

Augusto Chizzini

L'attualità dell'inattuale

Diritto e processo nel pensiero di Emilio Betti

SOMMARIO: 1. *Dispositio* – 2. Il tema dei rapporti tra diritto e processo nella dottrina – 3. Diritto e processo nel presente assetto costituzionale – 4. Il pensare bettiano dall'*actio* all'obbligazione – 5. Le strutture portanti del sistema nell'attuazione dei diritti – 6. Dalla prospettiva dell'obbligazione – 7. L'attualità dell'inattuale

1. *Dispositio*

È doverosa una precisazione preliminare: un tema dalle tante sfaccettature, che può essere affrontato da diverse prospettive, come quello *Diritto e processo in Betti*, e che rinvia immediatamente al fondamentale *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*¹, per essere in una qualche misura governato e utilmente svolto, richiede un'attenta delimitazione dell'indagine, un'*actio finium regundorum*. Sembra coerente, allora, che

¹ Apparso dapprima in *Studi nelle Scienze giuridiche e sociali della Facoltà di Giurisprudenza di Pavia*, V, Pavia, 1919, p. 97 s., è stato poi di recente ristampato, assieme al contributo di CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* (apparso negli *Studi in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, p. 221 s., poi negli *Studi di dir. proc.*, II, Padova, 1928, p. 191 s.), nel 2006 per i tipi di Giuffrè, sotto la comune titolazione *Diritto sostanziale e processo*, nella collana della Fondazione Piero Calamandrei, con introduzione di N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, p. V s. (a questa rist. viene fatto rinvio nelle citazioni che seguono sia per il lavoro di Betti che per quello di Carnelutti). Cfr. inoltre, per un assai utile inquadramento del tema, le considerazioni di C. CONSOLO, «Diritto sostanziale e processo» in *un ideale dialogo tra Betti e Carnelutti*, in «Rivista di diritto processuale», 2007, p. 361 s. (poi anche in ID., *Passaggiate e passacaglie sul confine tra diritto civile e processuale*, Torino, 2015, p. 613 s.), il quale soprattutto evidenzia come il cuore del confronto tra i due maestri sia riconducibile al tema dell'obbligazione e del modo del suo proiettarsi funzionalmente nell'azione di condanna e nella responsabilità esecutiva, ben diverso tra diritto romano e diritto moderno. Vd. ora anche A. TEDOLDI, «Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori». *Il Pater noster secondo Francesco Carnelutti e la responsabilità del debitore*, Bologna, 2021, spec. p. 55 s.

il tema sia analizzato (e così si limiti) nello spettro delle varie soluzioni che, nella scienza giuridica del suo tempo, si sono proposte con riferimento alla questione dei ‘rapporti tra diritto e processo’, per vedere in quale posizione si colloca l’analisi bettiana e come essa risponda alle sollecitazioni del diritto positivo nel presente. Preme capire, quindi, se il tanto allora controvertere su profili che sembrano oggi spesso così distanti, si rifletta su questioni ancora significative per il presente: e fin d’ora si osserva che il tema si presenta assai attuale, se si è in grado di alzare lo sguardo oltre il contingente, di eliminare quelle incrostature che inevitabilmente recano con sé le vicende umane. Se certo apparirà necessario affrontare, seppur da una assai parziale prospettiva, le difficoltà che si presentano per una (anche solo sommaria) ricognizione storiografica, incardinata su un determinato (e tradizionale) modo d’impostare una qualsiasi *Ideengeschichte*, sarà tuttavia assai più interessante cercare di capire se si possa delineare una ‘rottura epistemologica’ che caratterizzi il pensiero bettiano, rispetto a ciò che la precede, e consenta di ritagliarne un significativo spazio all’interno di quella progressione scientifica che ha coinvolto nel passato il ragionare attorno all’obbligazione e al processo, anche perché la nozione di obbligazione, ancor più di quella di negozio giuridico, è categoria giuridica che più d’ogni altra s’identifica con l’epoca eroica della borghesia ottocentesca con la sua *Weltanschauung* individualista².

E se questo intendimento impone – come non par dubbio – il soffermarsi sulla dimensione teorico-generale che caratterizza l’argomento, a tale riguardo si può iniziare con il dire che è senza dubbio quello dei rapporti tra *Diritto e processo* un tema che, se in un determinato momento storico ha assai appassionato la dottrina, oggi parrebbe essere velato dai caratteri dell’inattuale, un po’ fané alla luce della contemporaneità, dell’onnivoro dibattito sui valori, che tutto sembra conglobare in sé. Invero, sarà tema da intendersi – come si vedrà – non quale mero epifenomeno, o naturale cascame, di quello già ampiamente arato dell’azione; ma esso apparirà essere il tratto ultimo (ma per questo, non meno significativo) del lungo percorso che ha condotto la scienza giuridica ad emancipare il diritto processuale civile dal diritto sostanziale

² Per un efficace richiamo al pensiero di Gaston Bachelard, anche se con preferito utilizzo dell’altra famosa formula di ‘ostacolo epistemologico’, vd. l’ottimo lavoro di P. CAPPELLINI, *Negozio giuridico (storia)*, in «Digesto. Discipline privatistiche», sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 95 s., dal quale si è ripreso anche il riferimento al negozio giuridico e alla sua posizione nel contesto della società ottocentesca (spec. p. 98).

e, di conseguenza, a definire, più o meno precisamente, più o meno convincentemente, il concetto di azione, con quanto ne segue³.

Il quadro d'insieme si mostra assai lineare. In quanto l'uno nasce dal distacco dall'altro, in quanto il processo diviene provincia autonoma rispetto al diritto sostanziale e ad esso si contrappone, in una certa qual misura si ribella, allora si pone una insopprimibile esigenza di definizione dei reciproci confini. Ciò che caratterizza questo dibattito è, in ultima analisi, il bisogno di risistemare il ruolo dei soggetti all'interno di un ordinamento, quindi di una struttura statutale, giacché questi, ordinamento e Stato, nella temperie del positivismo s'identificano⁴.

Per ora basti constatare – limitando ad una sola delle potenziali prospettive d'esame – come emergano le latenti tensioni sottostanti al sistema processuale, o forse meglio allo stesso ordinamento nella sua unicità inteso: tensioni che si possono riassumere, da un lato, nella sempre più accentuata aspettativa al pieno soddisfacimento delle situazioni soggettive tutelate mediante la struttura del rapporto obbligatorio, ove l'interesse materiale – che si potrebbe dire finale – più difficilmente appare surrogabile con il mero equivalente monetario; dall'altro, nella consapevolezza della intrinseca limitazione delle tutele che il sistema processuale si *deve* porre per insuperabili limiti strutturali interni, o si *vuole* porre per ragionate opzioni culturali, in senso ampio assunte⁵. Così, sul piano delle tutele emergono tutte le irrisolutezze che si possono ricondurre alla incessante (e mai appieno soddisfabile) propensione a che il processo – nei noti termini chiovendiani – sia in grado di dare alle parti 'per quanto possibile tutto quello e proprio quello' che hanno diritto di

³ Su tale dibattito, sul significato che esso ha avuto nella formazione della coscienza stessa dell'autonomia del processo rispetto al diritto sostanziale, nonché sulla vigorosa attualità (in quanto il tema venga esaminato dalla corretta prospettiva), sia consentito rinviare a A. CHIZZINI, In dubbio pro libertate. *Note sul pensiero giuridico di Edoardo Garbagnati*, già in «Jus», 2014, p. 23 s., ora in ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, II ed., Torino, 2014, p. 311 s.). Cfr. poi anche ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da F.D. BUSNELLI, 2018, p. 138 s.

⁴ Invero, ancor più oggi si deve avere la forza di opporre quelle scelte che hanno da sempre caratterizzato la cultura occidentale e il formarsi di quella civiltà che la individua, come affermato anche, per esempio, da F. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1989, p. 80 s. e spec. p. 92.

⁵ Si è già affrontato questo tema, nella più limitata prospettiva del rapporto tra patrimonialità della obbligazione-prestazione, azione di condanna e processo esecutivo in CHIZZINI, *Patrimonialità dell'obbligazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in «Il giusto proc. civ.», 2009, p. 659 s.

conseguire in base alla legge sostanziale⁶. Questo rende ragione anche delle più recenti evoluzioni legislative e lo spazio che vanno vieppiù acquisendo quelle che si possono catalogare come forme di esecuzione privata, di cui qualcosa di significativo disse già Emilio Betti e sulle quali si dovrà tornare in chiusura⁷.

2. *Il tema dei rapporti tra diritto e processo nella dottrina*

Si veda il quadro, sviluppando quanto si è appena detto con riferimento alla polemica sull'*actio*⁸. Se il riverbero del tema dell'azione su quello più generale dei rapporti tra diritto e processo emerge con nettezza da più contributi, può essere utile prendere spunto – pur tra le varie che si potrebbero invocare – dalla classica opera di Julius Binder, *Prozeß und Recht*, apparsa a Leipzig nel 1927 (di poco quindi posteriore al noto contributo bettiano su *Il concetto della obbligazione*), il cui sottotitolo esprime se non tutto, molto: *Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*⁹.

Ricerca discutibile certo per tanti profili, senza dubbio tuttavia espressione qualificante di propensioni che caratterizzano un'intera epoca¹⁰. Invero, se si approfondisce un po' lo sguardo, si avverte come già compiuta una radicale rivoluzione rispetto alla *Weltanschauung* ottocente-

⁶ Cfr., anche per i dovuti rinvii alla lezione di Giuseppe Chiovenda, A. PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 77 s. Sul problema della attuazione del diritto nel processo e sulle criticità che presenta la lezione di Chiovenda, cfr. CHIZZINI, *Tipicità e processo civile*, in «Jus», 2020, p. 65 s.

⁷ Comunque si può subito rinviare alla interessante ridiscussione del tema offerto da V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020, p. 33 s.

⁸ Per una disamina, ancora attuale, circa il classico tema dell'*actio*, nella tradizionale prospettiva offerta dalla dottrina, basti rinviare, per l'attuale contesto, a G. PUGLIESE, *Actio e diritto soggettivo*, Napoli, 1939, p. 27 s.

⁹ J. Binder, *Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Göttingen, 1927.

¹⁰ Per una sintesi efficace del pensiero di Binder, vd. il penetrante lavoro (pubbl. postumo, il manoscritto è del 1981) di P. BÖHM, *Prozessidee und Richtermacht*, Wien, 2019, p. 154 s., ove oltre all'esame appunto del pensiero di Binder, si può trovare una efficace discussione critica delle varie concezioni che si sono contrapposte in dottrina circa il modo di ricostruire i rapporti tra diritto sostanziale e processo. Il lavoro di Binder è analizzato criticamente anche da PUGLIESE, *Actio*, cit. nt. 8, p. 12 s.

sca: l'agire del soggetto di diritto che – nel dirla con Rudof von Jhering¹¹ – lotta per il proprio diritto, è ormai degradato a mera *pretesa di tutela*, questo a compimento di un passaggio definitivamente avviato nelle pagine del pur liberale Wach¹². Così, non meraviglia affatto che tutto il primo capitolo dell'opera di Binder sia dedicato all'*actio* nel diritto romano e ai suoi rapporti con l'*obligatio* e che proprio da questo esame egli muova per ricostruire, come noto da una proiezione monistica, i vincoli tra diritto e processo nell'ordinamento positivo¹³.

La priorità storica dell'*actio* sul diritto – già prima ampiamente percepita – diviene ora priorità di ordine logico, pertanto trasferita sul piano dogmatico: il diritto privato, in quanto regolamento di rapporti fra individui, si realizza essenzialmente nella concessione da parte dell'ordinamento di mezzi di tutela coattiva a un privato nei confronti di un altro privato e solo mediatamente, per riflesso, nell'emanazione di comandi, fonte di obblighi e di diritti subiettivi¹⁴. Ne consegue con rigore

¹¹ Vd. R. v. JHERING, *Kampf um's Recht*, nella trad. it., *La lotta per il diritto*, Milano, 1989, p. 125 e 130, ove si sottolinea prima che «l'affermazione del diritto è un dovere verso la comunità», cui segue il corollario che «ognuno è un lottatore nato, per il diritto, nell'interesse della comunità». Su tale concezione, in una ricerca di ampio tratteggio, assai utile per cogliere l'intimo fluire del pensiero nella scienza processuale tedesca in tema di rapporti tra diritto e processo, pur dalla prospettiva dei poteri del giudice, vd. BÖHM, *Prozessidee*, cit. nt. 10, p. 227 s.

¹² Vd. A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechtes*, I, Leipzig, 1885, spec. p. 19 s. (cfr. BÖHM, *Prozessidee*, cit. nt. 10, p. 185 s.). Non vi è certo contraddizione tra quanto osservato in seguito, circa il significato del dibattito dei rapporti tra diritto e processo nella dottrina del tempo e l'affermata indole ancora liberale del pensiero di Wach, in quanto si è già in altra sede evidenziato come il liberalismo del tempo (più o meno consapevolmente) aveva in sé i germi dell'autoritarismo, con quanto ne conseguì nel momento della crisi delle strutture politiche di vecchio stampo liberale, inidonee a governare i grandi cambiamenti della società, come invero solo Franz Klein ebbe modo di percepire appieno, tra i processualisti, all'incipiare del ventesimo secolo (cfr. CHIZZINI, *Pensiero e azione*, cit. nt. 3, p. 150 s. e 311 s.; P. BÖHM, *Die österreichischen Justizgesetze von 1895/96*, in H. HOFMEISTER (heraus.), *Kodifikation als Mittel der Politik*, Wien-Graz-Köln, 1986, spec. p. 59 s.; e i vari contributi raccolti in M. MARINELLI-E.M. BAJONS-P. BÖHM (heraus.), *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, Wien, 2015).

¹³ Sul punto si vedano le puntuali osservazioni di E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito all'esecuzione*, II ed., Roma, 1936, p. 123, nota 1, ove si evidenzia come Binder muova dalla coercibilità quale momento essenziale dello stesso diritto soggettivo per giungere quindi all'unicità dell'ordinamento giuridico, cioè per l'identità tra diritto soggettivo e azione. Cfr. anche *infra*, nt. 84.

¹⁴ Questo profilo è svolto in J. BINDER, *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, apparso in due parti negli «Jherings *Jahrbücher* für die Dogmatik des Heutigen Römischen und

– ed è questo un profilo che interessa in questa sede, perché poi vi si dovrà ritornare – che ciò che vale per i diritti, vale anche per gli obblighi, i quali vedono sfumare la loro natura primaria, risolvendosi nella soggezione alla sanzione, nella *Haftung*: sicché Binder può addirittura negare la nota duplicità di elementi dell'obbligazione, appunto *Schuld und Haftung*, in quanto vede la prima del tutto assorbita nella seconda¹⁵.

Che poi in questo soffi l'aria di una qual manipolazione dell'analisi storica, per giustificare di un certo modo d'intendere il diritto soggettivo nel presente, e questa sia opera concettualmente non del tutto condivisibile (e nemmeno storiograficamente corretta) è altra questione, che non interessa ora affrontare¹⁶. Vi è da notare piuttosto come sia radicalmente

Deutschen Privatrechts», 1927, p. 75 s. e 1927/28, p. 163 s. (cfr. PUGLIESE, *Actio*, cit. nt. 8, p. 12 e 38 s.). Bisogna anche ricordare, per capire il quadro generale, che per J. BINDER, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Leipzig, 1927, spec. p. 61 s., la norma giuridica non regola l'agire dei privati (se non da un punto di vista formale, le leggi invero *spechen zu allen oder zu niemand*), quanto delle sole autorità pubbliche, dal punto di vista materiale, imponendo loro di sottoporre i cittadini a determinati provvedimenti, qualora non tengano il comportamento presupposto dalla norma stessa. Comunque, per avere un'idea generale sul pensiero di Binder, si può utilmente vedere il suo *La fondazione della filosofia del diritto*, Torino, 1945 (trad. di A. Giolitti di *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1935).

¹⁵ Come noto la teoria del c.d. *Schuld und Haftung* si sviluppa nella dottrina tedesca di fatto per uscire dall'impasse che consegue dal correlare il permanere dell'obbligazione originaria in caso di inadempimento al mutamento del contenuto della obbligazione stessa, che appunto muterebbe nel contenuto pur rimanendo se stessa (cfr. B. WINDSCHEID, *Pandette*, II, par. 264 nota 7): sicché si vorrebbe superare il problema appunto formulando un concetto di obbligazione che assuma in sé *ab ovo* sia il debito (attuale) che l'obbligo di risarcimento (in potenza), sicché in caso di inadempimento non si avrebbe una sostituzione dell'oggetto, ma soltanto una trasformazione interna, i cui presupposti preesistevano fin dall'inizio in seno al rapporto (cfr. l'assai interessante illustrazione in chiave storica della romanista M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, pp. 2-3).

¹⁶ Il riferimento è sostanzialmente all'idea che lascerebbe sottintendere come una determinata concezione dell'azione, quale caratterizzava il diritto romano almeno in alcune determinate fasi storiche, possa essere invocata per suffragare una concezione monistica circa i rapporti tra diritto (sostanziale) e processo nella contemporaneità: infatti, per Binder la struttura positiva di un dato ordinamento non avrebbe importanza sotto questo profilo (cfr. PUGLIESE, *Actio*, cit. nt. 8, p. 38). Invero, in tal modo si rischia di fondare la ricostruzione su una legittimazione storica del tutto inesistente, in quanto assai diversi sono i presupposti ordinamentali e costituzionali che qualificano l'affatto peculiare sistema storico-politico nel quale gemmò e crebbe il diritto romano, del tutto diverso da quello attuale. Ed invero, se vi è una indubbia rilevanza nell'attualità del diritto romano, come nel passato, al di là di ogni intrinseca giustificazione in sé della prospettiva storico-culturale, questo sembra dovuto principalmente alla

mutato il quadro d'insieme: solo alcuni decenni prima, per il Brinz¹⁷ – tanto per fare un esempio – se i mezzi di esecuzione forzata appartengono per sé stessi al diritto obiettivo processuale, invero il diritto stesso alla esecuzione forzata, quale *Zwangsvrecht*, correlativo alla *Haftung*, apparterebbe esclusivamente al diritto obiettivo sostanziale, essendo questo e non il diritto processuale la fonte della realizzabilità forzata, della c.d. *Erzwingbarkeit*¹⁸. Il ribaltamento di scena tratteggiato dal Binder è evidentissimo, cambia radicalmente il modo d'intendere il rapporto tra diritto e processo¹⁹.

reiterata omogeneità dei comportamenti dei privati, di un agire che si mostra conforme alla disciplina dei rapporti intersoggettivi quale rappresentata e regolata dalle fonti romanistiche, come tramandate dalla tradizione scritta e orale.

¹⁷ Vd. A. BRINZ, *Obligation und Haftung*, in «Archiv für civilistische Praxis», 1886 (70), p. 388 s. È utile ricordare che per il Brinz, essendo il diritto soggettivo un potere, si dovrebbe giungere alla conclusione secondo la quale il diritto soggettivo e l'azione s'identificano (sebbene residui pur sempre spazio per l'autotutela), sicché *actio* e diritto soggettivo si sovrapporrebbero appieno, nel senso che l'*actio* esaurirebbe l'intrinseco contenuto del diritto (cfr. A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 3^a ed., Erlangen, 1884, p. 311). Ma a parte la questione del diritto soggettivo come potere (assai discussa e non certo ora discutibile), appare insufficiente da quella qualificazione dedurne che il diritto soggettivo sia assorbito dall'azione (come rileva anche E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 25 s. spec. p. 39; cfr. pure ID., *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in «Jus», 1941, p. 550 s.). Si osserva, infine, che se anche Betti vede il diritto soggettivo nei termini di un potere giuridico, quale semplice espressione soggettiva di una norma giuridica (cfr. anche E. BETTI, *Diritto romano*, I, Parte generale, Padova, 1935, p. 71; criticamente vd. GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 40), tuttavia tale profilo non rileva, per le considerazioni che si vanno svolgendo, dato che Betti da quella qualifica non trae l'assorbimento del diritto soggettivo stesso nell'azione, ma tiene ben distinti i due piani (sul collegarsi del pensiero bettiano alla costruzione del Brinz, vd. ora anche TEDOLDI, *Come anche noi*, cit. nt. 1, p. 57).

¹⁸ Così BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 76, nt. 27.

¹⁹ È utile allora sottolineare, per completezza, come per il Binder la *responsabilità* abbia natura *processuale*, in quanto azione e responsabilità sarebbero proprio i momenti caratteristici e qualificanti del diritto soggettivo e dell'obbligo. Come già stato acutamente osservato, egli muove dall'intenzione di qualificare il diritto come potere, ma «se questo risultato è conseguito al prezzo del sacrificio della distinzione tra diritto sostanziale e processuale, è chiaro che la dottrina moderna, troppo cosciente della prevalenza dell'elemento pubblicistico nell'attività di tutela del diritto, non potrà seguire il Binder nel suo romantico appello per un ritorno alla concezione romanistica dell'*actio*. Col suo dogma dell'«unità dell'ordinamento giuridico» e con la sua conseguente concezione monistica di tutte le posizioni giuridiche soggettive, egli sembra dimenticare che l'unità dell'insieme non esclude la diversità dei singoli elementi onde esso è costituito e perciò la necessità di considerarli separatamente, ciascuno per la sua autonomia e secondo la propria essenza. L'unità nel suo senso rigido e meccanico porta

Non è questa certo la sede per approfondire troppo tali profili, interessava solo muovere da una prospettiva per tratteggiare la cornice mediante una sineddoche. Ciò che più conta è notare come tali ricerche siano l'espressione di un indirizzo che caratterizza un'intera generazione di studiosi: si potrebbe pensare alle diverse (spesso contrapposte) prospettive offerte dai contributi prima dello Schultze (1883), il quale peraltro non manca di sottolineare la relatività storica dei rapporti tra diritto e processo²⁰; e poi di Hellwig (1900), infine alle poderose opere di Sauer (1919)²¹ e infine Goldschmidt (1925)²²; per giungere poi – se passiamo alla dottrina italiana – al lavoro già richiamato di Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* (1927), e a quelli di Pugliese, *Actio e diritto subiettivo* (1939), giacché anche questo è lavoro sui rapporti tra diritto e processo pur nella prospettiva romanistica; e chiudere con

logicamente al risultato opposto a quello da lui desiderato, cioè alla negazione del diritto privato»: così LIEBMAN, *Le opposizioni*, cit. nt. 13, p. 127, nota 1.

²⁰ A.S. SCHULTZE, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung. Grundlinien eine geschichtliche Auffassung des heutigen Zivilprozessrechts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere zur Lehre vom sogenannten Gewohnheitsrechts*, Tübingen, 1883, spec. p. 64 s., per il quale il titolare del potere di ottenere l'attuazione del diritto è ancora il privato e non l'organo dello Stato, sul presupposto che scopo ultimo dell'esecuzione forzata è appunto sempre l'attuazione (*Verwirklichung*) del diritto soggettivo (*Privatrecht*). Cfr. BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 7.

²¹ Per K. HELLWIG si veda soprattutto *Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, Leipzig, 1900, p. 1 s. (della rist. 1924); nonché W. SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, I ed., Stuttgart, 1919, spec. p. 58 s. (della II ed. 1929).

²² E questa centralità del tema dell'*actio* emerge in modo ancor più netto – a voler svolgere un altro esempio – proprio dalla ricerca di J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denken*, Berlin, 1925: è pur questo uno studio sui rapporti tra diritto e processo, in una prospettiva per la quale «tutte le relazioni giuridiche vanno messe in rapporto con la futura, attesa sentenza» (cfr. p. 250). E si può aggiungere – sempre con le parole di Goldschmidt – che «è proprio con riguardo all'aspettativa di un'attività e, in ultima analisi, di una sentenza del giudice che va indagata l'essenza di tutte le relazioni che s'individuano con un approccio processuale al fenomeno giuridico»: sicché si coglie bene come una delle 'idee-cardine' di *Der Prozess* si trovi «pure al fondo dell'*actio* dei romani» ossia che «la cosa giudicata è 'Gerichtskraft' ('comando del giudice'): il potere giudiziario assume... la posizione (e la rilevanza) che altrimenti spetta alla norma giuridica». Sicché ricostruendo il giudicato come 'comando del giudice', ne consegue che «coesistono due ordinamenti o sistemi (giuridico e 'giudiziale')», il che «induce a vedere nell'*actio* romana la spia di un raffinamento (seppur imperfetto) del tradizionale (e sostanzialistico) approccio al fenomeno giuridico». Invece, per chi – come appunto Goldschmidt – «ritiene che il metodo processuale sia il più appropriato per l'analisi giuridica, quest'idea è, sul piano sistematico, una pietra angolare» (ancora Goldschmidt., *op. loc. cit.*).

quelli di Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento* (1955), di Garbagnati su *Azione ed interesse* (1955) e Fazzalari, con il suo *Note in tema di diritto e processo* (1957). Negli gli anni Cinquanta l'interesse sembra placarsi, s'affacciano nuove istanze imposte dalla Costituzione, il tutto va ripensato e rimodulato alla luce dei nuovi principi (e forse anche delle tragiche appena concluse vicende politico-sociali).

Ma veniamo alla sostanza delle cose, *in der Sache*. In questa cornice assai intagliata, allora, vi è da estrapolare un primo elemento: il tema dei rapporti tra diritto e processo palesa un meritorio interesse speculativo teso a spostare le questioni a un livello superiore, certo più comprensivo rispetto a quello dell'azione quale impostato dalla polemica tra Windscheid e Muther (tra 1856 e 1857) in poi²³. Emerge la volontà di ricostruire, mediante l'indagine di quei rapporti, non solo la relazione che lega l'affermazione del proprio diritto alla risposta che l'ordinamento predispose (giacché, in estrema sintesi questo è in essenza il tema dell'azione); quanto soprattutto il quadro generale di sistema²⁴ e per questa via delineare la disciplina delle *fonti* in un dato ordinamento: in ultima analisi, il tema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo è un problema di fonti, ossia d'individuazione della norma che deve regolare una data fattispecie, con quanto se ne trae sul piano del diritto positivo²⁵.

Ma, allora, dobbiamo chiederci oggi, prima d'indagare su Betti: cosa caratterizzava e cosa rimane di questo dibattito? Cosa è virente di quel ramo della scienza giuridica e reca ancora frutto, o è tutto tramontato? Questo consentirà d'inquadrare l'insegnamento bettiano, di attribuirgli un adeguato rilievo storico, giacché altrimenti rimarrebbe pencolante nel vuoto.

²³ Cfr. i contributi raccolti in *Polemica intorno all'«actio» di Windscheid e Muther*, Sansoni, Firenze, 1954, con l'importante introduzione di G. PUGLIESE. La traduzione è di E. Heinitz e G. Pugliese. Cfr. per una efficacissima rappresentazione del dibattito lo stesso PUGLIESE, *Actio*, cit. nt. 8, p. 3 s.

²⁴ L'evoluzione della dottrina pandettistica verso la teoria generale è ben analizzata, nel suo retroterra storico culturale, dalla importante opera di P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, II, *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985, spec. p. 329 s.

²⁵ Sul tema delle fonti, si veda (anche per adeguati riferimenti bibliografici) ora la rapida, ma efficace trattazione, di R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, spec. p. 14 s. Le conseguenze applicative sono significative: basti pensare al problema del riparto tra *lex causae* e *lex fori* nel quadro della disciplina del diritto internazionale privato, come per esempio si pone in concreto per l'art. 2932 c.c. (cfr. R. MURONI, *L'azione ex art. 2932. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli, 2018, p. 3 s.).

Il primo sforzo da compiere è, proprio in una prospettiva storicamente orientata, quello di contestualizzare gli eventi. Da un punto di vista generale, infatti, si deve prender atto di come l'assetto sociale e politico sottostante la sistemazione ottocentesca, quindi pandettistica, nel volgere del secolo fosse radicalmente mutato: si dissolve la società dei cittadini tra loro assunti quali pari, la società dei borghesi, ai quali lo Stato deve riconoscere diritti inviolabili, preesistenti all'autorità stessa²⁶. La proprietà era il perno strutturale di quel sistema, non per nulla venne sacralizzata: all'art. 17 della *Declaration* del 1779 si legge che la proprietà è *un droit inviolable et sacré*²⁷. A questo assetto – che era appunto quello in cui ragionavano ancora i pandettisti e che coinvolgeva inevitabilmente anche il modo di concepire l'obbligazione, salve peculiari eccezioni²⁸ – se ne sostituisce uno radicalmente diverso, perché ora tutto s'incentra sullo Stato, sui suoi poteri di determinare l'agire del singolo: questi è solo come mai prima, disperso in una collettività che con difficoltà riesce ad essere comunità (a tal fine bisognerà aspettare la Costituzione del 1948)²⁹.

Solo così si spiega, a ben vedere, come proprio in quegli anni si potesse accanitamente discutere circa i destinatari delle norme giuridiche (cosa in fondo impensabile pochi decenni prima, almeno fino ai primi cenni di Jhering), sicché si vorrebbe che destinatari fossero solo gli organi statali deputati all'applicazione della sanzione³⁰: così i cittadini

²⁶ Sulla vicenda storico-giuridica dei diritti a muovere dalla affermazione dello Stato di diritto fino alla contemporaneità, cfr. le stimolanti considerazioni svolte di recente da R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2019, p. 11 s.

²⁷ Lo ricorda ora P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019, p. 22.

²⁸ Si pensi, per es., al (non a caso) viennese Anton MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Tübingen, 1890, spec. p. 138 s. (per le critiche al diritto delle obbligazioni).

²⁹ Cfr. quanto si è osservato in CHIZZINI, *Pensiero e azione*, cit. nt. 3, p. 321 s.

³⁰ Come noto, sebbene non manchino posizioni antecedenti, legate al modo d'intendere la coercibilità quale elemento essenziale della norma, alla luce di una certa interpretazione del pensiero di Hegel (F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Bari, 1996, spec. p. 84 s.: come già evidenziava lo stesso SCHULTZE, *Privatrecht*, cit. nt. 20, p. 51 s.), è soprattutto con Jhering che dalla natura coercitiva delle norme si prospettava, peraltro solo *in nuce*, la conclusione secondo la quale 'destinatari diretti' delle norme generali ipotetiche sarebbero i soli soggetti autorizzati, e in certi casi obbligati, a predisporre ed eseguire in concreto atti coercitivi, fungenti da sanzioni, mentre solamente 'destinatari indiretti' delle norme giuridiche generali sarebbero coloro il cui comportamento è la condizione per gli atti coercitivi statuiti da queste norme,

sono di fatto ridotti al ruolo di comparsa, vivono sospesi quali *Luftmenschen* della tradizione yiddish, si limitano a porre in essere comportamenti che poi sono assunti dalla norma per la descrizione di determinati effetti, non sono più i primattori sulla ribalta del giuridico. Proprio per questa via si è cercato di superare la dicotomia diritto sostanziale e processo allo scopo formale di riaffermare l'unicità del sistema³¹; ma il risultato ultimo (spesso inconsapevole) è quello di riaffermare la completa soggezione del cittadino all'autorità dello Stato. Si postulava, in questa direzione, la 'dissoluzione' del concetto di persona³². Invero, anche la vicenda conclusiva del dibattito sull'azione, e la sua relativizzazione storica operata da Calamandrei, è l'ulteriore diretta conferma di quanto appena osservato³³.

Così, mutano radicalmente i rapporti tra diritto e processo: ciò che era secondario, ora diviene primario, quella che era mera priorità storica diviene priorità logica, e nulla si può contrapporre alla forza della logica: sicché tutto viene assorbito nel processo, espressione diretta e immediata del potere statale, mentre il diritto sostanziale (ossia, il diritto dei diritti), ultima cittadella delle garanzie, si riduce a deformante specchio che proietta vaghe ombre di interessi soggiogati alle mutevolezze del potere.

Ma se non era bastata la tempesta della prima guerra mondiale a far intendere a tutti come fosse definitivamente tramontato *die Welt von Gestern*, ci ha pensato poi la seconda, e con essa prima i totalitarismi, a far piazza pulita di ogni ambiguità, a far capire quanto fossero pericolosi certi esercizi retorici, certe accampate strutture dogmatiche che, nello scardinare le connessioni relazionali e nell'enfatizzare l'ipertrofia del potere, annebbiavano i diritti e riducevano l'uomo ad un magro postulante, il cui stesso essere era subordinato all'interesse superiore dello Stato³⁴.

secondo la chiara conclusione di Kelsen (cfr. U. KRUGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes. Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre*, Berlin, 1969, p. 19 s.). Cfr. criticamente, tra i tanti, G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 769 s. Vd., con più diretto riferimento alle tematiche processuali, CHIZZINI, *La tutela*, cit. nt. 3, p. 25 s.

³¹ Questo è chiarissimo, per esempio, in Allorio: vd. CHIZZINI, *La tutela*, cit. nt. 3, p. 26, testo e nota 60.

³² Basti pensare a H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1952 (ma Leipzig-Wien, 1952), p. 64 s.; ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, IV ed., Torino, 1973, p. 87 s.

³³ Su ciò che abbia effettivamente significato il dibattito sull'azione, alla luce anche della critica di Calamandrei, sia consentito rinviare a CHIZZINI, *Pensiero*, cit. nt. 3, p. 150 s.

³⁴ In questa direzione, la disputa attorno all'interesse ad agire, o se si preferisce allo *Rechtsschutzbedürfnis*, appare paradigmatica: cfr. A. SCHÖNKE, *Das Rechtsschutzbedürfnis*.

Per fortuna il quadro è radicalmente cambiato con il secondo dopoguerra e la nostra Costituzione, come il *Grundgesetz* tedesco, ne sono i benefici e inaspettati frutti³⁵. Si ha un vigoroso *rappel à l'ordre*, che rimette un po' a posto le cose: non c'è più lo Stato onnivoro al centro della scena, ma la Repubblica ora «riconosce» altro da sé: così riconosce, infatti, i diritti, a muovere (ma non solo) da quelli inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), ne assicura la tutela tramite l'azione (art. 24), tutela che a sua volta per realizzarsi richiede una «giurisdizione esercitata in nome del popolo», demandata ad un giudice «soggetto soltanto alla legge» (art. 101).

3. *Diritto e processo nel presente assetto costituzionale*

Perché allora queste liminali notazioni? Come si è già avuto modo di osservare in altra sede, in una prospettiva che attribuisce la *funzione di rimedio* al processo rispetto al diritto sostanziale, la Costituzione recepisce ed eleva a norma cardine il principio secondo il quale alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giurisdizionale su domanda di parte³⁶; nel contempo evidenzia il collegamento tra disciplina dell'accertamento giurisdizionale e le situazioni sostanziali³⁷. In tale contesto, con

Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff, Frankfurt a. M.-Berlin, 1950, p. 11 s.; E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 227 s. (già in «Jus» 1954); A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 30 s.; M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.: origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, p. 31 s.

³⁵ Sulla rivoluzione culturale che impongono al giurista queste leggi fondamentali, basti rinviare alle fondamentali pagine di N. TROCKER, *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, spec. p. 91 s.

³⁶ Cfr. per un primo esame, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al cod. di proc. civ.*, diretto da E. ALLORIO, II, Torino, 1980, spec. p. 107 s.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, XI ed., Torino, 2017, p. 133 s.; CHIZZINI, *La tutela*, cit. nt. 3, p. 363 s.; M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, spec. p. 165 s.

³⁷ A tale riguardo nella relazione illustrativa del codice civile, n. 1185, dovuta come noto alla 'penna fatata' di Calamandrei, si legge che «il primo capo del titolo, sotto la rubrica 'Disposizioni generali', si apre con un articolo che, sempre sotto il profilo del diritto sostanziale e in forma più comprensiva, enuncia quello stesso principio che il codice di procedura civile ha chiamato il principio della domanda. Questo costituisce, si può dire, il cardine di tutto l'ordinamento della tutela giurisdizionale, riaffermando fondamentalmente il parallelismo per cui allo stesso titolare del diritto soggettivo al quale spetta di esercitarlo e di disporre nei limiti consentiti dalla legge, spetta di regola anche chiederne la protezione. Questo articolo offre, per così dire, l'anello di congiunzione con il codice di procedura, il quale nel suo art. 99 precisa che la domanda per conseguire lo scopo a

l'imporsi dello Stato costituzionale³⁸, l'art. 24 Cost. (più efficace del meno netto § 19 del GG tedesco)³⁹, sembra gemmare dalla classica concezione del processo quale mezzo di attuazione del diritto sostanziale⁴⁰, ossia dalla tradizione più consolidata che caratterizzava lo Stato di diritto quale si è venuto a formare nel secolo diciannovesimo e, in particolare, dall'assetto dei rapporti tra individuo e ordinamento che in quella società, tramite il superamento della *justice octroyée* e di gabinetto, aveva trovato il proprio punto di equilibrio (per quanto instabile). In questa direzione, la funzione giurisdizionale muove dal presupposto della realizzatasi (o minacciata) lesione del singolo diritto soggettivo, quanto almeno di uno stato d'insoddisfazione nella situazione materiale che non

cui essa attende, deve essere proposta all'autorità competente e chiarisce poi, nelle disposizioni seguenti, come dalla domanda abbia origine il processo formativo nel provvedimento. Il principio trova peraltro dei temperamenti in vari casi e soprattutto quando al rispetto dei diritti od alla loro pratica attuazione si coordini o si connette un pubblico interesse. Allora la domanda da parte del titolare del diritto può anche non essere necessaria allo scopo di eccitare l'attività del giudice; può provvedere il giudice stesso *ex officio* o, più spesso, può essere dato anche al pubblico ministero di prenderne l'iniziativa». Per un esame critico circa alcune imprecisioni sistematiche che emergono dalla relazione e si sono riflesse sul contenuto della norma, vd. V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1, Napoli, 1973, p. 203 s. Cfr. anche A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà? Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Milano, 2005, pp. 37-38.

³⁸ Sul passaggio dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale, soprattutto in tema di diritti e doveri del singolo rispetto all'ordinamento, oltre al già citato lavoro di BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, cit. nt. 26, cfr. E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, 2006, spec. p. 18 s. Interessante anche la rapida disamina di G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, IV ed., Padova, 2001, p. 14 s. Per una lettura istituzionale-sociologica, vd. P. HÄBERLE, *Stato costituzionale (principi generali)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXX, Roma, 1993, p. 3 s.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino, 1992, p. 20 s. In una prospettiva più accentuatamente storica, M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in ID. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, 2005, spec. p. 19 s.

³⁹ Cfr. TROCKER, *Processo civile*, cit. nt. 35, p. 161 s.

⁴⁰ Come noto non sono mancati autorevoli tentativi volti a definire in termini diversi il rapporto tra il giudice e la legge, a muovere dalla nota lezione di VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Berlin, 1885 (se ne veda la traduzione di A. SANDRI in «Il giusto processo civile», 2011, p.1269 s.), dal quale è derivata tutta una vasta letteratura. In questa sede sia sufficiente richiamare la efficace critica già prospettata da A. NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935, p. 1, nota 2, ove si evidenzia, tra l'altro, come tutto lo sforzo ricostruttivo del B., in fondo, si basi solo sull'ambiguità che consegue al doppio significato del termine *Rechtsordnung*, quindi sul significato che si riconnette all'applicazione della norma attuata dal giudice.

trova adeguato componimento nella volontà delle parti o che è sottratta a tale regime per la natura in senso lato pubblica degli interessi stessi coinvolti⁴¹. In tal modo si ribadisce la c.d. *strumentalità del processo*, quale spesso individuata (ed equivocata) dalla dottrina. I ruoli tra diritto sostanziale e processo sembrano ben chiari.

È incontestabile, invero, che il concetto stesso di *strumentalità* sia intrinsecamente ambiguo, ancor più quando non se ne collochi in termini adeguati l'utilizzo nel quadro sistematico⁴². A far tempo dalla acquisita consapevolezza della piena autonomia del processo rispetto al diritto sostanziale, dal constatare come il processo stesso sia fonte autonoma di beni, secondo la insuperata lezione di Chiovenda⁴³, l'affermare la strumentalità del processo sembra contraddire proprio la (pur *in apicibus* affermata) autonomia del fenomeno processuale⁴⁴: invero, il processo si svolge indipendentemente dall'esistenza del rapporto giuridico sostanziale affermato dall'attore e, pertanto, il processo, da questa angolatura, non può in alcun modo apparire strumentale rispetto al diritto sostanziale⁴⁵.

⁴¹ F.D. BUSNELLI, *Della Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario al codice civile Utet*, VI, IV, Torino, 1980, p. 198. Giova la pena notare come proprio Betti, nelle sue varie opere, ponga vigoroso accento sull'autotutela (lo rileva ora M. MARINELLI, "Meritevolezza" e processo nel pensiero di Emilio Betti (riflessioni sparse), in «Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica», 1 (2022), pp. 307-323, qui 312-319. Cfr. *infra* note 72 e 73.

⁴² Del resto, la miglior dottrina ha da tempo evidenziato come, a rigore, non sia esatto riconoscere al processo valore *strumentale* rispetto al diritto sostanziale, in quanto si collochi l'indagine dalla prospettiva processuale: cfr. ATTARDI, *L'interesse*, cit. nt. 34, p. 56.

⁴³ Cfr. ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 41 s., ove si sottolinea come – accanto alla funzione di strumento di coazione, inteso a costringere l'obbligato a prestare ciò che egli deve – il processo, in primo luogo, crei certezza giuridica nei rapporti, inoltre assicuri la conservazione dello stato di fatto corrispondente ad una determinata pretesa giuridica, infine giunga modificare i rapporti giuridici stessi. In questo modo Chiovenda giustifica la portata generale dell'azione di mero accertamento, delle azioni cautelari e delle sentenze costitutive.

⁴⁴ È bene precisare cosa s'intende per autonomia del processo dal diritto sostanziale: invero, si vuole individuare un carattere precipuo del rapporto processuale – o del procedimento, questo ora non rileva – per il quale il regolare svolgersi del processo stesso è indipendente dalla esistenza o dalla inesistenza del diritto sostanziale fatto valere (vd. ATTARDI, *L'interesse*, cit. n. 34, p. 50, nota 33). Cfr. sul tema (sebbene per certi profili senza dubbio superate) anche le chiose svolte da G.A. MICHELI, *Considerazioni sull'interpretazione evolutiva delle norme processuali*, ora in ID., *Opere minori di diritto processuale civile*, I, Milano, 1982, p. 114 s.

⁴⁵ Ancora ATTARDI, *L'interesse*, cit. nt. 34, p. 56.

Tuttavia, è parimenti vero che, nell'ambito della considerazione del processo *dal punto di vista sostanziale* – visuale anche questa senza dubbio utile e appieno giustificabile sul piano sistematico⁴⁶ – l'esistenza del diritto fatto valere non si prospetta come incerta, in quanto si muove proprio dal presupposto che la posizione giuridica affermata esista, affinché il processo possa giungere alla produzione dell'effetto giuridico richiesto dall'avente diritto, assicurare certezza circa il proprio agire in conformità a quanto disposto dalla norma sostanziale: in questo senso, ed esclusivamente nella prospettiva sostanziale – si ribadisce, quando dalle norme primarie si guarda al bisogno della tutela giurisdizionale – può affermarsi la strumentalità del processo stesso rispetto al diritto sostanziale, come postulano proprio l'art. 24 Cost., l'art. 2907 cod. civ., e 99 c.p.c., disposizioni tutte che appunto si pongono come norme di raccordo circa i rapporti tra diritto sostanziale e processo⁴⁷.

Questo induce a ribadire che, nell'attuale assetto ordinamentale, quale voluto dalla Costituzione nelle sue strutture portanti, i rapporti tra diritto e processo devono essere delineati in una rappresentazione che muova dalla definizione di situazioni soggettive *preesistenti al processo*, fondate su norme c.d. primarie che regolano direttamente (e non solo di riflesso) il comportamento di quelli che la Costituzione non esita a chiamare 'uomini', con i loro diritti fondamentali, riconosciuti come preesistenti, per giungere alla loro tutela e così ribadire che la

⁴⁶ Così di nuovo ATTARDI, *L'interesse*, cit. nt. 34, pp. 65-66, il quale riprende, sul punto, una chiara notazione svolta da E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Roma, 1935, pp. 72-73: non c'è dubbio che si possano considerare le cose anche dal punto di vista della *legge sostanziale* della cui attuazione si tratta e, in questa direzione, appare logico concepire l'azione della parte, che appare aver ragione, come il potere di ottenere l'attuazione della legge a proprio favore.

⁴⁷ Appare utile, a tale proposito, una breve osservazione in dimensione comparata. Non può non indurre a convergere sul punto, circa il rapporto tra diritto sostanziale e processo, quanto è stato autorevolmente chiarito proprio con riferimento a quell'ordinamento di *common law* che, in apparenza almeno, sembrava essere rimasto più strettamente legato ad una dimensione processuale per la quale *remedies precede rights*, ossia l'Inghilterra: invero, a muovere in fondo dagli stessi *Judicature Acts* del 1873-1875, dall'abbandono del sistema della tipicità delle azioni (sul tema, ancora pertinenti sembrano le precisazioni di ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento*, in ID., *Problemi*, I, cit., pp. 65-66), si assiste poi a una lenta ma progressiva accentuazione del profilo sostanziale del diritto a scapito della dimensione meramente processuale, tale da superare la tradizionale idea che non vi sono diritti 'statici' bensì solo rimedi processuali. Sicché anche in quell'ordinamento si può ben distinguere ora un *substantive law* e di conseguenza individuare *substantive or subjective rights*. Cfr. J.A. JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, Cambridge, 2000, p. 82 s.

giurisdizione, con le garanzie del ‘giusto processo regolato dalla legge’, è strumentale alla tutela dei diritti e che questa, a sua volta, si concretizza mediante le varie forme che il sistema conosce, con accertamento quindi, esecuzione e cautele.

4. *Il pensare bettiano dall’actio all’obbligazione*

Tali sono allora le coordinate tra le quali dobbiamo inserire la ricerca bettiana, della quale necessita valutare l’attuale e l’inattuale, mediante l’analisi di un percorso che muove anch’esso dall’*actio* e giunge alla definizione dei rapporti tra diritto sostanziale e processo: non è certo un caso che un suo centrale saggio guardi all’obbligazione espressamente dalla prospettiva dell’azione. A questo fine appare utile iniziare da una pagina bettiana, introduttiva proprio a *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione*. Appare evidente che *videmus nunc per speculum in aenigmate* (1 Cor., 13, 12), per completare il discorso dei rapporti tra diritto e processo: si opera una sineddoche, si guarda una parte per indagare la totalità, *nunc cognosco ex parte*⁴⁸.

In un rapido passaggio, dapprima viene messo in luce come, nella ricerca sulla obbligazione, la teoria prevalente a quel tempo muovesse da una «affatto inadeguata valutazione del rapporto tra diritto privato e processo»; il Betti prosegue e sono ancora sue testuali parole:

⁴⁸ Per completare il quadro, giova osservare come Betti non trascuri certo d’indagare quelle situazioni nelle quali i confini tra diritto e processo sembrano essere più indefiniti, più difficili da tracciare con rigore geometrico, come quando l’ordinamento riconosce al giudice di definire il contenuto stesso della situazione sostanziale alla luce di criteri assai generali dettati dalla norma astratta: è questo il caso delle situazioni studiate già nel giovanile lavoro dedicato a *L’efficacia delle sentenze determinative in tema di legato d’alimenti: contributo alla dottrina dei limiti oggettivi della cosa giudicata*, apparso a Camerino nel 1921. Queste prospettive ardue e pur feconde, nel contempo ancora un poco ermetiche, sono poi attentamente maturate tramite lo studio dei *Principii* chiovendiani «dalla lunga meditazione dei quali egli trasse vital nutrimento per la educazione del proprio criterio giuridico», assumono alla luce delle successive ricerche un diverso significato che – come si diceva – pienamente s’integrano nel sistema ben ordinato dei rapporti tra diritto e processo come precedentemente delineato. Cfr. BETTI, *Diritto processuale*, cit. nt. 46, p. 549, riconosce che le sentenze determinative (come anche quelle dispositive) si fondano su un potere della parte funzionale a mettere in moto una norma di carattere strumentale, che conferisce al giudice un potere discrezionale con riguardo allo stato di cose presente. Tant’è che in tali situazioni (p. 596) «non è più in questione né la sua funzione di accertamento, né il valore normativo che le è proprio in quanto ha tale funzione».

la funzione dell'azione e del processo in rapporto col diritto privato non è, infatti, sempre la stessa, immutabile per tutti i tempi e i luoghi. Essa è per contro ... profondamente variabile in dipendenza di molteplici fattori storicamente determinati: soprattutto dalla natura dell'ordinamento del diritto privato e delle sue fonti, dalla costituzione dello Stato e dallo svolgimento maggiore o minore del diritto sostanziale e in genere della civiltà⁴⁹.

Più avanti si premura di chiarire:

Se le misure con le quali un ordinamento giuridico storicamente determinato provvede alla realizzazione forzata dell'obbligazione, differiscono in modo radicale dalle misure con le quali vi ha provveduto un ordinamento giuridico storicamente anteriore, è innegabile che l'istituto stesso dell'obbligazione ha subito, nell'evoluzione dall'uno all'altro ordinamento, un *mutamento* intimo profondo nella sua stessa *struttura giuridica*⁵⁰.

Insomma, la definizione dei rapporti tra *diritto* – inteso ovviamente quale diritto sostanziale – e *processo* non appartiene alla dogmatica, ma si lega alle diverse opzioni di diritto positivo che caratterizzano una data collettività in un preciso momento storico. Quali poi siano le basi ideologiche della 'storicità' come intesa da Betti nelle sue strette connessioni (almeno in una prima fase) con lo storicismo idealistico crociano, è questione complessa, già discussa, che certo ora non si deve affrontare⁵¹. Ora preme altro: se è vero che il tema di quei rapporti non è che una proiezione particolare del problema delle fonti in un dato ordinamento, ed è quindi legato alle varie opzioni del diritto positivo, questo conferma come il *prius* per Betti fosse la storia e che per questo egli non può essere qualificato neo-pandettista⁵².

⁴⁹ BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 7.

⁵⁰ BETTI, *Il concetto*, cit., nt. 1, p. 76.

⁵¹ Basti rinviare a A. DE GENNARO, *Emilio Betti: dallo storicismo idealista all'ermeneutica*, in «Quaderni fiorentini», 7 (1978), *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, Milano, 1979, p. 79 s.

⁵² Qualifica, infatti, dallo stesso aspramente contestata: cfr. BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 72, nota 21, ove della pandettistica, con riferimento al problema dell'obbligazione (ma con valenza certo più generale) si afferma che «partendo da una concezione meramente astratta, superficiale e irrealistica del diritto privato, perdeva completamente di vista proprio il momento più importante del concetto di obbligazione: vale a dire la

E soprattutto, se si muove da tale convincimento, ossia dalla storicità del tema, risulta di fatto già tracciato lo svolgimento che caratterizzerà in seguito il suo pensiero, in tema di rapporti tra diritto e processo. A tale riguardo si crede che il contributo ricostruttivo dal quale si debbano prendere le mosse sia il *Diritto romano*, I, Parte generale, pubblicato da Cedam nel 1935⁵³: questo manuale – sostanzialmente coevo al poderoso *Diritto processuale civile italiano* – è opera di assoluto rilievo⁵⁴. Cosa si legge, che ora interessa?

Chi ha un diritto soggettivo privato deve poter soddisfare l'interesse connesso protetto, realizzando lo stato di fatto o di diritto ad esso corrispondente. L'esercizio del diritto, che in ciò consiste, si atteggia diversamente secondo il vario contenuto del diritto stesso: per es., il diritto d'obbligazione si esercita con l'esigere dal debitore la prestazione dovuta. Esso è, in quanto esercizio di diritto, perfettamente legittimo ... ed è rimesso normalmente al libero apprezzamento del titolare. Poiché il potere giuridico nel diritto soggettivo privato sta a servizio della libertà e dell'autonomia privata, è logico che il suo esercizio sia, insieme, lecito e facoltativo, e non ne sia illecita l'omissione se non in particolari contingenze, in cui l'inertza concreterebbe un torto a danno di terzi (quali i creditori), né diventi illecito esso stesso se non in quanto sorpassi i limiti che gli sono immanenti, mettendosi in conflitto con diritti altrui⁵⁵.

A fronte della mancata realizzazione dello stato di fatto corrispondente al rapporto giuridico, conseguente alla resistenza (attiva o passiva) di colui che nel rapporto è soggetto passivo, si pone un problema di

responsabilità». Vd. sui rapporti tra Betti e la pandettistica, G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, cit., p. 247-248.

⁵³ Testo che Betti scrive, quale manuale per le istituzioni di diritto romano, a Milano ove è chiamato nella neo-istituita facoltà di giurisprudenza e dove insegnerà per supplenza il diritto processuale civile fino al 1935, quando dovrà lasciare il posto a Francesco Carnelutti, con la conseguenza che da allora la sua passione per il diritto processuale ne risultò 'illanguidita': come ricorda S. BOCCAGNA, *Introduzione alla riprod. anast.* (Napoli, 2018) del manuale di BETTI, *Diritto processuale*, cit. nt. 46, p. 12.

⁵⁴ È utile ricordare come nelle prime pagine Betti sviluppi una parte dogmatico-generale in cui si ricostruiscono i concetti fondamentali su cui poggia tutto il suo sistema: in particolare, si configura in modo netto e chiaro il concetto di *fattispecie* e la sua relazione con gli *effetti giuridici*, come forse mai prima nessuno aveva operato nella dottrina italiana.

⁵⁵ Così BETTI, *Diritto romano*, cit. nt. 17, p. 433-434, il quale richiama, come es., l'esercizio del dominio in conflitto con diritti costituiti sulla stessa cosa in funzione dei suoi limiti.

mezzi per far funzionare il congegno della sanzione contro la resistenza all'attuazione del diritto. Due soluzioni estreme sono allora concepibili: a) quella di render legittima una illimitata autotutela privata, così preventiva come reattiva; b) quella di mettere a disposizione dei privati l'autorità e la forza dello Stato, escludendo l'autotutela privata. In concreto, tuttavia, non è possibile che un temperamento di queste due soluzioni estreme⁵⁶.

Cosa emerge da questo passo che Betti scrive 15 anni dopo il noto contributo sul *Concetto di obbligazione*?

In primo luogo, si constata il completo rigetto delle teorie moniste, di quelle tesi che assorbivano il diritto soggettivo nell'azione, che affermavano la priorità logica dell'*actio* sul diritto soggettivo⁵⁷; si ribadisce con vigore e nuovi argomenti la tradizionale costruzione *binaria*, che delinea posizioni giuridiche soggettive sul piano sostanziale quali poste e definite da norme primarie, o sostanziali che dir si voglia⁵⁸. Del resto, già nel lavoro del 1927, egli era assai chiaro nel distinguere il *diritto soggettivo* privato, quale espressione del diritto obiettivo *sostanziale*, dall'*azione*, che è sempre un potere espresso dal diritto obiettivo *processuale*⁵⁹ e che è inteso quale potere concreto, non ancora astratto⁶⁰.

In secondo luogo, il processo è delineato come strumento che l'ordinamento predispone, mediante l'esercizio di poteri, posti da norme secondarie (o strumentali) per la tutela di quei diritti, come limite esterno all'autotutela. Si vede poi – e questo è interessante proprio con riguardo alla nota polemica con Carnelutti – che il contenuto dell'obbligazione è dato essenzialmente *dall'esigere dal debitore la prestazione* e non dall'azione giurisdizionale. E questo profilo quello dell'obbligazione e dei suoi rap-

⁵⁶ Ancora BETTI, *Diritto romano*, cit. nt. 17, p. 453.

⁵⁷ Giacché, se diritto soggettivo è in sostanza ciò che può essere oggetto di accertamento (ALLORIO, *L'ordinamento*, cit. nt. 47, spec. p. 81 s.), ne consegue una sostanziale unificazione tra i concetti di azione e diritto soggettivo.

⁵⁸ Cfr., sulla distinzione tra norme primarie e norme secondarie, CHIZZINI, *La tutela*, cit. nt. 3, p. 22 s.

⁵⁹ Cfr. BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 17 s., sebbene debba osservarsi che inutile appare il ricorso al concetto di *pretesa*, assunto quale *potere concreto ed attuale* a conseguire da una determinata persona una determinata prestazione, quando si deve constatare che «la volontà dell'obbligato può non piegarsi ad eseguire la prestazione» (*ivi*, p. 25) sicché diviene necessaria l'azione. Ma allora, la pretesa che potere è?

⁶⁰ Cfr. BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 37 s. Poi Betti cambia idea circa l'azione per accogliere la concezione astratta (cfr. nota 84).

porti con il processo esecutivo è centrale per cogliere appieno la concezione bettiana circa i rapporti tra diritto e processo nella sua contemporaneità.

È da ricordare come egli costruisca il concetto di obbligazione intorno a due coppie di posizioni correlate (è evidente la reminiscenza della discussa teoria che scevera tra *Schuld und Haftung*): da un lato, l'elemento del *debito*, comprensivo del dovere di prestare e di un'aspettativa di prestazione; dall'altro lato, l'elemento della *responsabilità-garanzia*, composto dell'aspettativa di soddisfazione del creditore e della soggezione del debitore all'altrui potere di aggressione⁶¹. I due elementi sono coesenziali al concetto di obbligazione⁶².

Carnelutti, invece, compie un passo ulteriore, ma in realtà stravolge la scena: pone il rapporto di responsabilità patrimoniale *fuori* da quello dell'obbligazione, fuori dal piano sostanziale quindi, poiché intercorrente non più tra debitore e creditore, ma tra quest'ultimo e lo Stato⁶³. L'obbligazione sarebbe così incentrata sulla posizione di soggezione del debitore all'ingerenza del creditore nel godimento di un bene, dal quale, altrimenti, il primo avrebbe diritto di escludere il secondo: ogni prestazione è riducibile a un *pati*, al dovere di tollerare che il creditore apprenda le cose o sfrutti le energie del debitore⁶⁴. Riassume Betti: «Carnelutti, pubblicista, si metteva dal punto di vista del potere statale sui mezzi esecutivi e di conseguenza ravvisava nel «diritto alla sanzione, dir. di garanzia, tutte forme che servono a mettere la maschera civilistica a un diritto processuale»: perché, nel caso di inadempimento, ciò che al creditore spetta «non è più un diritto verso il debitore, bensì verso quella persona a cui lo

⁶¹ Cfr. spec. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 7 s.

⁶² Tale posizione ricorda molto concezioni analitiche ben note, quali quella originaria di Hohfeld e altri: sia consentito ora rinviare a G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 77 s.; R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di Velluzzi, Torino, 2017, p. 67 s.

⁶³ Cfr. spec. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit. nt. 1, spec. p. 260 s. Cfr. IRTI, *Un dialogo*, cit. nt. 1, p. VIII-IX, ove si rileva che «c'è un solo modo – intuisce Carnelutti – di trarre in salvo l'eredità di dottrine secolari e di proteggere l'unità logica del rapporto obbligatorio: spostare l'azione dal debitore al creditore, e ridurre il dovere a semplice *pati*, a un tollerare che non impedisca l'azione altrui».

⁶⁴ Cfr. spec. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit. nt. 1, p. 234 s. Per una decisiva critica L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, ora in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 60 s.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, rist. inalt., Milano, 1951, p. 206 s.

Stato conferisce l'ufficio e impone l'obbligo di far l'esecuzione contro i debitori». Soggezione, sì, quella del debitore; ma il termine correlativo non sarebbe una garanzia sui beni, spettante al creditore, bensì l'obbligo del giudice o dell'esecutore di mettere in moto il processo»⁶⁵.

Invero, la tesi di Carnelutti non persuade, si risolve sostanzialmente un *coup de theatre*, ma non giunge alla soluzione del problema⁶⁶. Prova troppo, come si suol dire: il problema non quello di vedere perché il giudice abbia in generale il potere-dovere di provvedere (il che consegue alla sua posizione istituzionale), ma perché possa (o debba) provvedere proprio con riferimento a quella specifica lite, in quello specifico processo. Questo avviene, appunto, nel caso dell'obbligazione: porre il rapporto di responsabilità patrimoniale *fuori* da quello di obbligazione, poiché intercorrente non fra debitore e creditore, ma fra quest'ultimo e lo Stato, è uno schivare il problema centrale e non si spiega perché nello specifico con la forza si possa aggredire solo ed esclusivamente quel patrimonio. Pertanto, l'*escamotage* serve a ben poco. Anche sul piano del diritto positivo, la tesi di Carnelutti non regge: se il contenuto dell'obbligazione consiste in un mero tollerare essendo il *pati* una categoria del non fare, non avrebbero spazio alcuno gli istituti della *mora debendi* e della *mora credendi* incompatibili con le obbligazioni negative⁶⁷.

In questo senso puntuale sembra la replica di Betti a Carnelutti, suo «unico e cavalleresco contraddittore»⁶⁸:

⁶⁵ Cfr. BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 4.

⁶⁶ È la stessa operazione – tanto per fare un parallelo – che compie Goldschmidt per criticare la costruzione del processo come rapporto giuridico: il giudice deve decidere in ragione della sua posizione istituzionale, della sua relazione con lo Stato. Che il dovere decisorio del giudice non si correli ad un presupposto rapporto giuridico che lo vincola alle parti, bensì al ruolo istituzionale che l'ordinamento gli assegna, è fuori discussione, ma non risolve il problema che deriva dal definire il dovere decisorio con riferimento alla specifica causa: cfr. la critica di F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 1956, p. 20 s. Vd. anche V. ANDRIOLI, *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo*, in «Annali Triestini», XII, 1941, p. 262, nota 1, per il quale il tentativo di Goldschmidt di risolvere lo *status subjectionis* nella complessa posizione del cittadino di fronte alle norme di diritto costituzionale non è riuscito, in quanto non sarebbe la norma costituzionale, ma lo svolgimento del processo a porre in essere quella subordinazione: così la tesi di Goldschmidt. vale su di un piano generale, non con riferimento al singolo processo e alla relazione giudice-parti che in esso si costituisce.

⁶⁷ Quale regolata ora dall'art. 1222 c.c.: così A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 14. Critica condivisa da MENGONI, *L'oggetto*, cit. nt. 64, p. 61.

⁶⁸ Cfr. BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 5.

tratto caratteristico della obbligazione resta pur sempre l'impegno di cooperazione che vincola il debitore al creditore, e in virtù del quale l'uno risponde dell'adempimento con i suoi beni (c. civ. 2740). Codesto vicolo, precostituito all'adempimento (che può seguire o mancare), appartiene al diritto sostanziale, e ne forma il ponte di collegamento col processo»⁶⁹.

In termini molto efficaci, evidenzia ancora Betti che «la differenza fra la fase odierna e altre fasi storiche attraversate dalla responsabilità dell'obbligazione non consisterebbe in un trapasso di poteri dal privato creditore allo Stato» (come vorrebbe Carnelutti), «ma nell'esserne spostato l'oggetto dalla persona al patrimonio dell'obbligato»⁷⁰. Tuttavia, l'elemento caratteristico dell'obbligazione sarà sempre l'impegno di cooperazione, impegno che vincola il debitore al creditore e in ragione del quale egli risponde dell'adempimento. E questo appartiene al diritto sostanziale, non al processo⁷¹. Qui è espresso, con efficacia, ciò che qualifica i rapporti tra diritto sostanziale e processo nel pensiero bettiano.

5. *Le strutture portanti del sistema nell'attuazione dei diritti*

Tali sommarie notazioni, cosa inducono a pensare? Invero, da quanto osservato e – si aggiunge ora, per completare il quadro – dalla attenzione di Betti al tema all'autotutela⁷², si conferma una ben determinata concezione dei rapporti tra diritto sostanziale e processo: il *diritto sostanziale* preesiste e può essere oggetto eccezionalmente di autotutela; invece, di norma, nello Stato moderno, a fronte dell'inadempimento o della violazione, si deve ricorrere al *processo* per avere tutela della propria

⁶⁹ Cfr. BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 4.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Bene si legge in BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 23-24, che «alla luce di questa veduta acquista il suo pieno significato anche la formola legislativa (art. 2740), secondo la quale «il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni»: ne risponde, cioè lo garantisce, prima ancora di essere chiamato a rispondere per un eventuale inadempimento a norma dell'articolo 1218. Ogni rapporto di obbligazione, in generale, crea *sin dal suo primo sorgere*, dal lato attivo, un'aspettativa di soddisfazione, sotto forma di garanzia sulla persona o sul patrimonio del debitore; dal lato passivo, una responsabilità».

⁷² Cfr. BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1954, p. 529 s.

situazione soggettiva garantita dalla norma sostanziale⁷³. Ma questo è sufficiente per escludere l'assoluto monopolio dello Stato, e spiega perché sia da mantenere la distinzione tra piano sostanziale del diritto, quindi dell'obbligo e, più generalmente, del dovere, da un lato e piano processuale dall'altro. Non vi sono priorità logiche, ma soluzioni che mutano in relazione alle varie scelte compiute dal diritto positivo.

Così, il passaggio dal *limite all'autotutela al processo* rende ragione anche del rapporto tra diritto sostanziale e processo, assunto appunto come *attuazione del diritto*. Il profilo dell'attuazione merita ora attenzione, perché è spesso negletto, quasi dato per scontato: cosa significa che nel processo *si attua* il diritto sostanziale, o anche, con altra espressione, il diritto oggettivo?

Invero, per Betti – e qui l'insegnamento di Chiovenda viene recepito in profondità, ma nel contempo perfezionato⁷⁴

ciò che si attua nel processo, secondo la destinazione di questo è propriamente il diritto sostanziale, non il processuale⁷⁵ ... Che se si volesse ribattere che nel processo si attua anche il diritto processuale, è chiaro che allora la parola

⁷³ Autorevole dottrina, con riguardo all'art. 99 c.p.c., ha osservato che a rigore tale norma, come del resto l'art. 2907 c.c., non codifica il divieto d'autotutela in quanto «non dice che chi vuol far valere un diritto deve proporre domande in giudizio, ma ci si limita ad affermare che chi vuol far valere un diritto, deve proporre domanda al giudice competente; si ammette quindi implicitamente, la possibilità dell'autotutela nei casi la cui liceità si desume dall'esame dell'intero ordinamento positivo» (V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, I, I ed., Napoli, 1943, pp. 246-247): comunque, come evidenzia bene il Betti, l'autotutela nel sistema attuale si ammette nei soli casi previsti dalla legge (vd. oltre al lavoro di L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici della autotutela privata*, I, Milano, 1971, p. 29 s., anche A. DAGNINO, *Contributo allo studio della autotutela privata*, Milano, 1988, p. 25 s.; C.M. BIANCA, *Autotutela*, voce in *Enciclopedia del diritto*, *Agg.*, IV, Milano, 2000, p. 130 s.). Il tema poi, si lega anche a quello degli spazi assegnati (più limitati in quella francese, più ampi nella tradizione tedesca: cfr. H. HELMREICH, *Das Selbsthilfeverbot des französischen Recht und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungsaklagerecht*, Berlin, 1967, spec. p. 43 s.) ai c.d. *Gestaltungsrechte*, o poteri formativi, che consentono d'incidere direttamente sulla situazione della controparte, sicché anche mediante essi si realizza una forma d'autotutela (cfr. anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», 1991, p. 248 s.; CHIZZINI, *La tutela*, cit. nt. 3, p. 746 s.).

⁷⁴ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, p. 63 s.

⁷⁵ BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 9, nota 5, specificandosi, *ivi*, che «obbligazione e azione esprimono subiettivamente il diritto obiettivo non soltanto sostanziale (della cui attuazione si tratta) ma anche processuale, poiché l'azione è, per se stessa, un diritto subiettivo di natura processuale, sia pure condizionato al diritto sostanziale».

«attuare» verrebbe usata in due significati profondamente diversi secondo che si riferisca al diritto sostanziale ovvero a quello processuale, e che quest'uso promiscuo della medesima parola non potrebbe che ingenerare equivoci: onde sarebbe da evitare⁷⁶.

Ciò che si attua è quindi il diritto sostanziale, quale posizione giuridica soggettiva⁷⁷.

Si rifletta ancora sul concetto di attuazione e sul suo oggetto nella costruzione bettiana: è questo un punto di snodo centrale per determinare il rapporto tra diritto e processo. Egli muove dalla posizione chiovendiana (sebbene, come si è visto, con qualche differenziazione), ma sembra andare oltre: «nel processo si attua il diritto obiettivo», ma questo, cosa implica?

Se è indubbio che obbligazione (quale diritto soggettivo sostanziale) e azione «soltanto *insieme unite*, esprimono *pienamente* il diritto obiettivo quale concreto precetto di legge»⁷⁸ – escluso, peraltro, che nel processo sia attuato un *tertium quid*, un qualcosa di diverso e dall'obbligazione e dall'azione⁷⁹ – non rimane che la secca alternativa: ciò che si attua non

⁷⁶ Questa sembra in radice la critica che si può opporre anche alla costruzione di Allorio, laddove costruisce il diritto soggettivo in rapporto al processo, sicché sarebbe diritto soggettivo materiale il potere, o gruppo di poteri, suscettibili di accertamento giudiziale (ALLORIO, *L'ordinamento*, cit. nt. 47, p. 81 s.) e che quindi deve indurre a rigettarla.

⁷⁷ BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 10, sempre in nota 5, poi aggiunge, in parte ora criticando Chiovenda: «il dire che anche nei casi in cui la ragione fatta valere e da attuare in giudizio sia costituita da un diritto subiettivo (che nello stadio dell'esecuzione forzata è sempre = obbligazione) ciò che si attua non sia questo stesso diritto subiettivo bensì il diritto obiettivo – il dire così non sembra davvero un «progresso» ma un regresso. Dire così, infatti, significa rinunciare – in omaggio a una comoda formola – a condurre a termine il procedimento logico di subiettivazione della norma di legge sostanziale, e preferire il vago e l'indeterminato al preciso e determinato». Si noti inoltre che come intenda Betti l'attuazione del diritto, lo si coglie anche con quanto scrive con riferimento alle sentenze costitutive: *Diritto processuale*, cit. nt. 46, p. 548.

⁷⁸ Così BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 9.

⁷⁹ Come sarebbe invece, ad es., per Al. Rocco: ma cfr. la critica svolta da BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, pp. 61-62. La posizione di Al. Rocco, invero, non sembra chiarissima: a volte sembra correlare l'accertamento al rapporto giuridico materiale (cfr. ID., *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 131), altrimenti (vd. ID., *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Torino, 1917, p. 12 s.) ad un *tertium quid* (che tanto ricorda la diafana figura dello *Anspruch*: cfr. sempre *Il fallimento*, cit., p. 16) e sul quale s'incentrano le critiche bettiane.

potrà essere che o l'obbligazione o l'azione. Ora il ragionamento procede con rigore sillogistico:

se l'azione esecutiva è il potere giuridico di porre in essere le condizioni per l'attuazione ulteriore (realizzazione) del diritto oggettivo accertato nel caso specifico, non potrà essere, *essa stessa*, cioè *di cui* essa provoca l'attuazione. Non potrà essere ad un tempo *l'attuante* e *l'attuando*, il *potere* di attuare e la *ragione* da attuare. Forza è dunque riconoscere che ciò che è destinato a venire realizzato nella esecuzione forzata, non è l'azione, bensì l'obbligazione: l'obbligazione – ben inteso – non quale aspettativa di prestazione, bensì quale aspettativa di soddisfazione (cioè di garanzia sul patrimonio del debitore)⁸⁰.

Importante poi osservare che per Betti tanto l'obbligazione, ora quale aspettativa di prestazione, quanto l'azione si riconducono al medesimo precetto concreto di legge che garantisce ad alcuno un bene determinato e tendono al conseguimento di questo medesimo bene, quantunque per vie diverse e con distinti mezzi: è uno stesso precetto di legge che in diritto moderno fornisce la base in pari tempo all'obbligo di prestazione e all'azione tutte le volte che l'azione è – quale azione di condanna ed esecutiva – coordinata ad un obbligo di prestazione⁸¹.

Cosa chiosare quindi? Appare evidente, allora, che anche da questa prospettiva il diritto sostanziale e quello processuale, pur convergendo nella finalità ultima, si distinguono e hanno ciascuno un proprio ambito ben differenziato e si è ben distanti dalle prospettive monistiche che – come si è visto – dissolvono il diritto sostanziale nel processo⁸². È corretto, allora, sottolineare come il Betti, pur essendo assai influenzato

⁸⁰ Così BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, pp. 10-11 (passo che lo stesso B. riprende da *Il concetto*, cit. nt. 1, pp. 62-63). Per questo punto del pensiero bettiano, cfr. anche S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 16, in nota 23; e ora TEDOLDI, *Come anche noi*, cit. nt. 1, p. 55.

⁸¹ Per il significato da attribuirsi all'*aspettativa di prestazione* e all'*aspettativa di soddisfazione*, cfr. BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, spec. pp. 108-109. Invero, il sistema di B. è costruito su due coppie di relazioni, con le quali egli ridefinisce la tesi dell'obbligazione come *Schuld und Haftung*: al debito corrisponde l'*aspettativa di prestazione*, alla *garanzia* l'*aspettativa di soddisfazione* (*ivi*, p. 102).

⁸² Fenomeno questo, si deve ricordare, che ha coinvolto anche la stessa teoria delle obbligazioni, dato che non si è mancato di giungere alla conclusione per la quale il diritto di credito si risolverebbe nel potere processuale di azione che sorge in conseguenza della violazione dell'obbligo: si pensi alla posizione del Sohm (cfr. MENGONI, *L'oggetto*, cit. nt. 64, p. 57).

da teorie come quella dell'*Anspruch* e della contrapposizione fra *Schuld und Haftung*, non sia mai giunto a cancellare la linea discriminante fra *actio* e diritto soggettivo, né abbia specialmente insistito sulla priorità della prima sul secondo⁸³. Egli è ben chiaro, già nel 1927, nel definire l'azione nei termini di «un potere giuridico secondario espresso dall'ordinamento processuale in ordine all'attuazione di una determinata norma concreta di diritto sostanziale (costituente la ragione dell'azione)»⁸⁴.

Questo, infine, spiega anche la rigorosa critica bettiana a quella tesi – logica conseguenza di un determinato modo d'intendere l'azione in termini assolutamente astratti – per la quale nell'esecuzione forzata verrebbe realizzato sì un diritto privato preesistente, ma non lo stesso diritto soggettivo fatto valere in giudizio, bensì un diritto reale distinto e giustapposto, un diritto di pegno generale su tutto il patrimonio del debitore, come vorrebbe Alfredo Rocco⁸⁵.

E in questa direzione si può dire che il sistema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo, quale recepito dalla più classica tradizione e ancora accolto da Betti, abbia costituito il nerbo portante sia della codificazione del 1942, ove l'influenza del maestro camerte sulla disci-

⁸³ In questi termini PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, pp. 13-14.

⁸⁴ Così BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, pp. 42 e 189 s. Qui si possono compiere due osservazioni. Con la prima si vuole solo ricordare che se per Betti, nel 1919, l'azione era concreta, à la *Chiovenda* (cfr. *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 31 s.), poi il suo pensiero muta e giunge, alla luce della sua idea di *ragione*, alla concezione *astratta* (meglio per B.: *causale*), come appare chiaro nel *Diritto processuale*, cit., pp. 71-72, in questo accogliendo la tesi che sembra lentamente divenire prevalente nella dottrina (in seguito soprattutto della precedente ricerca di LIEBMAN, *Le opposizioni*, cit. nt. 13, p. 121 s.). Qui s'incrocia la seconda osservazione: ha ragione LIEBMAN, *op. loc. ult. cit.*, quando rileva come, a differenza del Binder, in Betti (quello ancora del *Il concetto*, cit. nt. 1, ovviamente), emerge una insanabile contraddizione, tra il concepire la *coercibilità* come momento essenziale del diritto soggettivo e, nel contempo, affermare l'autonomia dell'azione, rispetto al diritto soggettivo stesso: se la coercibilità del diritto soggettivo non in altro può consistere che nel potere di provocare la condanna e l'esecuzione, e se questo potere è l'azione – come lo stesso BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 42 s. afferma – è chiaro, conclude L., che per la coercibilità come elemento del diritto soggettivo non c'è più posto. Forse, più che indurre una contraddizione, può dirsi che nel Betti del 1919 la coercibilità del diritto soggettivo è alquanto evanescente.

⁸⁵ Così BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 52. Circa la concezione di Al. Rocco in tema di azione, vd. ROCCO, *La sentenza*, cit. nt. 79, p. 79 s., e pp. 130-131, spec. sui rapporti tra sentenza e condanna. Con riferimento, invece, all'idea del pegno generale su tutto il patrimonio del debitore, come fondamento della responsabilità e del potere esecutivo, ID., *Il fallimento*, cit. nt. 79, p. 19 s. Per una critica, cfr. anche PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit. nt. 80, p. 294.

plina dell'obbligazione e sui suoi riflessi sul processo è ben nota, soprattutto con riferimento al centrale art. 1174 c.c.⁸⁶, sia anche delle norme fondamentali quali delineate dalla Costituzione, massime nell'art. 24⁸⁷.

6. *Dalla prospettiva dell'obbligazione*

Quanto svolto induce a compiere qualche finale rilievo ancora con riferimento proprio al tema dell'obbligazione, al quale Betti ha dedicato parte assai significativa della sua ricerca. Si è visto, in precedenza, come alla luce di quelle propensioni che si possono definire monistiche, si limiti lo spazio vitale dell'obbligazione sul piano sostanziale, sfumi il profilo della prestazione e del comportamento del debitore, per giungere ad incentrare l'obbligazione stessa in ampia parte sul potere del creditore di muovere il meccanismo processuale mediante esecuzione forzata.

Non si può certo ora rivisitare il cammino che ha percorso la teoria dell'obbligazione, dalle fondamenta quali delineate dalla pandettistica⁸⁸: non è necessario, esulerebbe dal tema stesso. Si può solo ricordare che Savigny delineava due concetti fondamentali sui quali strutturare l'intero sistema del diritto civile – meglio sarebbe dire: della società civile, quale allora intesa –, concetti base sui quali incentrava i rapporti tra diritto sostanziale e processo, meramente accessorio questo al primo: la *proprietà*

⁸⁶ Cfr., per una rapida sintesi del tema, A. ALBANESE, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, 2014, p. 11 s. Sul rilievo in ambito processuale dell'art. 1174 c.c. sia consentito rinviare a CHIZZINI, *Patrimonialità dell'obbligazione*, cit. nt. 5, p. 659 s.

⁸⁷ Con questo non si vuol certo dire – e deve essere chiarito per fugare ogni dubbio – che il Betti di quei tribolati anni condividesse i valori sottesi alla Costituzione e al riguardo basterebbe leggersi l'introduzione al *Diritto processuale civile italiano* per intendere da quali presupposti politico sociali egli muovesse: vi è solo – almeno così pare – una radicata condivisione del modo d'intendere i rapporti tra diritto e processo che, al di là dei moti di superficie (in apparenza spesso confusi e contraddittori), delle incrostazioni ideologiche, delle perifrasi magniloquenti, mantiene legati una intera generazione di giuristi, condivisione quindi che si trova felicemente riflessa nelle norme costituzionali; oltre a questo (forse) vi è stata anche una contestuale convergenza di prospettive che deriva probabilmente dalla propensione corporativistica-sociale che per alcuni aspetti caratterizzava il pensiero bettiano (quale traspare soprattutto da alcune sue ben note pagine in tema di negozio giuridico e meritevolezza: cfr. ora l'esauriente trattazione di F. PIRAINO, *La meritevolezza degli interessi. Genesis, evoluzione, concetto e applicazioni*, «Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica», 1 (2022), pp. 89-174, spec. 102-111; nonché la rigorosa critica di A. GENTILI, *La meritevolezza di tutela: da Emilio Betti a oggi*, «Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica», 1 (2022), pp. 283-305, spec. 283-287 e che per certi profili ha innervato anche la Carta costituzionale.

⁸⁸ Sia consentito rinviare per un efficace tratteggio a IRTI, *Un dialogo*, cit. nt. 1, p. VI s.

quale dominio, potestà sulla cosa; l'*obbligazione* come potestà, potere sul debitore⁸⁹.

Il novecento stravolge l'intero sistema: se per la proprietà si guardano «non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli» come lucidamente individuava Enrico Finzi⁹⁰; parallelamente muta la struttura dell'obbligazione: non più potere sul debitore, e nemmeno sul *comportamento* del debitore (come cercò di attualizzare la posizione savignyana Bernardo Windscheid), ma, per il tramite dello scisma tra *Schuld und Haftung*, si giunge all'obbligazione quale potere del creditore a conseguire una determinata prestazione, oppure, ancor più direttamente, per le tesi c.d. patrimonialiste, quale potere sul patrimonio del debitore, delle quali certo s'impinge anche Betti⁹¹. Il *focus* così si sposta dal debitore al creditore⁹².

⁸⁹ Cfr. MENGONI, *L'oggetto*, cit. nt. 64, p. 55, osserva che l'impostazione data dal Savigny al problema «prende appunto le mosse dall'idea che la costruzione del rapporto obbligatorio debba modellarsi sullo schema di quelle situazioni giuridiche «che la nostra coscienza apprende più sicuramente come diritti» vale a dire i diritti reali. Allo stesso modo che il diritto reale ha per oggetto una cosa, oggetto del diritto di credito sarebbe la persona del debitore». Sul tema, cfr. ora A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, pp. 2-3.

⁹⁰ Come ricorda ora GROSSI, *Il mondo delle terre*, cit., p. 58, ove i dovuti riferimenti bibliografici all'opera finziana. Per una efficace 'storia' giuridica della proprietà, vd. P. RESCIGNO, *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, p. 254 s. In particolare, poi, su cosa abbia significato l'introduzione dell'art. 42 Cost. nel sistema della proprietà, cfr. M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà in Trattato di diritto privato*, dir. P. Rescigno, 7, I, Torino, 1982, p. 207 s.

⁹¹ Se si guarda alla critica di GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit. nt. 64, spec. p. 199 s., il quale – è bene osservare – si pone dalla tradizionale prospettiva c.d. *personale*, quindi non patrimoniale, dell'obbligazione, assumendo in generale una posizione che, tuttavia, MENGONI, *L'oggetto*, cit. nt. 64, p. 54, non esita a definire «definitivamente superata».

⁹² Per una ancora attuale discussione critica del tema, cfr. MENGONI, *L'oggetto*, cit. nt. 64, p. 53 s.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit. nt. 64, p. 16 s. Comunque, per un rapido excursus circa l'evoluzione che si è avuta nella dottrina sul modo di concepire l'obbligazione, vd. ora NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit. nt. 89. Inoltre, vd. le attente osservazioni di A. D'ANGELO, *Note storiche sulla dottrina generale delle obbligazioni*, in AA. VV., *Dialoghi con Guido Alpa. Volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, p. 117 s. Si vuole, inoltre, ricordare che lo stesso discorso vale anche per la responsabilità, ove si è avuto un netto mutamento di attenzione dall'autore del danno a chi lo ha subito per soddisfare al massimo l'esigenza di far gravare attraverso l'obbligazione di risarcimento il danno sofferto dalla vittima su un altro soggetto: come affermava F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1965, p. 1.

A guardare in filigrana, non si tarda a cogliere come sia un cammino parallelo a quello che ha caratterizzato la teoria dell'azione: da mera facoltà interna al diritto soggettivo stesso, sua diretta e intrinseca emanazione nei confronti della controparte, diviene potere autonomo che si dirige verso lo Stato. E in questa cornice, si è già visto come sia con Carnelutti, non certo con il maestro camerte, che si ha il completo sviluppo sul piano processuale delle richiamate propensioni⁹³. Invero, l'immaginare che l'obbligazione sia caratterizzata dalla soggezione del debitore all'ingerenza del creditore nel godimento di un bene, dal quale, altrimenti, il primo avrebbe diritto di escludere il secondo, sicché ogni prestazione sarebbe ridicibile ad un *patis*, ossia al dovere di tollerare che il creditore apprenda le cose o sfrutti le energie del debitore, sollecita vari dubbi. Due appaiono preminenti.

Il primo di carattere metodologico: quando si assume a elemento caratterizzante dell'obbligazione l'ingerenza del creditore, sul patrimonio del debitore, quindi all'azione esecutiva, si guarda già alla patologia del fenomeno, mentre si crede che nel valutare la natura e gli effetti di un istituto sia corretto piuttosto muovere dalla fisiologia del rapporto⁹⁴. Il

⁹³ Peraltro, già MENGONI, *L'oggetto*, cit. nt. 64, p. 54, poteva affermare che la corrente dottrinale che riduce l'obbligazione a puro fenomeno di responsabilità patrimoniale (come è in sostanza per Carnelutti), e perciò identifica l'oggetto del diritto di credito nel patrimonio del debitore, fosse già «in piena decadenza».

⁹⁴ A questo se ne può aggiungere uno analogo, già prospettato da Betti: questo non risulti strano, in quanto se il contributo fondamentale di Carnelutti è apparso negli *Studi Chiovenda* nel 1927, è pur vero che l'essenza della propria concezione in tema di obbligazione era già *in nuce* enunciata in F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in «Rivista di diritto commerciale», 1915, I, p. 525 s. Ebbene, come osservava BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 127, nota 43, pur riconoscendosi «un nocciolo di verità» nella concezione del Carnelutti, ossia che il contenuto dell'obbligazione possa anche essere un *patis*, di fronte all'azione del creditore sui suoi beni, se ne deve dissentire in quanto questa sembra confondere il punto di vista economico-sociale con quello propriamente giuridico-formale. Il Carnelutti, infatti, tenta di giurisdizionalizzare quello che è solo l'aspetto *economico* della prestazione, scambiando il fare-avere economico, che si riferisce al dovere avere-economico del creditore, con un contenuto negativo, che sarebbe, in ogni obbligazione, l'oggetto di un obbligo giuridico del debitore. Invero, per Betti., invece, considerata dal punto di vista *economico-sociale*, la prestazione consiste sempre nel far avere al debitore una determinata utilità, utilità che nelle obbligazioni di fare consiste nel risultato socialmente apprezzabile del lavoro (proprio o altrui nel caso di un *fare* fungibile); considerata, invece, dal punto di vista *giuridico*, la prestazione consiste nel determinato contegno del debitore che questi è in obbligo di tenere, contegno che a sua volta si atteggia come un *facere* o un *non facere* o *dare*, secondo la tradizionale classificazione «alla quale il Carnelutti ha potuto negare ogni valore solo perché ha

secondo, parimenti corposo, è che comunque Carnelutti, alla fin fine, raccoglie tutta l'erba in un fascio, quando ritiene che l'obbligazione si risolva in un *pacti*, quindi al dovere di tollerare che: o il creditore apprenda le cose, oppure sfrutti le energie del debitore. Ma questi sono piani distinti, che operano con modalità diverse, laddove l'apprendere le cose o lo «sfruttare le energie del debitore» sul piano strutturale non può essere in alcun modo affastellato con il potere di ingerenza/apprensione, che si esercita mediante l'intervento del processo esecutivo⁹⁵.

Invero – ed è ciò che ora più interessa evidenziare – la posizione moderata, se così si può definire, assunta e mantenuta da Emilio Betti, pur con importanti differenziazioni nell'arco della Sua lunga ricerca, risulta in fondo quella che meglio s'attaglia alla soluzione accolta dal legislatore nell'art. 1174 c.c.⁹⁶. Infatti, laddove s'impone che «la prestazione... deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore»⁹⁷, certo si guarda al pro-

erroneamente scambiato il criterio giuridico, al quale essa s'ispira, col criterio economico sociale ».

⁹⁵ Se da un lato, vien facile allora rammentare come la posizione di Carnelutti non sia altro che lo sviluppo rigoroso dell'antica (ma non più accettabile) idea savignyana della costruzione dell'obbligazione, secondo i parametri del diritto reale, quale potestà diretta su un bene (così MENGONI, *L'oggetto*, cit. nt. 64, p. 59), dall'altro ritorna la successiva critica bettiana (*Teoria generale delle obbligazioni*, IV, *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, 1953, pp. 187-188), ove si evidenzia come Carnelutti sembra perdere di vista il diritto sostanziale privato nel vedere soltanto l'aspetto pubblicistico, così considerando la sanzione come non facente parte dello stesso diritto privato, ma come relegabile nel campo del diritto pubblico. Sul punto si equivoca tra la sanzione, considerata come aspettativa di soddisfazione da parte del creditore e correlativa responsabilità da parte del debitore, e il potere processuale di attuare la sanzione. Invero, l'azione esecutiva non è da confondere certo con la garanzia, cioè con la responsabilità che è inerente allo stesso rapporto di obbligazione: è questa garanzia (e responsabilità per sé considerato) di cui si ha il potere processuale di promuoverne l'attuazione.

⁹⁶ Non è questo un caso, se si pensa alla importante partecipazione che Betti ha avuto in sede di redazione del cod. civ. per il libro delle obbligazioni. Per un esame in prospettiva storica sul significato del c.d. *intérêt appréciable à prix d'argent*, alla base della prestazione, giacché altrimenti difetterebbe la giuridicità del vincolo in quanto il debitore potrebbe impunemente non adempiere, nel pensiero di Pothier, vd. D'ANGELO, *Note storiche*, cit. nt. 92, p. 121 s.

⁹⁷ Come evidenzia GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit. nt. 64, p. 32 s., spesso anche nella più classica dottrina (Windscheid, Jhering) si confondeva tra patrimonialità della prestazione e patrimonialità dell'interesse del creditore, cosa oggi non più ammissibile alla luce del chiaro disposto dell'art. 1174 c.c., ispirato dall'insegnamento di Vittorio Scialoja, il quale appunto giunse a dimostrare che solo la prestazione deve avere carat-

cesso al fine di poter assicurarne il soddisfacimento mediante l'esecuzione forzata (non solo, si noti, l'espropriazione)⁹⁸; ma è parimenti certo che non viene espunta dall'obbligazione quella che lo stesso Betti chiama «l'aspettativa di prestazione» del creditore⁹⁹, sicché la valutazione economica risulta strumentale solo all'eventuale risarcimento, ove non possa operare l'adempimento coattivo, mediante i mezzi di esecuzione in forma specifica che attuano il medesimo diritto sostanziale¹⁰⁰.

Al riguardo è utile un'ulteriore nota. Infatti, se quanto richiesto dalla norma, e in particolare dall'art. 1174 cod. civ., si richiama ad una risalente tradizione dato giù Ulpiano, Dig. 40,7,9,2 affermava che *ea enim in*

tere patrimoniale, mentre l'interesse del creditore può essere anche non patrimoniale. Cfr., per un esame generale, C.A. CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Trattato di diritto privato*, dir. P Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1984, p. 11 s.; v.d ora anche NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit. nt. 89, p. 5, il quale evidenzia il nesso funzionale tra patrimonialità della prestazione e interesse del creditore, interesse che potrà essere a sua volta di natura patrimoniale o non patrimoniale, ma che in ogni caso implica che la prestazione sia «rivolta a un incremento della sfera giuridica patrimoniale e non patrimoniale del creditore».

⁹⁸ Il che è importante perché con l'esecuzione in forma specifica si può ottenere il contenuto specifico della prestazione dedotta in obbligazione: come nota lo stesso BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 118 s., il creditore così ottiene non il semplice risarcimento del danno per mancata prestazione o l'equivalente pecuniario della prestazione, bensì questa prestazione stessa, oggettivamente intesa. Cfr. in generale sui rapporti tra contenuto dell'obbligazione ed esecuzione in forma specifica, V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 21 s., ove si difende l'idea bettiana contro le critiche di S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1950, p. 21, secondo il quale l'espropriazione sarebbe l'unica esecuzione che 'indefettibilmente' assicurerebbe il bene dovuto, in quanto invece l'esecuzione in forma specifica «può essere resa impossibile dalla mancanza dell'oggetto o da vincoli legali» (ma il che prova troppo, dato che anche l'espropriazione può essere impossibile se non vi sono beni da pignorare); vd. inoltre sul tema C. MANDRIOLI, *Azione esecutiva*, Milano, 1955, spec. p. 526 s.

⁹⁹ Così BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 11. Cfr. ora NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit. nt. 89, p. 5, ove si ribadisce che «il vincolo giuridico dell'obbligazione è intimamente collegato a un comportamento dovuto finalizzato a soddisfare l'interesse del creditore punto di qui un obbligo generale primario di prestazione che viene integrato da obblighi accessori». Se ne deve dedurre pertanto che «dall'obbligazione va, conseguentemente, tenuto distinto un altro tipo di vincolo che è la garanzia, la quale viene in rilievo quando il conseguimento di un certo interesse della controparte non è preso in considerazione come risultato a cui mira, nei limiti del possibile, il comportamento del debitore, ma rappresenta un risultato cui il garante tenuto, a prescindere dalla possibilità di conseguirlo mediante la propria condotta».

¹⁰⁰ Questo lo si coglie bene con riferimento a quanto BETTI, *Diritto processuale*, cit. nt. 46, p. 548, scrive con riferimento all'azione costitutiva e all'attuazione del diritto potestativo che essa realizza.

*obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*¹⁰¹; questo avviene perché, financo nel diritto romano, superata la fase arcaica che ravvisava nella *obligatio* un vincolo intrasmissibile, strettamente aderente alla persona fisica del debitore, la generale evoluzione del diritto tende ad accentuare la rilevanza patrimoniale e il carattere trasmissibile del vincolo di garanzia e che a tale tendenza corrisponde sul piano pretorio la formazione di un procedimento di esecuzione forzata diretto ad apprendere il patrimonio del debitore¹⁰².

Anche se è dubbio se debba preferirsi una ricostruzione della patrimonialità in termini oggettivi¹⁰³, può dirsi, sempre con il maestro camerte, che è ben chiara la ragione per la quale la prestazione, oggettivamente considerata, deve essere suscettibile di una valutazione

¹⁰¹ La patrimonialità della prestazione emerge dal diritto romano, osservandosi (cfr. P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, IV ed., Milano, 1994, p. 373) che tale principio trova corrispondenza sul piano processuale nel fatto che la condanna deve essere necessariamente pecuniaria, il che presuppone che si possa stimare in denaro la prestazione promessa e non eseguita. Che l'attitudine alla esecuzione forzata e l'idoneità a esser realizzata non formino un *quid* di puro fatto indifferente all'obbligazione in sé (come era in fondo per Windscheid), ma siano un qualcosa di connaturato all'obbligazione stessa, che non si esaurisce nel debito e nell'aspettativa di prestazione, è evidenziato anche da TEDOLDI, *Come anche noi*, cit. nt. 1, p. 56.

¹⁰² Vd. così BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1962, p. 52. Peraltro, bisogna ricordare che l'art. 1174 c.c. deve essere letto in stretta connessione con il principio per il quale «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno» (art. 1218 c.c.). Invero, che la prestazione debba avere carattere patrimoniale, lo si deduce dai principi generali e forse non sarebbe al riguardo necessaria una esplicita previsione di legge (ancora BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 51; su tali tematiche in generale cfr. anche P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 185 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Le obbligazioni*, IV, Milano, 1990, p. 77 s.; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità dell'obbligazione*, in «Rivista di diritto civile», 1968, p. 201 s.), ma tant'è che il legislatore, dopo un ampio dibattito in sede di redazione del codice, ha ritenuto utile riaffermare l'elemento della intrinseca patrimonialità, correlata ad un interesse che può ben non essere patrimoniale (come ben illustrato da CIAN, *op. ult. cit.*, p. 227 s.). Si ricordi, infine, che nella Relazione al codice (n. 557) si legge espressamente al riguardo che la patrimonialità dell'obbligazione corrisponde all'esigenza che si possa attuare nel concreto *la coazione giuridica predisposta dal diritto nel caso di inadempimento* (cfr. criticamente tuttavia RESCIGNO, *op. e loc. ult. cit.*). Al più alcuni autori giungono, come noto, ad ammettere una patrimonialità 'soggettivamente' intesa, se le parti hanno alla prestazione attribuito una simile valenza e come tale l'hanno dedotta nell'obbligazione: cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, pp. 78-79.

¹⁰³ Cfr. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit. nt. 64, p. 29 s.; CANNATA, *L'obbligazione*, cit. nt. 97, pp. 12-13.

economica¹⁰⁴: il diritto, infatti, nel prevedere l'eventualità che la prestazione non sia eseguita, distingue nettamente due ipotesi: a) che la prestazione abbia carattere fungibile, quindi la cooperazione mancata possa surrogarsi, in quanto la tipica utilità che essa è destinata a conferire al creditore è conseguibile anche mediante l'attività di un terzo, sia questo un organo dello Stato, quale organo giurisdizionale o esecutivo, ovvero dando la possibilità allo stesso creditore di soddisfare il suo interesse mediante autotutela autorizzata (per es. vendita coattiva); b) oppure, che la prestazione sia infungibile, quindi non surrogabile: nel qual caso deve essere data al creditore la possibilità di soddisfarsi per la cooperazione mancata mediante un compenso pecuniario, il quale fungerà da risarcimento del danno (artt. 1223 e 1225 c.c.), o, eventualmente, da riparazione soddisfattoria di un torto che non consista propriamente in una lesione patrimoniale (art. 185 cod. pen.)¹⁰⁵.

Ed è proprio a ragione di questa necessità di conversione, in vista quindi dell'esecuzione forzata, che la legge richiede che la prestazione, per sé considerata, sia suscettibile di valutazione economica¹⁰⁶, a prescindere dalla natura patrimoniale o meno dell'interesse sotteso all'obbligazione stessa¹⁰⁷. E questo è confermato dal fatto che proprio Betti, superando ambiguità ancora presenti in Chiovenda e Carnelutti (tanto per menzionare i maggiori), con nettezza e rigore mette in evidenza come l'azione di condanna si correli strutturalmente all'esecuzione e che, pertanto, si possa avere condanna solo per obblighi che siano suscettibili di

¹⁰⁴ Espressamente BETTI, *Teoria generale*, I, cit. nt. 102, p. 51. La posizione è conforme alla dottrina più risalente e nella sostanza non sembra smossa dalle pur diverse inclinazioni dottrinarie in tema di patrimonialità della prestazione (cfr. in particolare, CIAN, *Interesse del creditore*, cit. nt. 102, p. 201) e della assunzione di questa a condizione di sanzionabilità dell'obbligazione stessa (cfr. BIANCA, *Diritto civile*, cit. nt. 102, p. 80), rilevandosi piuttosto come la patrimonialità sia sempre stata assunta ai fini dell'azione esecutiva nei confronti del debitore inadempiente, per consentire un'azione di risarcimento danni.

¹⁰⁵ BETTI, *Teoria generale*, I, cit. nt. 102, pp. 51-52

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Peraltro, per alcuni autori la prestazione deve essere economicamente valutabile, perché l'obbligazione civile, nel suo contenuto e nelle sanzioni previste per l'inadempienza, fa parte dei rapporti patrimoniali: così A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 43ed., Padova, 2007, p. 633. Cfr. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit. nt. 89, p. 30 s. Altra questione è poi se ed in che misura il valore patrimoniale debba essere condiviso dai soggetti del rapporto (con quanto ne consegue in tema di risarcimento del danno): cfr. M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, pp. 234-235.

esecuzione forzata con gli strumenti che l'ordinamento in un dato momento storico riconosce¹⁰⁸.

Alla stregua di queste valutazioni, il processualista non può non osservare come sia proprio nella struttura stessa della obbligazione infungibile (cioè: della tutela che ad essa vuole ricollegare l'ordinamento) che deve ricercarsi il limite delle tutele processuali; in quanto queste, a ben vedere, non fanno altro che rispecchiare un profilo strutturale dell'obbligazione, laddove il legislatore ne impone, al fine della rilevanza e della conseguente difesa col processo, la possibile riduzione in termini economici. Insomma, il legislatore è ben consapevole di una scelta nella quale si bilanciano interessi sostanziali e garanzie processuali, sicché proprio alla luce delle concrete opzioni del sistema processuale e dei mezzi di difesa che questo appronta, pone quel confine strutturale alla obbligazione, prevedendo che riceveranno tutela nell'ordinamento solo quelle obbligazioni il cui contenuto appare suscettibile di una valutazione economica – sebbene non di tale natura sia l'interesse sottostante – essendo così quelle non riducibili a quella valutazione espunte dal novero delle obbligazioni rilevanti per l'ordinamento stesso. Sa che il processo – sia per limiti materiali sia soprattutto per opzioni di valore – non potrà mai assicurare una piena sovrapposizione tra tutela processuale e interesse delle parti, quindi non potrà mai in alcun modo garantire «tutto quello

¹⁰⁸ Vd. CHIZZINI, *Patrimonialità*, cit. nt. 5, p. 669 s. Qui emerge chiaramente il mutamento nel pensiero di Betti con riguardo all'azione e alla condanna: come evidenziato da LIEBMAN, *Le opposizioni*, cit. nt. 13, p. 130, nota 1, per Betti nel 1919, in base alla sua distinzione tra azione e ragione, rispetto alla quale ultima, come volontà concreta di legge dedotta in giudizio, la condanna avrebbe funzione di *mero accertamento*, da cui deriverebbe senz'altro l'attestazione della sua idoneità ad essere attuata per via di esecuzione forzata. Ma la volontà di legge sostanziale non ha già in sé queste idoneità, è necessaria la condanna, come viene ad ammettere poi lo stesso BETTI, *Diritto processuale*, cit. nt. 46, p. 546-547. Sembra, tuttavia, che se è necessaria la condanna – e in questo ha ragione senza dubbio Liebman – la specificità della condanna stessa si correla all'accertamento giudiziale del diritto e della sua eseguibilità in via coattiva alla luce dei mezzi esecutivi che l'ordinamento predispone, sicché la questione, abbandonato ogni feticcio concettuale, poi rischia di divenire solo terminologica, in quanto a ben vedere nei sistemi moderni ogni sentenza è sempre di mero accertamento (come già notava lo SCHULTZE, *Privatrecht*, cit. nt. 20, p. 25, nota 1, pp. 583 e 599), sicché già dal solo accertamento nasce l'azione esecutiva, con il corollario che non si possa chiedere il mero accertamento del credito insoddisfatto (cfr. CHIZZINI, *La tutela*, cit. nt. 3, p. 516 s.).

e proprio quello» cui le parti aspirano con la creazione del vincolo che struttura l'obbligazione¹⁰⁹.

Alla luce di queste osservazioni, è possibile definire i rapporti tra diritto e processo, sui quali di necessità si riflette la struttura dell'obbligazione. In quanto nell'ordinamento vigente non si conoscono altri mezzi di tutela rispetto a quelli definiti dal sistema processuale (con i limiti che li caratterizzano), funzionali a realizzare in via coattiva l'obbligazione, si riconosce rilevanza solo a quei vincoli che sono riducibili ad una valutazione economica, al fine di assicurare, in caso d'inadempimento, quella residuale tutela che è data dall'attuazione del processo per espropriazione, come noto, volto alla trasformazione dei beni del debitore in denaro al fine di assicurare un adeguato equivalente al creditore¹¹⁰. Con questa opzione, il legislatore sostanziale, nel definire i limiti strutturali della obbligazione, muove da quelli che sono gli estremi confini cui possono estendersi le tutele processuali e dagli ambiti assegnati a queste tutele¹¹¹.

¹⁰⁹ Sul principio chiovendiano secondo il quale il processo aspirerebbe a dare alla parte che ha ragione «tutto quello e proprio quello» che gli riconosce la norma sostanziale, vd. *supra* nota 6.

¹¹⁰ Almeno di norma, salvo quindi quelle situazioni in cui si trova del denaro nello stesso patrimonio del debitore in misura tale per cui non si debba procedere alla trasformazione in denaro di altri beni.

¹¹¹ E di questi deve essere consapevole e rispettoso anche l'interprete, laddove si tratta di definire i confini dell'azione di condanna rispetto ad altre forme di tutela conosciute dall'ordinamento. Sicché potrà coerentemente dirsi che quando la legge esclude la sottoposizione dell'obbligato all'esecuzione forzata, dato che il diritto è irrealizzabile in via coattiva, si dovrà pure escludere la possibilità di una sentenza di condanna che non contenga il suo caratteristico contenuto, ossia la costituzione dello stato di soggezione alla esecuzione forzata (cfr. ATTARDI, *L'interesse*, cit. nt. 34, p. 105). Per il sistema sostanziale, che si fonda sull'art. 1174 c.c. dovrà, allora, operare in generale la conversione nel risarcimento del danno data la valenza patrimoniale dell'obbligazione ed è in fondo questa la rilevanza funzionale più importante che pare doversi correlare alla condanna. Si può allora sottolineare come si confermi ancora una evidente tendenza delle codificazioni liberali ottocentesche (anche se in parte superate dalla prassi delle *astreintes*: per un esame in prospettiva sostanzialista cfr. U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987, p. 272 s.) a escludere ogni potere d'intervento giudiziale sul contenuto del contratto e delle obbligazioni derivate, la cui determinazione è rimessa gelosamente alle parti, sicché il giudice ne deve starne fuori (cfr. le interessanti notazioni di M.J. HOROWITZ, *The historical foundations of modern contract law*, in «Harvard Law Review», 1974, p. 917 s.). Altrimenti non c'è tutela, proprio perché non c'è obbligazione giuridicamente rilevante. Emerge con chiarezza allora come l'intero assetto, tipico dell'individualismo che caratterizzava la società ottocentesca, fosse influenzato dal principio secondo cui *nemo ad factum cogi potest*, con la necessaria

In questo modo il cerchio si chiude: la struttura dell'obbligazione è coerente con il sistema processuale delle tutele come delineato dal legislatore, alla luce di una ben determinata concezione dei rapporti tra diritto e processo, concezione che recepisce appieno l'essenza del pensiero bettiano.

7. *L'attualità dell'inattuale*

Questo induce a completare l'esame con un ultimo scolio, che guarda al presente e vuole coerenza nel sistema quelle che sembrano le attuali e future evoluzioni.

Invero, le nuove forme di tutela che varie leggi vengono sempre più a riconoscere al creditore, sembrano allontanarsi dal processo esecutivo e si possono ricondurre unitariamente (e riassuntivamente) a forme di 'esecuzione privata', in quanto tale è la loro ultima funzione¹¹². E questo sembra confermare come nell'attuale contesto storico l'idea carneluttiana – che si metteva dal punto di vista del potere statale sui mezzi esecutivi e di conseguenza ravvisava nel diritto alla sanzione tutte le forme che servirebbero, come già si ricordava, «a mettere la maschera civilistica a un diritto processuale»¹¹³, giacché dopo l'inadempimento al creditore resterebbe solo un diritto verso lo Stato¹¹⁴ – sia ad oggi regressiva, non idonea a descrivere le più recenti evoluzioni dell'ordinamento, il quale mostra di preferire percorrere altre e più articolate vie, caratterizzate dalla volontà di assicurare la tutela della posizione sostanziale mediante strumenti diversi rispetto al processo esecutivo e meglio individuati dal concorso di volontà di creditore e debitore.

Come si possono collocare sul piano dogmatico tali fenomeni? Questo tema non può certo essere affrontato in questa sede; si vuole solo ricordare che anche sul punto già il Betti del 1927 è assai istruttivo: l'esecuzione forzata può avere diverse forme, sia essa puramente privata

trasformazione in obbligazione pecuniaria di tipo risarcitorio di ogni diversa obbligazione cui il debitore non ha voluto adempiere (cfr. i lavori sul tema di G. MONTELEONE, *Recenti sviluppi della dottrina dell'esecuzione forzata*, in «Rivista di diritto processuale», 1982, p. 281 s.; ID., *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in «Rivista di diritto commerciale», 1977, p. 63 s.).

¹¹² Si veda l'interessante lavoro di CONFORTINI, *Primato del credito*, cit. nt. 7, spec. p. 141 s.

¹¹³ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit. nt. 1, p. 269.

¹¹⁴ Così BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 4.

come nelle prime origini del diritto romano, sia sorretta dalla autorità pubblica o ancora esclusivamente dello Stato; e ciò in quanto

l'azione, come *potere* di far valere, resta pur sempre concettualmente e giuridicamente distinta dalla ragione da far valere, ed è *arbitrario restringere il concetto di processo a quella forma di attuazione del diritto che viene esercitata esclusivamente da organi dello Stato e in nome di questo*¹¹⁵.

In questo l'inattuale Betti sembra molto attuale.

¹¹⁵ Cfr. BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, pp. 74-75 e nota 25, da dove è presa la citazione.