

Tommaso dalla Massara

Emilio Betti, l'obbligazione, il processo

SOMMARIO: 1. *Emilio Betti: un ricordo, mediato da Alberto Burdese* – 2. *La ricostruzione di un pensiero complesso* – 3. *Il pensiero di Betti intorno al tema dell'obbligazione romana* – 4. *L'itinerario di pensiero di Betti, in direzione di una dogmatica generale (contemporanea)* – 5. *Una lente di lettura dei problemi che si collegano all'obbligazione e all'azione: l'esigibilità* – 6. *L'esigibilità, da intendersi nel senso di Betti, alla prova della mora* – 7. *L'obbligazione inesigibile e la mora* – 8. *Betti tra antico e contemporaneo*

1. *Emilio Betti: un ricordo, mediato da Alberto Burdese*

Il titolo che mi è stato assegnato suggerisce di sviluppare il ragionamento intorno a un trinomio; trinomio che poi, prendendomi qualche libertà, intendo come un binomio – quello che si articola tra obbligazione e processo – con facoltà di allargare il discorso ad alcune notazioni sulla figura di Betti. In effetti, mi riservo non più che qualche tratto di penna che consenta un bozzetto assai impressionistico sulla sua personalità scientifica e sul suo tratto umano, giacché vorrei restare comunque discosto dal rischio di dar vita al classico ‘medaglione’ del giurista.

Però in questo caso vorrei partire proprio da un'immagine di Betti: e, naturalmente, l'immagine non può che essere quella filtrata dal racconto di Alberto Burdese.

Com'è noto, il mio Maestro era allievo di Grosso, il quale era allievo di Segrè; come pure di Segrè era allievo Betti. Il legame del giovane Burdese con Betti doveva essere forte. Non si allontana dal vero chi ritiene che sul modo di lavorare di Burdese avesse inciso non poco l'impronta di Betti e – si dovrebbe aggiungere – quella di Mario Allara; forse, l'una e l'altra non meno di quella di Grosso.

Tanto basta per dire che sono evidenti le ragioni, intellettuali e affettive, che rendono a me particolarmente cara la giornata odierna.

Orbene, fermo restando che Burdese raramente s'intratteneva su aspetti extra-scientifici (premessa scontata per chi lo abbia conosciuto), ricordo che in più di un'occasione egli soffermò la memoria sulla figura

di Betti. Va sottolineato che Burdese era un torinese nato nel 1927, il cui orizzonte spirituale pareva essersi plasmato sull'impronta degli spazi architettonici e urbanistici nei quali era cresciuto: le vie dritte di Torino e i portici austeri ed eleganti di via Po, quelli stessi su cui avevano poggiato i loro passi Norberto Bobbio e i suoi compagni di stanza dell'Istituto giuridico di via Po, numero 14, ossia in specie Piero Schlesinger, Elio Casetta, Filippo Gallo e molti altri.

Su Betti – come dicevo – Burdese di tanto in tanto trovava il modo per rievocare certe passeggiate, che per lo più dovevano essersi snodate tra la casa di via Orazio e il Gianicolo, a partire dall'anno accademico 1949-50. Erano passeggiate nelle quali – la cosa è certa – a farla da padrona erano le fonti romane e la dogmatica del diritto civile, le prime e la seconda affrontate in modo fluido, quasi senza soluzione di continuità. Quando poi la memoria andava a posarsi sulla casa di Betti, Burdese ne riportava un'impressione piuttosto cupa, quasi incombente.

Quello che in questa sede mi basta evidenziare, rispetto a quel ricordo mediato da Burdese, è un certo tratto inquieto e deluso – si potrebbe dire quasi malmostoso – del Betti di quel tempo: era un Betti che si collocava nella Roma tra gli ultimi anni Quaranta e i primi Cinquanta del secolo passato. Il che non stupisce affatto, se teniamo presente il contesto di isolamento umano e accademico nel quale si era trovato a vivere in quella fase; di quel sentimento di profonda delusione, peraltro, si trova testimonianza già nelle *Notazioni autobiografiche*¹, sebbene queste prendessero a riferimento il lungo arco cronologico che andava dagli esordi fino al 1944, oltre al successivo aggiornamento con il quale furono edite nel 1953 per i tipi della Cedam.

2. *La ricostruzione di un pensiero complesso*

Questa sorta di istantanea su Betti, quale ho cercato poc'anzi di tratteggiare, offre l'occasione per un migliore inquadramento della *Prefazione*, datata 28 maggio 1953, che egli scrisse per il secondo volume della sua *Teoria generale delle obbligazioni*². Stiamo parlando, com'è noto, del tomo dedicato alla *Struttura dei rapporti d'obbligazione*. In quella *Prefazione*,

¹ Le quali possono leggersi nella riedizione dell'Istituto Betti: cfr. *Notazioni autobiografiche*
² E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 3 ss.

Betti lamentava il fatto che la «problematica costruttiva» da lui proposta trent'anni prima non fosse stata vagliata con sufficiente attenzione dagli studiosi suoi contemporanei. Soprattutto, ciò che lo affliggeva era la constatazione che le sue idee non avessero suscitato una proficua discussione, come invece aveva sperato.

Ecco allora il tratto cupo, irrisolto, del Betti dei primi anni Cinquanta: ci troviamo esattamente nell'atmosfera degli anni ai quali è riferibile il ricordo di Burdese. Quella disattenzione era per lui ragione di pena e di rammarico. Ma, più precisamente, a quali scritti faceva riferimento Betti?

È lui stesso, nella medesima *Prefazione*, a ricostruire l'iter del suo pensiero. In specie, Betti lì dava conto del fatto che nell'edizione del 1953 veniva ristampato – sebbene abbreviato e con alcune modifiche – il suo studio dedicato a *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*. Per intenderci, si tratta del testo che nel 2006 fu ripubblicato a cura di Natalino Irti, accanto a un saggio di Francesco Carnelutti, dedicato a *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*³.

Merita precisare che *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* era stato edito per la prima volta a cura dell'Università di Pavia nel 1920. Anzi, il nucleo fondamentale del pensiero che lì veniva proposto era quello che era stato esposto nella prolusione parmense dell'anno accademico 1916-17. Nella *Prefazione* del 1953, Betti soggiungeva poi che in altra *Prefazione*, ossia quella maceratese del gennaio 1920 (anche qui, per meglio districarci in un groviglio alquanto stretto, quella ripubblicata da Irti nel volume che citavo poc'anzi), veniva chiarita la formazione del saggio su *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, nella sua connessione con altri studi. Segnatamente, Betti faceva richiamo a *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, testo che in origine era destinato alla prolusione dell'anno accademico 1918-19 a Camerino⁴.

In questi lavori, dunque, sono le coordinate fondamentali del pen-

³ Alludo al volume, pubblicato a Milano nel 2006, intitolato nel suo insieme *Diritto sostanziale e processo*, con la *Presentazione* di Natalino Irti, ove sono raccolti i saggi di E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, e di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*. E da questo volume che trarrò le citazioni, di qui in avanti, de *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*.

⁴ Le citazioni che farò da *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi* saranno ricavate, di qui in avanti, dall'edizione che ne fu data a Milano, nel 1955, per i tipi della Giuffrè: ivi è riprodotta anche la *Prefazione* alla prima edizione, la quale riporta «Camerino, luglio 1919».

siero di Betti in tema di obbligazione e azione, senza dire che larga parte delle idee lì esposte sono contenute in quell'autentico serbatoio che è rappresentato, un passo a monte, dal saggio su *iudicare* e *damnare* del 1915⁵.

È un'immersione faticosa quella che ci viene imposta nei testi bettiani sul tema dell'obbligazione e dell'azione; si ha la sensazione di essere di fronte a un edificio eretto per ordini successivi, con reiterazioni di stilemi architettonici e non irrilevanti variazioni, come accade molto spesso nelle facciate neo-classiche.

A parte la considerazione che i primi anni post-bellici dovevano risultare per Betti un tempo piuttosto buio, reso amaro da non poche delusioni, anche per la scarsa attenzione suscitata dai due saggi in tema di obbligazione e azione, quel che più colpisce della rapida ricostruzione appena fatta è che il nucleo del suo pensiero romanistico in argomento risale alla fine degli anni Dieci e ai primi anni Venti. È, insomma, un Betti giovanile quello che mette a punto le idee che poi si sarebbero consolidate nel tempo, giungendo fino agli anni Cinquanta.

In mezzo erano accadute molte cose. Per esempio, tra le tante ragioni di amarezza poteva esserci anche il fatto che un giovane Giovanni Pugliese, nel 1939, aveva contestato apertamente le posizioni di Betti in un'opera che poi sarebbe divenuta un classico, *'Actio' e diritto subiettivo*⁶. Ma occorre chiedersi: quale traiettoria di pensiero è delineabile tra la fine degli anni Dieci, i primi anni Venti, e gli anni Cinquanta, proprio sul tema dell'obbligazione e dell'azione?

Il Betti che si occupa di obbligazione e di processo negli anni successivi alla pubblicazione de *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, nonché de *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, senza dubbio segna un itinerario di pensiero che va in direzione di un'elaborazione nuova, però solo in quanto l'obiettivo di Betti divenne nel tempo quello di costruire una dogmatica processual-civilistica orientata al contemporaneo; in termini più espliciti, intendo dire che dopo quei primi lavori venne a delinearsi un percorso distinto e autonomo rispetto a quello che era il nucleo originario delle sue idee in

⁵ BETTI, *L'antitesi storica tra 'iudicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (Con un tentativo di ricostruzione delle 'formulae' delle 'actiones ex delicto')*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», LVI, 1915, p. 3 ss.

⁶ Si veda BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 127, ove le critiche di Pugliese vengono stigmatizzate con toni aspri: si parla di «pseudoconfutazioni messe al servizio di una tesi», il cui guaio fondamentale sarebbe da vedersi nella «unilateralità della loro visuale».

punto di diritto romano. Però, nel frattempo, Betti aveva mutato l'obiettivo dei propri interessi, lasciando ferme le sue posizioni *stricto sensu* romanistiche a quelle dei primi anni.

Neppure nel celebre manuale di *Diritto romano* del 1935 si avverte un distacco rispetto alle posizioni di partenza in tema di *obligatio*, per lo meno se si resta con lo sguardo concentrato sulle tesi propriamente romanistiche⁷; altra conclusione, invece, dovremmo raggiungere se andassimo a leggere le pagine di quello stesso manuale in cui Betti parla da dogmatico generale, come rileva Augusto Chizzini⁸. Nell'insieme, è chiaro che l'intonazione di quel testo è mutata nel senso di una certa compattazione dogmatica dei materiali romanistici in funzione didattica; e, fors'anche, si può aggiungere che su quell'opera pesava una tensione verso un uso politico e propagandistico del diritto romano, in coerenza con l'accentuazione dell'impegno politico di Betti, in specie dopo il 1926⁹.

Ma occorre ora soffermarsi sui contenuti: fermo restando che sugli esiti della riflessione intorno a una nuova dogmatica processualciviltistica dirò qualcosa tra breve (e altri Colleghi se ne occupano nella cornice di questo stesso Seminario), si tratta quindi di vedere quali fossero le tesi di fondo elaborate da Betti in tema di obbligazione e azione nel diritto romano.

3. *Il pensiero di Betti intorno al tema dell'obbligazione romana*

Facendo perno su *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* e *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, due sono gli assi portanti della costruzione bettiana intorno al tema dell'obbligazione romana.

⁷ Mi riferisco a BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, in specie p. 470 ss.

⁸ Il quale sottolinea il distacco di Betti dalle posizioni di partenza, proprio prendendo a riferimento il manuale del 1935: Augusto Chizzini sviluppa queste riflessioni ne *L'attualità dell'inattuale. Diritto e processo nel pensiero di Emilio Betti*, ovvero la relazione che egli ha predisposto per l'odierna giornata di studi e che, per la cortesia dell'Autore, ho potuto leggere in anticipo (ora si veda A. CHIZZINI, *L'attualità dell'inattuale. Diritto e processo nel pensiero di Emilio Betti*, ne «Il giusto processo civile», 2022, p. 144 ss.); indicativo che Chizzini faccia riferimento a parole impiegate da Betti nel suo manuale di diritto romano, riproducenti però il testo del manuale di diritto processuale civile, edito in quello stesso anno.

⁹ Sul punto, M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, ne *I giuristi e il fascino del regime*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, 2015, p. 88 ss.

In primo luogo, Betti sostiene con vigore l'idea dell'immedesimazione dell'obbligazione con l'azione: ben si può parlare di inseparabilità dell'obbligazione dalla propria azione ed esecuzione, di talché «tra l'obbligazione, da un lato, e l'azione di condanna e di esecuzione forzata, dall'altro lato, corre un nesso non puramente estrinseco, bensì intrinseco, non accidentale, bensì necessario»¹⁰. Betti ripete con insistenza che il fenomeno dell'obbligazione romana non potrebbe essere compreso qualora non ci si collocasse dal punto di vista dell'azione.

Quella di Betti neppure potrebbe definirsi, puramente e semplicemente, una prospettiva processuale, perché essa è molto più che questo: il cono prospettico prescelto da Betti, nello specifico, è quello dell'esecuzione che interviene in esito al processo¹¹. Ne *Il concetto* viene delineata una tripartizione di fasi, in base alla quale l'obbligazione primaria, che Betti chiama *principalis*, la quale ha per oggetto un *dare oportere*, si trasforma, dopo la *litis contestatio*, in una soggezione, la quale a sua volta diverrà *obligatio indicati*¹².

In secondo luogo, Betti promuove l'idea di un'identificazione del fenomeno obbligatorio con il modello concettuale della garanzia¹³. È questo il secondo asse portante della sua dottrina, certamente da vedersi in connessione stringente con quanto appena evidenziato nel porre attenzione sulla relazione tra obbligazione e azione.

Giusta queste due premesse, è chiaro che il vincolo obbligatorio viene a ridursi di fatto a un'esposizione di responsabilità; è esattamente in questa prospettiva che Betti enfatizza il passaggio nevralgico dall'eterogaranzia all'autogaranzia (nonché quindi dall'eteroriscatto all'autoriscatto), risalente all'origine dell'*obligatio* romana¹⁴. Per Betti, è quel momento genetico a raccontare in modo veritiero l'essenza stessa dell'*obligatio*: nel modello della garanzia è da vedersi la cifra esatta del fenomeno che intende descrivere.

¹⁰ Il passaggio, tratto da *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, è ripreso e commentato da B. TROISI, *Le obbligazioni naturali alla luce del concetto bettiano di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, ne *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di diritto Privato*, a cura di G. Perlingieri e L. Ruggieri, I, Napoli, 2019, p. 99 ss.

¹¹ In modo assai chiaro, BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 46 ss.

¹² BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, in specie p. 143 ss.

¹³ In modo quantomai esplicito, BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 32 ss.

¹⁴ BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 47.

Impostazione generale e linguaggio sono, in Betti, ancora quelli propri della Pandettistica, in specie da Brinz in poi. Così, nelle sue pagine è tutto un rincorrersi di riferimenti a *Schuld* e *Haftung*, con netta accentuazione – com'è ovvio attendersi, per quanto appena detto – del momento concettuale dell'*Haftung*¹⁵.

Se quella descritta è la cornice di riferimento, coerente risulta che per Betti la prestazione venga a rappresentarsi nei termini di un onere: dunque, il comportamento debitorio mai potrebbe dirsi di per sé dovuto¹⁶. Quel che conta è che quel comportamento sia in grado di esimere il debitore rispetto alla condanna. Adottata la prospettiva processuale – *rectius* quella dell'esecuzione – l'obbligazione romana conduce a un'esposizione di responsabilità tale per cui il comportamento del debitore rileva in tanto in quanto la sua esecuzione – come tale non astretta dal vincolo obbligatorio – evita al debitore, una volta convenuto in giudizio, che su di lui si abbattano gli esiti della *condemnatio*; la quale *condemnatio* nel processo civile classico è, come si sa, di natura pecuniaria¹⁷. L'impianto di Betti appare limpido e fascinoso: le sue architetture ricordano certe audaci forme del razionalismo di quegli anni.

Vorrei ora svolgere tre osservazioni a margine, per ciascuna delle quali mi limito a un rapido cenno.

Anzitutto, non deve sorprendere che Betti, il quale nella rappresentazione che in genere se ne offre campeggia come il dogmatico per eccellenza, sul tema dell'obbligazione romana adotti certamente un linguaggio dogmatico-pandettistico ma, in definitiva, addivenga a esiti piuttosto lontani da quelli ortodossi; l'obbligazione non è intesa come il vincolo giuridico che impone un comportamento dovuto, ossia «il diritto di esigere l'esatto adempimento della prestazione dovuta sin da principio»¹⁸, bensì gli approdi cui giunge Betti sono, per taluni versi, sorprendentemente vicini a quelli tratteggiati da Hägerström¹⁹. Quello di Betti resta, di

¹⁵ Si veda, per esempio, BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 3 ss., nonché ID., *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 81 ss. e nt. 1, ove è ricostruita la letteratura tedesca (e, in minor misura, italiana) intorno alla nozione di *Haftung*.

¹⁶ BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 141 ss.; ID., *La struttura*, cit. nt. 4, p. 44. In argomento, C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2011, p. 215, nt. 156, p. 238 ss. e nt. 197.

¹⁷ BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 144 ss.

¹⁸ BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 149.

¹⁹ BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 72.

fatto, dogmatismo, però lo è talvolta in senso eterodosso.

In secondo luogo, è da osservare che, nel definire la sua rappresentazione del fenomeno obbligatorio romano, Betti traccia alcune linee ricostruttive dalle quali il dibattito romanistico non avrebbe più potuto prescindere.

Con alterne vicende, la costruzione bettiana avrebbe attraversato i decenni successivi, finendo per offrirsi come un modello di riferimento, da condividere o rigettare, ma sempre da discutere. Negli anni recenti, tra i lavori più impegnati sul tema dell'obbligazione romana spiccano quelli di Raimondo Santoro: e non v'è dubbio che in quelle pagine si avverta immanente, specie in punto di immedesimazione dell'obbligazione con l'azione, un impianto di ispirazione fundamentalmente bettiana²⁰. Ma si pensi poi alle riflessioni di Riccardo Cardilli: anche qui è costante il confronto con le posizioni bettiane²¹. È, questa, una riprova dell'attualità dell'inattuale Betti?

Da ultimo, è da dire che la nostra giurisprudenza non ha mai cessato, nei decenni successivi, di utilizzare segmenti di pensiero bettiano, oppure intere sue strutture, allo scopo di accreditare l'una o l'altra soluzione.

Il terreno di più fertile coltura del patrimonio concettuale e del linguaggio di Betti si è rivelato nel tempo quello delle garanzie della vendita; la visione di un'obbligazione tutta incentrata sulla *Haftung*, la quale non lascia spazio logico per un comportamento dovuto, è andata a definire – anzitutto a livello di parole – il regime delle garanzie della compravendita, la regina dei contratti²². È come se, facendo leva

²⁰ R. SANTORO, *Per la storia dell'obbligatio*, I, Palermo, 2020; si veda anche ID., *Per la storia dell'obbligatio*. Il 'indicatum facere oportere' nella prospettiva dell'esecuzione personale, in «Juris antiqui historia», I, 2009, p. 63 ss.

²¹ Si veda R. CARDILLI, *Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016.

²² Sull'idea di *Haftung ohne Schuld*, soprattutto A. V. BRINZ, *Der Begriff 'obligatio'*, in «Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», I, 1874, p. 11 s.; ID., *Lehrbuch der Pandekten*², II.1, Erlangen, 1879, p. 1 ss.; O. V. GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910; G. PACCHIONI, *Concetto e origini dell'obbligatio romana*, in F.K. V. SAVIGNY *Le obbligazioni*, trad. it. di G. Pacchioni, I, Milano-Napoli-Palermo-Roma, 1912, p. 507 ss. Per l'innesto di quelle riflessioni nella cornice delle garanzie della vendita, L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», 1953, I, p. 3 ss., e E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, II, Berlin, 1958, p. 104 ss.; in tempi più recenti, cfr. la messa a fuoco di L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, p. 115, nt. 9; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo*, in «Europa e diritto privato», 2003, p. 524 ss.; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel*

sull'identificazione del fenomeno obbligatorio con il modello concettuale della garanzia, proprio l'ambito tematico della vendita fosse quello rivelatosi poi più disponibile a ricevere la proposta bettiana. Per averne una recente riprova, basti pensare all'argomentazione che la discussa pronuncia a Sezioni Unite del maggio del 2019 ha messo in campo con l'obiettivo di differenziare il regime dell'onere della prova posto a carico del compratore che intenda far valere i vizi del bene venduto, rispetto alla disciplina generale della responsabilità contrattuale²³.

Nell'insieme, si potrebbe aggiungere che quello incentrato sul profilo dell'*Haftung* è un modello concettuale che oggi appare, entro lo scenario vasto del diritto privato europeo, nel suo complesso recessivo se posto a raffronto con quello improntato sull'idea del *duty to perform*, ossia del dovere di comportamento imposto al debitore²⁴. Ma tant'è, quest'ultima è un'osservazione che ci condurrebbe davvero lontano.

4. *L'itinerario di pensiero di Betti, in direzione di una dogmatica generale (contemporanea)*

Dianzi ho fatto riferimento alla dinamica interna al pensiero bettiano, con riguardo specifico al tema dell'obbligazione e dell'azione, entro l'arco dei decenni successivi alla pubblicazione dei due scritti su *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* e su *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*.

È ora da chiedersi, più esattamente, quale traiettoria dogmatica ne risulti descritta.

diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo, in «Europa e diritto privato», 2004, p. 1051 ss.

²³ Il riferimento è a Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, ne «I Contratti», 2019, p. 373 ss., con nota di T. DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, da vedere assieme ai contributi, convergenti nelle linee di fondo, di S. PAGLIANTINI, *Redibitoria ed onere della prova nel canone delle S.U.: ritorniamo ad Ascarelli*, ne «Il giusto processo civile», 2020, p. 101 ss., e di R. MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio*, in «Rivista di diritto civile», 2020, p. 442 ss., l'uno e l'altro con ampi riferimenti di letteratura.

²⁴ Nella chiave dei modelli, DALLA MASSARA, *Ancient and modern legal models of buyer's protection against the material defect of goods*, in «Osservatorio del diritto civile e commerciale», 2017, p. 197 ss.; ID., *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in «Contratto e impresa/Europa», 2012, p. 838 ss.

Nei volumi del convegno camerte del 2018, l'amico Salvatore Boccagna ha osservato come Betti avesse messo in atto un sostanziale mutamento di rotta in tema di concezione dell'azione, dall'adesione alla teoria chiovendiana alla «successiva configurazione dell'azione come diritto affatto indipendente dall'effettiva esistenza della situazione giuridica fatta valere in giudizio»²⁵: credo che l'osservazione di Boccagna sia del tutto fondata, se si presta attenzione alle posizioni assunte dal Betti processualcivilista.

L'impressione è, in realtà, che dal diritto romano Betti ricavasse la spinta per affinare la sua concezione con riguardo a obbligazione e azione nella prospettiva del contemporaneo, quasi che il diritto romano fosse da lui preso a riferimento per lo più quale momento di rappresentazione di una tesi cui contrapporre l'edificazione di un modello nuovo, per antitesi.

È, in effetti, un procedere dialettico quello che lo spinge a una concezione originale, ossia quella elaborata con attenzione alla dogmatica del processo civile vigente. Al centro dei suoi interessi era venuta a collocarsi in modo sempre più assorbente la dogmatica processualcivilistica, rispetto alla quale il diritto romano andava a svolgere un ruolo costruttivo soprattutto in quanto materiale di contrasto; certo, l'attenzione per il pensiero dei giuristi romani rimane, però cooperante a una nuova e ambiziosa elaborazione di carattere teorico-generale.

In questa prospettiva, è noto che il lavoro su *Ragione e azione*, pubblicato sulla *Processuale* del 1932, venne a rappresentare un autentico punto di svolta: lì si coglie con pieno nitore l'architettura del Betti degli anni Trenta²⁶. Gli approdi raggiunti in *Ragione e azione* sono quelli che segnano una svolta verso posizioni piuttosto lontane dall'idea di un'azione pensata in concreto, addirittura indistinguibile dall'obbligazione; quella stessa idea di cui – stando a Betti – si trovava testimonianza nelle fonti romane.

Invece, nella ricostruzione di *Ragione e azione*, tra il diritto e l'azione si colloca – per l'appunto – la *ragione*. Per dirla con le parole di Betti, al centro è «la ragione fatta valere, come affermazione destinata a giustificare il provvedimento richiesto, salva la dimostrazione della sua fondatezza di fatto». Ecco il passaggio nodale: l'azione spetta non soltanto a chi è il titolare del diritto, ma anche a chi non ne è titolare.

²⁵ Così S. BOCCAGNA, *Emilio Betti processualista*, ne *L'attualità del pensiero di Emilio Betti*, I, cit. nt. 10, p. 18.

²⁶ BETTI, *Ragione e azione*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1932, I, p. 205 ss.

Il tema si presenta vastissimo, né potrebbe essere affrontato in questa sede. Vale la pena soltanto notare che siamo negli anni Trenta e che l'intonazione generale del discorso è mutata in considerazione della maggiore pervasività del diritto che promana dallo Stato. Quanto ai profili interni alla dialettica tra ragione e azione, qui mi limito a fare un rinvio alle limpide pagine redatte da Proto Pisani nella prospettiva di un'analisi delle questioni collegate alla trascrizione della domanda²⁷.

Ampia – si diceva – è la distanza rispetto all'impostazione schiettamente concretizzante del Betti della prima maniera. Se si guarda al tema dell'obbligazione e dell'azione nei termini di una dogmatica generale, il pensiero di Betti compie quindi un evidente movimento: nel complesso, è innegabile la torsione in senso astratto dell'azione²⁸. Dove si colloca, però, il punto di arresto di questo movimento di allontanamento rispetto alle posizioni dapprima elaborate sulla base del diritto romano? Il limite emerge allorché Betti fa entrare in gioco «il grande Leviatano», il quale «tende ad accentrare in sé tutta la potenza materiale della società e a provvedere in conseguenza, come a suo compito esclusivo, all'attuazione delle norme giuridiche ch'esso pone»²⁹.

È di nuovo la lettura della *Prefazione alla Teoria generale delle obbligazioni* del 1953 che ci consente di cogliere nel modo più preciso le posizioni: lì Betti afferma che, da un lato, c'è lui e, dall'altro lato, c'è Carnelutti. Nel giro di poche righe Betti riesce a ridurre molte e assai articolate questioni al loro nocciolo fondamentale, quasi collegando quelle due opposte visioni alla forza di uno slogan: mentre Carnelutti sarebbe stato il pubblicista, lui, Betti, sarebbe stato sempre e orgogliosamente un privatista³⁰. Era un modo efficace per dire che Betti non avrebbe mai aderito alla concezione, astratta e troppo concessiva verso la preminenza dello Stato, quale era stata elaborata da Carnelutti. Era una sintesi assai icastica dei due contrapposti modelli concettuali.

Quasi senza accorgercene, il discorso ci ha ricondotti allora all'immagine del Betti cupo e deluso, di cui dicevo all'inizio. Come abbiamo visto,

²⁷ Cfr. A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, in specie p. 60 ss.

²⁸ Cfr. C. NITSCH, *Il giudice e lo storico. L'esperienza del giudizio nel 'cattivo avviamento' dei tempi*, in *Parti e giudici del processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino e C. Masi Doria, Napoli, 2006, in specie p. 601 ss.

²⁹ BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 28.

³⁰ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. nt. 2, p. 4.

nella *Prefazione* del 1953 Betti lamentava che la «problematica costruttiva» da lui proposta trent'anni prima non fosse stata oggetto di vaglio sufficientemente attento da parte degli studiosi; però agli occhi di Betti, in mezzo a tanto silenzio, ancor di più spiccava la «onorevole eccezione» rappresentata da Francesco Carnelutti. Con ciò, Betti alludeva al fatto che Carnelutti avesse dedicato, in *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, pubblicato negli *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, nel 1927, un approfondimento delle sue stesse idee.

Il richiamo di Betti alla polarizzazione tra privato e pubblico induce a una breve digressione. Se Betti si era affidato a quell'antica dialettica tra le due *positiones* del diritto – per usare il linguaggio ulpiano – con l'obiettivo di tracciare una linea di demarcazione tra i diversi modi di concepire il fenomeno dell'obbligazione e quello dell'azione, è da dire che in quegli anni gli studiosi del processo civile, nell'insieme, stavano affrontando in modo più o meno consapevole una riflessione sul loro posizionamento. Lo stesso Carnelutti, provenendo da studi di diritto commerciale, era approdato all'Università di Padova per insegnare il diritto processuale civile, cosa che avrebbe fatto dal 1915 fino agli anni Trenta: e lì era andato a collocarsi in quello che si chiamava Istituto di diritto pubblico: il medesimo nel quale in seguito sarebbe giunto Enrico Allorio, allievo di Betti dei tempi in cui quest'ultimo si trovava a Milano, ove si era trasferito nel 1927. Dunque, la polarizzazione tra il Betti privatista e il Carnelutti pubblicista, per come prospettata da quest'ultimo, assume un significato ancora maggiore allorché inquadrata in una vicenda più ampia; si tratta di una vicenda che – potremmo dire – ha plasmato il pensiero giuridico, nonché perfino le architetture e gli spazi delle nostre Università.

5. *Una lente di lettura dei problemi che si collegano all'obbligazione e all'azione: l'esigibilità*

Vorrei ora sviluppare il seguito del mio discorso focalizzando l'attenzione sul tema dell'obbligazione e dell'azione attraverso una peculiare lente di lettura impiegata da Betti, ossia quella dell'esigibilità. In effetti, tra l'obbligazione e l'azione v'è uno specifico spazio di adiacenza, in relazione al quale si richiede all'interprete una valutazione di quanto il creditore sia legittimato a pretendere dal debitore.

Al momento concettuale dell'esigibilità Betti dedica alcune preziose riflessioni: in specie, le pagine più esplicite in argomento sono quelle de *Il concetto*, tanto in sede programmatica allorché egli procede a indicare il *Motivo del presente studio*³¹, quanto poi nel cuore della sua argomentazione³²; quelle medesime pagine possono essere lette invariate, quasi a rappresentare l'architrate del ragionamento, anche nella *Teoria generale delle obbligazioni*³³.

Come dicevo in precedenza, il discorso generale di Betti fa leva sulla contrapposizione tra il modello del diritto romano classico e quello odierno: il che è reso esplicito nel titolo del capitolo *Inesigibilità del debito primario nell'obbligazione romano-classica. Confronto con l'obbligazione moderna*.

Pare a me che l'esigibilità si presti a rappresentare un terreno particolarmente prezioso per un confronto tra obbligazione e azione, nella cornice del processo classico romano e in quella del contemporaneo: le parole di Betti ci inducono allora a un raffronto incrociato, per così dire.

Già per quanto visto sopra, l'idea di Betti è nel senso che la qualificazione di esigibile – ovvero di inesigibile – sia da valutarsi esclusivamente in relazione al processo. Seguendo il ragionamento esplicitato ne *Il concetto*, è da credere che nel processo classico romano la coercibilità del comportamento debitorio per Betti assuma una valenza del tutto atecnica: il debitore sarebbe astretto a un certo comportamento soltanto nel senso che egli con l'adempiere evita una sanzione, qual è rappresentata dalla *condemnatio* pecuniaria; ancor più precisamente, egli così si sottrae a un'esecuzione³⁴.

Affiora, sullo sfondo, il tema più ampio – e quantomai bettiano – della responsabilità e dell'autoresponsabilità. Il debitore risponde con il proprio patrimonio per la mancata esecuzione, senza che mai un suo comportamento possa dirsi direttamente coercibile. Ecco, allora, la centralità della domanda: cos'è esigibile?

È noto come, nell'impostazione contemporanea, la predicazione di esistenza ovvero di inesistenza del credito sia tenuta distinta rispetto a quella di esigibilità ovvero di inesigibilità; in estrema sintesi, va detto che oggi la dottrina tende a collocare a monte una valutazione intorno alla circostanza che l'obbligazione esista, mentre soltanto a valle interviene il

³¹ BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 5.

³² BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 141 ss.

³³ Si veda, in specie, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. nt. 2, p. 94 ss.

³⁴ Nella maniera più limpida, BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 141.

tema della qualificazione in termini di esigibilità ovvero di inesigibilità³⁵.

Radicalmente differente è l'impostazione che Betti ricava dai giuristi romani: l'idea-guida, per lui, è quella stando alla quale il debitore può adempiere sempre e soltanto volontariamente; in questo senso, non si dà alcuno spazio concettuale per configurare l'esigibilità di un comportamento dovuto.

Per vero, se si presta attenzione in specie alle pagine de *Il concetto*, ma anche a quelle de *La struttura*, bisogna riconoscere che Betti lavora ben poco con le fonti. Anzi, molte delle affermazioni ivi leggibili suonerebbero oggi difficilmente accettabili: abbondano le generalizzazioni, la più ricorrente delle quali attribuisce a «i Romani» l'uno o l'altro pensiero³⁶.

Una maggiore attenzione alle fonti Betti dedica ne *La struttura*, specie nella parte in cui sono presi in considerazione i testi di Gaio 3.180 e 3.181³⁷. Dapprima egli evidenzia le diverse vicende dell'obbligazione in relazione alla *litis contestatio*, quindi osserva che con la *litis contestatio* viene meno il *dare oportere*; per Gaio, *litis contestatione dari oportere desiit*, mentre quel che resta dopo la *litis contestatio* è soltanto un'obbligazione naturale. In relazione a ciò, Betti avverte che le parole *desiit* e *desinere* vanno intese *cum grano salis*, in specie sotto l'aspetto dell'esigibilità. Occorre allora chiedersi cosa venga a cessare, giusta le premesse poste sopra, ossia fermo che l'adempimento della prestazione rileva in sostanza nei termini di un onere, eseguito il quale il debitore convenuto possa evitare per sé gli effetti della *condemnatio*.

Nella prospettiva integralmente processuale di Betti, occorre prestare primaria attenzione a un paio di aspetti.

In primo luogo, Betti muove dalla premessa che la condanna nel processo classico romano è sempre pecuniaria: pertanto, la prestazione non è mai esigibile in quanto tale; da qui si ricava l'assimilazione della prestazione all'onere. La prestazione viene in rilievo in vista dell'obiettivo di sottrarsi alla condanna (pecuniaria), mentre non potrebbe mai vedersi in diretta correlazione rispetto a un obbligo.

In secondo luogo, su questa stessa premessa s'innesta il ragiona-

³⁵ Per un inquadramento, si può vedere P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, in «Diritto e giurisprudenza», 1969, p. 699 ss., nonché O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 9 ss.

³⁶ Per esemplificare, BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 6.

³⁷ BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 5 ss.

mento che Betti sviluppa intorno al rilievo della *litis contestatio*. Con precipuo riguardo a Gaio 3.180, Betti osserva che la *litis contestatio* risulta novativa dell'obbligazione inadempita, quella per la quale il giudizio è stato radicato. Quindi Betti rileva che la *litis contestatio* non ha per effetto l'estinzione totale dell'obbligazione primaria; tale obbligazione si estingue «quale obbligo di prestazione». Occorre di nuovo por mente alla fonte gaiana, nella quale si afferma che *litis contestatione dari oportere desiit*. Per Betti, si deve dire che l'obbligazione «sopravvive al di fuori del processo quale semplice debito, per vero non esigibile contro la volontà del convenuto, ma tuttavia da lui pagabile volontariamente, riconosciuto dalla giurisprudenza soltanto a questo limitato effetto giuridico».

Proprio a quest'altezza s'innesta il tema dell'obbligazione naturale: come bene ha osservato Bruno Troisi³⁸, per Betti resta sempre necessario che con la norma giuridica sia messa in relazione la sanzione. Quindi, quando si parla di obbligazione naturale, norma è da intendersi soltanto quella che stabilisce la *soluti retentio*. Betti avverte come fondamentale l'aspetto dell'ordinamentarietà della norma, giacché il rischio è invece quello di far entrare nel sistema norme scarsamente controllabili.

Torna a collegarsi a ciò il tema della responsabilità e dell'autoresponsabilità³⁹, che in Betti si percepisce come autentico basso continuo del suo ragionare. Un'efficace sintesi del suo punto di vista si coglie nella constatazione che il «debito primario, come debito senza responsabilità, non viene dedotto in giudizio, cioè afferrato dal rapporto processuale, assorbito entro il circolo del processo, bensì ne resta al di fuori». Quindi il debito, in quanto tale, rimane al di fuori dal perimetro del processo. La questione si risolve allora nel senso che con la *litis contestatio* non si realizza affatto una novazione; con la *litis contestatio*, ciò che si verifica è soltanto la «conversione della responsabilità inerente alla *obligatio* fatta valere in processo»; ma non più di questo: si tratta di una mera «rassomiglianza esteriore» rispetto alla novazione. L'unico piano che si reputi coinvolto è, invece, quello della responsabilità. Quando Betti

³⁸ TROISI, *Le obbligazioni naturali*, cit. nt. 10, p. 99 ss.

³⁹ Nel prisma della responsabilità e dell'autoresponsabilità vi è lo spazio per una rilettura complessiva del fenomeno obbligatorio, come dimostrano le pagine di A. DI MAJO, *Dominio e relazione nell'obbligazione*, in «Europa e diritto privato», 2021, p. 193 ss.; vd. anche L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in «Teoria e storia del diritto privato», 2019, XII, p. 1 ss. In argomento di responsabilità e autoresponsabilità si attende il lavoro di G. Santucci, che è di prossima pubblicazione per i tipi de Il Mulino, nella Collana *Atlante della cultura giuridica europea*.

forgia il suo modello di pensiero, lo fa con precipua attenzione al punto di giunzione tra l'obbligazione e il processo, dunque proprio con riguardo all'esigibilità.

Siamo tornati allora alla domanda, da vedersi nella sua radicalità: cos'è esigibile? La domanda è difficile e contiene in sé un'evidente sostanza speculativa.

La risposta di Betti emerge già dai ragionamenti sviluppati fin qui: in estrema sintesi, il comportamento che può esigersi rimane al di fuori del processo, quindi anche al di fuori dell'obbligazione; inoltre, rispetto a quest'ultima, la *litis contestatio* non è affatto novativa. Di fronte a un ragionare così ricco, netta è la sensazione di essere a cospetto di un modello di pensiero tipicamente bettiano: e ciò deve intendersi a misura che l'esigibilità rientra nel novero delle idee che avocano al giurista la prerogativa di una significativa e ampia valutazione. Va da sé che il parallelo che viene in mente è quello con la fortunata figura della meritevolezza; certo, se quest'ultimo si è poi rivelato un autentico tempio della dogmatica novecentesca, costruito per buona parte sulla base del pensiero bettiano, intorno all'esigibilità l'elaborazione appare invece tutto sommato limitata, in Betti quasi embrionale.

Però è evidente che la preoccupazione primaria è quella di scolpire, ancora una volta, un modello concettuale. La cosa non stupisce affatto: già in sede di *Prefazione* alla prima edizione de *La struttura* dell'obbligazione – siamo dunque nel 1919 – Betti aveva espresso un preciso ordine di priorità, quando aveva osservato come «la questione del concetto debba avere la precedenza su quella della genesi»⁴⁰, così giungendo a concludere che «è indispensabile fissare prima quali siano i caratteri propri costituenti la struttura dell'obbligazione nel diritto romano classico e fin dove possibile nel diritto romano arcaico».

6. *L'esigibilità, da intendersi nel senso di Betti, alla prova della mora*

È ora da chiedersi quale contributo sia in grado produrre la lente di lettura proposta da Betti, allorché si tratti di affrontare le questioni giuridiche nella loro concretezza.

La migliore palestra è quelle che ci viene offerta dai passi dei giuristi romani. È opportuno soffermare l'attenzione anzitutto su un testo nel

⁴⁰ Così BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. V.

quale Quinto Cervidio Scevola sta annotando Giuliano:

Scaev. *apud* Iul. 22 *dig.* D. 2.14.54: *Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intellegitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.*

Di questa testimonianza mi sono occupato piuttosto di recente, all'interno di un ragionamento che avevo sviluppato facendo centro sulla relazione tra *pactum de non petendo* e mora; quel contributo è confluito negli *Studi* dedicati alla memoria di Carlo Augusto Cannata, il quale sul tema della mora aveva detto parole preziose⁴¹.

Ebbene, qui è sufficiente osservare che il testo di Scevola evoca un patto di non chiedere, messo alla prova del perimento dell'oggetto della prestazione: in specie, lì era morto lo schiavo che aveva costituito oggetto della prestazione di dare. Il dubbio che emerge è se il debitore sia o meno in mora, giacché la mora era intervenuta dopo il patto di non chiedere⁴². Evidente è che il problema si pone proprio perché prima era intervenuto il patto e soltanto dopo si erano verificati i presupposti della mora.

Il passo evidenzia, come lucidamente aveva notato Cannata, un problema che – con terminologia moderna – definiremmo di esigibilità.

La domanda che sorge è se il patto di non chiedere renda inesigibile la prestazione: si badi che qui non viene in discussione l'esistenza dell'obbligazione; il dubbio riguarda, invece, proprio la circostanza che l'obbligazione produca o meno gli effetti che normalmente da questa scaturiscono sul piano della mora. V'è spazio per credere che la conclusione del patto incida esattamente su quel punto di giunzione, tra l'obbligazione e il processo, che abbiamo identificato nell'esigibilità.

Un percorso di ragionamento sull'interferenza tra *pactum de non petendo* e mora, nella prospettiva dell'esigibilità, ci condurrebbe a considerare vari altri testi: non li esamino qui, limitandomi invece a rinviare per

⁴¹ Cfr. DALLA MASSARA, *Sulla relazione tra 'pactum de non petendo' e mora: ovvero riflessioni liminari tra obbligazione e azione*, in *Studi in ricordo di Carlo Augusto Cannata*, a cura di L. Garofalo e L. Vacca, Napoli, 2021, p. 205 ss., sul passo, p. 219; con attenzione al medesimo testo, C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, p. 102.

⁴² Ultimamente, il testo di Scevola è stato reso oggetto di attenzione da parte di G. ALBERS, *'Perpetuatio obligationis'. Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 2019, p. 253, nt. 45, nonché p. 243 ss.

intero alle pagine nelle quali me ne sono occupato⁴³.

Quel che mi basta evidenziare è che le fonti sembrano restituirci i profili generali di un dibattito, in seno alla giurisprudenza romana, nel quale erano a fronteggiarsi due opinioni: da un lato, si collocava la posizione presumibilmente riferibile a Giuliano; dall'altro lato, era riconoscibile l'opinione di Scevola e di Marcello. Ebbene, nell'ottica suggerita da Emilio Betti, il dilemma fondamentale si presenta nei termini seguenti: per un verso, si potrebbe immaginare l'operatività del patto di non chiedere soltanto sul piano dell'azione; per altro verso, l'operatività del medesimo patto sarebbe collocabile tanto sul piano dell'azione quanto su quello dell'obbligazione. In questo secondo caso, l'obbligazione potrebbe dirsi non esigibile.

È opportuno tener conto che la prospettiva entro la quale si snoda un discorso così impostato è quella dell'eccezione (giacché a venire in rilievo nel passo è il patto che la genera), non già dell'azione; eccezione che, dunque, sarebbe in grado di rendere inesigibile l'obbligazione. Però resta chiaro che la questione è proprio quella che aveva nella mente Betti: i problemi ricevono l'una o l'altra soluzione sulla base di una definizione della relazione intercorrente tra l'obbligazione e l'azione.

Per una più limpida messa a fuoco di molti problemi, sembra utile

⁴³ Si veda Marc. 20 dig. D. 46.3.72.1: *Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videamus, an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub condicione promisisti, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.* Ulp. 7 disp. D. 46.2.14 pr.: *Quotiens quod pure debetur, 'novandi causa' sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit. et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.* Ulp. 46 ad Sab. D. 45.1.29.1: *Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat. movet quaestionem, quod stipulatus hominem plerumque meum video: non valet autem huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. et constat, si quidem ita stipulatus sim: 'quod ex causa conditionis dare facere oportet?'; stipulationem valere: si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. quod si postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condicione Marcellus ait: quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea condicione est, ut evanescat conditio propter stipulationem.* Iul. 52 dig. D. 45.1.56.8: *Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi sub condicione promiserit et is pendente condicione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero, nec Seius existente condicione obligetur: at si Titio acceptum fecissem, Seius existente condicione obligari potest. idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Seius obligaretur: acceptilatione interposita superest homo, quem Seius promiserat.* Con riguardo a questi testi, DALLA MASSARA, *Sulla relazione tra 'pactum de non petendo' e mora*, cit. nt. 41, p. 220 ss.

ricorrere alla schematizzazione proposta da Hans Reichel nel suo celebre lavoro sul *pactum de non petendo*⁴⁴: il patto di non chiedere opera sul piano pretorio, non già su quello dell'*obligatio*; su quest'ultima, invece, sarebbe in grado di incidere soltanto l'*acceptilatio*. Dunque, in presenza di *pactum de non petendo*, ferma restando l'esistenza dell'obbligazione, qualora si reputi che l'eccezione operi soltanto sul piano dell'azione, secondo il modello giuliano, non vi sarebbe alcuna incidenza del patto in ordine al regime applicabile, sotto il profilo degli interessi di mora e del *periculum*. Qualora si adotti invece il modello di pensiero alternativo, ossia quello di Scevola e Marcello, l'eccezione arriverebbe a toccare il piano dell'obbligazione: di conseguenza, si evidenzerebbe la rilevanza del patto sotto il profilo del regime del *periculum* e degli interessi.

Ebbene, è certamente orientata in questo secondo senso la visione bettiana. Lo si è visto dianzi: l'obbligazione non è, se non la si intenda in termini di *actio*. Questa era la lezione di Betti, per lo meno quando guardava alle fonti romane.

Tutto ciò detto, viene a porsi un ulteriore – non lieve – problema: è da domandarsi se il patto di non chiedere vada a realizzare un ulteriore effetto di *purgatio morae*. In altre parole, il dubbio è se l'interposizione del patto si riveli capace non soltanto di impedire gli effetti della mora *de futuro*, ma anche di purgare gli effetti della mora che si siano già venuti a maturare. Sul punto, Reichel si era espresso in senso affermativo: per lo studioso tedesco, l'esercizio dell'eccezione incideva in profondità sull'obbligazione, ponendo in *non cale* ogni suo rilievo, per il futuro come per il passato⁴⁵.

A valle delle considerazioni sviluppate in tema di esigibilità, si può osservare che Betti definiva, ne *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* e ne *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, il modello di un'obbligazione da intendersi come coincidente con l'azione; quel modello si presta a rappresentare una chiave di lettura generale, in specie allorché si tratti di affrontare i problemi dell'esigibilità della prestazione: un'obbligazione che non sia esigibile, nel senso che non sia assistita dall'azione, giace su un piano di sostanziale irrilevanza.

⁴⁴ H. REICHEL, *Der Einforderungsverzicht ('pactum de non petendo')*, in «Jhering's Jahrbücher», LXXXV, 1935, p. 1 ss., consultabile in lingua italiana in ID., *Il 'pactum de non petendo'*, traduzione critica a cura di T. dalla Massara e M. D'Onofrio, Pisa, 2018.

⁴⁵ REICHEL, *Il 'pactum de non petendo'*, cit. nt. 44, p. 93 ss.

7. *L'obbligazione inesigibile e la mora*

La visione integralmente processuale dell'obbligazione, per come fu messa a punto da Betti, rappresenta un modello concettuale dal quale possono ricavarsi corollari operativi di immediato impatto in termini di regime. Certo, il discorso qui impostato potrebbe ampliarsi di molto, specie in ragione del fatto che le premesse poste mettono in discussione fin dalle radici l'idea di mora.

Orientato nel senso di una visione del tutto processuale dell'obbligazione è un passo di Paolo, nel quale la mora è pensata in relazione con la possibilità di opporre un'eccezione da parte del debitore convenuto: alludo a Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40, all'interno del quale si afferma *non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*. Già queste poche parole estrapolate dal testo paolino racchiudono una quantità enorme di questioni⁴⁶. Il passo, riguardante nel suo insieme un mutuo oneroso che lascia aperti non pochi interrogativi, fu collocato da Cornelis van Eck tra le *leges damnatae*, di cui si è recentemente occupato Riccardo Fercia⁴⁷. Nella prospettiva specifica delle *usurae*, invece, è Alice Cherchi ad aver proposto una completa ricostruzione dei problemi⁴⁸. In specie, è da chiedersi quali siano gli effetti di un patto aggiunto, il quale avrebbe potuto incidere solamente sull'obbligazione di restituire il capitale oppure anche sulla *stipulatio poenae*. Ulteriori dubbi si legano a specifici profili formulari: così, se è plausibile pensare che l'*actio* con cui si sarebbe potuto agire fosse quella *ex stipulatu incerti*, ci si potrebbe però chiedere se l'eccezione opponibile fosse quella di dolo o piuttosto fosse un'*exceptio non numeratae pecuniae*; oppure, radicalmente, si potrebbe pensare che la cornice fosse quella della *cognitio extra ordinem*, sicché le tecniche formulari risulterebbero tutte superate⁴⁹.

Al di là di molti aspetti controvertibili, la questione centrale è ancora una volta collegata al modo di intendere l'esigibilità. In questo caso, l'intrico risulta assai complesso perché v'è da tenere in considerazione il

⁴⁶ In relazione al tema della mora, cfr. DALLA MASSARA, *Sulla relazione tra 'pactum de non petendo' e mora*, cit. nt. 41, p. 225 s.

⁴⁷ Si veda C. VAN ECK, *Le sette leggi dannate. Ovvero, le croci dei giuristi. Presentazione, traduzione critica e testo* a cura di R. Fercia, Pisa, 2020, p. 65 ss.

⁴⁸ A. CHERCHI, *Studi sulle 'usurae' convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, 2012, p. 41 ss.

⁴⁹ S. TAFARO, *Rec. a A. Cherchi, Ricerche sulle 'usurae' nel diritto romano classico*, Napoli 2012, in «*Studia et documenta historiae et iuris*», LXXXII, 2016, p. 625 ss., in specie p. 628.

profilo dell'accessorietà dell'obbligazione di interessi rispetto all'obbligazione avente per oggetto il capitale: in linea generale, se non è esigibile il capitale, non lo sono neppure gli interessi. Quel che più conta in questa sede evidenziare è, però, che la comprensione dei problemi risulta assai agevolata dalla lente di lettura proposta da Betti: stando a quella lettura, se sia opponibile l'eccezione, per ciò stesso deve escludersi la mora. Il motivo di fondo è – come visto sopra – quello della sovrapponibilità tra l'obbligazione e l'azione.

Per limitare il discorso ai passi che in modo più esplicito corroborano una tal quale impostazione, varrebbe la pena di vedere – accanto al passo di Paolo appena evocato – quello di Scevola nel quale si afferma schiettamente che *nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* (Scaev. 5 *quaest.* D. 50.17.88).

La connessione tra i due testi era già ben chiara allo sguardo di Friedrich Mommsen, il quale osservava: «Dieselbe darf weder *ipso iure* aufgehoben sein, noch auch darf ihr eine Exception entgegenstehen»⁵⁰.

È inoltre utile richiamare qui almeno un altro testo di Scevola per definire il quadro che si sviluppa intorno all'idea di base secondo la quale non sarebbe concepibile la mora ove manchi la possibilità dell'azione:

Scaev. 5 *quaest.* D. 45.1.127: *Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea.*

Si presti attenzione al passaggio *nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*. Le parole sono le medesime del passo sopra citato, Scaev. 5 *quaest.* D. 50.17.88, sicché è da credere che esse rappresentassero la condensazione di una vera e propria *regula iuris*.

8. Betti tra antico e contemporaneo

È a questo punto possibile ricavare alcune conclusioni, tanto sul modo di intendere l'esigibilità quanto – più in generale – sull'atteggiarsi della relazione tra obbligazione e azione.

⁵⁰ Così F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, III, *Die Lehre von der 'Mora'*, Braunschweig, 1855, p. 25.

L'impostazione che Betti aveva suggerito con riguardo all'obbligazione romana ci ha condotto a guardare al panorama dei problemi adottando un punto di osservazione originale.

La visione di Betti, la quale tende all'identificazione tra il piano sostanziale dell'*obligatio* e quello processuale dell'*actio*, rappresenta un vivido modello di pensiero: la sua preoccupazione – come di consueto – è orientata principalmente nel senso di fornire un'elaborazione dogmatica dei problemi.

Oggi apparirebbe perfino anacronistica una discussione sulla fondatezza romanistica delle opinioni di Betti: molte ed evidenti sono le generalizzazioni del suo discorso, sicché sarebbe velleitario procedere ad altrettante confutazioni; si tratterebbe di tentare una rincorsa impossibile su un terreno che non era quello di Betti. Invece, i benefici che possono ricavarsi dalla lettura di Betti sono quelli che possono cogliersi quando l'interprete intenda lumeggiare i problemi che lo occupano avvalendosi di lampi di autentica originalità; le pagine di Betti sono preziose per chi voglia osservare le cose con occhiali diversi.

Nella specie, il grande flusso del pensiero giuridico europeo intorno all'obbligazione e all'azione ha generato nei secoli una stratificazione assai complessa: talune idee hanno percorso lunghi tratti come un fiume carsico.

Quella che Betti fa propria e porta fino alle estreme conseguenze è una linea di pensiero che ebbe nella storia punti di emersione di grande significato. Si pensi alla Glossa accursiana, in specie alla gl. *Necessitate* ad I. 3.13 pr.: ... *Et ita secundum hoc nulla obligatio cui opponitur exceptio, definitur hic. Quod verum est, si opponatur exceptio, ideo quia desinit esse vinculum naturale, vel civile*, ove l'idea di fondo è quella del totale depotenziamento della vincolatività scaturente dall'*obligatio*, tanto sul piano degli effetti civili che su quello degli effetti naturali, per l'ipotesi in cui sia opponibile l'eccezione.

Si prenda a riferimento l'idea di *obligatio* che, muovendo proprio da I. 3.13 pr., divenne dominante e paradigmatica tra l'Ottocento e il Novecento, entrando a plasmare la struttura dell'obbligazione per come definita anche nel nostro codice civile: si deve convenire con Betti quando osservava che nell'art. 1218 c.c. è scolpito un «diritto di *esigere l'esatto adempimento* della prestazione dovuta sin da principio»⁵¹. Quindi Betti era perfettamente consapevole del fatto che il modello di pensiero su cui

⁵¹ BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 149.

andava appuntando le proprie riflessioni vantava un nobile passato, ma al contempo era del tutto alternativo a quello attuale. Parlando di *obligatio* romana, per Betti la scelta di attribuire centralità al dovere di comportamento sarebbe stata totalmente sviante; l'idea del vincolo obbligatorio si sarebbe dovuta cogliere, invece, precisamente nell'ottica dell'esecuzione.

È venuto il tempo di concludere.

Dobbiamo immaginare che, nei primi anni Cinquanta del Novecento, fosse un Betti incupito e deluso quello che, ripensando alle idee espresse in materia di *obligatio* tanti anni prima, constatava la propria marginalità entro il dibattito scientifico. A lui però va riconosciuto il merito, indiscutibile, di averci regalato una visione non banale del tema dell'obbligazione e dell'azione. È, quello di Betti, un pensiero antico, nutrito di elaborazioni ricavate dai giuristi romani, ma al contempo significativamente originale.

La sensazione è che, nelle sue pagine, si realizzi una preziosa combinazione tra materiali classici e progettualità contemporanea; l'effetto finale risulta sorprendente e, per certi versi, quasi straniante. È una rappresentazione – se così si può dire – metafisica.

Le immagini che ci lascia Betti ricordano quelle di una tela di Giorgio De Chirico. Betti era nato nel 1890, Giorgio De Chirico invece nel 1888: solo due anni separano il giurista che forse più di chiunque altro ha realizzato costruzioni nuove con materiali antichi e il pittore che ha rappresentato piazze, città, spazi e soggetti che solo apparentemente facevano richiamo all'antichità greca e latina, mentre parlavano di un tempo, muto e sospeso, che è difficile da definire.

Ma è il contemporaneo.