state anticipate nelle pagine precedenti, di utili riscontri.

2. Il potere del mandante *ex art. 1705, secondo comma, c.c. di sostituirsi al mandatario nell'esercizio dei diritti di credito discendenti dal negozio gestorio.*

La prima fattispecie di autotutela che si intende descrivere è contenuta nell'art. 1705, secondo comma, c.c..

La norma, com'è noto, conferisce al mandante il potere di esercitare, sostituendosi al mandatario, i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del negozio gestorio concluso con il terzo.

L'interesse per questa tematica nasce dal proposito di suggerire una nuova chiave di lettura del meccanismo descritto dall'art. 1705, secondo comma, c.c., allo scopo di farne emergere l'intimo fondamento, ossia il suo porsi quale elegante espressione di autotutela privata.

Si vuole, cioè, dimostrare che il potere sostitutivo conferito al mandante *ex art. 1705, secondo comma, c.c.* riproduce una tecnica di giustizia privata; più in particolare, raffigura un'ipotesi di legittimazione all'esercizio del diritto altrui (componente tecnica) orientata secondo una logica di autotutela privata (componente politico-funzionale).

Per di più, la rilevanza del problema trascende l'ambito dell'autotutela per investire aspetti centrali della teoria del mandato e dell'interposizione

gestoria.

Va pure detto che la disposizione citata, in sé particolarmente oscura¹¹⁸, è stata recentemente sottoposta all'attenzione della giurisprudenza di legittimità.

L'intervento della Corte è stato richiesto dalla necessità di definire l'ampiezza del significato della norma incriminata, essendosi posto il problema se il riferimento ai *diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato* includesse anche le azioni contrattuali riguardanti il negozio concluso dal mandatario in nome proprio ed in attuazione del contratto di mandato (ed in specie le azioni di risoluzione per inadempimento e di risarcimento danni)¹¹⁹.

La soluzione di questo dilemma è strettamente legata alla questione della natura giuridica del potere di sostituzione del mandante. Per tale ragione, occorrerà ricomprendere nell'indagine la definizione del punto dibattuto dalla giurisprudenza.

2.1. Una breve digressione: il contesto di riferimento e il paradosso della disciplina sul mandato.

Non v'è dubbio che la disciplina normativa sul mandato senza rappresentanza disorienti¹²⁰.

118Non a caso, una parte della dottrina [G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1952, p. 104], definiva assai oscuro il sistema predisposto dal legislatore con riguardo alla titolarità ed all'esigibilità dei crediti derivanti dall'esecuzione del mandato senza rappresentanza.

119Il richiamo è a Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2008, n. 24772, in *Corr. giur.*, 2009, 5, p. 691, con nota di D. Maffei e D. De Giorgi. La sentenza è reperibile anche in *Riv. not.*, 2009, 4, p. 1043; *Giust. civ.*, 2010, 2, p. 441; *Il civilista*, 2009, 9, p. 30.

120Che il dettato del codice presenti profili di contraddittorietà – solo apparenti per taluni [v. L. Campagna, *La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 1, p. 12; A. Luminoso, *Il mandato*, Torino, 2007, p. 71] – è oggetto di un riconoscimento pressoché generale da parte della dottrina italiana.

Del resto, le stesse Sezioni Unite, ammessa l'evidente distonia tra i due blocchi normativi (per l'appunto: l'art. 1705, primo comma, l'art. 1705, secondo comma, prima parte, l'art. 1706,

Si legga il primo comma dell'art. 1705 c.c. (*“Il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato”*); si prosegua con la prima parte del secondo comma (*“I terzi non hanno alcun rapporto col mandante”*), e si sarà più che tentati, dal rigore del dettato della legge, a concludere che il mandante non abbia, nei riguardi del terzo, legittimazione attiva e passiva a promuovere (o a resistere a) le azioni contrattuali discendenti dal negozio concluso dal mandatario.

Viceversa, si dia lettura della seconda parte del capoverso dell'art. 1705 c.c. (*“Tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato [...]”*); la si estenda agli articoli successivi (1706, primo comma, e 1707 prima parte, c.c.), e le certezze poc'anzi raggiunte si dissolveranno nell'intendimento opposto: il mandante, in quanto soggetto dell'interesse sostanziale, è il *dominus* dell'intera operazione economica. A lui compete la scelta di uscire o meno allo scoperto, di rivelarsi al terzo e di esercitare contro questi, ed in sostituzione del mandatario, i crediti nascenti dal negozio gestorio (come autorizza l'art. 1705 capoverso) o, in caso di beni mobili, l'azione di rivendica (art. 1706, primo comma).

Perché, allora, non ammetterlo all'esercizio delle azioni poste a tutela dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario *ex contractu* (annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento)?

Ma occorre proseguire con ordine.

E' fin troppo noto il meccanismo effettuale che governa il fenomeno dell'interposizione reale nel compimento di atti giuridici¹²¹. Un soggetto

secondo comma, l'art. 1707, seconda parte, da un canto; l'art. 1705, secondo comma, l'art. 1706, primo comma, l'art. 1707, prima parte, dall'altro), non esitano a definire l'intera disciplina sul mandato senza rappresentanza un *“ibrido proteiforme che miscela momenti puri di tutela [...] a momenti di tutela solo mediata”*.

¹²¹Secondo un'opinione ormai consolidata, l'interposizione reale di persona si configura quando un soggetto (interposto), d'intesa con altro soggetto (interponente), contratta con un terzo in nome proprio ed acquista effettivamente i diritti nascenti dal contratto, con l'obbligo, derivante

assume l'obbligo di compiere un atto giuridico in nome proprio ma per conto di altri. La mancanza formale della spendita del nome del titolare dell'interesse gestito – elemento su cui si gioca, nel nostro ordinamento, la distinzione tra mandato con e mandato senza rappresentanza¹²² – complica il meccanismo di appropriazione delle utilità finali da parte del vero interessato all'operazione economica, ossia da parte del mandante.

A rigore, infatti, tutte le situazioni giuridiche nascenti dal negozio gestorio vengono riferite al mandatario, unico referente del regolamento d'interessi espresso dal contratto concluso col terzo, e ciò perfino nell'ipotesi in cui quest'ultimo conosca l'alienità dell'interesse gestito¹²³. La chiusura della complessa vicenda negoziale – ossia il definitivo soddisfacimento dell'interesse del mandante all'apprensione degli effetti del negozio gestorio – richiederà, da parte del mandatario, una solerzia ancor maggiore di quella che la stipula del negozio attuativo ha reso necessaria, in

dai rapporti interni con l'interponente, di ritrasmettergli tutti i diritti così acquistati. V., in tal senso, Cass. civ., 28 marzo, 1981, n. 1787, in *Foro it.*, 1981, 1, p. 2472.

E' bene precisare che ciò che caratterizza l'interposizione reale di persona è la mancata adesione del terzo all'accordo interpositorio intervenuto tra interponente ed interposto, non la sua mancata conoscenza: l'interposizione reale, cioè, non cessa di essere tale se il terzo con cui l'interposto contratta è a conoscenza del rapporto interno di gestione. Affinché ciò accada, ossia l'interposizione cambi natura e divenga un'ipotesi di simulazione relativa soggettiva, è necessario che il terzo prenda parte all'accordo simulatorio, ne divenga, cioè, contraente. Cfr., sul punto, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XV, Torino, 1960, p. 405; F. Ferrara, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 237; F. Messineo, *Dottrine generali del contratto*, Milano, 1948, p. 307; C. Santagata, *Del Mandato. Disposizioni generali*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1985, p. 200; F. Scardulla, *Interposizione di persona (voce)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 143.

122Che il mandato senza rappresentanza sia caratterizzato dal difetto di *contemplatio domini*, oltre a trovare conferma nella relazione preliminare al codice civile (n. 713), è pacifico in dottrina ed in giurisprudenza. Cfr. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. V, Milano, 1957, p. 38; G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., p. 11; S. Pugliatti, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 3, p. 801. Per la giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 5 maggio 2004, n. 8512, in *Giust. civ.*, 2005, 2, p. 441.

Secondo Cass. civ., 18 dicembre 1957, n. 4730 [in *Giust. civ.*, 1957, p. 1787], inoltre, perché nascano azioni dirette tra i terzi contraenti ed il mandante, non è sufficiente una *contemplatio domini* tacita, ma occorre che la medesima *contemplatio* risulti, in termini espliciti e non equivoci, dall'atto stipulato dal mandatario.

123Ai fini dell'esposizione futura, sembra utile chiarire fin da ora come un tale meccanismo possa corrispondere pienamente all'interesse del mandante nel momento in cui la necessità del doppio passaggio realizzi esattamente le sue esigenze.

quanto dovrà curare il ritrasferimento, in direzione del mandante, degli effetti, attivi e passivi, dell'atto gestorio.

Si coglie, in tal modo, la nota specifica della figura del mandato senza rappresentanza: la totale autonomia del rapporto mandatario-terzo rispetto al rapporto mandante-mandatario.

Il principio trova la sua più evidente espressione nell'art. 1705, primo comma, c.c.: è il mandatario che assume gli obblighi ed acquista i diritti derivanti dagli atti compiuti con i terzi; così come nel suo secondo comma: questi (i terzi) non hanno alcun rapporto con il mandante.

Il codice del 1865 era molto chiaro al riguardo, laddove affermava (art. 1744): “*Quando il mandatario agisce in suo nome, il mandante non ha azione contro coloro coi quali il mandatario ha contrattato, né i medesimi l'hanno contro il mandante. [...]*”¹²⁴.

Il legislatore del 1942 lo è stato, invece, molto meno: la disciplina regolativa del mandato manca di una norma tanto esplicita. Tuttavia, una volta riaffermata – in linea generale – l'efficacia obbligatoria del mandato, verrebbe da dire che la soluzione ermeneutica più coerente con le premesse non sia, poi, così distante da quella fatta propria dall'art. 1744 del codice del '65.

Ed invero, dal tradizionale insegnamento della mancanza di un legame diretto tra mandante e terzo, rigorosamente applicato, dovrebbe discendere il corollario della netta separazione tra le azioni proponibili dal mandatario verso il terzo *ex contractu* e le azioni esperibili dal mandante verso il mandatario *ex mandato*¹²⁵.

124Sulle origini di questa norma, legate fortemente all'esperienza francese, si legga in proposito R. Sacco, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.* 1961, 1, p. 1384.

E' singolare che, nonostante la nitidezza del dettato normativo del vecchio codice, parte della giurisprudenza coeva, su influsso di autorevole dottrina [A. Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, vol. IV, Milano, 1933, pp. 159 e ss.], avesse, comunque, sostenuto la tesi del trasferimento immediato al mandante della proprietà dei beni mobili acquistati dal mandatario: cfr. Cass. civ., 12 gennaio 1940, in *Foro it.* 1940, 1, p. 825; Cass. civ., 24 febbraio 1936, in *Foro it.* 1936, 1, p. 1014.

125Secondo un'opinione [C. Santagata, *Del Mandato. Disposizioni generali*, cit., p. 201], la

Tuttavia, rispetto a questo approdo, il nuovo codice riflette deviazioni di non poco conto, perché consente l'esercizio, da parte del mandante, dell'azione di rivendica relativamente alle cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in proprio nome (art. 1706, primo comma); sancisce l'opponibilità del mandato avente data certa ai creditori del mandatario che agiscono sui beni e sui crediti acquistati dal predetto in nome proprio (art. 1707); ed, infine, accorda al mandante l'esercizio dei diritti di credito derivanti dal mandato (art. 1705, secondo comma).

Ecco svelato il punto nodale della discussione, o meglio, quello su cui – ripercorrendo la dottrina e la giurisprudenza formatesi in un cinquantennio di elaborazione dogmatica – si radica il quesito prospettato all'inizio: qual è il significato logico di tali norme rispetto alla configurazione normativa del mandato quale contratto privo di efficacia reale? E segnatamente, qual è il significato dell'art. 1705, secondo comma, c.c.?

L'alternativa che il lungo dibattito consegna all'interprete contemporaneo è piuttosto ristretta.

Si tratta di deroghe, vale a dire di ipotesi eccezionali, assolutamente inidonee a scalfire l'idea dell'efficacia obbligatoria del mandato senza rappresentanza¹²⁶, oppure di indizi volti a revocare in dubbio tale appagante ricostruzione¹²⁷?

situazione d'estraneità in cui viene a trovarsi il mandante rispetto al negozio gestorio è conforme alla regola secondo cui il contratto produce effetti solo tra le parti (art. 1372 c.c.).

126Da qui, i tentativi di quella parte della dottrina impegnata nel tentativo di razionalizzare, con percorsi differenziati a seconda dell'autore, le suddette disposizioni per ricondurle al principio generale di cui al primo comma ed alla prima parte del secondo comma dell'art. 1705 c.c. Su questo solco, D. Barbero, *Il sistema del diritto privato*, 2° ed., Torino, 1988, p. 450; F. Bile, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, Roma, 1961, pp. 57 e ss.; R. Calvo, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996, p. 144; F. Dominedò, *Mandato (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1968, p. 120; F. Ferrara, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1946, p. 122; G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., p. 102.

127Da qui, quell'altra parte della dottrina convinta dell'efficacia reale del mandato in nome proprio e della sua assimilazione alla rappresentanza diretta: G. Bavetta, *Mandato (voce)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 321; L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1936, p. 66; S. Pugliatti, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, cit., p. 801; G. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 185.

2.2 La posizione della giurisprudenza.

Il dibattito giurisprudenziale sulla natura giuridica dell'azione attribuita al mandante dall'art. 1705, secondo comma, c.c. ha visto contrapporsi due orientamenti.

Un primo indirizzo, adottato dalla giurisprudenza prevalente, è assolutamente fermo nel ritenere che il mandante possa esercitare, nei confronti del terzo contraente, solamente le azioni relative al soddisfacimento del credito; di contro, nessuna legittimazione (attiva o passiva) gli andrebbe riconosciuta con riferimento ad azioni contrattuali diverse: né quelle dirette a far pronunciare l'annullamento o la risoluzione del contratto concluso dal mandatario, né quelle volte ad ottenere il risarcimento del danno causato dall'inadempimento del terzo¹²⁸.

L'argomento principale di tale impostazione si fonda sulla considerazione della natura eccezionale della seconda parte del secondo comma dell'art. 1705 c.c., che si porrebbe come deroga alla regola dell'assenza di rapporto giuridico fra mandante e terzo; da ciò conseguirebbe l'esclusione di una sua applicazione analogica ad ipotesi non espressamente normate ed, al contempo, la preferenza per una soluzione esegetica che sia di stretta interpretazione¹²⁹.

Quest'argomento verrebbe corroborato dall'inequivocità del dato letterale: l'espressione "*diritti di credito*" sarebbe sintomatica della volontà del legislatore di riferirsi esclusivamente ai soli diritti sostanziali, con

¹²⁸Su questa linea di pensiero, cfr. Cass. civ., 8 giugno 2007, n. 13375, in *Dir. maritt.*, 2008, 4, p. 1335; Cass. civ., 25 agosto 2006, n. 18512, in *Dir. maritt.*, 2008, 4, p. 1302, con nota di F. Tassinari; Cass. civ., 20 luglio 1976, n. 2877, in *Foro it.*, 1977, 1, p. 691.

¹²⁹"*Opinandosi diversamente, la regola generale sancita dallo stesso art. 1705 c.c. resterebbe svuotata di contenuto*": così, alquanto chiaramente, Cass. civ., 5 novembre 1998, n. 11118, in *Giur. it.*, 1999, p. 94. Altrettanto, Cass. civ., 13 ottobre 1954, n. 3628 [in *Giur. agr. it.*, 1955, p. 469], nella parte in cui conclude che "[...] per diritto di credito, ai fini dell'art. 1705, secondo comma, c.c., deve intendersi qualsiasi diritto ad una prestazione nascente da un rapporto obbligatorio".

esclusione della possibilità di esperire, contro il terzo, le relative azioni contrattuali¹³⁰.

Sullo sfondo milita il riguardo nei confronti della funzione stessa del mandato senza rappresentanza, che, in quanto diretto a limitare gli effetti del negozio compiuto con il terzo alla persona interposta, impedisce di ipotizzare qualsiasi ingresso del mandante nel rapporto contrattuale che unisce il mandatario al terzo.

E', pertanto, evidente il retroterra concettuale da cui muove l'orientamento riportato: netta avversione per la tesi dell'efficacia reale del mandato; massima limitazione delle possibilità di interferenza tra la posizione del terzo e quella del mandante; predilezione per la tutela dell'affidamento del terzo rispetto all'esigenza di rendere più rapido e sollecito lo svolgimento del traffico giuridico-economico.

A questo orientamento, propugnato – come anticipato – dalla giurisprudenza maggioritaria, ha fatto da contraltare un indirizzo di segno contrario, a tenore del quale il campo di applicazione dell'art. 1705, secondo comma, c.c. andrebbe ampliato fino a ricomprendervi l'esercizio delle azioni contrattuali¹³¹.

130Ad onta di equivoci, occorre precisare che, da un attento monitoraggio della giurisprudenza di legittimità che si è interessata alla problematica, risulta assolutamente incontrovertibile l'idea che dai diritti di credito di cui al secondo comma dell'art. 1705 c.c. siano da escludere i diritti a carattere reale e quelli a carattere strettamente personale (cfr. Cass. civ., 12 aprile 1957, n. 1253, in *Giust. civ.*, 1957, 1, p. 1573).

Il vero punto conteso sta, piuttosto, nello stabilire se la norma citata includa nel suo raggio applicativo i diritti potestativi (quali quello di chiedere l'annullamento del contratto o la sua rescissione, o, ancora, quello alla proroga legale di un contratto di locazione), il diritto al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale e i crediti restitutori derivanti dal negozio gestorio.

Per certi versi, e in un'ottica parzialmente diversa, meno vicina al tema del mandato, la questione potrebbe essere affrontata dalla prospettiva della teoria generale del diritto, e, in special modo, alla luce di tutta quell'elaborazione scientifica che si è occupata del concetto di diritto di credito.

131Si tratta di pronunce assai risalenti nel tempo: Cass. civ., 9 novembre 1964, n. 2714, in *Giur. it.*, 1965, 1, p. 387. Più di recente, Cass. civ., 27 luglio 2006, n. 17145, in *Il civilista*, 2009, 9, p. 30; Cass. civ., 13 gennaio 1990, n. 92, in *Giust. civ.*, 1990, 1, pp. 1252 e 1557, con nota di P. Giammaria. Chiarissima la massima di Cass. civ., 17 marzo 1981, n. 1552, in *Mass. giust. civ.*, 1981, fasc. 3: "il mandatario senza rappresentanza [...] rimane estraneo all'affare per sua iniziativa concluso tra mandante e terzo e, pertanto, l'eventuale attività dolosa da lui svolta

Le ragioni alla base del diverso convincimento sono, a quanto è dato capire, così ricostruibili¹³².

Il punto di partenza trae spunto, questa volta, dalla presa d'atto che la funzione del contratto gestorio, e dunque dell'interposizione del mandatario, è di tenere occulto agli occhi del terzo il vero interessato all'affare¹³³. L'acquisizione del bene da parte del mandatario ha quindi carattere strumentale ed assolutamente precario; è un momento giuridicamente necessario per produrre la situazione finale programmata dai due protagonisti della fattispecie interpositoria, cioè la destinazione al mandante degli effetti utili del negozio concluso dal mandatario.

La decisione del mandante di avvalersi della facoltà di sostituzione nell'esercizio del credito, accelerando il perseguimento dello scopo finale di tutta l'orchestrata operazione, fa prevalere la sostanza economica della vicenda sulle ormai limitative strutture giuridiche. Non ha più senso pretendere il doppio trasferimento delle utilità finali dal mandatario al terzo; così come perde di significato la presenza del mandatario in tutta la fattispecie.

Una volta che il mandante si svela al terzo, il mandato esaurisce il suo scopo. Il mandatario esce di scena, ed al suo posto subentra il mandante. Di conseguenza, la sostituzione determinerà una modificazione soggettiva nell'intero rapporto contrattuale, e non già nel solo diritto di credito che

per determinare il terzo alla conclusione del contratto è irrilevante, ai fini dell'annullabilità del negozio, se non sia nota alla parte che gli ha conferito l'incarico".

132L'inciso è d'obbligo. Rare, infatti, sono le pronunce in cui le prese di posizione del giudicante si mostrano nitide, essendo, viceversa, assai frequenti le ipotesi in cui, pur parlandosi di modificazione soggettiva del rapporto, non si specifica se essa riguardi il rapporto contrattuale scaturente dal contratto gestorio oppure il subingresso nel singolo credito.

133Secondo una parte autorevole della dottrina, la finalità di segretezza del mandante sarebbe il dato veramente tipico del mandato senza rappresentanza. Al punto che, da taluni, si invoca un obbligo, per il mandatario, di non svelare ai terzi l'identità del mandante, quasi che all'esigenza di segretezza si dia il ruolo di elemento naturale del mandato: in tal senso autori quali S. Pugliatti, G. Minervini, A. Luminoso. *Contra*, cfr. R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui: disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 291; C. Santagata, *Del Mandato. Disposizioni generali*, cit., p. 198 nota n. 2.

scaturisce dal negozio gestorio¹³⁴.

Questa ricostruzione poggia, quindi, su di una differente base concettuale: riconoscimento dell'efficacia reale del mandato; tendenza ad accentuare la finalità di segretezza perseguita dal mandante; preferenza per la velocità del traffico giuridico rispetto all'esigenza di tutela dell'affidamento del terzo.

2.3 (Segue): e della dottrina.

¹³⁴Intuibili le elaborazioni dottrinarie di cui tali approdi hanno, probabilmente, risentito il fascino.

Il riferimento è senz'altro alla nota tesi di S. Pugliatti [*Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, cit.; *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 395], nonché all'antica dottrina che sosteneva che l'agire in nome proprio producesse l'effetto tipico della rappresentanza in senso stretto [A. Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, cit., p. 159]. V. anche L. Cariota Ferrara, *I negozi fiduciari*, cit., pp. 66-67; G. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 185.

L'autorevole opinione trae spunto dal fatto che nell'agire in nome proprio è dato ravvisare un fenomeno di dissociazione tra il soggetto dell'atto (il mandatario) ed il soggetto dell'interesse (il mandante). Partendo dal presupposto che l'essenza del diritto soggettivo risiede nel suo volgersi in direzione del soddisfacimento dell'interesse sostanziale di chi ne è titolare, si evidenzia come la dinamica della fattispecie interpositoria (reale) si caratterizzi per la situazione di precarietà della figura dell'interposto, la quale, a sua volta, è naturale conseguenza del fatto che la titolarità dell'interposto non ha un contenuto palpabile, né sotto il profilo economico (ossia dell'interesse), né sotto quello giuridico (ossia, del potere di disporre e godere), dovendo egli trasferire tutto ciò che ha acquistato al mandante.

Se a tanto si aggiunge che non mancano addentellati normativi dai quali fondatamente ritenere che sia il mandante il titolare effettivo dei beni o crediti acquistati dal mandatario, il quadro ricostruttivo risulta il seguente.

Il mandato è un contratto che, oltre a produrre effetti obbligatori tra le parti, spiega, in combinazione con il negozio attuativo, effetti reali, ovverosia determina l'immediato acquisto delle prestazioni finali da parte del mandante. Nel medesimo istante in cui il mandatario, ponendo in essere il negozio gestorio, acquista il diritto dal terzo, immediatamente lo perde, e, contemporaneamente, lo acquista il mandante.

E' evidente che, così ragionando, le distanze con la rappresentanza diretta si riducono fino a scomparire.

O meglio, la differenza si limiterebbe a ciò, che nella rappresentanza in senso proprio il rappresentante non acquista mai, mentre nella rappresentanza indiretta egli acquista e perde nello stesso istante.

L'ostacolo rappresentato dall'art. 1706, secondo comma, c.c. nella parte in cui impone, a chiusura della fattispecie, il doppio trasferimento immobiliare, viene superato giustificando la necessità dell'atto di ritrasferimento sul piano delle esigenze formali della circolazione immobiliare. Non è, cioè, un atto compiuto *solvendī causa* – la titolarità del diritto di proprietà è già passata al mandante in via automatica –, ma ha la funzione di mettere a conoscenza dei terzi che la titolarità del bene pertiene al mandante. Sicché, in ragione di tale scopo, l'obbligo di ritrasferimento potrebbe essere soddisfatto da una dichiarazione unilaterale recettizia del mandatario.

Il quadro della dottrina si presenta sicuramente più articolato¹³⁵.

E infatti, sulla qualificazione giuridica dell'azione spettante al mandante contro il terzo con cui il mandatario ha contrattato si è, a lungo, discusso.

Secondo una tesi – seguita, peraltro, dalla prevalente giurisprudenza¹³⁶ – il diritto del mandante di sostituirsi al mandatario nell'esercizio del credito concreterebbe un'ipotesi di azione diretta¹³⁷. Con essa, cioè, il mandante

135Una prova sicura di questa complessità è data dal fatto che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pronunciatesi sulla questione da cui si è partiti (v. sopra nota n. 120), abbiano riservato notevole spazio alla diacronica elencazione delle più importanti ricostruzioni teoriche formulate nei riguardi di questo ambiguo strumento giuridico che è il potere sostitutivo riconosciuto al mandante ex art. 1705, secondo comma, c.c..

Ora, è certamente ragionevole ritenere che la definizione del *thema decidendum* sottoposto all'attenzione del Supremo Consesso tragga origine dalla natura giuridica che si intende assegnare alla facoltà di sostituzione prevista dalla norma incriminata. Tuttavia, il dato non va sopravvalutato. O meglio, la preferenza per una soluzione interpretativa piuttosto che per un'altra dipende, principalmente, da una scelta ancor più a monte, vale a dire dalla complessiva visione che si ha dell'agire in nome proprio, nonché dall'alternativa che si desidera privilegiare in ordine alla natura eccezionale o meno del secondo comma dell'art. 1705 c.c..

A favore di quanto detto sta il fatto che, riguardo al problema qui affrontato dell'esperibilità o meno delle azioni contrattuali relative al negozio gestorio da parte del mandante, vi è diffuso accordo in dottrina. Invero, all'infuori di quella datata impostazione teorica che ravvisa nel mandato senza rappresentanza la stessa fisiologia di effetti della rappresentanza in senso proprio, tutta la dottrina successiva, pur proponendo spiegazioni differenti del meccanismo di cui all'art. 1705, secondo comma, c.c., concorda poi nell'escludere che possano essere proposte dal mandante o contro il mandante le azioni relative al regolamento negoziale o al rapporto giuridico nascente dal contratto concluso a valle con il terzo. Sotto questo limitato profilo, quindi, l'atteggiamento della dottrina denota una sostanziale compattezza di vedute sulla questione in discussione. Effettivamente, l'appunto non deve destare meraviglia. Si tratta, infatti, di posizioni che, con diversità di accenti, si muovono pur sempre nell'ambito di una concezione del mandato ferma nel sostenerne la natura di contratto ad effetti obbligatori, rispetto alla quale norme come l'art. 1705, secondo comma, c.c., o come l'art. 1706, primo comma, c.c., assumono carattere eccezionale. Cfr., sul punto, F. Bile, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, cit., pp. 57 e ss.; C. Di Marco Gentile, *Il mandato senza rappresentanza (in dottrina ed in giurisprudenza)*, in *Giust. civ.*, 1980, 2, p. 492; G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., p. 104.

Non è casuale che si ravvisi lo stesso consenso con riguardo alla problematica degli obblighi nascenti dal negozio gestorio. Infatti, diversamente da quanto accade in giurisprudenza, vi è un'unanimità di vedute in dottrina nel considerare il mandatario il solo soggetto al quale riferire le obbligazioni assunte nei confronti del terzo. Questi non ne potrà chiedere l'adempimento al mandante, neppure laddove quest'ultimo si sia servito, ai sensi dell'art. 1705, secondo comma, c.c., del potere di sostituzione. Una diversa scelta interpretativa attribuirebbe al rapporto interno una illimitata forza espansiva [v. N. Di Staso, *Limiti dell'acquisto da parte del mandante della titolarità del negozio compiuto dal mandatario*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 2, p. 103; M. Gaddi, *Del mandato*, in *Commentario teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. De Martino, Roma, 1971, p. 108]. Cfr. anche R. Sacco, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, cit., p. 1384.

136Cfr. Cass. civ., 10 maggio 1965, n. 879, in *Foro it.*, 1966, 1, p. 1382.

137L'impostazione in esame va inserita nell'ambito di quell'orientamento della dottrina (v. sopra

eserciterebbe una pretesa relativa ad un credito che è già entrato nel suo patrimonio in via immediata al momento della stipula del contratto gestorio tra mandatario e terzo¹³⁸.

L'opinione si giova dell'autorità della relazione al codice civile (n. 713), nella parte in cui si afferma che il mandante "ha il diritto (*in via diretta e non surrogatoria*) di far propri di fronte ai terzi i diritti di credito sorti in testa al mandatario".

Conseguenti i corollari della ricostruzione in esame: se il mandante è il vero titolare dei crediti scaturenti dal negozio gestorio, vorrà dire che, fin quando egli non decida di avvalersi della facoltà che gli dà l'art. 1705, secondo comma, c.c., il mandatario ne avrà una mera titolarità formale¹³⁹.

La tesi, tuttavia, si espone a penetranti obiezioni. In particolare:

a) la lettera della legge – disponendo testualmente che "[...] il mandante, *sostituendosi* al mandatario, può *esercitare* i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato [...]" – è inequivocabile: se il mandante fosse il titolare immediato dei diritti di credito, non dovrebbe sostituirsi a nessuno per poterne fare esercizio¹⁴⁰;

b) ad un livello più generale, poi, non è giuridicamente ammissibile immaginare che, all'insaputa di uno dei contraenti ed in mancanza di

nota n. 135) secondo cui tra mandato e rappresentanza vi sarebbe, in sostanza, analogia di struttura.

138Dire che il credito si trasferisce in capo al mandante in via diretta significa alludere all'assenza di intermediazione da parte del mandatario. Il meccanismo sarebbe il medesimo che è dato ravvisare negli atti gestori aventi ad oggetto l'acquisto di beni mobili: una volta intercorso il contratto di compravendita tra mandatario e terzo, il diritto di proprietà sul bene compravenduto passerebbe, direttamente, dal terzo al mandante, senza sostare, neanche per un attimo, nella sfera giuridica del mandatario.

139In tal senso, cfr. S. Ferrari, *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962, p. 89; P. Papanti Pellettier, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984, pp. 21 e ss.; S. Pugliatti, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, cit., p. 490 (il quale propone la tesi dell'acquisto diretto in alternativa a quella di un acquisto automatico). *Contra*, tra gli altri, L. Campagna, *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962, p. 83; C. Santagata, *Del Mandato. Disposizioni generali*, cit., pp. 297 e ss.; E. Tilocca, *Il problema del mandato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 872 e ss.. Sull'azione diretta, v. anche P. M. Vecchi, *L'azione diretta*, Padova, 1990.

140Inoltre, l'avvenuto acquisto di un diritto esclude la necessità che la legge preveda l'attribuzione all'acquirente dell'esercizio del diritto stesso. L'obiezione è di F. Ferrara, *Della simulazione nei negozi giuridici*, cit., p. 122.

espressa pattuizione (sul modello dell'art. 1411 c.c.), il contratto possa riversare alcuni dei propri effetti direttamente nella sfera giuridica di un terzo. Il principio della relatività degli effetti contrattuali è assai severo al riguardo;

c) in ultima analisi, se quello del mandante fosse un acquisto diretto, non si comprenderebbe la norma di cui al successivo art. 1707 c.c., la quale prevede che, quando il mandato non risulti da atto di data certa anteriore al pignoramento, i creditori del mandatario possano agire esecutivamente sul credito. Conclusione che sarebbe concepibile solo se si ammettesse che il credito stesso venga acquistato – seppure temporaneamente – dal mandatario.

Nel tentativo di superare le incongruenze cui andava incontro la tesi dell'azione diretta, un'autorevole dottrina, sulla base dell'espressione usata dal legislatore (sostituzione nell'esercizio del credito), ha proposto, con fortunato esito in giurisprudenza, di configurare l'azione prevista dall'art. 1705, secondo comma, c.c. come una specie di azione surrogatoria¹⁴¹.

Ma anche con riferimento a tale indirizzo non sono mancante le obiezioni¹⁴².

In particolare, è stato rilevato che alla riconduzione del potere di sostituzione di cui parla la norma citata all'azione di cui all'art. 2900 c.c.

141La tesi dell'azione surrogatoria è sostenuta da: G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit.; C. Santagata, *Crediti ex mandato e sostituzione del mandante*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 1, pp. 647 e ss.; Id., *Del Mandato. Disposizioni generali*, cit., p. 328; M. Spinelli, *Le cessioni liquidative*, vol. I, Napoli, 1959, p. 141.

142In merito a tali critiche, cfr., *ex plurimis*, L. Carraro, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, pp. 12 e ss.; G. Giampiccolo, *Azione surrogatoria (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 950; A. Giordano, *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il debitore prevista dall'art. 1705 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 108; R. Nicolò, *Tutela dei diritti*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1953, p. 45, il quale, dopo aver sottolineato che in ambedue le azioni (quella surrogatoria e quella del mandante) si riscontrano due situazioni giuridiche (creditore-debitore; debitore-terzo), la cui connessione giustifica l'attribuzione al creditore del potere di esercitare facoltà di cui è titolare il debitore, così conclude: mentre nella surrogatoria la connessione è meramente occasionale e si pone *ex post*, come conseguenza di un interesse conservativo del titolare, nell'ipotesi di cui all'art. 1705, secondo comma, c.c., la connessione che giustifica la sostituzione esiste *ab initio* ed ha carattere casuale, perché la seconda situazione è, giuridicamente ed economicamente, conseguenza della prima.

ostano almeno due dati: in primo luogo, la mancata previsione, nel congegno di cui all'art. 1705, secondo comma, c.c., del requisito della trascuratezza del debitore nell'esercizio delle sue ragioni di credito, elemento immancabile per l'esperimento dell'azione surrogatoria; in secondo luogo, la presenza, nel meccanismo sostitutivo messo a disposizione del mandante, di una finalità direttamente satisfattiva del suo interesse economico all'appropriazione delle prestazioni ultime, finalità che risulta assente in materia di azione surrogatoria (la quale, come è noto, opera a vantaggio di tutti i creditori).

Alla luce di tali difficoltà, alcuni autori hanno ipotizzato che il funzionamento della fattispecie in esame fosse spiegabile nei termini di un trasferimento automatico del diritto di credito dal mandatario al mandante.

La vicenda seguirebbe una sequenza analoga, dal punto di vista descrittivo, a quella che presiede alla vendita di cosa altrui: non appena il mandatario acquista il credito dal terzo per effetto del negozio gestorio, ne perde immediatamente la titolarità, che si trasmette automaticamente in capo al mandante.

A differenza della tesi dell'azione diretta, quella dell'acquisto automatico afferma che il diritto di credito vantato nei confronti del terzo, prima di stabilirsi definitivamente nella sfera del mandante, sosti, sia pur per un solo istante, in capo al mandatario¹⁴³.

In senso contrario, si è rilevato che, oltre a contraddire il tenore della norma, tale ricostruzione condurrebbe a risultati inaccettabili sul piano sistematico, giacché essa legittimerebbe il terzo contraente, venuto a conoscenza dell'esistenza del mandato, a rifiutare l'adempimento al mandatario per non vedersi costretto, *ex art. 1264, 2° comma, c.c.*, a ripetere

¹⁴³Ciò che, del resto, consentirebbe di spiegare come mai, di fronte ad un mandato con data certa anteriore al pignoramento, i creditori del mandatario non possano soddisfarsi, ai sensi dell'art. 1707 c.c., sui beni mobili e sui crediti acquistati dal mandatario. Diversa sorte subirebbero, invece, le spese e gli obblighi nascenti dal contratto concluso con il terzo, i quali rimarrebbero, comunque, sempre a carico del mandatario (v. *supra* nota n. 136)

la prestazione nelle mani del mandante: conclusione, però, impedita proprio dal disposto dell'art. 1705, 2° comma, c.c. che certamente riconosce al mandatario almeno la legittimazione ad esercitare i diritti di credito.

Si è, così, ritenuto che la norma in esame attribuirebbe al mandante il diritto potestativo di far suo il diritto di credito acquistato dal mandatario con il negozio gestorio¹⁴⁴.

Si tratterebbe di un diritto alla surroga di fonte legale, sul modello dell'art. 1259 c.c., avente per contenuto il potere giuridico di appropriarsi di un diritto altrui per la realizzazione di un interesse proprio; ovvero, ma il risultato dal punto di vista operativo non cambia, di una *cessio legis* rimessa all'atto unilaterale di appropriazione del credito da parte del mandante¹⁴⁵.

Questi, esercitando il credito nei riguardi del terzo, agirebbe pur sempre in via diretta, nel senso che farebbe valere un diritto di cui è titolare effettivo.

Ma è un diritto dal percorso tortuoso: dapprima entra nella sfera giuridica del mandatario (così come riconosce la tesi del trasferimento automatico), e, solo in un secondo tempo, viene acquistato dal mandante per il tramite della sua iniziativa unilaterale¹⁴⁶.

A questa impostazione si è replicato che la configurazione di un potere di appropriazione di un diritto pur sempre altrui è contraddetta dal richiamo, contenuto nell'art. 1705 c.c., ai diritti del mandatario; ed inoltre che, oltre a dare un eccessivo peso alla volontà del mandante, l'idea di un diritto

144In questa prospettiva, cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, pp. 554 e ss; F. Bile, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, cit., pp. 42-43; A. Giordano, *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il debitore prevista dall'art. 1705 cod. civ.*, cit., p. 97; E. Tilocca, *Il problema del mandato*, cit., pp. 930 e ss..

145Le ragioni dell'attribuzione di tale penetrante potere al mandante sarebbero le stesse per cui azione diretta è concessa al locatore contro il subconduttore (art. 1595, primo comma, c.c.) o agli ausiliari dell'appaltatore contro il committente (art. 1676 c.c.). Cfr. A. Venditti, *Appunti sul mandato*, Napoli, 1966, pp. 64 e ss..

146Il riferimento al concetto di surroga dovrebbe, già da solo, render chiaro che il subingresso del mandante afferisce al credito, e non al rapporto, e, ancor di più, che afferisce allo stesso diritto di credito che acquista il mandatario.

potestativo di appropriazione è estranea al sistema¹⁴⁷.

Escluse, allora, le prospettive dell'azione diretta, dell'azione surrogatoria, del trasferimento automatico e del diritto potestativo alla surroga¹⁴⁸, la soluzione finale, a nostro giudizio più convincente, è di ritenere che quella di cui al secondo comma dell'art. 1705 c.c. sia un'ipotesi di legittimazione (eccezionale) all'esercizio di un diritto altrui¹⁴⁹.

Si è di fronte, cioè, ad una fattispecie in cui legittimazione e titolarità corrono lungo strade diverse. Di norma, esse coincidono: il mandatario senza rappresentanza, in quanto titolare del diritto, ne è anche legittimato all'esercizio. Il che è, forse, troppo ovvio, dato che, di regola, la legittimazione esprime, in atto, ciò che la titolarità attribuisce sulla carta¹⁵⁰. E la trama del sistema non ammette indugi di sorta: è il mandatario che acquista e si obbliga.

Ma, nel procedimento interpositivo, l'appartenenza economica delle prestazioni finali è, pur sempre, del mandante, e non del soggetto dell'atto, cioè del mandatario. È, allora, coerente che, in un'ottica rimediale, il mandante sia messo in grado di prendersi ciò che, in realtà, è suo. La norma attribuisce al mandante la facoltà di conseguire da sé quelle utilità gestionali di cui è titolare economico. La sua legittimazione, per certi versi, ha un che di primitivo: è uno strumento di autotutela¹⁵¹.

147Per i rilievi critici, v. L. Campagna, *La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili*, cit., p. 26 nota n. 31; Id., *Il problema dell'interposizione di persona*, cit., p. 69; C. Santagata, *Crediti ex mandato e sostituzione del mandante*, cit., p. 646. Si veda anche S. Pugliatti, *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, cit., p. 455.

148Isolata è rimasta l'opinione di I. Militeri [Brevi note sulla natura giuridica dell'azione spettante al mandante ai sensi dell'art. 1705, 2° comma, parte seconda, c.c., in *Dir e giur.*, 1960, p. 287], il quale ritiene che il potere di sostituzione di cui all'art. 1705 c.c., pur essendo diretto alla tutela di un diritto sostanziale, e cioè del diritto all'esecuzione del mandato, ha natura ed effetti processuali, in quanto attribuisce al mandante la possibilità di instaurare un giudizio tendente ad un accertamento in sostituzione (processuale) del mandatario.

149Su questa linea, Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. V, cit., p. 42.

150Secondo autorevole dottrina [L. Mengoni, *Acquisto a non domino*, Milano, 1949, p. 36], infatti, la legittimazione traduce in termini subiettivi la possibilità di un determinato soggetto di disporre efficacemente di un diritto, esprime, cioè, la titolarità del diritto.

151Ciò, si è visto, costituisce la caratteristica comune a tutte le ipotesi di autotutela: ovverosia, l'esercizio di rimedi di diritto o di fatto da parte dello stesso titolare del diritto violato o minacciato.

Il significato essenziale della figura si coglie, pertanto, nel modo con cui l'ordinamento bilancia il conflitto che vede coinvolti, da un lato, l'interesse del mandante a far propri gli effetti finali della gestione e, dall'altro, l'affidamento del terzo sul fatto che il mandatario è controparte negoziale: l'interesse del mandante a conseguire le utilità derivanti dal mandato risulterebbe sovrastimato riconoscendogli un potere di appropriazione riferito all'intero rapporto contrattuale, e sottostimato negandogli qualsiasi occasione di interferenza nella vicenda gestoria.

Sicché, nel tentativo di adeguare quanto più possibile le categorie giuridiche alla sostanza economica della fattispecie e di bilanciare i contrapposti interessi in conflitto, il dato normativo predilige una via mediana.

In questa prospettiva, il mandante non ha potere decisionale in ordine alla sorte del rapporto contrattuale: non gli è data, cioè, la possibilità di scegliere se e quando entrare nel rapporto. Ma, nel presupposto che il suo interesse non è, tanto, di divenire proprietario in senso giuridico delle prestazioni finali, quanto di impossessarsene in senso economico, l'ordinamento adotta una formula più mite, concedendogli la possibilità di difendere da sé i propri interessi, mercé un potere di sostituzione nell'esercizio dei crediti nascenti dal negozio stipulato a valle¹⁵².

Pertanto, quella del mandante resta una legittimazione eccezionale all'esercizio di un diritto altrui; essa fa da *pendant* alla titolarità economica che gli compete sul risultato utile della gestione.

A sostegno dell'opinione anzidetta – e, più in generale, a favore di

Inoltre, se è vero che taluni rimedi di diritto, quali il potere di risoluzione del contratto avente titolo in una clausola risolutiva espressa, gli altri mezzi di risoluzione stragiudiziale del contratto o taluni poteri di recesso, vengono sovente ricondotti all'idea di autotutela, non si vede perché stessa sorte non possa toccare al meccanismo di cui alla norma in esame.

¹⁵²Non c'è momento, forse, più opportuno per ricordare che il dettato della norma è quanto mai inequivoco nel riferire il potere sostitutivo del mandante all'*esercizio* dei crediti, e non alla titolarità di essi. Potere che, in difetto di un riconoscimento normativo espresso, non potrebbe considerarsi implicito nella fattispecie interpositoria.

un'impostazione tesa a negare che il mandante acquisti la titolarità del credito – riposa il confronto della norma in esame con l'art. 1762 c.c., dettato in materia di mediazione.

Tale disposizione stabilisce che il mediatore, il quale non manifesti ad un contraente il nome dell'altro, risponde dell'esecuzione del contratto, e, quando lo ha eseguito, subentra nei diritti verso il contraente non nominato; dispone, inoltre, che, qualora dopo la conclusione del contratto il contraente occulto si manifesti all'altra parte o sia nominato dal mediatore, ciascuno dei contraenti potrà agire direttamente contro l'altro, ferma restando la responsabilità del mediatore.

Nonostante la sede non consenta, evidentemente, di affrontare la questione della natura giuridica della fattispecie¹⁵³, giova sottolineare, comunque, come la norma agevoli l'interpretazione dell'art. 1705, cpv., c.c.. La regola dettata in materia di mediazione è infatti opposta: ove il contraente non nominato al momento della stipulazione del contratto decida di manifestarsi al contraente palese, ciascuno di essi potrà agire *direttamente* contro l'altro (salva la responsabilità del mediatore). Ciò

¹⁵³E' utile ricordare che, sull'inquadramento generale della fattispecie di cui all'art. 1762 c.c., la dottrina non ha raggiunto posizioni univoche. Molto brevemente. Mentre alcuni ricostruiscono la figura sul modello del contratto per persona da nominare, sostenendo che il rapporto contrattuale si costituisce, al momento della stipulazione del negozio, tra il contraente noto ed il mediatore (salvo l'ingresso successivo del contraente nominato), secondo una diversa chiave di lettura, il mediatore, giammai assumendo le vesti di contraente dell'affare, si comporterebbe alla stregua di *nuncius* o di rappresentante del contraente occulto, dato che controparti del contratto concluso sarebbero, *ab origine*, il contraente noto e quello occulto. Nel primo senso, tra gli altri, v. L. Carraro, *La mediazione*, Padova, 1960, pp. 202 e ss.; E. Enrietti, *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950, pp. 214 e ss.; U. Perfetti, *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Milano, 1996, pp. 195 e ss.; M. Stolfi, *Delle obbligazioni: art. 1754-1765*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2° ed., Bologna, 1970, pp. 51 e ss.. Nella seconda direzione, *ex plurimis*, L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1971, p. 727 nota n. 7; A. Luminoso, *La mediazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 2° ed., Milano, 2006, pp. 142 e ss.. G. Piazza, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, pp. 167 e ss.. A prescindere dalla suddetta diversità di punti di vista, è pacifica la considerazione secondo cui, una volta avvenuta la nomina da parte del mediatore o la manifestazione spontanea da parte del contraente ignoto (v. art. 1762 c.c.), sarà quest'ultimo la controparte negoziale del contraente palese. Con tutte le conseguenze che si possono intuire in punto di legittimazione attiva e passiva all'esperibilità delle azioni contrattuali.

significa che, non appena il contraente occulto si sia rivelato alla controparte (o sia stato rivelato dal mediatore), i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto si appuntano direttamente su di lui, con conseguente legittimazione attiva e passiva ad esercitare tutte le azioni contrattuali.

In questa fattispecie il riferimento all'azione diretta è quanto mai appropriato: se ognuno dei contraenti è ammesso all'esercizio delle azioni contrattuali *direttamente* nei confronti dell'altro, vorrà dire che la disciplina della mediazione, all'art. 1762 c.c., descrive un'ipotesi in cui il vincolo contrattuale si instaura – non importa in questa sede precisare se *ex nunc*, ossia al momento del disvelamento del contraente occulto, oppure *ex tunc*, ossia all'atto della stipula del contratto da parte del mediatore – direttamente fra il contraente noto e quello appalesatosi¹⁵⁴

La distanza dal dettato dell'art. 1705, secondo comma, c.c. – percepibile, già solo a livello di enunciato, dalla differente formulazione normativa delle due disposizioni – è quindi evidente. Nell'art. 1705, la legittimazione del mandante è pur sempre riferita ad un diritto appartenente ad altri perché c'è un affidamento da tutelare, cioè quello del terzo che ignorava il fenomeno interpositorio. Nell'art. 1762, invece, non c'è alcun affidamento da garantire: il terzo sa fin dall'inizio che il mediatore non agisce per sé. La legittimazione diretta del contraente occulto poi manifestatosi consegue, quindi, alla titolarità del rapporto contrattuale.

2.4. Ancora sull'autotutela privata: puntualizzazioni.

E' opportuno indugiare ancora sull'assunto qui sostenuto secondo cui

¹⁵⁴In proposito, si veda A. Graziani [*L'impresa e l'imprenditore*, 2° ed., Napoli, 1959, p. 264], secondo cui la possibilità di esercizio dell'azione diretta da parte di un contraente nei confronti dell'altro non esisterebbe se l'intermediario dovesse considerarsi un mandatario senza rappresentanza, perché i terzi non hanno rapporti col mandante a norma dell'art. 1705, primo comma, c.c.. Cfr anche M. Stolfi, *Delle obbligazioni: art. 1754-1765*, cit., p. 54.

alla categoria dell'autotutela andrebbe riferito in ultima analisi il funzionamento dell'ipotesi descritta dall'art. 1705, secondo comma, c.c..

Si è più volte detto che il carattere proprio dell'autotutela consista nella predisposizione di rimedi di autodifesa, *alternativi rispetto alla giurisdizione* (pubblica o privata), contro minacce o aggressioni *attuali* a taluni selezionati interessi.

Volendo ricapitolare, l'autotutela costituisce per l'agredito un mezzo più rapido di protezione della propria sfera giuridica, ma unicamente:

a) quando la violenza o la minaccia al diritto sono *in atto*, perché solo in tal caso si ritiene giustificabile la rinuncia dello Stato al monopolio della forza;

b) quando non si è scelto di ricorrere alle forme di tutela giurisdizionale predisposte dall'autorità statale, trattandosi di misura di salvaguardia operata direttamente dallo stesso interessato.

Se tanto è vero, ricondurre il meccanismo di cui al secondo comma dell'art 1705 c.c. alla figura dell'autotutela richiede, allora, di appurare che entrambi questi requisiti siano riscontrabili nell'ipotesi in cui il mandante decida di esercitare in sostituzione del mandatario i crediti derivanti dal negozio gestorio.

Ebbene, tenendo fede a questa intenzione dell'analisi, è certo che il punto *sub a)* non sollevi al riguardo particolari difficoltà.

L'inadempimento del debitore costituisce realmente una condotta che mette in forse il soddisfacimento della pretesa del mandatario e, dunque, indirettamente, del mandante. E trattandosi di una condotta permanente, finché perdura nel tempo, non può non essere una minaccia *in atto*.

Un ostacolo ben più consistente si annida, invece, sotto il punto *sub b)*.

Effettivamente, si potrebbe ragionevolmente asserire che l'esercizio del credito da parte del mandante *ex art. 1705*, secondo comma, c.c. si ponga davvero come un'alternativa alle procedure giudiziarie statuali, ma solo

ogni volta che il mandante si serva in concreto di un rimedio di auto-difesa non giurisdizionale.

In buona sostanza, al mandante non è dato solo di scegliere *se* esercitare in sostituzione del mandatario i crediti nascenti dal negozio gestorio, ma anche *in che modo*. Di talché, sarebbe errato riferire il concetto di autotutela al potere di cui all'art. 1705, secondo comma, c.c.; è lo specifico rimedio prescelto che, semmai, potrebbe esserne espressione.

Aderendo a questa impostazione, cioè, se il mandante volesse tutelare le sue ragioni di credito per il tramite di una formale azione giudiziaria, qualsiasi tentativo di accenno all'autotutela sarebbe impedito proprio a causa dell'assenza dell'elemento distintivo dell'extra-giurisdizionalità dei rimedi di autodifesa.

A ben vedere, si tratta di un argomento di critica superabile; inoltre, il rilievo offre lo spunto per ribadire il funzionamento del potere di sostituzione indicato dalla norma e cogliere in modo corretto i diversi momenti in cui esso si articola.

Un esame più attento, infatti, rivela un aspetto della questione senz'altro seducente, perché svela il singolare modo di atteggiarsi dell'autotutela.

Nel paragrafo precedente si è sostenuto che l'ipotesi scolpita dall'art. 1705, secondo comma, c.c. costituisce un esempio di legittimazione all'esercizio di un diritto altrui. A tale stregua, il mandante che in sostituzione del mandatario esercita le pretese creditorie nascenti dal contratto gestorio aziona un diritto di cui il mandatario è il titolare giuridico.

In tal modo, e a prescindere dal rimedio *concretamente* scelto dal mandante per reagire all'inadempimento del terzo, appare evidente come l'autotutela si risolva nella decisione di esercitare un credito pur sempre *del* mandatario. In ossequio al dato di fatto dell'appartenenza economica delle prestazioni finali, la misura di salvaguardia offerta al mandante prende

forma, quindi, nel conferimento di un potere discrezionale di esercizio riferito ad un diritto d'altri.

Il mandante potrà decidere *come* gestire il mancato soddisfacimento del credito gestorio, ossia di quali rimedi effettivamente servirsi contro l'inadempimento del terzo. Ma sta di fatto che il momento di *apparizione* dell'autotutela si è già compiuto quando egli, spazientitosi per l'infruttuosa intermediazione del mandatario, esce di scena e si determina a reagire di persona all'inoperosità del terzo, rivelando così all'esterno il suo *dominio* economico sulle prestazioni finali.

L'autodifesa degli interessi si situa, pertanto, in una fase cronologicamente anteriore a quella dell'individuazione puntuale dello strumento di contrasto all'inadempimento del terzo e per mezzo di un raffinato meccanismo giuridico.

Sotto tale profilo, l'autotutela esibisce una fisionomia analoga a quella che è dato ravvisare nei recessi di autotutela, poiché, priva di effetti visibili, non si lascia percepire nella realtà materiale, esaurendosi tutta in un impalpabile congegno giuridico.

Dal punto di vista descrittivo, la tesi che scorge nel potere sostitutivo del mandante un potere di appropriazione di un diritto altrui rende ancor di più plastica l'idea per cui il potere in esame ripropone lo schema dell'autotutela.

Secondo quanto si è sostenuto a suo tempo¹⁵⁵, la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 1705 c.c. consentirebbe anche di dimostrare l'esistenza di poteri di autotutela riferibili a diritti tecnicamente altrui.

¹⁵⁵Si rinvia al cap. II, par. n. 2.

3. La caparra confirmatoria.

Altra importante ipotesi associabile al discorso sull'autotutela è costituita dalla caparra confirmatoria.

Sia nella parte dedicata alla trattazione dell'autotutela come funzione, sia a quella dedicata all'analisi dell'autotutela in quanto categoria, si è già fatto cenno alla previsione di cui all'art. 1385 c.c..

La caparra confirmatoria collega, infatti, diversi aspetti del ragionamento sull'autotutela: da un lato, rappresenta un rimedio di autodifesa a componente satisfattiva (v. cap. I, par. n. 3), dall'altro, esprime bene il principio dell'irrevocabilità dell'esercizio del potere di autotutela (v. cap. II, par. n. 4).

L'idea della caparra confirmatoria quale fattispecie di autotutela non è stata da tutti condivisa.

Per afferrare il vero significato della figura e ribadirne la natura di strumento di autodifesa, è necessario prima comprenderne la struttura.

Comunemente, la caparra confirmatoria viene definita alla stregua di un patto accessorio ad un'obbligazione contrattuale, il cui elemento essenziale sarebbe rinvenibile nella consegna materiale di una cosa o di una somma di denaro dall'una all'altra parte¹⁵⁶.

Caratteristiche del negozio sarebbero la struttura necessariamente

¹⁵⁶Cfr. F. Galgano, *Degli effetti del contratto: art. 1372-1386*, in F. Galgano-G. Visentini, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1993, p. 171; F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968, p. 216; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale: art. 1321-1469*, in *Commentario cod. civ.*, 3° ed. inter. riv. e agg., Torino, 1980, p. 344.

bilaterale¹⁵⁷, il carattere reale¹⁵⁸, la produzione di effetti reali¹⁵⁹ e l'assenza di un onere di forma previsto a pena di nullità¹⁶⁰.

E' diffusa la convinzione che il legislatore abbia inteso utilizzare il termine *caparra* per indicare sia il negozio giuridico accessorio istitutivo sia la quantità di cose mobili fungibili o la somma di denaro consegnate al momento della stipula del contratto come garanzia per la sua esecuzione.

L'affermazione, in realtà, non va sopravvalutata, giacché è foriera di equivoci classificatori, oltre che incapace di far cogliere l'essenza dell'istituto.

In effetti, l'elemento più genuinamente tipico della caparra (confirmatoria) – per comprenderci, quello che ne segna la distinzione rispetto ad altre figure affini, pur esse di genesi negoziale e dal possibile identico oggetto, quali la clausola penale o l'acconto o ancora la caparra penitenziale – non è tanto il suo essere negozio (bilaterale), né il fatto di consistere nella *datio* di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili. Ciò che, semmai, identifica la caparra come confirmatoria è, nei limiti segnati dalla disciplina codicistica, il profilo funzionale, o, ancor meglio, l'esistenza – accuratamente da accertare in mancanza di univoche esplicitazioni¹⁶¹ – di una volontà dei costituenti diretta al perseguimento

157Seconda certa dottrina, non sarebbe possibile concepire un negozio istitutivo della caparra a struttura unilaterale. Non solo, ma il costituente la caparra dovrebbe essere una delle parti del contratto principale, dovendosi escludere che un terzo possa prestare la caparra. Cfr. W. D'Avanzo, *Caparra (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, p. 895. *Contra*, G. Bavetta, *La caparra*, Milano, 1963, pp. 32 e ss. e 215 e ss..

158Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., p. 369; F. Carresi, *Il contratto*, vol. I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1987, p. 256 (il quale rileva come non possa costituire oggetto della caparra una cambiale, in quanto conterrebbe solo una promessa); W. D'Avanzo, *Caparra (voce)*, cit., p. 895; P. Trimarchi, *Caparra (voce)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 195 e ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 15 aprile 2002, n. 5424, in *Riv. not.*, 2002, p. 1573. Si ammette, generalmente, che la dazione della caparra possa avvenire anche dopo la conclusione del contratto, purché anteriormente alla scadenza delle obbligazioni contrattuali.

159In tal senso, W. D'Avanzo, *Caparra (voce)*, cit., p. 896; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale: art. 1321-1469*, cit., p. 348. *Contra*, P. Trimarchi, *Caparra (voce)*, cit., pp. 194 e 197.

160Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., p. 369.

161A nostro giudizio, si espone a critiche insuperabili l'opinione giurisprudenziale secondo cui, nel dubbio, va presunta la qualificazione del patto in termini di caparra confirmatoria. In questo senso, *ex plurimis*, Cass. civ., 5 ottobre 1983, n. 5795, in *Foro pad.*, 1984, 7, p. 354; Cass. civ.,

degli scopi di cui all'art. 1385 c.c.: ossia l'intesa che, in caso di inadempimento di una delle parti – sia essa il *tradens* sia l'*accipiens* –, il quadro di rimedi a disposizione del contraente non inadempiente si arricchirà di nuovi meccanismi di scioglimento del contratto, nella fattispecie consistenti nel potere di recedere unilateralmente dal contratto e di ritenere la caparra (o di richiedere la restituzione del suo doppio).

Con una sorta di eterogenesi dei fini originari¹⁶², e per quanto sia verosimile affermare che la funzione della caparra cambi in relazione alle vicende del rapporto cui accede¹⁶³, sembra che l'aspetto dell'istituto che incuriosisce di più e che più lo rende interessante emerga nel momento patologico del rapporto contrattuale in vista del quale è previsto.

E', infatti, di fronte all'inadempimento di una parte che il secondo comma dell'art. 1385 c.c. attribuisce all'altra il diritto potestativo di recedere dal contratto unitamente al potere di trattenere definitivamente la

24 aprile 1979, n. 2339, in *Riv. not.*, 1979, 2, p. 1484; Cass. civ., 31 maggio 1971, n. 1646, in *Foro pad.*, 1972, 1, p. 770.

162Secondo una condivisa ricostruzione storica [su cui si veda W. D'Avanzo, *Caparra (voce)*, cit., p. 893], la caparra – termine dall'etimo incerto, ma già presente nelle fonti greche e latine – serviva di regola come prova del contratto. Pur non assurgendo ad elemento necessario per la sua formazione, e nonostante le fonti registrino anche l'ipotesi di una caparra data per un contratto non ancora concluso (cd. *arrha pacto imperfecto*), l'uso di dare una somma di denaro al momento della conclusione del negozio valeva a dimostrarne l'esistenza, ciò che, peraltro, fa comprendere la derivazione dell'attributivo *confirmatoria*. L'istituto mantenne tale originaria funzione per tutto il Medioevo.

Secondo parte della dottrina [G. Bavetta, *La caparra*, cit., p. 83], la disciplina introdotta dal codice del 1942 non avrebbe modificato la funzione tipicamente confirmatoria della caparra, ossia di prova dell'avvenuta conclusione del contratto. In senso contrario, cfr. A. Marini [*Caparra (diritto civile) (voce)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, pp. 3 e ss.], il quale osserva come la funzione probatoria del contratto sia svolta dalla documentazione, e non dalla stipulazione di un patto accessorio.

163L'idea della polifunzionalità della caparra – sintetizzabile nella triplice funzione di: rafforzamento del vincolo contrattuale con coazione indiretta sul debitore, autotutela e predeterminazione del danno – è presente nella dottrina e nella giurisprudenza di legittimità. Cfr. C. M. Bianca *Diritto civile. La responsabilità*, cit., p. 361; M. Ghiron, *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di M. D'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1949, p. 644; A. Zoppini, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, pp. 893 e ss..

Per una più analitica indicazione bibliografica, si rinvia a M. De Luca, *La clausola penale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 1998, p. 134. In giurisprudenza, v., per tutte, Cass. civ., 13 giugno 1975, n. 2380, in *Giust. civ.*, 1976, 1, p. 1844.

caparra ricevuta o di esigere il doppio di quella versata¹⁶⁴.

Azzardando, così, un tentativo di astrazione che muova proprio dal dato normativo ora segnalato, appare preferibile contenere la prospettiva di chi intravede nella caparra esclusivamente un meccanismo di liquidazione forfettaria ed anticipata del danno da inadempimento contrattuale¹⁶⁵ – prospettiva riduttiva, peraltro, se posta a confronto con la norma in materia di clausola penale – per recuperare, sotto il profilo causale, il dato veramente caratterizzante l'istituto, a nostro avviso ravvisabile nel fatto di rappresentare un congegno negoziale diretto a velocizzare la fuoriuscita unilaterale dal contratto e la chiusura definitiva del rapporto¹⁶⁶, mercé la rimessione in capo alla parte adempiente di un *commodus discessus* dal contratto, in aggiunta ai tradizionali rimedi contro l'inadempimento e di gran lunga più agevole.

La norma, per l'appunto, offre un'opzione di autotutela, rimettendola alla scelta di chi, in quanto adempiente, è l'unico in grado di stabilire quale sia, tra i rimedi praticabili, quello che sulla base di una personale analisi costi-benefici si rivelerà il più efficiente.

Le possibilità di reazione disponibili oscillano tra due alternative, una convenzionale, l'altra legale: da un lato, l'esercizio dei peculiari poteri di autotutela di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c.; dall'altro, in evidente parallelismo con l'art. 1453 c.c., i classici strumenti contro

164E' pacifico che l'inadempimento di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c. sia da valutare sulla base delle regole generali previste in tema di inadempimento. L'inadempimento rilevante è allora quello che legittima la domanda di risoluzione del contratto, sia sotto il profilo dell'imputabilità sia sotto il profilo della non scarsa importanza. Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., p. 362; G. De Nova, *Caparra (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, p. 241; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale: art. 1321-1469*, cit., p. 348. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. civ., 7 settembre 2000, n. 11784, in *Foro pad.*, 2001, 1, p. 47; Cass. civ., 19 febbraio 1993, n. 2032, in *Giur. it.*, 1994, 1, p. 608. A differenza della clausola penale, non rileva, invece, il mero ritardo, salvo diversa volontà della parti.

165Diversamente deve dirsi con riguardo al vecchio codice del 1865, il cui art. 1217 espressamente identificava la funzione della caparra nella liquidazione anticipata del danno da inadempimento del contratto.

166La *ratio* qui valorizzata ha a suo favore l'autorità della relazione al codice civile (n. 633), dove viene sottolineata la strumentalità della caparra rispetto alla composizione spedita della lite.

l'inadempimento contrattuale: l'esecuzione coattiva del contratto, la risoluzione e il risarcimento del danno (art. 1385, terzo comma, c.c.).

La prima soluzione offre il vantaggio di evitare le lungaggini di un accertamento giudiziale, lungo e aleatorio, in ordine alla sussistenza dell'inadempimento contrattuale e del danno subito.

La seconda, invece, consente la realizzazione dell'interesse all'esecuzione del contratto o alla sua risoluzione giudiziale, con il diritto, in entrambi i casi, al risarcimento integrale del danno previo assolvimento dell'onere probatorio secondo le regole generali.

A ben vedere, l'alternativa riguarda due differenti discipline di risoluzione: una, a carattere stragiudiziale, è funzionale alla composizione spedita degli interessi in conflitto ed immune da fardelli probatori relativi al pregiudizio subito; l'altra, a carattere giudiziale, apre la via alla liquidazione del danno da inadempimento nella sua integralità.

L'articolazione del quadro dei rimedi nella doppia coppia concettuale recesso/ritenzione, da una parte, e risoluzione(esecuzione)/risarcimento dall'altra, consente di introdurre il *punctum pruriens* della disposizione in esame. E cioè: si tratta di strumenti collocati in posizione di rigida alternatività, tanto che la scelta dell'uno esclude per l'avvenire la possibilità di esperire l'altro, oppure l'inammissibilità del cumulo riguarda solo la scelta iniziale, senza pregiudicare l'ulteriore facoltà di modificare l'opzione originaria sino a che la prestazione connessa alla scelta non sia stata ancora eseguita?

Guardando al problema da un'ottica giuridicamente più lineare, l'interrogativo assume una formula più accattivante. E invero: può la parte adempiente che inizialmente decida di percorrere una delle due alternative offerte dagli ultimi due commi dell'art. 1385 c.c. – chiedendo, nel caso di specie, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno – revocare in un secondo momento la scelta iniziale e, per tale via, optare per la soluzione

inizialmente scartata (recesso e ritenzione caparra)?

3.1 L'alternatività dei rimedi riconosciuti alla parte adempiente ex art. 1385, secondo e terzo comma, c.c.: gli argomenti tradizionali.

La risposta al quesito appena posto chiama in causa argomenti già noti.

In particolare, offre la possibilità di esemplificare talune considerazioni che sono state svolte in occasione dell'esame dei presupposti costitutivi dell'autotutela, e segnatamente a proposito dell'unilateralità del potere di autodifesa.

E infatti, a dispetto dei contrasti interpretativi che il punto controverso ha prodotto nella giurisprudenza¹⁶⁷, un uso accorto della categoria dell'autotutela avrebbe fornito, con ogni probabilità, argomenti semplici ma fortemente risolutivi e consentito di raggiungere conclusioni abbastanza plausibili.

È, invece, accaduto che il dibattito originatosi intorno al problema del coordinamento dei vari commi in cui si scompone l'art. 1385 c.c. non abbia approfittato del potenziale trasmessoci dalla riflessione sull'autotutela, obliterando in buona sostanza le origini dell'istituto della caparra confirmatoria.

Per cogliere quest'aspetto, in un certo senso povero, della discussione, occorre muovere dalla ricognizione delle opinioni espresse sul punto dalla dottrina.

¹⁶⁷Sulla possibilità per la parte adempiente di revocare in appello la domanda di risoluzione/risarcimento formulata in primo grado e di sostituirla con quella di recesso e ritenzione della caparra, sono di recente intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione [si tratta di Cass. civ., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *I contratti*, 2009, 8-9, pp. 779, con nota di F. P. Torrasi]. La Corte ha composto il contrasto giurisprudenziale prendendo posizione a favore dell'orientamento minoritario che riconosce carattere di novità a quelle domande che abbiano trasformato la richiesta di risoluzione in istanza di declaratoria di recesso. Per l'opposto orientamento cfr., tra gli altri, Cass. civ., 8 novembre 2007, n. 23315, in *Foro it.*, 2008, 3, p. 828; Cass. civ., 18 novembre 2002, n. 16221, in *Giust. civ.*, 2003, 1, 2173; Cass. civ., 11 gennaio 2001, n. 319, in *I contratti*, 2001, p. 437.

A dire il vero, sulla specifica questione dei rapporti tra il rimedio del recesso/ritenzione e quello della risoluzione/risarcimento del danno, entrambi approntati dall'art. 1385 c.c. in favore del contraente adempiente, il quadro della dottrina non si presenta così ricco e diversificato.

Effettivamente, a differenza di quanto è dato riscontrare con riguardo al vecchio codice – sotto il cui vigore il dibattito era piuttosto acceso¹⁶⁸ –, il tema delle correlazioni tra gli ormai noti rimedi del vigente art. 1385 c.c. non pare avere ricevuto una particolare considerazione teorica, con l'eccezione, tutt'al più, del decennio a partire dalla prima metà degli anni '60.

Tenendo conto di quanto appena detto e cominciando dall'esame del rapporto tra risoluzione *giudiziale* e recesso contrattuale, l'analisi della dottrina rivela come l'approdo teorico condiviso sia stato nel senso della presunta legittimità della sostituzione della domanda di risoluzione giudiziale proposta in primo grado con il rimedio del recesso e della ritenzione della caparra¹⁶⁹.

Nondimeno, nei rari casi in cui si avverte consapevolezza verso il problema, si tratta, talvolta, di conclusioni tralaticie, quasi mai dimostrate, talaltra, di meri rinvii in bianco ai rilievi esibiti dalla giurisprudenza di legittimità; il risultato è una presa di posizione evocativa della tesi secondo cui recesso e risoluzione sarebbero in realtà due differenti discipline dello scioglimento del contratto, meccanismi di fuoriuscita dal rapporto

168Cfr. A. Butera, *Caparra e danno*, in *Foro it.*, 1927, I, p. 593; B. Galli, *Caparra e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1926, 4, p. 1. Per la giurisprudenza, v. Cass. civ., 8 settembre 1952, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, 3, p. 605; Cass. civ., 7 aprile 1948, *ivi*, 1948, 1, p. 327. Sull'attuale formulazione legislativa dell'art. 1385 c.c., v. anche, in senso critico, G. Piaggio, *La caparra ed il risarcimento del danno*, in *Dir. comm.*, 1947, II, p. 307.

169Cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., p. 367; W. D'Avanzo, *Caparra (voce)*, cit., p. 896; G. De Nova, *Caparra (voce)*, cit., p. 423; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale: art. 1321-1469*, cit., p. 347; P. Trimarchi, *Caparra (voce)*, cit., p. 200 (il quale ritiene che il recesso possa essere esercitare "fino alla precisazione delle conclusioni nella sede giudiziale che prelude alla decisione di merito"). Cfr., anche, E. Gabrielli, *Recesso (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 27 e ss., il quale esclude che i mezzi ordinari di risoluzione perdano rilevanza in presenza del recesso.

perfettamente sovrapponibili, donde il pacifico riconoscimento della facoltà per la parte adempiente di ricorrere al recesso quando sia stata proposta e proseguita un'iniziale domanda giudiziale di risoluzione del contratto¹⁷⁰.

In sintesi: tra le relative domande non sussisterebbero ragioni di incompatibilità, potendo entrambe essere esperite in posizione alternativa o subordinata.

Ben più esplicita, all'opposto, parte minoritaria della dottrina, perentoria nell'affermare che la scelta della parte non inadempiente in favore della risoluzione giudiziale avrebbe il significato di implicita rinuncia alla ritenzione della caparra versata¹⁷¹. Tale rinuncia, poi, in quanto volontaria, scontrerebbe il rischio di non rivelarsi conforme alle previsioni, così da originare, nel caso, una situazione peggiore di quella cui avrebbe condotto la soluzione all'origine scartata.

Secondo questa ricostruzione, allora, non solo al creditore è precluso di cumulare le difese riconosciutegli dai due commi finali dell'art. 1385 c.c., ma questi rimedi, più radicalmente, si pongono in posizione di reciproca elisione.

La scelta della risoluzione giudiziale escluderebbe per il futuro l'esercitabilità del recesso e la possibilità di incameramento della caparra, allo stesso modo in cui l'attivazione dei rimedi di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c. metterebbe fuori gioco l'azionabilità di quelli di cui al terzo comma¹⁷².

Inoltre, sotto il profilo processuale, se tra azione di risoluzione del contratto e richiesta di recesso vi è identità di *causa petendi*

170Invero, tra le due istanze vi sarebbe omogeneità di presupposto (l'inadempimento) e di funzione (lo scioglimento del contratto), e dunque piena fungibilità. La domanda di ritenzione della caparra sarebbe pur sempre una domanda di risarcimento danni, seppure in misura forfettizzata. Ugualmente, la domanda di recesso punterebbe allo scioglimento del contratto alla stessa stregua della domanda di risoluzione giudiziale, rispetto alla quale si distinguerebbe solo per il contenuto più limitato.

171Cfr. G. Bavetta, *La caparra*, cit., pp. 165-166.

172Mentre la scelta in favore dell'esecuzione del contratto non impedirebbe l'esercizio successivo del recesso (art. 1453 c.c.).

(l'inadempimento), non altrettanto si potrebbe dire per il *petitum*.

Diverso è, infatti, il *petitum* immediato: la sentenza che si esprime sulla domanda di risoluzione giudiziale ha carattere costitutivo, a differenza della natura dichiarativa della sentenza che si pronuncia sulla domanda di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c.. E diverso è anche il *petitum* mediato, dato che, se con il recesso ci si accontenta della somma versata a titolo di caparra, con la risoluzione giudiziale, accompagnata dalla domanda di risarcimento del danno, si punta in realtà ad un ristoro economico pieno.

Passando, invece, al rapporto tra risoluzione *di diritto* ed esercizio del recesso (con ritenzione della caparra), il panorama della dottrina mostra uno scenario più fecondo.

O meglio, più feconda è la letteratura scientifica prodottasi intorno al problema della rinunciabilità o meno da parte dell'intimante dell'effetto risolutorio discendente da una diffida ad adempiere.

L'aspetto del coordinamento con la disciplina sulla caparra confirmatoria – con la discussa problematica relativa alla facoltà di esercitare il recesso e ritenere la caparra dopo avere intimato una diffida ad adempiere e invocato azione risarcitoria – è stato, invece, trascurato. Cionondimeno, anche su questo aspetto una soluzione può agevolmente trarsi.

E' noto come la dottrina sia concorde nel sostenere che, intimata la diffida ad adempiere e scaduto il termine fissato, l'intimante non possa rinunciare agli effetti della risoluzione verificatasi *ipso iure*, né mediante revoca della stessa diffida, né mediante intimazione di una nuova diffida, né per il tramite di altri strumenti rimediali (come la richiesta di adempimento). Difatti:

- a. l'ultimo comma dell'art. 1454 c.c., nella sua formulazione letterale (“*decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risoluto di diritto*”), è quanto mai inequivoco nel ricondurre all'inutile decorso del termine il verificarsi dell'effetto risolutorio

- automatico ed irreversibile; la risoluzione opererebbe, quindi, senza l'intervento del giudice, limitandosi, l'eventuale pronuncia giudiziale, ad accertare l'esistenza dei presupposti voluti dalla legge per l'operare del meccanismo risolutorio;
- b. dal punto di vista logico, la tesi avversata è pesantemente viziata, finendo essa per legittimare l'ipotesi di una richiesta di adempimento relativa ad un contratto già risolto, ossia di una reviviscenza di un rapporto esaurito;
 - c. la diffida ad adempiere è un negozio giuridico recettizio tramite cui si dichiara la volontà di risolvere un contratto sotto la condizione che non si verifichi l'adempimento nel termine fissato. La sua eventuale revoca, allora, sarà valida solo quando arrivi a conoscenza del destinatario prima del ricevimento della diffida stessa¹⁷³;
 - d. sul piano, poi, delle esigenze generali, lo strumento della diffida, così congegnato, consente il migliore bilanciamento degli interessi coinvolti nella vicenda contrattuale. L'indisponibilità dell'effetto risolutorio non solo mira a proteggere l'affidamento della parte inadempiente sull'avvenuta conclusione dell'operazione economica,

173 A nostro giudizio, è interessante rimarcare la distinzione tra revoca della diffida ad adempiere e rinuncia agli effetti della risoluzione già verificatasi. Ed invero, in linea teorica, nulla esclude che il diffidante possa revocare la diffida ad adempiere precedentemente intimata, a patto, tuttavia, – come si è detto – che tale revoca giunga a conoscenza del destinatario prima della ricezione dell'atto di diffida stesso. Ma una volta in cui l'effetto risolutorio di diritto si è verificato, avendo controparte ricevuto la diffida inviata ed essendo spirato il termine fissato dal diffidante, opera una preclusione insormontabile: in questa ipotesi, infatti, l'effetto risolutorio non è più nella disponibilità del rinunciante, o comunque, anche ammettendo una siffatta supposizione, la rinuncia, in quanto atto dismissivo a carattere unilaterale, sarebbe pur sempre destinata ad operare esclusivamente all'interno della sfera giuridica del dichiarante, non potendosi riconoscere, per definizione, la forza di modificare la sfera giuridica di un soggetto diverso dal rinunciante, ossia del contraente inadempiente.

Sulla struttura e le caratteristiche della rinuncia, v. L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., pp. 23 e ss.; L. Ferri, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, pp. 233 e ss.; G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, pp. 86 e ss.; F. Macioce, *Rinuncia (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, pp. 931 e ss.; Id., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, p. 158; L. V. Moscarini, *Rinuncia (voce)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, pp. 1 e ss.; S. Piras, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940, pp. 37 e ss.. Cfr. R. Rinaldi, *Brevi note in tema di rinuncia agli effetti della risoluzione*, cit., pp. 332-333.

scongiurandole, in tal modo, la permanente esposizione all'arbitrio di controparte¹⁷⁴, ma persegue pure l'interesse generale alla rapida riallocazione dei beni interessati dalla dinamica contrattuale;

- e. a questi rilievi va aggiunto che, ammettendosi la possibilità per il contraente adempiente di revocare fruttuosamente la diffida intimata, e così di generare una sorta di inevitabile tira e molla, si finirebbe per legittimare pratiche contrattuali dal sapore evidentemente abusivo.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, la risposta all'interrogativo poc'anzi annunciato è consequenziale. E precisamente: una volta che la parte adempiente abbia intimato diffida ad adempiere ed agito per ottenere la dichiarazione giudiziale dell'intercorsa risoluzione del contratto, si perde per il futuro il diritto di recedere dal contratto e ritenere la caparra ai sensi del secondo comma dell'art. 1385 c.c.. L'ostacolo di ordine logico è insuperabile: non si può recedere da un contratto già risolto.

3.2 (Segue): il contributo della riflessione sull'autotutela.

La descrizione del punto di vista della dottrina e la considerazione del contenuto delle argomentazioni proposte, in sé tutte pienamente legittime, rafforza la convinzione che l'intervento del discorso sull'autotutela avrebbe (avuto) il valore di una premessa dirimente.

174 L'essenzialità del termine contenuto in diffida non attiene soltanto all'interesse del diffidante, ma anche a quello della parte inadempiente, la quale, al suo spirare, pone un affidamento legittimo nell'avvenuta cessazione degli effetti del contratto. E, come ricordano anche le Sezioni Unite menzionando una serie di dati normativi conferenti (tra cui l'art. 1723 c.c.), tutte le volte in cui l'unilateralità dell'atto incide profondamente sugli interessi del destinatario, la tutela dell'affidamento diviene un'esigenza irrinunciabile.

Sottolinea l'importanza del principio di intangibilità della sfera giuridica della parte inadempiente, R. Rinaldi, *Brevi note in tema di rinuncia agli effetti della risoluzione*, cit., pp. 335-336, la quale rileva come la scelta di porre nel nulla il meccanismo risolutorio di cui all'art. 1454 c.c. porti ad ammettere che gli effetti ricostituiti del rapporto vadano ad incidere in senso negativo sul patrimonio della controparte senza che a questa sia concesso alcuno strumento di difesa.

La questione dalla quale siamo partiti appartiene, infatti, al novero di quelle che presentano forti implicazioni a livello sistemico, osservabili da prospettive di ampio respiro proprio in quanto offrono un campo di indagine in cui è visibile il collegamento con gli aspetti più elevati del diritto dei contratti.

Tra queste implicazioni, primeggia appunto il contributo dell'elaborazione teorico-generale formatasi sul concetto di autotutela, nel cui raggio di azione abbiamo ricondotto, per ragioni che non vale ripetere, i particolari strumenti di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c..

Ebbene, tenendo conto dei caratteri propri dell'autotutela, e in particolare del presupposto dell'attualità della lesione o del pericolo di lesione, verrebbe da dire che il ricorso ai rimedi di cui al secondo comma dell'art. 1385 c.c. nel grado di appello, e quindi dopo che nel giudizio di prime cure si è già manifestata la volontà di percorrere la strada della giurisdizione, costituisca un esercizio di autotutela ormai tardivo, non rappresentando più una reazione contro una minaccia ancora in atto.

Si potrebbe obiettare, però, e forse non a torto, che l'inadempimento è una condotta permanente, in quanto l'offesa all'interesse protetto si protrae nel tempo per effetto della persistente condotta antigiuridica, e pertanto concludere che la parte adempiente possa avvalersi del recesso e della ritenzione della caparra fintantoché il debitore perduri nel non adempiere l'obbligazione, quantunque ciò avvenga in appello.

Il ragionamento, sebbene apparentemente convincente, non coglie nel segno.

Ad un esame più attento, esso dimentica di considerare che l'autotutela è una forma di tutela alternativa alle procedure rimediali che lo Stato predispone quale titolare per eccellenza dell'amministrazione della giustizia.

Sotto questo aspetto, l'impostazione favorevole all'esercitabilità del

recesso e della ritenzione della caparra successivamente alla proposizione di un'istanza di risoluzione e risarcimento danni, ammette, in sostanza, che un rimedio ispirato alla logica della giurisdizione sia sostituibile, in corso d'opera, con un rimedio orientato ad una logica di giustizia privata¹⁷⁵.

Preferendo le possibilità offerte dal terzo comma dell'art. 1385 c.c., il contraente adempiente *affida* all'autorità statale il compito di provvedere alla tutela dei suoi diritti, liberamente privandosi dell'opportunità di farsi giustizia da sé¹⁷⁶.

In conclusione, una soluzione difforme da quella che si è mostrato di condividere contraddirebbe l'essenza logica dell'autotutela.

Il ricorso allo strumento di autotutela, soprattutto quando comporta l'estinzione di un rapporto contrattuale, deve essere il frutto della scelta libera dell'autotutelante, non del suo *capriccio*.

Una conclusione diversa, poi, storpierebbe la funzione della caparra confirmatoria al punto da non renderla più riconoscibile, almeno per come si è cercato di delinearla.

Ritenere, invero, che, proposta la domanda di risoluzione e risarcimento integrale del danno, possa poi tollerarsi la trasformazione di questa in domanda di recesso con ritenzione di caparra, significherebbe trasformare la funzione della caparra da opzione di autotutela contro l'inadempimento della controparte contrattuale a *rimedio contro la mancata dimostrazione del danno*.

Va, allora, affermata con forza l'idea che l'esercizio dei rimedi ordinari, quelli di cui al terzo comma dell'art. 1385 c.c., faccia, in sostanza, venir meno la causa della corresponsione della caparra confirmatoria.

¹⁷⁵*Mutatis mutandis*, sarebbe come se si ammettesse l'esercizio della legittima difesa (classico esempio di rimedio di autotutela) dopo che il titolare dell'interesse leso abbia già reagito all'aggressione illegittima ricorrendo all'autorità giudiziaria.

¹⁷⁶Applicato coerentemente, il ragionamento porterebbe ad escludere la fungibilità tra i differenti rimedi anche laddove nel giudizio di primo grado la parte non inadempiente avesse agito per ottenere l'esecuzione coattiva del contratto.

Non solo, ma a ragionar serratamente, se la parte adempiente reagisce all'inadempimento di controparte optando per la risoluzione del contratto e per la richiesta di risarcimento del danno, la somma di denaro ricevuta a titolo di caparra non solo non potrà essere più ritenuta *ex art. 1385*, secondo comma, c.c., ma, risolto il contratto, dovrà essere restituita al *tradens* in quanto privata del suo titolo¹⁷⁷.

La conclusione è confermata dalla circostanza che, poiché di norma la caparra confirmatoria accede a contratti ad esecuzione istantanea, quali sono tipicamente i contratti traslativi, la successiva risoluzione del contratto demolisce il rapporto negoziale *ex tunc*, travolgendo tutte le prestazioni già effettuate, principali o accessorie che siano.

¹⁷⁷ Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, pp. 947 e 949 e bibliografia ivi indicata.

Bibliografia

- Aa.Vv.**, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di G. Borré e G. Palombarini, Franco Angeli, 1998;
- Aa.Vv.**, *Rimedi-1*, vol. IV, a cura di A. Gentili, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006;
- Aa.Vv.**, *Rimedi-2*, vol. V, a cura di V. Roppo, in *Tratt del contr.*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006;
- Alpa G.**, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, pp. 1 e ss.;
- Ardizzone S.**, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, Torino, 2000, pp. 260 e ss.;
- Ardizzone S.**, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975;
- Aru L.**, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. Palermo*, XV, 1936, pp. 114 e ss.;
- Barassi L.**, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, 2^a ed., Milano, 1948;
- Barbero D.**, *Il sistema del diritto privato*, 2^o ed., Torino, 1988;
- Barcellona M.**, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996;
- Barcellona M.**, *Funzione compensativa della responsabilità*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri ed A. Zoppini, Bologna, 2009, pp. 66 e ss.;
- Bassi N.**, *Principio di legalità e poteri impliciti*, Milano, 2001;
- Baumann Z.**, *Modernità liquida*, Bari, 2010;
- Bavetta G.**, *La caparra*, Milano, 1963;

Bavetta G., *Mandato (voce)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 321 e ss.;

Benvenuti F., *Autotutela (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 539 e ss.;

Betti E., *Autonomia privata (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, pp. 1559 e ss.;

Betti E., *Autotutela (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 529 e ss.;

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, XV, Torino, 1960;

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994;

Bianca C. M., *Autotutela (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, pp. 134 e ss.;

Bianca C. M., *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano, 2000;

Bianca C. M., *Diritto civile. L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1993;

Bianca C. M., *Diritto civile. La responsabilità*, vol. V, Milano, 1994;

Bianca C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977;

Bianca C. M., *Patto commissorio (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1976, pp. 718 e ss.;

Bianca C. M., *Riflessioni sulla pena privata*, in *Le pene private*, a cura di F. D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, pp. 407 e ss.;

Bianca G., *La figura giuridica della difesa dei beni economici mediante ordigni esplosivi*, Catania, 1926;

Bigliazzi Geri L.- Busnelli F. D.- Ferrucci R., *Della tutela dei diritti: artt. 2900-2969*, in *Commentario cod. civ.*, 2° ed., Torino, 1980;

Bigliazzi Geri L., *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988;

Bigliazzi Geri L., *Della risoluzione per inadempimento (art. 1460-1462)*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1988;

Bigliazzi Geri L., *L'occupazione d'azienda come possibile forma di autotutela*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1988, pp. 292

e ss.;

Bigliazzi Geri L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, Milano, 1971;

Bigliazzi Geri L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Milano, 1974;

Bile F., *Il mandato. La commissione. La spedizione*, Roma, 1961;

Bobbio N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1313 e ss.;

Bobbio N., *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1960, pp. 452 e ss.;

Bocchini F., *La vendita di cose mobili*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994;

Bonfante P., *Il concetto dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, pp. 360 ss.;

Breccia U., *Causa*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa - U. Breccia - A. Liserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 1999, pp. 66 e ss.;

Butera A., *Caparra e danno*, in *Foro it.*, 1927, I, pp. 593 e ss.;

Calvo R., *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996;

Campagna L., *Il problema dell'interposizione di persona*, Milano, 1962;

Campagna L., *La posizione del mandatario nel mandato ad acquistare beni mobili*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, 1, pp. 12 e ss.;

Cariota Ferrara L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1936;

Cariota Ferrara L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1971;

Carnevali U., *Patto commissorio (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 505 e ss.;

Carpino B., *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977;

Carpino B., *Riscatto (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1113 e ss.;

- Carraro L.**, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947;
- Carraro L.**, *La mediazione*, Padova, 1960;
- Carresi F.**, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 1, pp. 265 e ss. (il saggio è poi apparso col titolo, *Contratti e atti unilaterali. Note critiche*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. I, Torino, 1960);
- Carresi F.**, *Il contratto*, vol. I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1987;
- Caruso L. M.**, *Potere di autotutela, principio di affidamento e discrezionalità della pubblica amministrazione. Il potere di annullamento in via di autotutela attribuito alla p.a.*, commento a Tar Trento, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Giur. merito*, 2010, fasc. 5, pp. 1400 e ss.;
- Cassatella A.**, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, commento a Tar Trentino Alto Adige, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Foro amm. TAR*, 2010, fasc. 3, pp. 802 e ss.;
- Castronovo C.**, *Diritto privato generale e diritti secondi. La responsabilità civile dell'impresa bancaria*, in *Aa.Vv., Vv., Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura di S. Maccarone e A. Nigro, Milano, 1981, pp. 279 e ss.;
- Cendon P.**, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. del dir.*, 1979, pp. 149 e ss.;
- Cicala R.**, *L'adempimento indiretto del debito altrui: disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968;
- Cipriani N.**, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000;
- Codice Civile**, *Relazione del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943;
- Conway D.**, *Classical Liberalism: the Unvanquished Ideal*, New York, 1955;

- Coraggio G.**, *Autotutela: I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988;
- Costanza M.**, *La diffida ad adempiere*, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1990, pp. 431 e ss.;
- Costola J.**, *Diffida ad adempiere*, in *Studium iuris*, 2005, 5, pp. 652 e ss.;
- Cottino G.**, *Del contratto estimatorio, della somministrazione: art. 1556-1570*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970;
- D'Avanzo W.**, *Caparra (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, pp. 895 e ss.;
- Dagnino A.**, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983;
- Dalmartello A.**, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, pp. 134 e ss.;
- D'Avanzo W.**, *Ritenzione (voce)*, in *Noviss. dig.*, Torino, 1969, pp. 170 e ss.;
- De Cupis A.**, *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1993;
- De Luca M.**, *La clausola penale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 1998;
- De Nova G.**, *Caparra (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, pp. 241 e ss.;
- Dellacasa M.**, *La diffida ad adempiere*, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi*, Milano, 2006;
- De Simone M.**, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946;
- Di Majo A.**, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano, 2003;
- Di Marco Gentile C.**, *Il mandato senza rappresentanza (in dottrina ed in giurisprudenza)*, in *Giust. civ.*, 1980, 2, pp. 492 e ss.;
- Di Marzio F.**, *Sulla fattispecie "concessione abusiva del credito"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 3, pp. 332 e ss.;
- Di Seri C.**, *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della*

giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela “vincolata”, in Giustamm.it, pubblicato il 3/02/2010;

Di Staso N., *Limiti dell’acquisto da parte del mandante della titolarità del negozio compiuto dal mandatario*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 2, pp. 103 e ss.;

Dominedò F., *Mandato (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1968, pp. 120 e ss.;

Donini M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, pp. 3558 e ss.;

Donini M., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, 2003, 6, pp. 1808 e ss.;

Durkheim E., *Socilogie et philosohie*, Paris, 1924;

Enrietti E., *Il contratto per persona da nominare*, Torino, 1950;

Falzea A., *Condizione (voce)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988;

Falzea A., *L’itinerario dei diritti dell’uomo*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III. scritti d’occasione, Milano, 2010, pp. 63 e ss.;

Ferrara F., *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, 1922;

Ferrara F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1946;

Ferrara Santamaria M., *La giustizia privata*, Napoli, 1937;

Ferrari S., *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, Milano, 1962;

Ferri L., *L’autonomia privata*, Milano, 1959;

Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960;

Finzi E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, I, Bologna, 1920;

Franzoni M., *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1993;

Gabrielli E., *Recesso (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 27 e ss.;

Gaddi M., *Del mandato*, in *Commentario teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. De Martino, Roma, 1971;

Galgano F., *Degli effetti del contratto: art. 1372-1386*, in F. Galgano - G. Visentini, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1993;

Galgano F., *Il legittimo ed il giusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1, pp. 1 e ss.;

Galli B., *Caparra e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1926, 4, pp. 1 e ss.;

Gazzoni F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970;

Ghiron M., *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di M. D'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1949;

Giampiccolo G., *Azione surrogatoria (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 957 e ss.;

Giampiccolo G., *Azione surrogatoria (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 950 e ss.;

Giampiccolo G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959;

Giannattasio C., *La permuta, il contratto estimatorio e la somministrazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974;

Giddens A., *E. Durkheim: selected Writings*, Cambridge, 1972;

Gierke O. F. von, Deutsches Privatrecht, vol. I, München-Leipzig, 1936;

Giordano A., *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il debitore prevista dall'art. 1705 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, pp. 108 e ss.;

Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. II, Firenze, 1907;

Giorgianni M., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939;

Giorgianni M., *L'obbligazione*, vol. I, rist. inalt., Milano, 1968;

Goisis F., *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, pp. 439 e ss.;

Graziani A., *L'impresa e l'imprenditore*, 2° ed., Napoli, 1959;

Ianni G., *Pubblica amministrazione e obbligo di motivazione dei provvedimenti: gli oneri gravanti sulla p.a. in caso di preavviso di rigetto ed annullamento in via di autotutela. Intensità dell'obbligo di motivazione gravante sulla p.a.*, commento a Tar Lazio, 27 novembre 2009, n. 11946, in *Giur. merito*, 2010, fasc. 4, pp. 1100 e ss.;

Inzitari B., *Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione della autonomia contrattuale*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, pp. 412 e ss.;

Inzitari B., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le Società*, 2007, 4, pp. 462 e ss.;

Inzitari B., *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 1, pp. 280 e ss.;

Jehring R. von, *La lotta per il diritto*, Bari, 1960;

Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1954;

Kuhlenbeck L., *Das Recht der Selbsthilfe*, Langensalza, 1907;

La China S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997;

Larenz K., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, a cura di M. Wolf, München, 1997;

Lehmann H.- Hübner H., *Allg. Teil der bürg. Gesetzbuchs*, Berlin, 1966;

Lener A., *Potere (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 625 e ss.;

Liberati A., *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006;

Luminoso A., *Il mandato*, Torino, 2007;

Luminoso A., *La mediazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, 2° ed., diretto da

A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2006;

Macioce F., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992;

Macioce F., *Rinuncia (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, pp. 931 e ss.;

Malfatti Letta P., *In tema di diffida ad adempiere*, in *Giust. civ.*, 1984, 11, pp. 3141 e ss..

Mantovani F., *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pp. 864 e ss.;

Mantovani F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena e la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e E. Paliero, vol. II, Milano, 2006;

Marini A., *Caparra (diritto civile) (voce)*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988;

Marini A., *La clausola penale*, Napoli, 1984;

Marrone M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1994;

Martorano F., *Cauzione (diritto civile) (voce)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 653 e ss.;

Mastropaolo F., *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed. riveduta e ampliata, Torino, 1995, pp. 206 e ss.;

Mazzamuto S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2007;

Mazzanti M., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1966, pp. 614 e ss.;

Mazziotti Di Celso F., *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, s.d.;

Mengoni L., *Acquisto a non domino*, Milano, 1949;

Messineo F., *Dottrine generali del contratto*, Milano, 1948;

Messineo F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968;

Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957;

Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. V, Milano, 1957;

- Mezzanotte L.**, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995;
- Militerni I.**, *Brevi note sulla natura giuridica dell'azione spettante al mandante ai sensi dell'art. 1705, 2° comma, parte seconda, c.c.*, in *Dir e giur.*, 1960, pp. 287 e ss.;
- Minervini G.**, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1952;
- Mirabelli G.**, *Dei contratti in generale: art. 1321-1469*, 3°ed. inter. riv. e agg., in *Commentario cod. civ.*, Torino, 1980;
- Mirabelli G.**, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, in *Foro it.*, 1954, IV, pp. 33 e ss.;
- Mirabelli G.**, *I singoli contratti: art. 1470-1765 c.c.*, in *Commentario cod. civ.*, 3° ed. rielab e agg., Torino, 1991;
- Monateri P. G.**, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998;
- Montel A.**, *Il principio di autotutela*, in *Giur. agr. it.*, 1958, pp. 76 e ss.;
- Mori Checcucci U.**, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Genova, 1947;
- Moscarini L. V.**, *Rinunzia (voce)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991;
- Moscatti E.**, *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, sub art. 2034, Bologna-Roma, 1981;
- Moscatti E.**, *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 772 e s.;
- Mosco L.**, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942;
- Murray C.**, *What it means to be a libertarian: a Personal Interpretation*, New York, 1997;
- Natoli U.**, *Diffida ad adempiere (voce)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 509 e ss.;
- Nicolò R.**, *Tutela dei diritti*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1953;

Nigro A., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 4, pp. 437 e ss.;

Nigro A., *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, in *Giur. comm.*, 1978, 1, pp. 219 e ss.;

Nivarra L.- Ricciuto V.- Scognamiglio C., *Istituzioni di diritto privato*, 2° ed., Torino, 2002;

Nuvolone P., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, pp. 133 e ss.;

Oppo G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947;

Papanti Pellettier P., *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984;

Pappa Monteforte Bronzo V., *Prelazione agraria e riscatto*, in *Riv. notariato*, 2001, 4, pp. 821 e ss.;

Pattaro E., *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Bologna, 1994;

Patti S., *L'azione surrogatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XX, Torino 1985;

Perfetti U., *La mediazione. Profili sistematici ed applicativi*, Milano, 1996;

Persico G., *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955;

Perticarari R., *Annullamento in via di autotutela e interesse pubblico*, commento a Cons. di Stato, 8 febbraio 2010, n. 592, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 6, pp. 714 e ss.;

Piaggio G., *La caparra ed il risarcimento del danno*, in *Dir. comm.*, 1947, II, pp. 307 e ss.;

Piazza G., *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968;

Piras S., *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940;

Puccini L., *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958;

Pugliatti S., *Autoresponsabilità (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 452 e ss.;

Pugliatti S., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964;

Pugliatti S., *Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 3, pp. 801 e ss.;

Pugliatti S., *Sulla rappresentanza indiretta*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965;

Pugliese G., *Diritti reali (voce)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 772 e ss.;

Ragazzo M., *L'autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006;

Rappazzo A., *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999;

Realmondo F., *Eccezione di inadempimento (voce)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 222 e ss.;

Regina A., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1979;

Rehfeldt B., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Berlin, 1966;

Rescigno P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1995;

Rinaldi R., *Brevi note in tema di rinuncia agli effetti della risoluzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, fasc. n. 2, pp. 329 e ss.;

Rolfi F., *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 1718 e ss.;

Rolli R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008;

Rolli R., *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e impresa*, 2007, pp. 416 e ss.;

Romano S., *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1947;

Romano Salv., *Autonomia privata (Appunti)*, in *Scritti minori*, vol. II, Milano, 1980;

Romano Salv., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, a cura di F. Romano, Napoli, s.d.;

Roppo V., *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Il Fallimento*, 1996, pp. 876 e ss.;

- Roppo V.**, *Il contratto*, Milano, 2001;
- Roppo V.**, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994;
- Roselli F.**, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Attuazione e tutela dei diritti. L'attuazione dei diritti*, vol. IV, t. II, diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, pp. 373 e ss.;
- Rossi D.**, *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in *La disciplina dell'autotutela, nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, a cura di P. Gianniti, Padova, 2010, pp. 17 e ss.;
- Russo C.**, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1009;
- Sacco R.- De Nova G.**, *Il contratto*, vol. II, Torino, 1998;
- Sacco R.**, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, in *Foro it.* 1961, 1, pp. 1384 e ss.;
- Santagata C.**, *Crediti ex mandato e sostituzione del mandante*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 1, pp. 647 e ss.;
- Santagata C.**, *Del Mandato. Disposizioni generali*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1985;
- Santoro A.**, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (diritto penale)*, in *Noviss. dig it.*, VI, Torino, 1960, pp. 812 e ss.;
- Santoro Passarelli F.**, *La transazione*, Napoli, 1975;
- Santoro Passarelli G.**, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985;
- Saturno A.**, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995;
- Scardulla F.**, *Interposizione di persona (voce)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 143 e ss.;
- Schünemann W. B.**, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, Tübingen, 1985;
- Scognamiglio C.**, *Sulla disponibilità degli effetti della diffida ad adempiere da parte dell'intimante*, in *Giur. it.*, 1988, 3, 1, pp. 447 e ss.;
- Scognamiglio R.**, *Aspettativa di diritto (voce)*, in *Enc. dir.*, III, Milano,

1958, pp. 226 e ss.;

Scognamiglio R., *Responsabilità civile (voce)*, in *Noviss. dig.it.*, XV, Torino, 1968, pp. 654 e ss.;

Semiani Bignardi F., *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960;

Sörgerl T.- Siebert G., *Kommentar zum BGB, I, Allg. Teil*, Stuttgart, 1967;

Spinelli M., *Le cessioni liquidative*, vol. I, Napoli, 1959;

Sraffa A., *Del mandato commerciale e della commissione*, vol. IV, Milano, 1933;

Stanzione P., *Manuale di diritto privato*, Torino, 2006;

Stolfi M., *Delle obbligazioni: art. 1754-1765*, 2° ed., in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970;

Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990;

Tilocca E., *Il problema del mandato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 872 e ss.;

Torrente A., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004;

Toschi Vespasiani F., *Diffida ad adempiere e disponibilità degli effetti risolutori*, in *I contratti*, 2008, 5, pp. 439 e ss.;

Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007;

Trimarchi P., *Caparra (voce)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 195 e ss.;

Trimarchi P., *Illecito (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, pp. 98 e ss.;

Trimarchi P., *Istituzioni di diritto privato*, 17° ed., Milano, 2007;

Tucci G., *Cauzione (voce)*, in *Digesto*, IV, II, Torino, 1988, pp. 263 e ss.;

Tuhr A., *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. II, Berlin, 1910;

Tuhr A., *Der Nothstand*, Heidelberg, 1888;

Tuhr A., *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Berlin-Leipzig, 1888;

- Vecchi P. M.**, *L'azione diretta*, Padova, 1990;
- Venditti A.**, *Appunti sul mandato*, Napoli, 1966;
- Viscusi A.**, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, 2, pp. 648 e ss.;
- Viscusi A.**, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004;
- Zatti P.**, *Manuale di diritto civile*, Padova, 2006;
- Zoppini A.**, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. Maugeri ed A. Zoppini, Bologna, 2009, pp. 16 e ss.;
- Zoppini A.**, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, pp. 893 e ss..

Indice

pag.

Premessa

1

Capitolo I

L'AUTOTUTELA COME FUZIONE

1. Il principio di autotutela tra regola ed eccezione	4
2. Il divieto di autotutela come parte integrante del concetto di ordine pubblico	7
3. Il divieto di autotutela e il principio di appartenenza allo Stato della funzione giurisdizionale	10
4. L'autotutela come momento di affermazione dell'etica secondo natura	14
5. Un passo in avanti verso l'inammissibilità di un divieto generale di autotutela	20
6. La poliedricità di funzioni dell'autotutela	30
7. Autotutela, autonomia privata ed esercizio del diritto: analogie e distinzioni. L'autotutela come causa contrattuale	35
8. L'autotutela della Pubblica Amministrazione. Precisazioni	42

Capitolo II

L'AUTOTUTELA COME CATEGORIA

1. Premessa	45
2. Il meccanismo di funzionamento dell'autotutela e il tendenziale carattere personale dei poteri di autodifesa	46
3. Il potere di reazione: natura giuridica e classificazioni	49

4. L'unilateralità dell'esercizio del potere di autotutela	54
5. Il presupposto della lesione o dell'esposizione a pericolo dell'interesse protetto	56
6. La situazione giuridica protetta	58
7. L'alternatività dell'autotutela rispetto al processo	61
8. Puntualizzazioni	62

Capitolo III

L'AUTOTUTELA COME MECCANISMO: LE APPLICAZIONI PRATICHE

1. Premessa	67
2. Il potere del mandante <i>ex art.</i> 1705, secondo comma, c.c. di sostituirsi al mandatario nell'esercizio dei diritti di credito discendenti dal negozio gestorio	68
2.1. Una breve digressione: il contesto di riferimento ed il paradosso della disciplina sul mandato	69
2.2. La posizione della giurisprudenza	74
2.3. (<i>Segue</i>): e della dottrina	77
2.4. Ancora sull'autotutela. Puntualizzazioni	86
3. La caparra confirmatoria	90
3.1. L'alternatività dei rimedi riconosciuti alla parte adempiente <i>ex art.</i> 1385, secondo e terzo comma, c.c.: gli argomenti tradizionali	95
3.2. (<i>Segue</i>): il contributo della riflessione sull'autotutela	100
Bibliografia	104