

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Processi camerali «semplici» e «integrati». – 2. I procedimenti camerali semplici spiegati col concetto di «volontaria giurisdizione». – 3. L'ampia zona di frontiera fra giurisdizione volontaria e contenziosa. – 4. Questioni aperte. – 5. Oggetto e partizione dell'indagine.

1. *Processi camerali «semplici» e «integrati»*

La giurisdizione ordinaria dedica una quota considerevole delle proprie risorse alla celebrazione di procedimenti in camera di consiglio che si rifanno al modello degli artt. 737 ss. c.p.c.; e che sono «autosufficienti» in quanto non suscettibili di evolvere in tecniche di altro tipo.

Questi procedimenti si svolgono senza udienza pubblica, nell'assenza di forme predeterminate dalla legge (un'assenza relativa, da intendere nel senso che le forme, per quanto previste, sono inconsistenti rispetto a quelle proprie del processo a cognizione piena), sotto la direzione di un giudice dotato di ampi poteri d'ufficio; si concludono con un provvedimento non idoneo al giudicato e non ricorribile in cassazione¹.

Variazioni sullo schema descritto sono numerose e talora non trascurabili: molte materie prevedono la fissazione necessaria di un'udienza, un contraddittorio fra più soggetti e soluzioni atte a garantirlo, l'addebito delle spese processuali secondo il criterio della soccombenza. Frequenti e di non poco conto sono inoltre le limitazioni impresse alla regola, testualmente sancita dall'art. 742 c.p.c., della revocabilità in ogni tempo del provvedimento finale. Ma sono variazioni che non contraddicono le caratteristiche sopra elencate, per quanto non si risolvano nell'applicazione pura e semplice degli artt. 737 ss. c.p.c.

Per comodità espositiva parlerò di *processo camerale «semplice»* quando farò generico riferimento ai modelli finora descritti; cioè a quello pienamente conforme agli artt. 737 ss. c.p.c. e a quelli che, per quanto se ne discostino, conservano i tratti elencati in partenza.

Altri procedimenti, pur derivando dal modello degli artt. 737 ss. c.p.c., pre-

¹Sulle riferite caratteristiche, per gli opportuni riferimenti bibliografici, rinvio alla nota che apre il cap. II.

sentano alterazioni più consistenti. Un tratto comune è senz'altro l'impiego di tecniche volte a garantire il rispetto del contraddittorio, che è però una garanzia estesa in varia misura ai procedimenti camerali semplici – pur con qualche incertezza per quelli che coinvolgono un solo «interessato». Ciò che senz'altro li distingue dal tipo precedente è invece la ricorribilità in cassazione del provvedimento non ulteriormente impugnabile, che contraddice una caratteristica propria di tutti i modelli descritti in precedenza. Alla ricorribilità in cassazione si dovrebbe affiancare l'attitudine al giudicato della decisione, che del rimedio *ex art. 111 Cost.* è il presupposto generalmente richiesto; ma vedremo che l'idoneità al giudicato non è caratteristica costante dei provvedimenti in questione, come non lo sono altre qualità (limitazione dei poteri officiosi, rafforzamento del contraddittorio, onere della prova calibrato sui processi contenziosi) solitamente associate al fenomeno.

Nel riferirmi a queste varianti parlerò di *processi camerali «integrati»*.

2. I procedimenti camerali semplici spiegati col concetto di «volontaria giurisdizione»

Le materie affidate al modello camerale semplice sono estremamente varie; la loro assegnazione a un processo semplificato, privo di accesso in cassazione, è stata spiegata in vari modi². Le spiegazioni non rispondono a un bisogno puramente descrittivo; e anche questo va sottolineato. Un regime come quello degli artt. 737 ss. c.p.c. non potrebbe sopravvivere senza una giustificazione plausibile sul piano della legittimità costituzionale, che dimostri la sua congruità rispetto alla natura e alla rilevanza delle situazioni coinvolte; e sappia spiegarne la decisiva differenza rispetto ai modelli di tutela dei diritti in generale³ e a quello camerale «integrato» in particolare.

² Da quello più intuitivo, fondato sull'idea che la semplicità del modello processuale riflette la semplicità degli affari che gli sono affidati; a quello, più recente, che assume la «pari dignità» tra le materie affidate al giudice e giustifica il modello camerale puro con le esigenze di tutela peculiari alle situazioni che vi sono coinvolte. Su questi differenti approcci v. *infra*, II.1 ss., IV.5.

³ Mi sembra questo «l'anello mancante» nella riflessione di E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria* (1948), in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 3 ss., spec. 11 ss.; ben più dell'aver sostenuto che la volontaria giurisdizione – tradizionalmente associata al modello camerale semplice – è attività non giurisdizionale ma amministrativa, in contrasto con la tesi poi affermata, che la riconduce nell'alveo dell'attività giurisdizionale. Preoccupato di segnare un confine rigoroso tra giurisdizionale in senso proprio e giurisdizione volontaria, Allorio si affida a elementi estrinseci, che rinviano *de plano* alle scelte del legislatore di assoggettare la materia al processo ordinario o a quello camerale *ex art. 737 ss. c.p.c.* Egli sgombera così il campo da quell'approccio «finalistico» (riferito cioè alla funzione dei processi o alla natura delle posizioni coinvolte, spesso alla correlazione dei due elementi) che critica nelle altre dottrine in quanto vago e intriso di elementi extragiuridici – un approccio, per inciso, che gli orientamenti attuali hanno chiaramente

La spiegazione più diffusa di questo trattamento differenziato è la stessa che ci consegna la tradizione; o, meglio, quel generale approccio «finalistico» che domina la scena italiana da oltre un secolo, e che Allorio aveva non a torto criticato nelle tesi dei principali esponenti della dottrina processualistica.

Secondo l'impostazione largamente accolta, i procedimenti camerali semplici hanno natura «non contenziosa» e non sono funzionali alla tutela dei diritti soggettivi; servono invece a curare gli affari della «volontaria giurisdizione», nel cui ambito i soggetti coinvolti sono portatori di «semplici interessi».

Complice la genericità del concetto evocato, l'interesse è di volta in volta declinato come generale «interesse pubblico», oppure come specifico «interesse del minore», o della persona incapace, della società, dei creditori ...⁴.

È, comunque, una spiegazione che resiste nel tempo e soprattutto alla scelta del legislatore del '40, chiaramente diretta – se non a estromettere – ad accantonare la categoria della volontaria giurisdizione⁵. Malgrado le adesioni auto-

perpetuato. Ma così trascura che le «contaminazioni finalistiche» servono a rendere effettive le garanzie sulla giurisdizione sancite dalla (allora neonata) Carta costituzionale.

La nostra legge fondamentale pone chiaramente la giurisdizione al servizio di certi interessi e non viceversa: l'aspetto «finalistico-funzionale» del processo ha quindi un sicuro valore giuridico e di rango costituzionale; come ce l'hanno la rilevanza dell'interesse tutelato (per quanto sia inevitabilmente condizionata da fattori metagiuridici) e il connesso problema se un certo modello processuale sia adatto o no alla protezione di un certo interesse. Estromettere l'elemento «finalistico» dal dibattito sulla volontaria giurisdizione e sui procedimenti camerali significherebbe allora affrancare dal controllo di legittimità costituzionale le scelte del legislatore ordinario sull'impiego del modello camerale semplice; cioè imboccare una strada che, a Costituzione in vigore (arricchita dai vincoli derivanti dalle convenzioni e dai trattati internazionali) non è sicuramente praticabile. Sul punto tornerò *infra*, II.7.

⁴ Così, fra i tanti, L. MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 596 s. Analogo l'approccio negli Autori citati in senso critico da E. GRASSO, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 40 s.

⁵ Nei lavori preparatori, un chiaro indice di questa scelta emerge dal confronto fra il Progetto Solmi, che ancora conteneva il riferimento alla giurisdizione volontaria, e il testo definitivo: v. G.A. MICHELI, *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, II, Padova, 1950, 389 ss.

Residuavano i riferimenti alla giurisdizione volontaria contenuti negli artt. 801 c.p.c. (riconoscimento dei provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione), 32 att. c.c. (sui provvedimenti di volontaria giurisdizione relativi al patrimonio familiare). È comunque significativo che entrambe le disposizioni siano poi state confermate dal legislatore, rispettivamente: nella l. n. 218/2015 di riforma del diritto internazionale privato che, pur abrogando l'art. 801 c.p.c., richiama la giurisdizione volontaria negli artt. 9, 66 e 67 (in sintonia, del resto, con l'ordinamento UE e con numerosi ordinamenti nazionali stranieri che fanno largo uso di categorie traducibili con «giurisdizione volontaria» o «giurisdizione non contenziosa»); nel nuovo testo dell'art. 32 att. c.c. introdotto dalla l. 19 maggio 1975, n. 151, che nel sostituire il riferimento al fondo patrimoniale non ha toccato quello alla volontaria giurisdizione. Specifico rilievo assume ancora l'art. 13 del Regolamento sulla tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari, adottato con d.m. 27 marzo 2000, n. 264, che continua a prevedere la tenuta di un separato registro degli «affari civili non contenziosi e da trattarsi in camera di consiglio». Di «volontaria giurisdizione» trattano ancora, ad es., l'art. 1, l. 16 feb-

revoli⁶, la linea indicata dal legislatore non si è imposta al diritto vivente, visto che la giurisprudenza e quasi tutta la dottrina hanno perpetuato il dualismo. La contrapposizione si è mantenuta, confermandosi come criterio regolatore del regime processuale; ha anzi assunto una rilevanza inedita, quando la giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, ha sottratto al procedimento camerale semplice varie materie ritenute contenziose, modellando su di esse lo schema «integrato» di cui ho detto sopra.

3. *L'ampia zona di frontiera fra giurisdizione volontaria e contenziosa*

La giustificazione fondata sul confine tra funzioni giudiziali «volontarie» e «contenziose» si è tuttavia rivelata estremamente mobile e ricca di zone grigie. Ha contribuito la notevole astrattezza delle categorie in questione, fondate su indici che lasciano all'interprete ampio margine di scelta sui contenuti da assegnare (quando un processo sia «contenzioso» e «volontario»; quando investa i diritti e quando non; cosa è un diritto e cosa un interesse-non-diritto-ma giuridicamente rilevante). All'incertezza ha significativamente contribuito una serie di fattori: il primo è il progressivo ampliamento del catalogo dei diritti soggettivi sperimentato nell'ultimo secolo. Il secondo, decisivo fattore è la propensione della giurisprudenza a mantenere l'incertezza su questi indici; anzi, come vedremo, ad alimentarla col ricorso a categorie intermedie come quella dei processi camerali «incidenti su diritti», che hanno esteso, e in qualche modo legittimato, la terra di mezzo tra modelli processuali in funzione contenziosa e non.

Un simile assetto ha il vantaggio di conferire elasticità al sistema, particolarmente utile in un ordinamento caratterizzato, come l'attuale, da evoluzioni tanto profonde quanto rapide. Ma il risvolto negativo è altrettanto evidente e consiste

braio 1913, n. 89 (legge notarile); nonché gli artt. 28 ss., d.lgs. 30 febbraio 2011, n. 71 (ordinamento e funzioni degli uffici consolari). Una parte della dottrina considera questi elementi un chiaro indice del fatto che la giurisdizione volontaria continua a sopravvivere come categoria dotata di rilevanza giuridica: così, anche se in termini non del tutto convergenti, v. L. MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 591 ss.; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 408 s., spec. nota 28.

⁶V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 51 ss., spec. 80 s.; V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 325 ss.; e nella sostanza E. GRASSO, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, cit., 35 ss. In termini più sfumati altri Autori, tra i quali ad es. M. BOVE, *Rito camerale e «giusto processo regolato dalla legge*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 403 ss.; F. DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002, 22. V. pure G. ARIETA, *Riti differenziati di cognizione*, in L. Montesano-G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, Padova, 2002, 1551, nega cittadinanza al concetto di giurisdizione volontaria, ma quest'ultimo in base all'assunto che anche nell'ambito ad essa assegnato il processo persegue comunque la tutela dei diritti; in senso adesivo rispetto a tale posizione C. FERRI, *La disciplina dei procedimenti in camera di consiglio nel decreto legislativo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 694 ss.

nel grave difetto di trasparenza sui criteri che governano la scelta tra tecniche di tutela profondamente diverse.

La scelta di affidare l'alternativa a parametri non sicuri contrasta singolarmente con la rigidità generalmente mostrata nel rivendicare ai diritti il massimo livello di tutela possibile, perché questo atteggiamento richiederebbe altrettanta chiarezza su cosa si intende con diritto soggettivo e quando questo diritto deve considerarsi coinvolto nel processo. In più questo obiettivo di chiarezza è oggettivamente arduo da perseguire, perché, come avremo modo di vedere nei capitoli I e II, il concetto di diritto soggettivo è oggi ben lontano dall'assumere una fisionomia uniforme o – per quanto varia – regolata da indici univocamente apprezzabili.

4. *Questioni aperte*

Con questa indagine intendo verificare se il modello camerale semplice è ancora compatibile con gli *standard* di tutela degli interessi coinvolti.

Nel secolo trascorso, e con notevole accelerazione nell'ultimo cinquantennio, la mappa degli interessi giuridicamente protetti (e non solo il catalogo particolare dei diritti) è profondamente mutata.

Situazioni soggettive prima relegate ai margini della rilevanza giuridica (il riferimento va innanzitutto alla posizione del privato rispetto all'attività funzionale della pubblica amministrazione) godono ora di una protezione elevata, che si manifesta anche nel livello e nella qualità della tutela giurisdizionale. Molte di queste situazioni – in particolare gli interessi di chi soggiace al potere altrui – presentano una struttura decisamente affine a quelle rinvenibili nei procedimenti camerale semplici, proprie delle persone sulle quali il provvedimento camerale spiega i suoi effetti. Ciò rafforza il dubbio che il processo regolato dagli artt. 737 ss. c.p.c. sia diventato anacronistico e non più adeguato al livello di protezione richiesto dalle situazioni soggettive coinvolte⁷.

Gli sforzi dell'interprete si sono principalmente concentrati sul problema di tutelare i diritti soggettivi sottoposti in vario modo ai procedimenti in camera di consiglio. Questa linea ha evidentemente richiesto di isolare i diritti soggettivi dal complesso degli «affari» affidati al modello camerale; ma l'operazione è stata per lo più condotta attingendo al loro catalogo tradizionale e senza un'indagine sulla «materia residua» scartata dal *test* del diritto soggettivo.

Sul tema, come abbiamo visto, si proietta il cono d'ombra della giurisdizione

⁷ Alla questione ho già dedicato un breve lavoro nel quale provo a chiarire perché l'attuale impostazione del problema non sembra più adeguata e le possibili alternative: v. D. TURRONI, *L'interesse come oggetto di tutela nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Giust. civ.com*, 2016, n. 11/29 novembre 2016, 1 ss.

volontaria, che probabilmente non ha giovato allo sviluppo della ricerca. Quel reticolato di formule, consolidatosi nel tempo intorno alla categoria della volontaria giurisdizione, ha offerto per lungo tempo una chiave di lettura «pronta per l'uso» scoraggiando l'approccio organico alla materia rinchiusa (o reclusa) in quella categoria.

Se mancano – come sono persuaso – le basi per sostenere una «gerarchia» tra diritti soggettivi e situazioni relegate nel processo camerale semplice⁸, le implicazioni non sono del resto univoche. Che quelle situazioni abbiano la stessa rilevanza dei diritti soggettivi non porta alla necessaria conclusione che la loro tutela esiga lo stesso *set* di garanzie. «Uguale rilevanza» non implica evidentemente che il regime processuale debba essere sostanzialmente omogeneo⁹. Esige però ragioni sufficienti a giustificare un trattamento processuale fortemente differenziato, senza di che quel trattamento si risolve in una ingiustificata sottrazione di garanzie.

5. Oggetto e partizione dell'indagine

L'indagine è ripartita in due volumi. L'obiettivo generale è chiarire cosa siano e «quanto valgono» gli interessi coinvolti nei processi camerali semplici; e se il trattamento loro riservato sia compatibile con l'attuale assetto dell'ordinamento.

Nel primo volume tento di analizzare la struttura formale dei rapporti coinvolti nei procedimenti camerali semplici e di verificarne la rilevanza nell'attuale ordinamento. Precede l'analisi (capitolo I) un esame pur sintetico di alcuni concetti chiave del diritto sostanziale; e dei problemi di fondo che solleva la disciplina dei procedimenti camerali (capitolo II).

L'analisi condotta nel primo volume metterà in luce le strutture formali capaci di descrivere gli interessi coinvolti nei processi camerali semplici (spec. capitoli IV e VI). È questo un passaggio importante, perché agevola l'inquadramento sistematico e il confronto con situazioni analoghe. Soprattutto dimostrerà che situazioni strutturalmente affini, se non identiche, le possiamo rinvenire sia nelle materie soggette ai c.d. processi camerali «integrati» (v. spec. capitolo III); sia in altri settori dell'ordinamento e in particolare nel diritto amministrativo (capitolo V). La comparazione evidenzierà, dal canto suo, sostanziali incongruenze a totale svantaggio dei rapporti coinvolti nei processi camerali semplici.

Nel secondo volume intendo verificare se la riscontrata incongruenza riveli

⁸ Come molta parte della dottrina finisce per concludere, pur affermandolo in modi diversi: da E. FAZZALARI, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 1953, 185.

⁹ V. in tal senso F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2016, 120.

un contrasto fra il modello camerale semplice e le garanzie sancite dalla nostra Costituzione e dalle fonti sovranazionali che vincolano l'Italia. Soccorrerà anche la comparazione con le tecniche adottate in ordinamenti che condividono col nostro i valori fondamentali sul processo e sulle sue garanzie. Nel caso di risposta affermativa, che a mio avviso è quella più corretta, il correttivo s'impone e proverò a indicarlo. Rimane fermo che anche un'eventuale risposta negativa non ci dispensa dall'interpretare gli artt. 737 ss. c.p.c. nel modo più adatto a rimediare le carenze riscontrate.

CAPITOLO I

DIRITTO SOGGETTIVO E POTERE GIURIDICO

SOMMARIO: 1. Sull'utilità di una riflessione intorno ai concetti di diritto soggettivo e di potere giuridico. – 2. Sul diritto soggettivo. – 3. Il diritto soggettivo come «formula di protezione». – 4. Sul potere. – 5. «Potere negativo» e implicazioni. – 6. Il problema di qualificare una situazione come diritto o come potere è rilevante nel campo del diritto privato? Di regola no. – 7. Il concetto di «diritto potestativo» conferma la tendenziale parità di trattamento tra diritto e potere nel campo del diritto privato. – 8. Due (molto) diverse accezioni di «diritto potestativo». – 9. Il potere come situazione giuridica soggettiva. – 10. Il potere «integrato» in strutture giuridiche complesse; e possibilità di scomporre queste strutture. – 11. Il «correlativo» del potere giuridico: la soggezione e la tutela giuridica della persona soggetta. Le posizioni di Hohfeld e di Ross. – 12. Sintesi.

1. *Sull'utilità di una riflessione intorno ai concetti di diritto soggettivo e di potere giuridico*

Dedico un primo ordine di riflessioni all'esame di concetti generali, che saranno ampiamente richiamati nel corso dell'indagine.

Considero innanzitutto la nozione di diritto soggettivo, sulla quale poggiano quasi tutti i criteri intesi a distribuire le materie tra il modello camerale semplice e quello funzionale alla tutela – appunto – «dei diritti».

Intendo subito evidenziare che, al di là delle critiche cui sono esposti, questi criteri si affidano a una categoria giuridica priva di confini definiti¹. Se pure vi è

¹ Il diritto soggettivo, ancor prima di essere una categoria regolatrice dei rapporti, è *espressione di un metodo*, di un certo modo di cogliere le relazioni tra persone e beni e le connesse regole di condotta (su questa considerazione rinvio all'itinerario storico-comparatistico proposto da M. GRAZIADEI, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile* dir. da R. Sacco, *La parte generale del diritto civile*, 2, Torino, 2001, al quale ho ampiamente attinto). Un «metodo» che nella nostra cultura assume i connotati a noi familiari nella Germania del XIX secolo, a partire dalla «Scuola storica» dominata dall'opera di Savigny (spec. F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 8 voll. – 1840-1849 – trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1886-1898) volta alla edificazione di un sistema di diritto privato costruito sui concetti; e sul concetto di diritto soggettivo come potere della volontà e di rapporto giuridico, tracciato secondo le linee del diritto di proprietà (M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, 4 ss.). L'ascendenza giusnaturalistica del metodo della Scuola storica la cogliamo nel tentativo di adattare alla scienza giuridica le modalità di osservazione e di studio affermatesi nelle scienze naturali. Parlo solo di «metodo», perché, nel me-

rito, Savigny contesta l'idea di un diritto naturale sovraordinato e universale ragione: Savigny sostiene, al contrario, che fonte del diritto sia il solo diritto positivo, salvo identificarlo con la volontà del popolo, quale emerge dalla sua evoluzione storica, che spetta allo studioso cogliere e ordinare; il che, tra l'altro, segna una netta discontinuità con l'idea kantiana, del diritto fondato su ragione e autorità (sul punto v. J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, München, 2012, 192 ss.). È pure interessante l'asimmetria nell'edificio teorico di Savigny, tra l'esaltazione della volontà individuale che ne domina il sistema del diritto privato, e l'idea di uno Stato incarnazione del *Volksgeist* che ha totale dominio sul privato: v. A. SOMMA-P.G. MONATERI, *Il modello di civil law*, 4ª ed., Torino, 2016, 110: è una contraddizione importante, che segnerà la cultura e i sistemi giuridici continentali del XIX e del XX secolo, con la quale dobbiamo tuttora fare i conti (cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., 12 ss.).

Il sistema di Savigny – per il quale si usa anche il termine «positivismo scientifico» o «giuspositivismo teorico» – si oppone al «positivismo legislativo» di derivazione illuministica, fortemente promosso dalla Francia rivoluzionaria, che vedeva nelle leggi formali e nelle codificazioni il principale strumento ordinatore del diritto. Salvo ricordare che, al fondo della contrapposizione, l'illuminismo e poi il positivismo mutuano dal giusnaturalismo l'idea di un sistema di diritti naturali, spettanti agli esseri umani in quanto tali e conformi alla ragione umana – con la differenza che per l'illuminismo la legge formale, traducendo il diritto naturale, è pure il miglior modo di garantirne l'osservanza (v. P.E. BENSÀ, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile*, Torino, 1897, 29). Nel caso particolare dell'Italia, nota P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, 8 che «...se il modello francese, cioè della codificazione, è dominante a livello normativo, sul piano della riflessione scientifica altre e diverse correnti culturali soffiano incisive...; saranno precisamente quelle provenienti dall'area germanica dove per tutto il secolo l'ipoteca codificatoria viene rinviata e la scienza mantiene un suo ruolo primario.» Oltre a esercitare una profonda influenza nella sistematica del diritto privato continentale dei secoli successivi, è interessante notare che cent'anni dopo C. SCHMITT, *The Plight of European Jurisprudence – 1943/1944* – trad. ingl. di G.L. Ulmen, *Telos*, 1990, 35 ss., seguirà una linea analoga a quella della Scuola storica nelle sue riflessioni sull'ordine mondiale, estremamente critica verso il «normativismo» delle leggi scritte quanto favorevole al recupero del «*Nomos*» espressione dell'ordine sostanziale non codificato.

Se la scuola tedesca del XIX secolo ha plasmato il nostro modo di concepire il diritto soggettivo, l'uso del termine è più risalente. Ma l'ascendenza terminologica non deve trarre in inganno, come già avvertiva G. GORLA, *Commento a Tocqueville "L'idea dei diritti"*, Milano, 1948, 25. M. GRAZIADEI, *Il diritto soggettivo*, cit., 9 ss., osserva con riferimento allo *ius* che «il diritto romano classico si serviva di altri concetti ordinanti, diversi da quelli correntemente utilizzati per dare ordine alla materia giuridica...Né sarebbe questione di provare l'inesistenza dell'idea stessa di diritto oggettivo nella Roma classica, prova che sarebbe impossibile da dare»; e che ancora «...l'ordine giuridico dell'antico regime [pur – aggiungo – nel progressivo affermarsi delle dottrine illuministe e giusnaturaliste] è quello di una società per ceti, in cui domina il particolarismo giuridico, e il discorso relativo ai diritti soggettivi svolto in quel contesto non si appiattisce sul diritto dello Stato, come invece avverrà in pieno clima positivista». È appena il caso di ricordare che il principale concetto ordinante del diritto privato romano è l'*actio*, nella nota bipartizione *–in re* e *–in personam*, che non ha peraltro corrispondenza con nostra distinzione tra diritti reali e di credito: sulla cesura tra lo *ius* dei giuristi romani e quello derivato dal razionalismo moderno: M. COMPORTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 436, spec. nota 4; A. GAMBARO, *I diritti reali come categoria ordinante*, in *Trattato dei diritti reali*, dir. da A. Gambaro-U. Morello, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2011, 31 ss.

D'altro canto, osserva sempre M. GRAZIADEI, *Il diritto*, cit., 9, «la storia del diritto soggettivo che trova espressione nelle formule e nei concetti attuali è solo uno dei percorsi dell'idea, per quanto il più celebrato»: l'«idea» è antica ed è quella che J. CARBONNIER, *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ª ed., Paris, 2001, 107 ss. chiama «*petit droit*», contrapposto al

«*grand Droit*» delle cosmogonie che coglie la dimensione del diritto oggettivo («mediatore tra il cielo e la terra» secondo B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, 2007, 96). È un metodo che, proprio perché mezzo di descrizione e non entità descritta, subisce a sua volta importanti processi di adattamento.

Sulla storia del diritto soggettivo v. per riferimenti L. RAISER, *Il diritto soggettivo nella dottrina civilistica tedesca*, 1961, in ID., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano, 1990, 100 ss.; A. SOMMA-P.G. MONATERI, *Il modello di civil law*, cit., spec. 106 ss.; A. PALAZZO-A. SASSI-F. SCAGLIONE *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, 188 ss.

Nel tempo il diritto soggettivo, da strumento di tutela dell'autonomia privata si è aperto alle istanze di solidarietà sociale che hanno scandito i mutamenti del XIX secolo (a partire dall'art. 2 Cost.) che valorizzano l'interesse correlativo all'altrui diritto come situazione da proteggere e come limite ai contenuti del diritto soggettivo. In questa linea evolutiva si è anche vista la perdita di centralità della categoria del diritto soggettivo, di fronte alla «esigenza di diversificare gli interessi e di apprestare forme e tecniche di tutela delle persone assicurate da nuovi organi e da nuovi strumenti, individuati secondo il tipo di interesse da tutelare e il bilanciamento di valori da realizzare»: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 638 s.

In tempi più recenti la riflessione si estende a un fattore di mutazione più generale e profondo. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, *passim*, che nella sua analisi dello stato dell'arte evidenzia la necessità di una rifondazione delle categorie giuridiche tradizionali: le imponenti trasformazioni in atto impongono un sostanziale adattamento degli istituti, senza il quale gli stessi non sono più in grado di promuovere i valori e tutelare gli interessi della società contemporanea, riducendosi a forme pericolosamente vuote – dove il pericolo sta nell'abbandonarne i contenuti a logiche non trasparenti e dominate dai rapporti di forza. La scienza giuridica non deve insomma assistere passivamente alla «erosione» delle categorie classiche: è chiamata invece a ripetere l'esperienza fondativa che due secoli fa culminò nell'elaborazione di un nuovo sistema, retto dalle categorie del rapporto giuridico e del diritto soggettivo: un'esperienza in cui il diritto soggettivo non è certo l'assioma al quale la realtà deve adattarsi, ma è il prodotto finale di un'analisi della realtà e proprio per questo capace di recepirne i valori e le istanze. In una prospettiva più generale v. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, cit., 107: «...le droit n'apparaîtra pas comme un droit en majesté. Troublé dans ses origines, vacillant dans sa force, incertain dans son application, toujours tourmenté – ce n'est pas la coulée de bronze décrite par les juristes dogmatiques ... Le droit gagnera en respect véritable s'il se montre tel qu'il est, chair et non métal, participant de nos faiblesses, humain, trop humain, même quand il lui arrive, par crises, de ne pas l'être du tout».

La crisi delle categorie classiche si intreccia con quella delle fonti tradizionali e dei diritti fondati sulle fattispecie, cioè fondati sulla tipizzazione normativa del fatto cui si salda l'effetto giuridico: v. A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica* (1929), in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 247 ss.; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 58 s.; P.G. MONATERI, *Fattispecie*, in *Dig. priv. – Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 224. Questi due ulteriori fattori di crisi derivano dal progressivo affermarsi della giurisprudenza come entità creatrice di regole giuridiche e dai connessi problemi che questo mutamento pone soprattutto (ma non solo) dal punto di vista della prevedibilità delle regole: v. per tutti N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, I, 36 ss.; e in una prospettiva più marcatamente critica v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*. V. poi sul tema C. GRANELLI, *La giurisprudenza è fonte di diritto? Introduzione ad un incontro di studi*, in *Jus civile*, 2016, 406 ss.; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagini del diritto privato*, I, Torino, 2013, 47; C. CAMARDI, *Certeza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 1 ss.

Il contributo di Lipari è un richiamo a fondamentali scelte di metodo e, direi, di identità stessa

generale consenso su un ampio catalogo di situazioni², il diritto soggettivo rimane una categoria intrinsecamente aperta, che resiste ai tentativi di darle una definizione che sia allo stesso tempo completa e precisa³.

Mi soffermerò poi sul concetto di «potere», qui inteso come attitudine di un soggetto a modificare l'assetto giuridico altrui. Concepito in questo modo il potere è uno strumento pienamente adatto a cogliere la struttura dei rapporti coinvolti nei procedimenti camerali semplici.

Vedremo infatti nel capitolo IV., in coda all'esame condotto *sub* II. e III., che la capacità di imprimere – o di inibire – un mutamento nella sfera giuridica di altri soggetti è una costante intorno alla quale ruota il procedimento camerale; come lo è il bisogno di tutelare la persona che vi è soggetta, in quanto portatrice di interessi sempre e comunque rilevanti per l'ordinamento. L'analisi di questa categoria giuridica mi sembra dunque molto più utile di un'indagine orientata sul concetto di diritto soggettivo e sui suoi confini.

2. *Sul diritto soggettivo*

Nell'accezione più ricorrente il «diritto soggettivo» descrive la relazione tra un soggetto e un bene, che l'ordinamento tutela imponendo ad altri le condotte necessarie a soddisfarlo⁴.

della scienza giuridica: ma ha anche un significato particolare in questo studio. Il fenomeno che il Maestro descrive è lo specchio fedele di ciò che intendo esaminare in questo studio. Il rapporto tra tutela camerale e controllo di legittimità *ex art.* 111 Cost. testimonia il progressivo appiattimento di una categoria giuridica sulle scelte della giurisprudenza, che, nel costante richiamo alla nozione di diritto soggettivo e ai suoi ideali confini, in realtà affida la distinzione tra «diritti» e «non-diritti» a scelte non decifrabili e prive di un collegamento verificabile con la categoria evocata.

² Per una guida al catalogo v. la voce di A. GUARNERI, *Diritti soggettivi (categorie di)*, in *Dig. priv., Sez. civ.*, Torino, 1989, V, 436 ss.

³ Assistiamo ad un fenomeno simile ai principi di indeterminazione della fisica quantistica, quando lo studio delle particelle elementari (ad es. in Heisenberg) ha rivelato che non è possibile determinare contemporaneamente certe coppie di grandezze fisiche, quali ad es. la coppia posizione/quantità di moto di un fotone o di un elettrone. Così la definizione del diritto soggettivo come situazione soggettiva protetta dall'ordinamento è corretta ma generica; mentre una nozione più precisa, come quella di diritto soggettivo come situazione correlata a un obbligo altrui, esclude fenomeni generalmente riconosciuti come diritti ma non correlati a specifici obblighi (a partire dal diritto di proprietà; e a seguire con i molti diritti sociali e di libertà sanciti dalle carte costituzionali). Con la non trascurabile differenza che il diritto soggettivo è una convenzione lessicale usata per descrivere regole di comportamento; il che lo espone a fattori ben più complessi e meno governabili di quelli che caratterizzano corpi o particelle intesi come entità fisiche (e tali non sempre sono: proprio nella fisica quantistica l'osservazione si compie in larga misura su «entità teoriche»). In un senso molto lato, potremmo dire che anche il diritto soggettivo è un fenomeno naturale, ma nel senso in cui lo è il segno linguistico, con i processi mentali e i comportamenti collettivi che gli sono associati.

⁴ Nel dire che l'ordinamento «imponere» determinate condotte uso un'espressione corrente, che nell'economia di questo lavoro penso non dia adito a equivoci. Ben altro impegno richiederebbe

La relazione tra soggetto e bene individua a sua volta *l'interesse*, inteso come tensione dell'uno verso l'altro⁵. L'interesse appartiene al linguaggio comune e nel campo giuridico è declinato nei modi più vari; ma si attaglia senz'altro alla specifica relazione persona/bene intorno alla quale si edifica la nozione di diritto⁶.

Comunque li si voglia definire, i diritti soggettivi, mutuando la definizione di Jhering, rimangono specie d'interessi giudizialmente protetti⁷. Con l'avvertenza

un'indagine volta a stabilire in cosa consiste questa imposizione; e in che senso la norma, che è enunciazione generale e astratta, sia capace di condizionare il comportamento dei singoli. È questo un problema classico di teoria generale del diritto, del quale non ci occuperemo.

Mi limito a notare che, in pieno periodo di positivismo giuridico, già vi erano autori che distinguevano tra il «dover essere» prescritto nella norma e il fattore reale che incide sul comportamento del singolo. J.H. VON KIRCHMANN, *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, Berlin, 1873, 48 ss., spec. 50 confutava il valore cogente del dovere giuridico: il *Sollen* della legge produce solo la rappresentazione di un comando, ma non ha in sé alcuna capacità di imporsi alla volontà del singolo («...es ist die Vorstellung eines Gebotes, aber nicht das wirkliche Gebot selbst mit seiner Macht über den Willen.»). Questa capacità, secondo l'A., deriva invece dal c.d. *Achtung*, cioè dall'ordine impartito dal superiore, la cui efficacia deriva dall'istinto primordiale dell'uomo a sottomettersi agli ordini del proprio superiore: nel tempo questo «superiore» (*Gebierter*) ha assunto varie forme e oggi ha le fattezze impersonali del «legislatore». La riflessione di von Kirchmann – che del resto è in sintonia con la nostra stessa abitudine a usare espressioni come «comando» o «precepto giuridico» per indicare la norma giuridica – è interessante dal punto di vista filosofico e antropologico. Dall'angolo visuale del giurista direi però che «la forza della norma giuridica» risiede negli effetti che la stessa rappresenta come conseguenze di una data condotta; e nella percezione del singolo che queste conseguenze sono effettive (sulla importanza di questo secondo aspetto insiste particolarmente la concezione realista: v. A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Torino, 1990, ed. a cura di G. Gavazzi, spec. 44 s.). Mi sembra tuttora valida la definizione di O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, 1897, 459 s.: «... the notion of legal duty ... We fill the word with all the content which we draw from morals. But what does it mean to a bad man? Mainly, and in the first place, a prophecy that if he does certain things he will be subjected to disagreeable consequences by way of imprisonment or compulsory payment». Con questo non voglio dire che la norma giuridica sia incapace di innescare forze primordiali che agiscono sulla volontà dei destinatari; tuttavia queste «forze» non impegnano l'indagine propriamente giuridica.

⁵ La definizione di interesse come «tensione» tra soggetto e bene è piuttosto diffusa: v. ad es. R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, cit., 117; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, 21; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in R. Sacco, dir. da, *Trattato di diritto civile – Le obbligazioni*, I, Torino, 2015, testo e note 847-849.

⁶ Per una panoramica sul concetto di interesse e la sua collocazione nel moderno pensiero giuridico v. W. CESARINI SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1930, 127; E. BETTI, *Interesse (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, 1962, 838 ss.; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche – I – Il concetto di diritto*, Milano, 1996, I, 180; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., 255 ss.

⁷ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 1, Leipzig, 1865, 327 ss.: che apre il par. LXI con l'enunciato «*Rechte sind rechtlich geschützte Interessen*». È appena il caso di ricordare la contrapposizione tra la dottrina «teleologica» di Jhering e quella «volontaristica» della scuola storica di Savigny (F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cit. (1840), Roma e Napoli, 1886, 46 ss., del diritto come «potestà o signoria della volontà impartita dall'ordine giuridico», ripresa poi da B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (1887), ed. it. a cura di Fadda e Bensa, I, 1902, §§ 37 ss. Per riferimenti v. G. WAGNER, *Ru-*

– parafrasando la classica obiezione mossa alla concezione di Jhering⁸ – che dal punto di vista giuridico l'interesse perde rilevanza *nella misura in cui* è assorbito nella fattispecie legale e nel relativo effetto⁹. Inoltre la fattispecie legale del diritto intercetta un interesse-tipo che ha lo stesso grado di astrazione; ma la sua corrispondenza con l'interesse concreto, rintracciabile nel singolo titolare del diritto, possiamo assumerla solo in termini probabilistici¹⁰.

dolph von Jherings Theorie des subjectiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1993, 319 ss., spec. 320 ss.; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 367 ss.; R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, 132 ss.; E. ORLANDI, *Situazioni giuridiche soggettive attive e passive*, in L. Mezzetti, a cura di, *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 143 ss. Per singolare convergenza, nel linguaggio giuridico inglese la parola «interest» è adoperata in un senso corrispondente a quello che nei sistemi continentali diamo al termine diritto: così M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., 26. Sul concetto di «interesse», come base delle situazioni giuridiche soggettive, intese come interessi giuridicamente qualificati, la accurata ricostruzione in L. BIGLIAZZI-U. BRECCIA-F.D. BUSNELLI-U. NATOLI, *Diritto civile*, I, Torino, 1986, spec. 260 ss.; nonché M. BESSONE, a cura di, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2011, 64 ss.

⁸ V. spec. A. THON, *Rechtsnorm: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, 1878, 219, che ebbe grande influenza non solo su Windscheid ma anche su Kelsen: v. per ampi riferimenti M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, 209 ss.; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1 ss. Lo stesso fenomeno si descrive affermando che l'interesse viene estromesso dalla fattispecie legale e rimane sullo sfondo come «elemento teleologico»: v. C. RESTIVO, *Contributo*, cit., 20 s., dove richiami di dottrina.

⁹ La locuzione avverbiale è in corsivo, perché l'assorbimento dell'interesse è solo tendenziale: v. C. RESTIVO, *op. loc. cit.*, il quale osserva, con C. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949 (estr. da *Rass. dir. pubbl.*, 1949), 290, che il collocare l'interesse fuori dalla struttura della fattispecie legale «non significa anche che l'interesse debba essere bandito dalla sua definizione per privarlo di ogni rilevanza». Non solo l'indagine sull'interesse è un importante strumento ermeneutico a disposizione del giurista; ma perché, non da oggi, l'interesse tutelato è assunto come parametro per introdurre veri e propri limiti all'operatività della fattispecie legale, che fanno da sfondo a elaborazioni come quella dell'abuso del diritto (su cui v. per tutti U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, 5 ss.), o dell'interesse legittimo di diritto privato (su cui v. *infra*, VI.8 ss.). È poi il caso di precisare che, nella struttura della norma, fatto ed effetto non sono fenomeni naturali causalmente collegati, ma elementi della stessa proposizione normativa: per riferimenti su questo aspetto v. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 433 ss.

¹⁰ Osserva P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. priv. – Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 414 ss., spec. 420 che un riferimento all'interesse effettivo del singolo titolare del diritto si riduce a un doppione di quella volontà, alla base della concezione volontaristica che Jhering contesta; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, cit., 19 ss.; U. NATOLI, *Diritto civile*, I, Torino, 1986, 43 che sottolinea l'esigenza di «riduzione dell'interesse in termini oggettivi» e «costituzione di un concetto formale di interesse». L'interesse concreto conserva invece specifica autonomia e può costituire oggetto di positiva verifica. La sua rilevanza giuridica è peraltro mutevole, perché varia secondo la «sensibilità» di ciascun ordinamento verso questo livello dell'interesse. L'ordinamento che attribuisce rilevanza giuridica all'interesse concreto è quello che sceglie di verificare se l'interesse di chi vanta il diritto sia congruo con l'interesse-tipo sotteso alla fattispecie legale. Questo controllo di congruità, nell'imporre il confronto tra i due livelli dell'interesse, attribuisce diretta rilevanza giuridica all'interesse-tipo, che dallo sfondo dello schema legale acquista il primo piano, per diventare strumento di selezione aggiuntivo rispetto agli elementi della fattispecie. La tecnica descritta è raramente l'effetto di un'apposita previsione di legge – un caso, per quanto peculiare perché riguar-

La considerazione fatta vale per il diritto ma va estesa a ogni classe di situazione giuridica soggettiva: è tale in quanto interesse di una persona protetto dall'ordinamento, ma ricevendo la protezione sulla base di regole generali e astratte, è necessariamente costruita su modelli e «tipi» legali: modello di condotta, soggetto-tipo, interesse-tipo.

3. *Il diritto soggettivo come «formula di protezione»*

A ben vedere il catalogo dei diritti attualmente accreditato è talmente eterogeneo da rendere vano ogni tentativo di dare una definizione insieme rigorosa e unitaria; e – tanto più – di ricavarne una nozione unitaria dalla struttura della fattispecie¹¹.

Così la struttura del diritto di credito, che ha come correlativo l'obbligo di adempiere, ha poco in comune con un «diritto» di protezione umanitaria che richiede l'esercizio di un potere amministrativo, connotato da una percettibile «quota» di discrezionalità tecnica¹²; se non che in entrambi i casi l'interesse tu-

da il «diritto» di agire in giudizio, è quello dell'art. 100 c.p.c. – e quasi sempre è l'opera della giurisprudenza, che in questo modo sovrappone un proprio controllo di meritevolezza a quello già operato dal legislatore (per una analoga riflessione v. P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, cit., 420): il che viene generalmente accettato, anche se contribuisce a spostare sulla giurisprudenza l'equilibrio dei poteri e la connessa responsabilità «politica» delle soluzioni adottate.

¹¹F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, cit., 120: «La categoria del diritto soggettivo, insomma, se ha visto decisamente ampliare la propria area di utilizzazione, al contempo, ha finito col perdere, almeno in parte, la sua utilità di formula riassuntiva (ed evocativa) di uno schema unitario di tutela, essendosi dovuto riconoscere come la diversità della natura degli interessi considerati meritevoli di protezione imponga, a seconda della relativa tipologia, strumenti e modelli di tutela differenziati. Anche se la sua rilevanza, quindi, pare da ricercare ormai essenzialmente sul piano descrittivo delle scelte dell'ordinamento in merito alla selezione degli interessi reputati meritevoli della forma più intensa di tutela, sembra comunque da condividere la – persistentemente prevalente – tendenza a continuare ad avvalersi di tale categoria per inquadrare tutti i casi in cui viene riconosciuta una situazione di piena e diretta tutela dell'interesse del soggetto, con l'attribuzione al soggetto stesso del potere, garantito dall'ordinamento, di soddisfarlo.» Nella definizione che chiude il ragionamento compare il concetto di «potere», sul quale dovrò ritornare.

Rimane inoltre un dato difficilmente contestabile quello evidenziato da A. ROSS, *On Law and Justice* (London 1958, Berkeley 1959), Clark (NJ), 2004, 167 ss., il quale nota che l'analisi di figure come diritti e doveri abbia prima di tutto ad oggetto il linguaggio giuridico, visto che «diritto» e «dovere» sono essenzialmente veicoli linguistici attraverso i quali si esprime il contenuto direttivo delle regole giuridiche. A dispetto di ciò, doveri e diritti sono stati trattati come essenze metafisiche, create da certi fatti e a loro volta creatrici di effetti giuridici. In più – ed è un aspetto sul quale tornerò trattando del potere – quello dei diritti è un concetto sistematico che riunisce in sé una pluralità di regole giuridiche, per cui «a right ...is not a legal modality by which the individual legal rule is expressed, but a doctrinal construct serving the systematic presentation of the law in force.»

¹²La qualificazione in termini di «diritto»/«diritto fondamentale» dell'interesse del rifugiato alla protezione internazionale è peraltro pacifica. Sul tema v. per tutti M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, 88 ss.; M. FLAMINI,

telato richiede la cooperazione altrui – una in termini di adempimento l'altra di azione amministrativa – e che la tutela consiste nel rimedio giudiziale alla mancata cooperazione; e ancor meno con il «diritto a una buona amministrazione» sancito dall'art. 41 Carta Dir. Fond. U.E., che ha pure come destinatario il legislatore nazionale¹³.

Nell'ambito dei rapporti familiari, poi, la legge riconosce espressamente al figlio il «diritto» al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e all'assistenza morale sancito dall'art. 315 *bis* c.c. Ma è evidente che questo «diritto» ha una struttura estranea alla definizione classica, sia perché correlato a una responsabilità genitoriale espressione non solo di doveri (come gli altri uffici di diritto privato) ma anche di diritti degli stessi genitori; sia perché questi diritti-doveri si attuano tramite condotte per lo più non tipizzate e rimesse alla scelta dei titolari: «tipizzati» sono piuttosto i limiti alle condotte e le conseguenze della loro trasgressione¹⁴, ma in un senso particolare essendo sottoposti a un sindacato giudiziale particolarmente ampio.

La lista delle discordanze potrebbe proseguire a lungo, soprattutto in riferimento a quei nuovi diritti funzionali alla protezione del soggetto debole – o della parte debole di un rapporto giuridico¹⁵; e dirò tra breve dei «diritti potestativi», che ho ritenuto sistematicamente più utile collocare nel discorso sul potere (*infra*, § 7 s.). Più avanti darò anche conto della linea sistematica secondo cui va ricondotto al diritto soggettivo lo stesso interesse legittimo di diritto amministrativo, in quanto il ciclo di progressivo allineamento si sarebbe ormai completato dopo che Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 ha elevato il diritto al risarcimento del danno a rimedio generale contro la lesione dell'interesse legittimo.

Il comune denominatore sta piuttosto nel valore simbolico associato al *nomen*¹⁶: lo stigma del diritto soggettivo individua allora gli interessi ai quali l'ordinamento attribuisce maggior *rilevanza* e accorda il *livello massimo* di tutela. Questa è probabilmente la sola nozione unitaria di diritto soggettivo che oggi possiamo concederci; ma è anche una nozione difficile da governare.

Nel suo riferimento alla «rilevanza» dell'interesse protetto, la definizione in-

Il ruolo del giudice di fronte alla peculiarità del giudizio di protezione internazionale, in *Questione giustizia*, 2018, fasc. 2, 176 ss.

¹³ Sulla struttura di questo «diritto» – peraltro affine a quella del «diritto all'equo processo» – v. C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in G. Vettori, a cura di, *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 255 ss.

¹⁴ Sul tema torneremo *infra*, III.3 e VI.3.1; qui basti il rinvio ai recenti contributi di B. POLI-SENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 11 ss., 135 ss.; R. DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, 19 ss.

¹⁵ V. per tutti S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, spec. 41 ss.

¹⁶ Sulla valenza simbolica del diritto soggettivo v. i lucidi rilievi di M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo*, cit., 27 ss., anche per i richiami.

dicata non si collega a indici univocamente apprezzabili; è piuttosto il prodotto di una valutazione politica, lasciata o al legislatore o direttamente all'interprete. Il riferimento al «livello massimo» di tutela genera a sua volta un moto circolare tra diritto e processo: se è vero che la disciplina del processo deve essere funzionale alla natura della situazione protetta, è anche percepibile un movimento inverso, nel senso che le scelte di politica giudiziaria giocano un ruolo non dichiarato ma effettivo sul problema di qualificare una situazione giuridica¹⁷.

La debolezza della definizione non toglie che, dal punto di vista del diritto processuale, la tutela del diritto richiede modalità che, per quanto varie, siano idonee ad assicurargli il massimo livello possibile di garanzie¹⁸ – anche se l'attuale legislatore tenta di contrastare questa «vocazione» in vario modo¹⁹.

La nozione di diritto soggettivo non è tuttavia l'obiettivo di questo studio: un simile tema d'indagine finirebbe anzi per distoglierci dal problema centrale. Ammesso che il livello massimo di tutela vada accordato ai diritti soggettivi, intendendo qui dimostrare che le situazioni coinvolte nel processo camerale semplice hanno la stessa importanza (uso per ora un termine tecnico) di quelle che siamo soliti chiamare diritti soggettivi. Se non per vocazione naturale – che sarebbe azzardato attribuire a qualsiasi categoria giuridica – per ragioni legate alla struttura dell'attuale ordinamento. Questo obiettivo, più che affidarsi alle categorie

¹⁷Un tipico esempio di questo «moto inverso» lo vedremo nella teoria di Allorio sulla volontaria giurisdizione, *infra*, II,7, che fa dipendere dalla tecnica di tutela adottata dal legislatore la qualità della situazione giuridica sostanziale: diritto soggettivo se l'attività del giudice culmina in un accertamento idoneo al giudicato, in quanto espressione di tutela in senso proprio giurisdizionale; «semplice interesse» se l'attività giudiziale culmina in un provvedimento non idoneo al giudicato, in quanto espressione di attività amministrativa sub specie di volontaria giurisdizione. Ma analoghi risultati, benché assumano forme più sfumate, li riscontriamo in Autori molto lontani da quella impostazione: così A. PROTO PISANI, *Usi e abusi*, in definitiva distingue il diritto soggettivo da un «interesse» della volontaria giurisdizione in funzione della discrezionalità con cui il giudice assolve la sua funzione (v. *infra*, II.17).

¹⁸La correlazione tra tutela dei diritti e «cognizione piena idonea al giudicato» è pacifica come regola; ma è una regola costellata da eccezioni e sono queste a generare le dispute. A un orientamento minoritario, molto aperto verso l'impiego del procedimento camerale per la tutela dei diritti (ad es. V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 325 ss., spec. 331; E. GRASSO, *I procedimenti camerale e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 35 ss.; L.P. COMOGLIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719 ss.) si contrappone la linea maggioritaria che pone sostanziali limiti all'impiego del modello camerale: per tutti L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, 2011, *passim*; A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 431 ss.); A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, 174 ss.

¹⁹Il riferimento va alla «cameralizzazione dei diritti» di cui dirò *infra*, II.10. ss. ma anche ai tentativi di spostare l'asse della tutela sul modello sommario introdotto dagli artt. 702 bis ss. c.p.c. Il caso più recente è avvenuto con lo schema di decreto legge predisposto dal Ministro della Giustizia nel luglio 2016, che ha tentato di soppiantare il modello ordinario con quello sommario nel processo di cognizione davanti al tribunale in composizione monocratica. Le vivaci proteste hanno rapidamente indotto il Governo a soppresdere (per ora).

classiche, impone di analizzare la struttura degli interessi coinvolti, la loro relazione col processo e il modo in cui il processo incide su di essi.

4. *Sul potere*

Nel riferirmi al «potere» considero la capacità di un soggetto di variare con un proprio atto l'assetto giuridico altrui. È una definizione tra le varie possibili, che scelgo non perché la reputi più corretta di altre, ma perché descrive un fenomeno ricorrente – direi, anzi, costante – nella casistica affidata ai procedimenti camerali semplici. Inoltre è congrua rispetto alle nozioni di potere generalmente accolte, che, per quanto divergenti, contemplan di solito le situazioni ora considerate²⁰.

²⁰ Sul concetto di potere v. in generale v. W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 659 ss.; S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 173 ss.; V. FROSINI, *Potere (Teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, 1960, 440. Nell'ambito del diritto privato le definizioni di potere sono molteplici e sovente s'intrecciano con la nozione di diritto soggettivo. L'intreccio è evidente nella categoria del diritto potestativo (sul quale *infra*, §§ 7 ss.); ma lo è già nell'opera della scuola storica, che concepisce il diritto soggettivo appunto come un potere: Savigny, anzi, nel suo *System*, cit., ma ediz. orig., Berlin, I, 1840, 7, dà più rilevanza al potere che non alla sua denominazione in termini di diritto: «Betrachten wir den Rechtszustand...so erscheint uns darin zunächst *die der einzelnen Person zustehende Macht*: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht. *Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person*, gleichbedeutend mit Befugniß: Manche nennen es das *Recht im subjectiven Sinn*». È altrettanto evidente che, inteso in questa accezione (se condivisibile o no qui non rileva), il termine «potere» descrive un fenomeno decisamente più esteso di quello che io considero; che non è la generale attitudine di una persona a imporre qualcosa ad altri, ma la situazione di chi può volutamente produrre, o impedire, un mutamento nella sfera giuridica altrui. Analogo rilievo vale per le molte teorie che in seguito continueranno ad associare il diritto soggettivo al potere: da Windscheid ai numerosi Autori italiani come Carnelutti, Pugliatti, Allorio, Chironi, Guarino, che, pur da posizioni diverse, han dato continuità alla fusione fra due termini: v. su queste teorie l'itinerario critico tracciato da R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., 317 ss.

Una nozione più ristretta di potere giuridico, relativamente in sintonia con quella che mi interessa sviluppare, è quella proposta ad es. da A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, 177 ss., 184 ss.; S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 24 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo*, 118 ss.; che definiscono potere la situazione che abilita il titolare a introdurre mutamenti favorevoli o sfavorevoli nella sfera giuridica di altri soggetti: questa linea intende superare una nozione di potere inteso come semplice attitudine del soggetto a produrre effetti giuridici, ritenuta di dubbio valore sistematico in quanto tende a confondersi con generali prerogative dell'individuo quali la capacità giuridica o la libertà di compiere atti, materiali e non, nel perimetro che la legge riconosce alla persona. V. già chiaramente in tal senso E. ZITTELMANN, *Internationales Privatrecht*, Leipzig, II, 1912, 43 s., che traccia una netta distinzione tra il potere giuridico inteso come «das objektive Recht einer Person die Möglichkeit gewährt, *durch freie Handlung ihr vorteilhafte Rechtswirkungen herbeizuführen*» e la generale possibilità di produrre effetti giuridici, perché «*die allgemeine Möglichkeit*, durch Errichtung eines Rechtsgeschäfts rechtliche Wirkungen herbeizuführen...*ist noch kein Recht* über diese rechtlichen Wirkungen».

Nell'accezione proposta il concetto di potere conserva una vocazione fortemente interdisciplinare, che lo rende fruibile in tutti i settori rilevanti in questa indagine²¹.

Ancor più ristretta la nozione di potere proposta da A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 6 ss., dove ampi richiami alle altre nozioni di potere: in un'indagine diretta a cogliere le interazioni tra la cosa giudicata e il potere sostanziale di diritto privato, l'Autore, *op. loc. cit.*, 13 ss., spec. 17 ss., ritiene corretto riferire il concetto di potere alla sola capacità di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui *nel proprio interesse e in senso sfavorevole al soggetto passivo*, escludendo quindi le situazioni in cui il titolare è abilitato a operare modificazioni in senso favorevole all'altro soggetto. Con specifico riferimento al fenomeno della rappresentanza, si tratta di una opinione nota, anche se, mi sembra, minoritaria: v. ad es. S. PUGLIATTI, *Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in diritto privato*, 526 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Abuso dei poteri di rappresentanza e conflitto di interessi*, in Visintini, a cura di, *Rappresentanza e gestione*, Padova, 1992, 157 s.; V. SCALISI, *Rappresentanza come dovere e rapporto organico come imputazione*, in M. Trimarchi, a cura di, *Rappresentanza e responsabilità degli enti collettivi*, Milano, 2007, 35 ss.; *contra*, fra i molti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1999, III, 81 s.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 574. A suo sostegno si osserva che il potere, in questi casi, procede da un dovere preesistente ed è a quest'ultimo che bisogna quindi risalire per la corretta comprensione del fenomeno; mentre il potere del rappresentante è una situazione solo conseguente e funzionale all'espletamento del dovere. Noto solo che, con ragionamento analogo, possiamo dire che il potere di recesso dal contratto è situazione conseguente al contratto, siccome elemento del «sinallagma funzionale»; e lo stesso possiamo dire di tutti i poteri nascenti da contratto. Ma non per questo rinunciamo a configurare queste situazioni come situazioni giuridiche dotate di una propria, distinta fisionomia.

Anticipo che nella mia ricerca non aderisco a questa limitazione e impiegherò il concetto di potere anche per indicare la situazione di chi ne è investito nell'interesse altrui. Dal punto di vista del soggetto passivo – che è quello cui intendo dare risalto nel contesto dei procedimenti camerali *ex art.* 737 ss. c.p.c. – l'esigenza di tutela giurisdizionale contro il cattivo uso del potere è la stessa, indipendentemente dal fatto che il titolare ne sia investito nell'interesse proprio o della persona che lo subisce.

²¹ L'accostamento del potere del giudice a quello della p.a., e a maggior ragione del privato, può apparire improprio. Poiché quel potere e il suo esercizio soggiacciono alle regole del processo giudiziario, esso si colloca su un piano pacificamente diverso dal potere privatistico (v. soprattutto *infra*, IV.5. s. e VI.8. ss.); a sua volta il potere della p.a. presenta tratti che fondamentalmente lo distinguono dagli altri due, per qualità e *status* del titolare, per modalità di esercizio, per natura dei controlli (v. *infra*, V.).

Le differenze non cancellano tuttavia il nucleo comune del quale dirò *infra* testo. Inoltre alcuni importanti tratti distintivi lo sono solo in maniera tendenziale, perché non ricalcano fedelmente il confine delle tre aree disciplinari.

Così il potere privatistico non sempre è funzionale all'interesse del titolare, come dimostrano i molteplici uffici di diritto privato (sui quali *infra*, *sub* 5); e sempre il potere, nella nozione qui accolta, è soggetto a limiti propriamente giuridici. Quanto al potere della p.a., se è vero che la sua espressione più tipica è l'atto discrezionale (dove la «discrezionalità» è intesa in una accezione diversa da quella impiegata per indicare i poteri assegnati al giudice) è anche vero che in molti casi questo potere si esprime attraverso atti vincolati (sulla discrezionalità amministrativa e sull'atto amministrativo vincolato v. spec. *infra*, V.4. ss.). In questo ordine di idee v. già E. ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, cit., 99 s., il quale osserva, in dissenso da F. LENT, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in *ZZP*, 1953, 267 ss. che «potrebbe tutt'al più parlarsi di prevalenza *di fatto* della discrezionalità nella "giurisdizione" volontaria».

Dal canto suo, il giudice esibisce nel giudizio di merito una discrezionalità tendenzialmente limitata all'accertamento del fatto; ma se la fattispecie legale è formulata in modo generico questa discre-

L'attitudine a modificare l'assetto giuridico altrui è un fenomeno che ricorre tanto nei rapporti tra privati, quanto in quelli tra privati e organi pubblici, sia amministrativi che giudiziari. Il potere si atteggia diversamente nei vari ambiti disciplinari, ma le differenze non contraddicono la definizione qui accolta, né elidono alcuni tratti comuni. Tra questi l'esigenza di tutela di chi soggiace al potere, che oltre a permeare il potere privatistico, è immanente a qualsiasi funzione giudiziaria e – almeno nei moderni ordinamenti – alla funzione pubblica amministrativa.

Per questo è di sicuro rilievo nell'indagine dedicata a una «provincia» (o una «retrovia», secondo i punti di vista) della giurisdizione al confine con le funzioni della p.a. Consteremo infatti (per successive approssimazioni nei capitoli da II. a IV.) che il tratto comune ai procedimenti camerali semplici è il potere del giudice nel senso sopra chiarito; il correlativo stato di soggezione di chi lo subisce e il suo interesse a che il potere sia esercitato in un certo modo.

5. «Potere negativo» e implicazioni

Il soggetto capace di variare l'altrui assetto giuridico può ovviamente decidere di non provocare alcuna variazione.

Nella prospettiva del diritto privato il mancato compimento dell'atto di modificazione giuridica può cadere nell'irrelevanza, perché sovente non sacrifica alcun interesse (così, di regola, una parte avrà nulla da ridire se l'altra non le intima la risoluzione stragiudiziale del contratto, o il recesso, o se non agisce per

zionalità può rivelarsi molto intensa e pervasiva. Il fenomeno è piuttosto frequente, se consideriamo casi classici come il giudizio di equità, sul quale v., in prospettiva storica comparata tra diritto amministrativo e privato, rispettivamente, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993, 286 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 140 ss. Ricordo che nell'ambito del diritto amministrativo il concetto di equità è stato per lo più avversato dalla dogmatica giuridica tradizionale, siccome concetto privo di rilevanza giuridica nel campo del diritto amministrativo (v. per tutti G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, spec. 255) il che si spiega con l'idea diffusa che un'equità giuridicamente rilevante avrebbe interferito sul funzionamento di un sistema già collaudato che affidava all'eccesso di potere il controllo giudiziale sulla discrezionalità amministrativa; e che questa interferenza si sarebbe tradotta in una ulteriore limitazione al merito, cioè al margine di apprezzamento incensurabile della p.a. In tempi recenti, il concetto di equità è tuttavia salito alla ribalta con l'art. 41 Carta Fond. Dir. U.E., che ha espressamente sancito il «diritto a un trattamento equo» da parte della p.a. – così si esprime la versione italiana, che si assume equivalente a quella inglese di «right to have his or her affairs handled ... fairly»; al francese «droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement»; al tedesco «Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten ...gerecht... behandelt werden»: sul significato da attribuire a questo «diritto» nel contesto dell'azione amministrativa, v. L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2010, 790 ss., spec. 818 ss., l'integrazione di clausole contrattuali, qualificazioni giuridiche di fatti come l'inadempimento «di non scarsa importanza» o «l'eccessiva onerosità» dai quali dipende la risoluzione giudiziale.