

Emanuele Stolfi

*Attorno al concetto di 'azione' in Betti.  
Processo romano e cultura giuridica europea*

SOMMARIO: 1. Una nozione onnipresente, e pressoché indefinita – 2. Due contributi paradigmatici – 3. Diritto sostanziale e processuale, lontano dalla Pandettistica

1. *Una nozione onnipresente, e pressoché indefinita*

Credo sia opportuna una notazione preliminare. Il contrappunto evocato nel mio sottotitolo – così da connettere processo (civile) romano e cultura giuridica fra Otto e Novecento – è pressoché obbligato quando si parla di Emilio Betti. Un autore dal quale non potremmo certo attenderci indagini dalla portata esclusivamente giusantichistica, prive di interazioni con le dottrine generali del processo (per lui) attuale e con le voci più significative della scienza giuridica (e della filosofia) europea. Chi però – passando all'oggetto teorico evocato nel titolo – cerchi di ricostruire il pensiero del Nostro attorno al concetto di azione s'imbatte in due notevoli difficoltà, determinate dal fatto che questa figura è al tempo stesso pressoché onnipresente ma anche mai definita in termini univoci e perentori.

Essa costituisce, fin dagli anni '10 e '20, un grande snodo della ricerca romanistica (e mai solo tale) di Betti, quale crocevia necessario – ineludibile, di fatto – per tematizzare l'intero rapporto fra diritto processuale e sostanziale, con particolare, ma non esclusivo, riguardo alle obbligazioni. E tuttavia rimane difficilmente contestabile, per quanto ho potuto verificare, il rilievo formulato da Antonio Nasi trent'anni or sono, e cioè che lo studioso camerte «non ha mai inteso definire in modo assoluto l'essenza del concetto giuridico di azione»<sup>1</sup>. L'eccezione più rilevante, ma

---

<sup>1</sup> Cfr. A. NASI, *La via di Emilio Betti allo studio del processo civile*, in *Emilio Betti e l'interpretazione*, a cura di V. Rizzo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1991, p. 163. Nonostante (o forse anche a causa di) ciò, lo stesso autore osserva giustamente come al centro del pensiero di Betti fosse proprio «il problema del rapporto tra la norma giuridica e l'azione mediante la quale la norma trova la sua attuazione nel processo» (p. 156), poiché

comunque parziale, mi sembra costituita dalla nozione che egli ne offriva nel manuale di *Diritto processuale civile italiano*. Qui, distinta l'azione odierna dall'antica *actio* (a sua volta assunta quale «iniziativa del processo»), la prima è intesa come «potere di spiegare tale iniziativa» e pertanto «di provocare l'attuazione giurisdizionale della legge ... in ordine a una determinata ragione che si fa valere»<sup>2</sup>.

In uno scenario simile emerge una duplice esigenza, tutt'altro che agevole da soddisfare. Da un lato, tentare di rendere più diretto e trasparente quanto attraversa, immanente ma implicito, la densissima riflessione di Betti – se vogliamo, per riprendere un'immagine così

---

solo ponendosi dal punto di vista proprio dell'azione e del processo era per lui possibile comprendere il fenomeno giuridico nel suo complesso (p. 158). Circa «l'interesse per il processo», che dalla metà degli anni '10 scandisce larghissima parte della ricerca bettiana, da ultimo, L. LOSCHIAVO, M.U. SPERANDIO, *Un libro di Emilio Betti, cent'anni dopo*, in BETTI, *D.* 42, 1, 63. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, rist. Efesto, Roma 2021 (ed. or. Stab. Tip. Bianchini, Macerata 1922), p. V ss.

<sup>2</sup> Così BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Società Editrice del "Foro Italiano", Roma 1936<sup>2</sup>, p. 71 (pressoché negli stessi termini ID., *Ragione e azione*, in «Rivista di diritto processuale civile», 9.1 [1932], p. 217 s.). Trovo invece sia un'eccezione più apparente che reale quella rinvenibile in BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Tipografia Cooperativa, Pavia 1920, p. 47 s., ove dell'azione è solo illustrata la funzione, in quanto mirante «all'attuazione di una determinata norma concreta di diritto sostanziale». Circa l'azione, in Betti, come «attuazione della norma giuridica sostanziale», intimamente connessa all'idea di «ragione» – concepita, quest'ultima, quale «mediatore logico» capace di legare ordinamento sostanziale e processuale – cfr. NASI, *La via di Emilio Betti* (cit. nt. 1), rispettivamente pp. 171 ss. e 166 ss. Da tener presente soprattutto BETTI, *Ragione e azione* (cit.), p. 205 ss., spec. 215 (in merito al rifiuto di identificare «ragione» e diritto soggettivo) e 220 ss. (sul «diritto di azione» come «diritto processuale – ancorché preesistente al processo», che trova la sua fonte esclusivamente nella legge processuale ed è possibile indagare in modo corretto solo alla luce di una «concezione che prospetti siccome *incerto*, all'inizio del processo, *se la ragione fatta valere sia, o meno, in fatto fondata*»). Si vedano ora anche le riflessioni di Antonio Carratta, in questo volume. Sul concetto di «ragione» nel Nostro, più in generale, G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in «Quaderni Fiorentini», 7 (1978), p. 254 ss. Non è da escludere – ha osservato Massimo Brutti, in un intervento al convegno romano del quale sono qui editi gli *Atti* – che nell'idea bettiana di «ragione fatta valere» si riproponga una «tessera romanistica», nel senso di una forte reminiscenza della fase *in iure* del processo formulare. Non sembra deporre esattamente in questo senso, peraltro, l'accento di BETTI, *Ragione e azione* (cit.), p. 220 alla «costruzione delineata dai giuristi romani, di un'aspettativa di condanna – *condemnari oportere* – radicata con la *litis contestation*: accenno lasciato subito cadere, poiché «la questione va posta in altri termini» (evidentemente, in riferimento agli assetti odierni).

incisiva e ricorrente nelle sue pagine<sup>3</sup>, dare un «nome» alla «cosa». Dall'altro lato, selezionare alcuni luoghi nevralgici e approfondirne specifici profili, ma senza perdere di vista l'ubiquità del tema. Isolare un contributo o un'argomentazione, distaccandola dal complesso della produzione e del pensiero, ha – nel caso di Betti più che di altri – sempre qualcosa di arbitrario. «Il vero è l'intero», in quanto «essenza che si completa mediante il proprio sviluppo», potremmo ripetere per lui<sup>4</sup> con le parole di un'opera filosofica, tra le più ardue ma anche più frequentate dal Nostro, quale la *Fenomenologia dello spirito* di Hegel<sup>5</sup>.

Se preferiamo, *incivile est nisi tota lege (opera, nel nostro caso) perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*, secondo le parole di Celso<sup>6</sup> che il Betti teorico dell'ermeneutica elevò – a partire dalla prolusione romana sulle *Categorie civilistiche dell'interpretazione* – a uno dei criteri guida dell'intendere (e del fare intendere con funzione normativa) nel campo del diritto: quello della totalità (e coerenza)<sup>7</sup>. Detto diversamente,

<sup>3</sup> Vi si è soffermato soprattutto A. SCHIAVONE, «Il nome» e «la cosa». *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, «Quaderni Fiorentini», 7 (1978), pp. 293 ss. e ID., *Un'identità perduta. La parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari 1990, pp. 294 ss. Cfr. almeno G. CRIFÒ, *Ulpiano e Vico. Diritto romano e ragion di Stato*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V. Jovene, Napoli 1984, p. 2062 e C. NITSCH, *Dogmatica, poetica e storia. Ancora sul rapporto tra Betti e Croce*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti, E. Stolfi, Roma TrE-Press, Roma 2020, p. 201.

<sup>4</sup> Come già suggerivo in E. STOLFI, *Betti maestro di casistica*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione* (cit. nt. 3), pp. 139 s.

<sup>5</sup> «Das Wahre ist das Ganze. Das Ganze aber ist nur das durch seine Entwicklung sich vollendende Wesen»: G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, trad. it. di V. Cicero, Rusconi, Milano 1999<sup>2</sup>, p. 68 s. Circa le molteplici coordinate attraverso le quali si sviluppa il confronto di Betti con Hegel (anche quale suo traduttore: cfr. E. BETTI, *Per una traduzione italiana della Fenomenologia e della Logica di Hegel [1941-1942]*, ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti* [a cura di Crifò], Giuffrè, Milano 1991, pp. 237 ss.), da ultimo, BANFI, *Volontà, individuo e ordinamento. Alcune riflessioni sul pensiero di Emilio Betti*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione* (cit. nt. 3), spec. p. 125 ss. e STOLFI, *Betti maestro di casistica* (cit. nt. 4), p. 140 ove altra bibl.

<sup>6</sup> In (9 dig.) D. 1.3.24.

<sup>7</sup> Alla cui stregua «l'intero non può intendersi senza il significato degli elementi, né questi fuori dall'intero in cui confluiscono e si dispongono». Così, di recente, N. IRTI, *Categorie romanistiche nella disputa ermeneutica*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Giappichelli, Torino 2019, p. 15. I luoghi bettiani da tenere più presente sono *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano 1948, pp. 12 ss. e *Teoria generale della interpretazione* (1955), ediz. corretta e ampliata a cura di Crifò, I, Giuffrè, Milano 1990, pp. 307 ss. Sulle ascendenze savigniane (ancor più che da Schleiermacher) del «canone della

una risposta adeguata alla domanda su cosa Betti intendesse per ‘azione’ potrebbe darsi solo ripercorrendo in modo analitico l’intera sua produzione, e non solo quella che vi è dedicata in modo più immediato ed evidente: un compito ben superiore alle mie forze, e comunque improponibile in questa sede. Le riflessioni che proporrò, dunque, non vogliono rappresentare che un primo sondaggio, sommario e consapevolmente lacunoso.

Assolta la più classica *excusatio non petita*, preciso subito che mi concentrerò su due contributi, che dovrebbero dirsi giovanili (essendo stati composti prima dei trent’anni), se ciò non riuscisse del tutto fuorviante per una figura come Betti, contraddistinto da un’impressionante precocità di pensiero e autonomia intellettuale<sup>8</sup>, e nel quale vediamo

---

totalità» – come di quello della «autonomia e immanenza» – cfr. ora F. PETRILLO, *Metodo giuridico e metodo ermeneutico. Dall’interpretazione nel diritto civile all’ermeneutica negli altri campi del sapere*, in *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione* (cit. nt. 3), p. 230 s.

<sup>8</sup> Analogamente a quanto riscontrabile per un’altra figura, pur dissimile da molteplici punti di vista, con cui è stato più volte proposto un raffronto, e sotto vari profili: Tullio Ascarelli. Il primo intensissimo decennio di attività scientifica svolta da quest’ultimo (e intrapresa ancor prima di conseguire la laurea in Giurisprudenza) già rivela la straordinaria eterogeneità degli interessi coltivati, nonché alcuni motivi che ne segneranno l’intera cifra di studioso. Sul punto, già N. BOBBIO, *L’itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, I, Giuffrè, Milano 1969, pp. XCV ss. e poi soprattutto M. STELLA RICHTER JR, *Il giovane Ascarelli*, in *Non più satellite. Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Edizioni ETS, Pisa 2019, p. 263 ss. ove bibl. Cfr. altresì, da ultimo, F. MIGLIORINO, *Lecture corsare di Tullio Ascarelli. Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich*, Giuffrè, Milano 2021, pp. 6 ss. e M. STELLA RICHTER, *Cinque storie ascarelliane*, in *Su Ascarelli*, a cura di S. Pagliantini, C. Pasquariello, Giappichelli, Torino 2021, p. 10 ss. In merito al confronto con Betti, di recente, M. GRONDONA, *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti, A. Somma, Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main 2018, p. 220 ss., nonché ID., *Emilio Betti e la comparazione giuridica: premesse per una discussione*, in *Dall’esegesi giuridica alla teoria dell’interpretazione* (cit. nt. 3), p. 263 s. Alcuni punti di contatto – soprattutto in merito alle rispettive concezioni dell’attività interpretativa, cui necessariamente va incontro, ad avviso di entrambi, ogni disposizione normativa – erano sottolineati, ad esempio, da F. CASA, *Tullio Ascarelli. Dell’interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1999, spec. pp. 140 s. e 146 ss. (mentre si soffermava soprattutto sugli elementi di difformità M. MERONI, *La teoria dell’interpretazione di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano 1989, p. 235 ss. e nt. 18 ove bibl.). Lo stesso Ascarelli, del resto, avvertiva come nella prolusione romana di Betti (dedicata, come ricordato, a *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*), egli trovasse, «nonostante la diversa impostazione dell’indagine, ... espresse a volte conclusioni non diverse da quelle di questo studio»: così in *L’idea di codice nel diritto privato e la funzione dell’interpretazione*, in T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano 1949, p. 41 nt. \*. È peraltro vero – ha osservato P. COSTA, *L’interpretazione della legge: François Geny e la cultura*

dispiegate, fin dagli anni '10 e '20, gran parte delle tematiche e delle linee di metodo che ne scandiranno – pur con qualche rilevante cesura e molteplici dilatazioni di prospettiva – la maturità scientifica, anche ove approdata a esiti apparentemente lontani, con la sua «allgemeine Auslegungslehre»<sup>9</sup>.

## 2. *Due contributi paradigmatici*

Il primo lavoro cui alludo è l'articolo su *La "vindictio" romana primitiva e il suo volgimento storico nel diritto privato e nel processo*, apparso nel 1915<sup>10</sup>. Betti, allora venticinquenne, aveva già affrontato vari profili connessi alle nozioni di *contrahere* e *obligatio*, soprattutto nei giuristi di età imperiale<sup>11</sup>. Il

---

*giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni Fiorentini», 20 (1991), 486 – che Ascarelli si poneva sostanzialmente oltre la dialettica bettiana di soggetto e oggetto, per raccoglierne non tanto «da soluzione, ma il problema che, sul terreno giuridico, contribuiva a generarla: il problema del reperimento di un qualche momento di mediazione fra l'oggettività della norma e la soggettività dell'interprete». Un aspetto che credo meriterebbe uno specifico approfondimento è poi quello della portata assunta dalla nozione di 'dogmatica' in Betti (a partire dagli anni '20, anche prima della nota prolusione milanese: cfr. ora STOLFI, *Betti maestro di casistica* [cit. nt. 4], spec. p. 151 ss. ove bibl.) e in Ascarelli (che pure appare spesso più vicino, almeno in chiave storiografica, alle posizioni di De Francisci). Al riguardo – cui già accennavo in STOLFI, *Sulle tracce di un "viaggiatore giuridico". Note sparse attorno al pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Su Ascarelli* cit., pp. 230 s. nt. 4 – rimangono importanti le osservazioni di A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 1974, p. 633 ss. e nt. 507, 652 s.

<sup>9</sup> Una continuità d'itinerario che già abbiamo inteso sottolineare nel convegno di Bergamo, organizzato dal nostro Istituto tre anni fa: cfr. *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione* (cit. nt. 3).

<sup>10</sup> Che leggo nell'estr. da «Il Filangieri», 40 (1915), Società Editrice Libreria, Milano 1915, p. 1 ss.

<sup>11</sup> I contributi cui alludo (che sviluppano gli studi condotti per la tesi di laurea in Giurisprudenza) sono E. BETTI, *Sul significato di 'contrahere' in Gaius*, Bellabarba, S. Severino Marche 1912 e ID., *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in proculiani e sabiniani*, in «Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"», 28 (1915), pp. 3 ss. e 329 ss. Ad essi va aggiunto un contributo, in tedesco, sulla classificazione delle fonti d'obbligazione in Gaius, destinato alla «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung» del 1912. Quest'articolo – ricorda lo stesso BETTI, *Notazioni autobiografiche* (1944-1953), rist. a cura di E. Mura, CEDAM, Padova 2014, p. 12 – «fu bene accolto, ma non pubblicato quell'anno per ragioni tecniche». Peraltro, non se ne rinvennero tracce neppure nelle successive annate della rivista; su un tema contiguo (ma in serrato dibattito con un lavoro di Albertario del 1923) cfr. più tardi BETTI, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in «Archivio Giuridico», 93 (1925), p. 267 ss.

secondo è il libro *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, di cinque anni più tardi, visibilmente legato sia alle indagini in materia di obbligazioni appena citate<sup>12</sup> sia alle tre monografie pressoché coeve – sulla struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi (a cui più spesso farò riferimento), sull'efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti e sui limiti soggettivi della cosa giudicata<sup>13</sup> (ne abbiamo sentito da Proto Pisani, che vi si misura da decenni con straordinari risultati, all'insegna di un confronto significativo anche laddove fortemente critico)<sup>14</sup>.

L'articolo sulla *vindicatio* è, o vorrebbe essere, uno dei più 'vichiani' di Betti – come noto<sup>15</sup>, l'influenza del pensatore napoletano attraversa tutta la sua biografia intellettuale, dalla tesi bolognese su *La crisi della repubblica*

<sup>12</sup> Un loro «sviluppo», secondo S. TONDO, *Betti, Emilio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, I, Il Mulino, Bologna 2013, p. 243.

<sup>13</sup> I riferimenti sono a BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Giuffrè, Milano 1955<sup>2</sup> (da cui citerò, essendomi irreperibile la prima edizione, del 1919); ID., *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, Tonnarelli, Camerino 1921; ID., *D. 42, 1, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (cit. nt. 1).

<sup>14</sup> Esemplare, in tal senso, già A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria. Art. 404 1° comma c.p.c.*, Jovene, Napoli 1965, spec. pp. 17 ss. nt. 24. Il richiamo al 'trattato' di Betti è ancora rinvenibile – e si tratta dell'unico lavoro storico-giuridico citato – in testa alle indicazioni bibliografiche che, su quel tema, vengono offerte in A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli 2014<sup>6</sup>, p. 315. Si misura, anche nella genesi e poi nella fortuna di questo scritto bettiano, la decisiva osmosi tra formazione romanistica e teoria del processo civile che si dipana dal magistero di Vittorio Scialoja in avanti: passando dall'allievo di questi, Chiovenda (su cui, nella prospettiva che ora più interessa, G. CRIFÒ, *Giuseppe Chiovenda romanista*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Giuffrè, Milano 2009, pp. 567 ss.) e al ruolo di autentica guida da lui svolto rispetto allo stesso Betti (cfr. più avanti, § 3 e nt. 89), sino poi a Virgilio Andrioli – ultimo allievo di Chiovenda, e per molti tratti il più vicino al suo pensiero – e da quest'ultimo, appunto, a Proto Pisani.

<sup>15</sup> Grazie alle ricostruzioni di Crifò (raffinato studioso, a sua volta, della lezione vichiana, anche in ambiti meno frequentati dal maestro: ho cercato di illustrarlo in E. STOLFI, *Uno Studioso e i suoi 'Auttori'*, in corso di pubblicazione in *Catalogo del Fondo Giuliano Crifò. Presentazione e Atti della 'Giornata di studio'*. Trento 22 ottobre 2021, a cura di F. Cortese, M. Miglietta, spec. §§ 2-3 ove bibl.) e poi soprattutto di D. PICCINI, *Dalla Scienza nuova all'ermenutica. Il ruolo di Giambattista Vico nella teoria dell'interpretazione di Emilio Betti*, Istituto Italiano di Studi Filosofici, Napoli 2007. Cfr. anche R. BASILE, *Influssi vichiani, sistemi ermenutici e modelli storiografici tra primo e medio Novecento*, in «*Studia et documenta historiae et iuris*», 76 (2010), pp. 551 ss.

e la genesi del principato in Roma<sup>16</sup> sino allo specifico contributo del 1957<sup>17</sup> e più in generale agli scritti ermeneutici della maturità<sup>18</sup>. Vichiano perché tutto incentrato su un'età delle origini, in cui i romani – quasi «bestioni» incapaci di «riflettere con mente pura» – affidano all'uso della brutta forza quanto sarà poi oggetto di una strumentazione giuridica ben altrimenti sofisticata e 'razionale'. Ma vichiano soprattutto perché contraddistinto da un «impegno di visione unitaria»<sup>19</sup>: costituito cioè da una lettura com-

<sup>16</sup> Edita vari decenni più tardi: E. BETTI, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, a cura di Crifò, Lateran University Press, Roma 1982. Ma un primo articolo ne era stato tratto assai presto: E. BETTI, *Cause ed inizio della crisi della repubblica di Roma*, in «Il Filangieri», 38 (1914), p. 161 ss.

<sup>17</sup> Mi riferisco ovviamente a BETTI, *I principî di Scienza nuova di G.B. Vico e la teoria della interpretazione storica*, ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica* (cit. nt. 5), pp. 459 ss. Su questo contributo, per tutti, A. ESCHER DI STEFANO, *Benedetto Croce e Emilio Betti: due figure emblematiche del panorama filosofico italiano*, C.U.E.C.M., Catania 1997, spec. p. 261 ss.; PICCINI, *Dalla scienza nuova all'ermeneutica* (cit. nt. 15), spec. pp. 131 ss., 195 ss.; BASILE, *Influssi vichiani* (cit. nt. 15), p. 561 ss.; G. MURA, *Verità e storia in Vico e in Betti*, in *Le idee fanno la loro strada. La teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo* (Supplemento a "Studi Romani"), a cura di Crifò, Istituto Nazionale di Studi Romani, Roma 2010, spec. p. 21 ss. Posso anche rinviare a E. STOLFI, *Attorno al «vichismo» della romanistica napoletana dell'Ottocento*, in *Armata sapientia. Studi in onore di Francesco Paolo Casavola*, a cura di L. Franchini, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, spec. p. 890 s. e ID., *Uno Studioso e i suoi 'Autori'* (cit. nt. 15), §§ 2-3, entrambi con bibl.

<sup>18</sup> Si è soffermato sul peso assunto dalla *Scienza nuova* rispetto all'intero impianto della bettiana *Teoria generale della interpretazione* soprattutto PICCINI, *Dalla scienza nuova all'ermeneutica* (cit. nt. 15), spec. p. 220 ss., 274 ss. ove bibl. In particolare, un motivo di forte e dichiarata ascendenza vichiana emerge a proposito dell'inversione (ma anche «corrispondenza o omologia») fra l'iter genetico del testo (o altra «forma rappresentativa») da interpretare e iter ermeneutico: cfr. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (cit. nt. 7), p. 436 s.; ID., *I principî di scienza nuova di G.B. Vico* (cit. nt. 17), spec. pp. 462 s. e 465; ID., *Dovere giuridico (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 14, 1965, p. 53. Sul punto, fra i molti, MURA, *Verità e storia* (cit. nt. 17), spec. p. 19 s.; IRTI, *Categorie romanistiche* (cit. nt. 7), p. 14; I. BIROCCHI, *Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell'interpretazione*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione* (cit. nt. 3), p. 13; STOLFI, *Uno Studioso e i suoi 'Autori'* (cit. nt. 15), § 2 e nt. 57 ove altra bibl.

<sup>19</sup> Lo stesso che Emilio Gabba avrebbe apprezzato nell'indagine risalente alla dissertazione di laurea bolognese, ove appunto leggiamo di un «impianto unitario della ricerca e delle concezioni generali che conducevano l'autore ad una interpretazione globale dello svolgimento storico della tarda repubblica e della nascita dell'impero». Così E. GABBA, *Presentazione*, in BETTI, *La crisi della repubblica* (cit. nt. 16), p. V (ma cfr. anche ID., *Sull'opera di Emilio Betti*, in *Costituzione romana e crisi della repubblica. Atti del convegno su Emilio Betti*, a cura di Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1986, p. 41 ss., spec. 47), pur senza menzionare immediate influenze vichiane, e porre piuttosto «alla base dell'interpretazione storiografica del Betti... l'accettazione del principio hegeliano che la

patta e organica della storia giuridica arcaica, nelle forme di tutela (pre-processuale e poi giurisdizionale) come nelle figure del diritto sostanziale (e non limitate all'ambito del *meum esse*, come potrebbe far pensare il riferimento alla *vindicatio*).

Lo sguardo, avverte subito Betti<sup>20</sup>, è «sintetico anzi che analitico»: abbraccia la totalità di un'esperienza, ne condensa le sparse vicende attorno a una comune linea di sviluppo, ove la tensione a una 'Gesamtdarstellung'<sup>21</sup> e a un'*hermeneutica historiae* – di cui Betti vedeva un precursore proprio in Vico<sup>22</sup> – predomina sull'esegesi problematica delle fonti (spesso, in verità, non così eloquenti o univoche). Vichiano – ma di un Vico visibilmente coniugato all'organicismo di Bonfante<sup>23</sup> – è insomma, anche in questo frangente, l'uso di «schemi astratti, dei tipi ideali e degli “svolgimenti uniformi”»<sup>24</sup>: contro quella che «noi chiamiamo... la

vera ossatura della storia di un popolo sono il suo stato e il suo diritto» (p. VI). Ulteriori indicazioni, da ultimo, in STOLFI, *Uno Studioso e i suoi 'Auttori'* (cit. nt. 15), § 2 e nt. 56.

<sup>20</sup> Anche se, secondo quanto egli rileva, solo nei «primi due capitoli»: *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), p. 3.

<sup>21</sup> Nel senso in cui ho usato quest'espressione in STOLFI, *Zwischen Gesamtdarstellungen und „Microhistoire“: Einige Bemerkungen über die heutige italienische Rechtsgeschichtsschreibung*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 42.3-4 (2020), p. 243 ss.

<sup>22</sup> Per Betti il capolavoro vichiano non sarebbe da leggere come espressione di una «filosofia della storia» (di cui egli escludeva si potesse parlare, propriamente, prima di Herder), ma piuttosto quale testo inaugurale, appunto, dell'*hermeneutica historiae*. Si veda soprattutto BETTI, *I principi di scienza nuova di G.B. Vico* (cit. nt. 17), p. 459 ss. Una valutazione di fondo non troppo diversa, invero, era già in B. CROCE, *La filosofia di Giambattista Vico*, Laterza, Roma-Bari 1973<sup>9</sup> (ed. or. 1911), p. 135 s. Penetranti rilievi in S. MAZZARINO, *Vico, l'annalistica e il diritto*, Guida, Napoli 1971, p. 15 ss. L'idea «che la *Scienza Nuova* va intesa come una teoria generale dell'interpretazione storica» è senz'altro condivisa da CRIFÒ, *Semantica giuridica in Vico*, in *Vico und die Zeichen. Vico e i segni*, Hrsg. J. Trabant, Gunter Narr, Tübingen 1995, p. 30. Vi vede «la vera prima ermeneutica della storia» anche MURA, *Verità e storia* (cit. nt. 17), p. 17 ss.

<sup>23</sup> Un connubio che non deve stupire, considerata sia la nota attitudine bettiana a integrare e connettere tradizioni di pensiero diverse, sia il composito *humus* culturale in cui già era radicato l'approccio di Bonfante, fra storicismo (savignyano, in verità, ancor più che vichiano) e istanze del positivismo scientifico. Per qualche considerazione in merito a questo secondo aspetto – un fenomeno che coinvolse altri romanisti dell'epoca (basti pensare a Brugi) – posso rinviare a STOLFI, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi, M. Brutti, Giappichelli, Torino 2016, pp. 15 e 25 s. ove bibl.

<sup>24</sup> Così – ricostruendo, in termini generali, quanto più Betti attinse da Vico, da lui considerato in tal senso un «pioniere» – PICCINI, *Dalla scienza nuova all'ermeneutica* (cit. nt. 15), p. 22.

boria dei filologi»<sup>25</sup>, ossia contro ogni storiografia positivista, ma anche rispetto a quell'«atomismo» crociano con cui egli polemizzerà nei decenni successivi<sup>26</sup>.

In modo ancor più netto di quanto avvenisse in Wlassak (il primo studioso, dopo Mommsen, che troviamo citato nel saggio, e che indubbiamente vi esercitò una forte influenza)<sup>27</sup>, la *vindicatio* delle origini assurge a chiave euristica per leggere il sostrato storico – persino antropologico, vorrei dire – e la fase più risalente della giurisdizione civile. In effetti, secondo Betti,

la *vindicatio* quale forma di processo contenziosa non può essere se non la *riproduzione processuale* di un atto giuridico estragiudiziale dal quale il diritto con

<sup>25</sup> Come Betti scriveva già nella tesi di laurea a Bologna: cfr. *La crisi della repubblica* (cit. nt. 16), p. 171 nt. 76. Significativo come più tardi, nel parlare di Vico, egli rilevasse che «se mancava talvolta della filologia in piccolo, possedeva la filologia in grande»: BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (cit. nt. 7), p. 1007. Quanto alla concezione bettiana della filologia stessa, pur se con prevalente riguardo alla *Teoria generale dell'interpretazione*, cfr. P. MARI, *Betti e la filologia*, in *Le idee fanno la loro strada* (cit. nt. 17), p. 29 ss.

<sup>26</sup> Circa questi richiami all'«atomismo», con l'emersione solo progressiva – anche a questo riguardo – di una netta presa di distanze da Croce, posso ora rinviare a STOLFI, *Uno Studioso e i suoi 'Autori'* (cit. nt. 15), § 3 ove bibl. Una critica all'«atomismo sociale» – ben più, credo, che una mera analogia terminologica – era rivolta da Betti anche a Giuseppe Stolfi, nella loro celebre *querelle* sul negozio giuridico (su cui cfr., di recente, almeno M. GRONDONA, *Il contratto, l'ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi*, in «Comparazione e diritto civile» [2010], pp. 1 ss., spec. 12 ss. ove bibl.; N. IRTI, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milano 2011, spec. pp. 58 ss., 68 ss.; M. BRUTTI, *Dal contratto al negozio giuridico. Appunti*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 19 ss., 50 ss.; ID., *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Giappichelli, Torino 2017, spec. pp. 196 ss.). Vi si è soffermato BIROCCHI, *Emilio Betti* (cit. nt. 18), p. 41.

<sup>27</sup> Cfr. BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), p. 3 nt. 2, con riferimento a M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat. Studien zur Erforschung des Sachensrecht der Römer*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung», 31 (1910), p. 196 ss. In genere, sull'opera di Wlassak – di cui Betti aveva seguito a Vienna lezioni e seminari, riproponendone poi più volte snodi cruciali (soprattutto) nella rappresentazione dell'*agere per formulas* –, col notevole risalto che vi assumono le indagini sul diritto processuale romano (basti ricordare i due volumi del *Römische Prozessgesetz*, apparsi fra 1888 e 1891), si veda di recente T. BEGGIO, *A obra centenária: Moriz Wlassak, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, in «*Interpretatio prudentium*», 2.2 (2017), p. 17 ss. ove bibl. L'ascendente di Wlassak sulla concezione bettiana del processo civile romano, se forse contribuì a evitarne letture troppo autoritarie (come, per molti tratti, in Keller), non mi sembra però lo conducesse – come accadrà invece con Pugliese – a valorizzare particolarmente il persistente carattere arbitrale della procedura formulare: si veda più avanti, alla fine di questo § e nt. 76.

essa fatto valere è stato prima creato ed espresso; prima che forma di processo la *vindicatio* ha dovuto essere un atto essenzialmente estragiudiziale<sup>28</sup>.

Attraverso una simile lente Betti ricostruisce anche molteplici nozioni di (quello che noi consideriamo) diritto sostanziale: tanto privato – come il *mancipium* (dapprima «conquista guerresca» e solo più tardi «stato di padronanza»)<sup>29</sup>, ma anche *damnum*, *debitum* e *obligatio*<sup>30</sup> – quanto pubblico, come nel caso di *bellum*, *hostis publicus* e conseguente origine della schiavitù ma anche della *libertas*<sup>31</sup> oppure del *senatus consultum ultimum*<sup>32</sup>.

Al centro di tutto si colloca un'etimologia presentata come rivelatrice, sin dall'oscillazione semantica che coinvolge il suo primo termine, giacché la *vindicatio* è ricondotta al *vim dicare*, come esercitare o dimostrare violenza ma anche potere<sup>33</sup>. «La vis quale violenza momentanea» – sostiene Betti<sup>34</sup> – «fonda, crea la vis quale potere durevole (*vis ac potestas*)», sicché la *vindicatio* costituisce «in generale l'atto unilaterale, arbitrario, autoritario ... – quindi in contrasto con una volontà renitente, violento – mediante il quale un subietto giuridico esercita la propria illimitata potestà su un oggetto giuridico»<sup>35</sup>. Più specificamente, la *vindicatio* stessa è identificata con «l'atto di apprensione materiale ..., dell'impadronirsi, del far proprio, dell'asservire (assoggettare)»: dunque anche «dello strappare,

<sup>28</sup> Così leggiamo in BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), p. 7.

<sup>29</sup> Giusta quindi la «derivazione ... del *mancipium*-padronanza dal *mancipium*-apprensione»: BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), p. 10 ss.

<sup>30</sup> BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), spec. pp. 29 ss. e 38 ss.

<sup>31</sup> BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), pp. 9 s. e 33 s. In effetti è difficile, nel mondo antico (e romano in particolare), concepire la libertà a prescindere dalla schiavitù, di cui la prima è piuttosto solo il vuoto, o il rovescio. Ho cercato di darne conto in STOLFI, *Concezioni antiche della libertà. Un primo sondaggio*, in «Buletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"», 108 (2014), spec. p. 169 ss. ove bibl.

<sup>32</sup> BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), spec. p. 20 nt. 1.

<sup>33</sup> BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), p. 4 ss. Di nuovo non escluderei echi vichiani, considerato quel *ius privatae violentiae* alla cui stregua, secondo la lettura che il pensatore napoletano forniva dell'età arcaica, «le prime acquisizioni di diritti... furono l'esito di attività violente che, pur non abbandonando la sfera delle utilità materiali, espressero la determinazione dell'*idea* nell'*azione*» (sono parole di F. LOMONACO, *Vico, Giambattista, Dizionario biografico dei giuristi italiani* [cit. nt. 12], II, p. 2041).

<sup>34</sup> BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), p. 5.

<sup>35</sup> BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), pp. 4 s.

del toglier via a forza» («nell'eventuale conflitto con la volontà renitente del già detentore»), come pure «il violento impadronirsi della persona e dell'avere del nemico nazionale (*hostis publicus*)»<sup>36</sup>.

Colpisce, in questa ricostruzione, come Betti non insistesse tanto su riti e fasi processuali che effettivamente recano tracce, stilizzate ('messe in forma') e perciò sterilizzate, di un arcaico duello, anche se in verità riprodotto come svolgentesi su un piano perfettamente paritario: così nel caso della *legis actio sacramento in rem*, con la simmetria delle due dichiarazioni di appartenenza – tanto che il possessore non assume una posizione processuale privilegiata – e il *manus conserere* sul bene conteso (dal che poi l'ordine del re o del magistrato: *mittite ambo rem*, o *hominem*)<sup>37</sup>. Più di questi elementi, in merito ai quali sarebbe anche possibile seguirlo (almeno in parte), egli si mostra interessato a un dato di fondo, che dal piano strettamente storiografico vira verso la pura congettura, visibilmente orientata da condizionamenti ideologici<sup>38</sup>. Scatta, irresistibile, l'attrazione per una questione avvertita come cruciale – poi oggetto, non a caso, della prolusione che Betti contava di tenere a Camerino nel 1916<sup>39</sup>.

Si tratta del nesso, percepito come fondante e costitutivo, fra violenza e diritto. Laddove la prima si spoglia di ogni necessaria antiggiuridicità, che le sarebbe propria solo alla stregua delle visioni

<sup>36</sup> BETTI, *La "vindictio" romana* (cit. nt. 10), pp. 8 s.

<sup>37</sup> Cfr. Gai. 4.16-17. Sulla violenza 'messa in forma' tramite questo rituale, con la stereotipia e l'inderogabile solennità che gli era propria, posso rinviare a STOLFI, *Il rito e la form(ul)a. Contributo minimo a una genealogia della ragione giuridica*, in «Il Pensiero», 58.2 (2019), pp. 36 ss. ove bibl. Su certe riflessioni che la procedura delle *legis actiones* suscitava proprio in Vico cfr. CRIFÒ, *Semantica giuridica* (cit. nt. 22), p. 39.

<sup>38</sup> Severo ma fondato, in tal senso, il giudizio di M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Biorocchi, L. Loschiavo, TrE-Press, Roma 2015, pp. 76 s. A suo avviso, quella di Betti «è una congettura che nasce dal nulla. Precede l'indagine storica e l'interpretazione dei testi». Nella sostanza «qui si è al di fuori della storiografia. Piuttosto si afferma la corrispondenza delle nozioni romane a valori essenziali e sovrastorici: da un lato la forza che si organizza nello Stato; dall'altro la stessa forza che si dispiega libera nella vita internazionale».

<sup>39</sup> Confidando in un esito concorsuale ben diverso da quello che ebbe luogo (anche) in quella circostanza. Cfr. lo stesso BETTI, *Notazioni autobiografiche* (cit. nt. 11), p. 16, ove si parla di «uno studio sulle relazioni tra forza e diritto, tra processo e diritto sostanziale, che avrebbe dovuto servire da prolusione al corso che contava di poter presto iniziare a Camerino». Sull'insuccesso al concorso camerte, come già prima a Perugia (1915) – col peso che sempre ebbe Vittorio Scialoja, presidente di entrambe le commissioni (anche se i giudizi più duri, nella prima occasione, furono di Brugi) – posso rinviare a STOLFI, *Betti maestro di casistica* (cit. nt. 4), pp. 149 ss. ove bibl.

moderne. La *vis*, quale forza ma anche violenza, «non implica *come tale*, pei Romani più antichi, l'altro concetto di “contrarietà a diritto”; la *vis* anche quale violenza è qualcosa *di medio* che può essere tanto conforme quanto contrario al diritto obiettivo»: qualcosa di «pregiuridico» più che di «antigiuridico»<sup>40</sup>. La medesima concezione aristocratica del diritto quale espressione della forza ... sta a base così della *vindicatio* privata come del *bellum* internazionale», giacché «la guerra (o la rivoluzione) è il processo ove si *constata* la forza, si *prova* il diritto»<sup>41</sup>.

Da qui anche il deciso rifiuto di Betti, in merito ai rapporti internazionali del proprio tempo, di «vieti concetti di legalità formale, di moralità, di giustizia»<sup>42</sup>. Parole che quasi anticipano quel «fariseismo legalitario» contro cui il Nostro si scaglierà (in modo anche piuttosto gratuito, considerando la *sedes materiae*) nella *Prefazione* alla seconda edizione del *Diritto processuale civile italiano*<sup>43</sup>.

Evidente il corto circuito logico in cui questa ‘fascinazione dell’origine’ conduceva Betti. In effetti sostenere che «in quanto violenza (esercizio arbitrario di forza), la *vindicatio* ... è un atto di per sé incolore (medio) dal punto di vista giuridico» – il quale può rivelarsi tanto legittimo quanto illegittimo, a seconda di un «criterio discretivo <che> è soltanto la sua conformità col diritto della città o la sua difformità da esso»<sup>44</sup> – evidentemente comporta assumere il «diritto obiettivo» sia come un *posterius* che come un *prius* rispetto alla *vis*. Così che quest’ultima risulterebbe legittimata in virtù della rispondenza a una violenza anteriore, che semplicemente sia riuscita vincente. Ma non è tanto questo il punto che ora interessa. Ciò che spicca, e deroga da una prospettiva propriamente storiografica, è la decisiva funzione assegnata alla violenza,

<sup>40</sup> BETTI, *La “vindicatio” romana* (cit. nt. 10), p. 5 nt. 1.

<sup>41</sup> BETTI, *La “vindicatio” romana* (cit. nt. 10), p. 13 nt. 1.

<sup>42</sup> Così ancora BETTI, *La “vindicatio” romana* (cit. nt. 10), p. 13 nt. 1, che prosegue: «ma il tribunale competente per certi giudizi non è quello della morale o del diritto privato, bensì quello della storia mondiale al lume della quale vengono vagliate le forze contrastanti degli Stati o delle classi».

<sup>43</sup> Cfr. BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (cit. nt. 2), spec. p. XIX. Il riferimento al «bieco fariseismo legalitario» si trova fin dalla dedica del volume, che è «all’Italia immortale».

<sup>44</sup> Così BETTI, *La “vindicatio” romana* (cit. nt. 10), pp. 14 s. In realtà potremmo essere anche più franchi e brutali, giacché – come osserva BRUTTI, *Emilio Betti e l’incontro con il fascismo* (cit. nt. 38), p. 91 – nella prospettiva del giurista camerte l’unica vera differenza «tra violenza legittima e illegittima sta nell’efficacia».

o almeno all'uso della forza, identificata in qualcosa che si pone «al di là (o, meglio, prima) del bene e del male», come Betti scrive parafrasando Nietzsche<sup>45</sup>.

Ecco dunque, esplicitamente evocata, la voce del filosofo tedesco: notoriamente una presenza di primo piano nell'universo intellettuale di Betti<sup>46</sup> e che aleggia anche ove non richiamato, con l'azione, di cui è paradigma la *vindicatio*, prima stragiudiziale e poi processuale, che davvero sembra esprimere una congenita «Wille zur Macht» dei romani. Ma persino più del filosofo tedesco – e anche di certi echi antichi che potremmo ipotizzare (penso soprattutto al Callicle platonico)<sup>47</sup> –, è un altro l'esponente della cultura europea chiamato in causa con maggior intensità<sup>48</sup>. Si tratta di George Sorel<sup>49</sup>, le cui *Reflexions sur la violence* erano apparse in prima edizione sette anni prima, per offrirsi ben presto a

<sup>45</sup> BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), p. 15 nt. 2.

<sup>46</sup> Che gli dedicherà espressamente anche una lettura in chiave neoidealistica (quasi un ossimoro teorico): cfr. BETTI, *Per una interpretazione idealistica dell'etica di Federico Nietzsche* (1943-44), ora in ID., *Diritto Metodo Ermenentica* (cit. nt. 5), p. 261 ss. Ma richiami a Nietzsche – a proposito, allora, della costituzione romana come «opera d'arte» – sono rinvenibili sin dai tempi della tesi di laurea bolognese: BETTI, *La crisi della repubblica* (cit. nt. 16), p. XXVIII (in quella concezione dell'assetto pubblico romano, peraltro, GABBA, *Presentazione* [cit. nt. 19], p. VIII ha visto piuttosto riproposta una «formula burchkardtiana»; mentre S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana. Parte seconda*, Giuffrè, Milano 1993, p. 62 s. ove altra bibl. ne ha valorizzato soprattutto le ascendenze hegeliane). Sul rapporto del Nostro col pensiero di Nietzsche cfr. già CRIFÒ, *Emilio Betti* (cit. nt. 2), spec. p. 228 e SCHIAVONE, *Un'identità perduta* (cit. nt. 3), p. 297. Si vedano poi T. GAZZOLO, *Betti politico*, in «Politica del diritto», 42.1 (2011), p. 154 e e soprattutto, per quanto più rileva nella nostra prospettiva, BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo* (cit. nt. 38), spec. pp. 65 («l'influenza nietzschiana è probabilmente quella che segna di più gli anni della formazione [scil. di Betti]...», offrendo termini e senso all'immagine di una tensione drammatica tra diritto e vita») e 72 ss.

<sup>47</sup> Proprio colui che al medesimo Nietzsche «rivelò... se stesso», secondo le suggestive parole di C. GINZBURG, *Rapporti di forza. Storia, retorica, prova*, Feltrinelli, Milano 2000, p. 22 (in direzione analoga, D. LOSURDO, *Nietzsche, il ribelle aristocratico. Biografia intellettuale e bilancio critico*, Bollati Boringhieri, Torino 2002, p. 469 s.). Sul pensiero attribuito a Callicle – con la convinzione che i *nómoi* della città democratica non siano altro che uno strumento utilitaristico, predisposto dai «deboli e molti» onde impedire che si realizzi il «giusto secondo natura», che esige il predominio dei migliori (dal momento che tutte le cose «che sono in mano ai peggiori e ai più deboli appartengono tutte al migliore e al più forte»: Platone, *Gorgia* 484c) – mi sono soffermato in STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Carocci, Roma 2020, p. 92 ss. e 118 ove bibl.

<sup>48</sup> E non solo tramite due nevralgiche citazioni, in BETTI, *La "vindicatio" romana* (cit. nt. 10), p. 5 nt. 1 e 15 nt. 1.

<sup>49</sup> Già lo ha sottolineato BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo* (cit. nt. 38), p. 75 s.

letture assai diverse, da sinistra e da destra (a cominciare da Mussolini)<sup>50</sup>. Nel primo caso, peraltro, il richiamo di Betti a Sorel è preceduto da uno alla *Filosofia della pratica* di Croce, da cui erano tratti spunti in una direzione non divergente<sup>51</sup>, così come dal carteggio col filosofo emerge il «vivo consenso» di Betti per certe pagine de *La Critica* attorno a «lo Stato come potenza» e alla forza quale «fondamento ultimo ed unico» del diritto<sup>52</sup>.

Non trascurerei poi la possibilità di un ulteriore fattore, che per una volta va al di là delle sterminate letture bettiane, per chiamare in causa gli eventi drammatici che si stavano allora svolgendo, fuori delle biblioteche e delle aule universitarie. Il nostro saggio è del 1915: da un anno l'Europa aveva conosciuto la sua «ultima estate», con quell'agosto del '14 che davvero ha rappresentato «il crollo della *respublica litterarum*

---

<sup>50</sup> Cfr., di recente, ancora BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo* (cit. nt. 38), p. 75 s. Il libro di Sorel troverà una ben diversa rimediazione in Walter Benjamin, che risulta averlo letto nel 1919. Ma l'assenza di riferimenti a quest'ultimo, nel saggio di Betti, non è determinata solo da ovvie ragioni cronologiche – la prima apparizione del saggio *Per la critica della violenza*, con l'indagine dei rapporti che essa intrattiene col diritto e la giustizia, è infatti del 1920-21 (cfr. ora W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, tr. it. a cura di R. Solmi, Einaudi, Torino 1995 [ed. or. 1955], p. 5 ss.). In verità Benjamin non sarà mai un autore di Betti: persino nell'*opus magnum* in materia ermeneutica, notoriamente prodigo di richiami alla cultura tedesca, egli non viene citato una sola volta: si veda l'«Indice dei nomi» in BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (cit. nt. 7), pp. 1081 ss. Un'altra figura (di per sé assai differente, se non antitetica) con cui potremmo attenderci – sempre negli anni successivi al saggio sulla *vindictio* – un dialogo più serrato da parte di Betti (e stavolta anche per ragioni ideologiche) è Carl Schmitt. Pur oggetto di menzione, in questo caso, nella *Teoria generale della interpretazione* e in altri lavori (su alcuni dei quali si sofferma GAZZOLO, *Betti politico* [cit. nt. 46], spec. p. 172 ss.), direi che il giurista e politologo tedesco rimane una presenza relativamente defilata nell'orizzonte culturale di Betti. E benché egli partecipi, con uno dei suoi ultimi scritti, al volume in onore dello stesso Schmitt, anche in quell'occasione non vi è un diretto e puntuale confronto teorico (come accade, piuttosto, rispetto a vari contributi di Wieacker): cfr. BETTI, *Wechselwirkungen zwischen deutschen und italienischen Zivilrecht*, in *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, I, Duncker & Humblot, Berlin 1968, p. 61 ss.

<sup>51</sup> Riescono davvero significative, in proposito, alcune correzioni che lo stesso Betti apportò all'estratto del proprio lavoro, inviato a Croce. Vi si è soffermato, con puntuali notazioni, C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Giuffrè, Milano 2012, p. 158 s. A suo avviso, tali correzioni – la maggiore o minore «ampiezza» in luogo degli originari richiami al «grado inferiore» o «superiore»; il valore «economico-convenzionale (statuale)» in luogo di quello «etico» – testimonierebbero dell'esito di un ripensamento quanto al rapporto tra la violenza e il diritto obiettivo (ovvero, nella versione interpolata, «di Stato»).

<sup>52</sup> Cfr. ancora NITSCH, *Il giudice e la legge* (cit. nt. 51), p. 152 ss., 309.

europæa»<sup>53</sup>. Dalle *Notazioni autobiografiche* – in cui non rinvengo tracce circa l'orientamento rispetto all'imminente conflitto – apprendiamo che Betti aveva intrapreso lo studio sulla *vindicatio* a Friburgo, dove «lo scoppio della guerra mondiale venne suo malgrado a scovarlo», inducendolo al rientro in Italia<sup>54</sup>. Sarebbe interessante capire se e quanto, pur nel suo atteggiamento di «doctor umbratilis»<sup>55</sup>, egli sia stato influenzato dal convulso clima del momento, da quella diffusa mobilitazione bellicista delle coscienze europee, dagli appelli nebulosi e scomposti, ma così ricorrenti, alla capacità (ri)generativa della violenza.

Certo è che il saggio sulla *vindicatio* ci consegna, pur sotto un'angolatura peculiare, un'immagine dell'azione e dell'intera esperienza processuale che si distacca profondamente dall'iconografia consolidata nella Pandettistica e nella cultura liberale. Lo studio del processo civile (in questo caso romano arcaico) già s'indirizza verso quell'indagine circa «il senso della lotta giusta e leale» (ma giusta, verrebbe da dire, proprio perché lotta, perché dimostrazione di forza) a cui Betti si richiamerà in una lettera del gennaio 1936, inviata a Mussolini con la prima copia del *Diritto processuale civile italiano*<sup>56</sup> – opera in cui anche il largo spazio riservato alla «autodifesa privata» odierna<sup>57</sup> potrebbe acquisire, in questa luce, un particolare significato. Soprattutto viene impostato in tutt'altra veste, almeno con riguardo alla fase originaria, il rapporto fra diritto sostanziale e processo, per cui il momento della tutela giurisdizionale

<sup>53</sup> Così G. CIANFEROTTI, 1914. *Le Università italiane e la Germania*, Il Mulino, Bologna 2016, p. 9 ss., con esplicita ripresa del *topos* per cui quella del 1914 rappresenterebbe l'«ultima estate d'Europa».

<sup>54</sup> Cfr. BETTI, *Notazioni autobiografiche* (cit. nt. 11), p. 13 s. Sembra tuttavia che sull'immediatezza del rimpatrio contribuisce una circostanza forse sorprendente (rispetto alla successiva parabola ideologica del Nostro), e che cioè «allo scoppio della guerra ... il Betti era sceso per le strade cantando la Marsigliese. Arrestato, intervennero per lui il Partsch e, più probabilmente, il Lenel»: CRIFÒ, *Precisazioni su «La crisi della repubblica e la genesi del principato» di Emilio Betti*, in *Costituzione romana e crisi della repubblica* (cit., nt. 19), p. 141, sulla scorta di un passaggio del carteggio fra Betti e La Pira (cfr. ora la *Lettera XCIII*, in *Omaggio a Giuliano Crifò. A proposito del carteggio Betti-La Pira. Atti dell'Incontro di Studio (Messina, 13 novembre 2015)*, a cura di L. Di Paola Lo Castro, Accademia Fiorentina di Papirologia e di Studi sul Mondo Antico, Firenze 2016, p. 62).

<sup>55</sup> Come si autoqualifica in riferimento a quel periodo: BETTI, *Notazioni autobiografiche* (cit. nt. 11), p. 14.

<sup>56</sup> Documento riprodotto da E. Mura in BETTI, *Notazioni autobiografiche* (cit. nt. 11), p. LXX.

<sup>57</sup> Cfr. BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (cit. nt. 2), p. 29 ss.

non si configura affatto come strumentale e posteriore, sul piano logico e storico, rispetto alla situazione fatta valere (il «diritto soggettivo», come allora non si esitava a dire anche per l'esperienza antica)<sup>58</sup>.

Da questo punto di vista è ancor più eclatante, e articolato, il distacco di Betti dalle impostazioni scientifiche allora dominanti, e dalle loro connotazioni ideologiche, nell'altro saggio che ricordavo: *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, di cinque anni posteriore, ovviamente da leggere in parallelo con *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, la cui prima edizione è praticamente contestuale<sup>59</sup>. Senza poterne qui ripercorrere i dettagli, mi soffermerei su un paio di aspetti.

Segnalerei innanzi tutto, più in generale, la relazione fra «il diritto subiettivo privato» e il «diritto obiettivo sostanziale», di cui il primo sarebbe «espressione»: ma come ben distinto dal diritto di azione<sup>60</sup>, poiché quest'ultima costituisce «un potere processuale autonomo» (e «concreto»), «assolutamente inconfondibile col potere ch'è il momento formale del diritto subiettivo sostanziale»<sup>61</sup>. Più nello specifico, ricorderei le

---

<sup>58</sup> Di lì a breve l'orizzonte interpretativo si sarebbe alquanto complicato, soprattutto a seguito degli studi di Michel Villey; mentre in Italia si sarebbe dovuta a Pugliese la riflessione più consapevole e attrezzata a favore di legittimità e fecondità (per riprendere un binomio bettiano) dell'impiego della figura dogmatica moderna in riferimento all'esperienza romana. Ma in larga misura convergente era il coevo orientamento dello stesso Betti, di cui si veda soprattutto *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica* (1952), ora in *Diritto metodo ermeneutica* (cit. nt. 5), p. 397 ss. (circa la contiguità fra la sua posizione e quella di Pugliese cfr. almeno M. BRETONI, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Laterza, Roma-Bari 1998, p. 282, nonché N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e ius nella visione di Michel Villey*, in «Revue internationale des droits de l'antiquité», 3<sup>a</sup> serie 54 [2007], pp. 391 ss. ove altra bibl.). Ho cercato di illustrare i momenti storiografici salienti di questo dibattito – inclinando a mia volta per una lettura più problematica, che non disconosca gli usi antichi di *ius* in accezione soggettiva, ma neppure proietti all'indietro un costrutto teorico che si delinea pienamente solo fra XVII e XIX secolo – in STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in «Studi Senesi», 118 (2006), p. 120 ss., spec. 125 ss. (cfr. poi ID., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Il Mulino, Bologna 2010, spec. p. 165 ss. e ID., *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani* [cit. nt. 7], p. 59 ss., spec. 69 ss.).

<sup>59</sup> I riferimenti sono a BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2) e a ID., *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13). Molti risultati di queste ricerche confluiranno poi in ID., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Cedam, Padova 1962, pp. 1 ss.

<sup>60</sup> BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), p. 14 s.

<sup>61</sup> Così BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), pp. 27 e 42 ss. (in merito alla distinzione fra potere «concreto» e «astratto»: su tale polarità la sua impostazione mi

ripercussioni che, a livello di struttura dell'obbligazione romana, Betti traeva da quanto è in verità ravvisabile solo in una fase della giustizia civile romana, ossia nel processo formulare e già (ma solo riguardo al primo aspetto) nelle *legis actiones* – mentre molto muterà con le *cognitiones extra ordinem*, e poi nel processo civile ordinario di avanzata età imperiale e quindi tardoantica, senza che però Betti ne registri ormai alcuna incidenza rispetto alla struttura dell'obbligazione. Mi riferisco al contenuto solo pecuniario della condanna e ai caratteri dell'esecuzione forzata, che passa sì da esercitarsi sul corpo del convenuto soccombente a coinvolgerne solo il patrimonio (inizialmente nella sua totalità)<sup>62</sup>, ma non contempla mai l'ottenimento di quanto perfettamente corrispondente alla pretesa sostanziale dell'attore – salvo appunto che nell'esperienza più tarda.

Da qui l'originalità che Betti rivendica<sup>63</sup> all'approccio da lui proposto, nella convinzione che «il diritto sostanziale, per la sostanza che è ad esso immanente, è legato da un nesso indissolubile al processo e all'esecuzione forzata»<sup>64</sup>. Nesso che, proprio in merito a obbligazione e azione, nel diritto romano sarebbe «ben più intimo e profondo che in diritto moderno»<sup>65</sup>. La differenza tra l'obbligazione «romana classica» e la nostra si porrebbe così a livello di struttura – da cui Betti tiene ben distinta la «funzione sociale», consistente in entrambi i casi «nel soddisfare l'interesse all'altrui cooperazione»<sup>66</sup>. E tale difformità strutturale sarebbe da

---

sembra differente, almeno riguardo al diritto odierno, in BETTI, *Ragione e azione* [cit. nt. 2], spec. p. 223 ss.).

<sup>62</sup> Come scrive BETTI, *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13), p. 71 all'esecutato veniva perciò tolta «la libertà della persona o l'appartenenza del patrimonio tutto», con un'evidente «sproporzione» dei mezzi di esecuzione forzata (p. 73), tale da confermare come a Roma non avesse luogo la moderna compenetrazione di debito e responsabilità (*ibid.*).

<sup>63</sup> Anche nei confronti degli studi del proprio maestro, Gino Segrè: BETTI, *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13), p. VI.

<sup>64</sup> BETTI, *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13), p. V.

<sup>65</sup> Così BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), p. 78. Cfr. ID., *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13), p. 7.

<sup>66</sup> BETTI, *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13), p. 41. Il riferimento alla «funzione sociale» evoca inevitabilmente la fortunata soluzione teorica e lessicale messa a punto da Betti in materia di causa contrattuale. Un'elaborazione di cui possiamo scorgere le prime tracce proprio ne *Il concetto della obbligazione*: lo ha ben illustrato M.N. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in *La funzione sociale nel*

individuare proprio in due elementi che contraddistinguono l'*obligatio* antica alla luce (e in conseguenza) della portata di condanna ed esecuzione forzata appena richiamata.

Si tratta del «carattere *personale* dell'azione e dell'esecuzione forzata» stessa, ma soprattutto della «inesigibilità della prestazione originaria dovuta»<sup>67</sup>. Ciò testimonierebbe quanto fosse estranea ai romani l'idea di poter procurare al creditore, «direttamente e per via indipendente dalla volontà del debitore, la prestazione stessa che questi gli deve», poiché per loro «ogni obbligazione è per se stessa infungibile»<sup>68</sup>. Proprio una simile «inesigibilità del debito primario» costituirebbe la peculiarità dell'«obbligazione romano-classica». Essa infatti non sarebbe altro che, sul lato passivo, «un obbligo di risarcimento» per una prestazione dovuta e ineseguita; su quello attivo, il diritto di esigerne un surrogato pecuniario<sup>69</sup>.

Attorno a questo nucleo si dispiega uno spesso apparato di distinzioni e inquadramenti dogmatici, che però – come spesso accade in Betti (e sarà espressamente teorizzato soprattutto nella prolusione milanese del '27)<sup>70</sup> – è teso non a cancellare o comprimere le difformità fra antico e moderno, bensì a porle in risalto, tramite una storicizzazione che può apparire alquanto *sui generis* ma è comunque consentita, anziché interdetta, dal ricorso a quegli schemi euristici. Anche in questo frangente davvero, per Betti, «il 'dogma' è la 'storia'»<sup>71</sup>.

*diritto privato tra XX e XXI secolo* (Atti dell'incontro di studio. Roma, 9 ottobre 2015), a cura di F. Macario, M.N. Miletta, Roma TrE-Press, Roma 2017, p. 9 ss.

<sup>67</sup> Così BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), pp. 2 s. L'idea che «il iudicatum, nel suo concetto primitivo ..., non crea mai per il vinto un obbligo personale a un facere» era già in BETTI, *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano (Con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto)*, in «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», 56 (1915), p. 12 s.

<sup>68</sup> BETTI, *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13), p. 6 s.

<sup>69</sup> BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), pp. 179 e 186.

<sup>70</sup> Preceduta, in tale prospettiva, soprattutto dalla densissima discussione del *Corso di istituzioni* di Arangio-Ruiz – mi riferisco a BETTI, *Problemi e criteri metodici d'un manuale di istituzioni romane*, in «Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"», 34 (1925), p. 225 ss. Circa i principali snodi teorici (soprattutto di natura gnoseologica) che legano i due contributi, posso rinviare a STOLFI, *Betti maestro di casistica* (cit. nt. 4), spec. p. 141 s. ove bibl.

<sup>71</sup> Così, nel contesto di un saggio che rimane esemplare, P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in «Quaderni Fiorentini», 7 (1978), p. 327. Non diversamente, da ultimo, BIROCCHI, *Emilio Betti* (cit. nt. 18), p. 25, secondo il quale nella

Troviamo qui distinte, in effetti, «aspettativa di prestazione» (riguardo al «debito primario») e «aspettativa di soddisfazione» (in riferimento a quanto atteso da una condanna, quale «attività surrogatoria», e poi realizzabile tramite l'esecuzione forzata)<sup>72</sup>. Ed è fra l'altro solo guardando all'obbligazione sul suo esclusivo versante di «pretesa di prestazione» che viene condiviso, per l'oggi, il rapporto fra obbligazione e azione per come configurato da Chiovenda<sup>73</sup> – mentre Betti esclude che a Roma l'obbligazione stessa crei «un vero e proprio obbligo di eseguire la prestazione», dal momento che nel debitore è scorto solo un esser «garante» per la delusione dell'aspettativa creditoria<sup>74</sup>.

Ovviamente non entro nel merito delle varie ragioni di perplessità che può destare questa ricostruzione, pur così attrezzata e coesa, indubbiamente affascinante. Basti pensare alla diversa lettura a cui si presta il carattere solo pecuniario della condanna nel processo formulare: carattere ben operativo anche nell'ambito delle *actiones in rem*<sup>75</sup>, ma che non per

---

prospettiva bettiana «la dogmatica era intesa storicamente e, viceversa, la storia poteva essere interpretata solo attraverso la dogmatica». Sull'«intreccio fra storia e dogma» come «indiscutibile» in Betti, anche T. GRIFFERO, *Interpretazione e astuzia del dogma. A partire da Emilio Betti*, in *Emilio Betti e l'interpretazione* (cit. nt. 1), p. 88. Ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, in STOLFI, *Betti maestro di casistica* (cit. nt. 4), spec. p. 151 s.

<sup>72</sup> Cfr. BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), spec. p. 66 ss., 138 ss.

<sup>73</sup> Si veda ancora BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), p. 73 ss.

<sup>74</sup> Così, facendo perno sull'originaria semantica di *praestare*, BETTI, *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13), p. 31 s.

<sup>75</sup> Della cui anteriorità (così come i rapporti di appartenenza, *ex iure Quiritium*, dovettero precedere quelli di credito, *iure civili*) il Nostro era pure fermamente convinto, almeno dai tempi di BETTI, *L'antitesi storica* (cit. nt. 67), p. 25 s. Questo non gli impediva di sostenere che la condanna pecuniaria avesse interessato, dapprima, le sole procedure in materia di obbligazioni, per estendersi successivamente a quelle poste a tutela di diritti reali: cfr. BETTI, *La struttura dell'obbligazione* (cit. nt. 13), p. 25 (ma si veda già ID., *L'antitesi storica* [cit. nt. 67], spec. pp. 8 s., ove la *poena sacramenti*, quale corrispettivo di un «torto ... puramente processuale» è tenuta «ben distinta dalla condemnatio pecuniaria»; nonché 109 s., circa l'*actio in rem* che si sarebbe «ravvicinata dalla sua opposizione primitiva all'*actio in personam*»). Benché supportata da un apparato argomentativo d'impressionante acutezza e acribia, anche questa tesi suscita più di un dubbio. Soprattutto l'innegabile simmetria fra le due *legis actiones sacramento, in rem e in personam* (con appunto la prima, con ogni probabilità, più risalente della seconda) mi sembra svelare il carattere affatto congetturale della ricostruzione, in cui l'elemento disturbante viene neutralizzato facendo appello a un presunto fenomeno evolutivo (come non di rado accade, in generale, nelle interpretazioni dedicate alla più remota storia romana: cfr. ora, a proposito di *fas*, M. BETTINI, *Roma, città della parola. Oralità Memoria Diritto Religione Poesia*, Einaudi, Torino 2022, p. 199 ss.).

questo stravolge la configurazione delle situazioni sostanziali che esse mirano a proteggere, o la differenza in modo altrettanto radicale dalla nostra. Senza dimenticare che l'esclusione di una condanna (e quindi di un'esecuzione) in forma specifica risponde soprattutto a un obiettivo che fu per molto tempo proprio non solo dell'ordinamento giudiziario ma dell'intera amministrazione pubblica dei romani, interessati a ridurre e delegare attività che altrimenti avrebbero imposto l'allestimento di un robusto apparato burocratico – dal quale invece, per molto tempo, essi riuscirono a prescindere.

Si misura anche in tali soluzioni tecniche quel persistente carattere arbitrario del processo formulare – con l'esigenza di un impulso costante delle parti e un assottigliarsi della componente pubblica – tanto valorizzato anche da studiosi per vari aspetti vicini al Nostro (penso soprattutto a Wlassak e Pugliese)<sup>76</sup>. Un aspetto che invece l'anti-individualismo di Betti, post-pandettistico e post- (se non anti-)liberale, si premura di lasciare alquanto defilato.

### 3. *Diritto sostanziale e processuale, lontano dalla Pandettistica*

Tornerei, allora, sul profilo più generale cui accennavo poc'anzi. La compenetrazione che Betti individua, nell'esperienza romana arcaica (con la *vindicatio*) o repubblicana e imperiale (col processo formulare), si proietta in una dimensione più ampia e per certi versi metastorica, di teoria generale del processo *tout court*, ma agevola anche l'individuazione di sfasature fra antico e moderno. L'azione dell'esperienza romana non vi è configurata quale «diritto astratto di agire in giudizio»<sup>77</sup>, dal momento che il «vero diritto d'azione» spetta solo ove l'interesse ad agire e la spettanza ed esistenza del diritto non siano solo affermati in giudizio ma sussistano effettivamente<sup>78</sup> – un orientamento ribadito, fra i cultori

---

<sup>76</sup> Con quel loro «giusprivatismo processuale» posto in luce da M. BRUTTI, *Postfazione. Il diritto romano come metateoria*, in G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, rist. Jovene, Napoli 2006 (ed. or. Giuffrè, Milano 1939), p. 472 ss.

<sup>77</sup> Sono parole di NASI, *La via di Emilio Betti* (cit. nt. 1), p. 175, il quale però assume questo snodo dell'approccio bettiano in termini assoluti e invarianti (senza distinguere se la prospettiva fosse rivolta al processo romano o a quello attuale). Cfr. però sopra, § 2 e nt. 61, nonché la nt. seguente.

<sup>78</sup> Così BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), p. 37 s. Non del tutto conforme risulta l'orientamento del Nostro, almeno riguardo al diritto odierno, in *Ragione e azione* (cit. nt. 2), p. 223 ss. e *Diritto processuale civile italiano* (cit. nt. 2), spec. pp. 72, 77. Qui

dei diritti antichi, soprattutto da Pugliese, circa vent'anni dopo<sup>79</sup>. La fonte dell'azione non è tanto da riconoscere nella singola norma processuale (o anche sostanziale) quanto piuttosto nel complesso dell'ordinamento (processuale e sostanziale assieme, quale due «livelli logici» interdipendenti), il quale appunto è «giuridico in quanto ammette e ammette “sempre” la sua attuazione per via processuale»<sup>80</sup>.

Ne esce ridisegnata anche quell'alterità fra diritto soggettivo e azione posta a sua tutela che nello stesso periodo (e in maggiore aderenza ai modelli tedeschi dell'Ottocento) era tracciata con ben altra nettezza da Carnelutti<sup>81</sup>, e sarà poi ribadita, alla fine degli anni '30, da Pugliese – in chiave storica ma con evidenti implicazioni di ordine sia teorico che ideologico. Nel senso che quella sua rivendicazione di una priorità, logica e storica, del diritto soggettivo a fronte del riconoscimento e della protezione giurisdizionale da parte dello Stato non era, in quel momento,

---

l'azione è intesa come diritto – rivolto non tanto verso lo Stato, quanto nei confronti dell'avversario (e qui la vicinanza con Chiovenda è evidente) – «di natura specificamente processuale, conferito dalla legge processuale in ordine a una ragione affermata soltanto», indipendentemente dal suo (successivo ed eventuale) riconoscimento come fondata (non tutto convince, pertanto, nella lettura che della «ragione» di Betti, sulla scorta esclusivamente del suo *Il concetto della obbligazione*, propone M.A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Jovene, Napoli 2012, spec. p. 72 s.). In proposito – e con particolare riguardo alla concezione bettiana dell'azione quale potere astratto anziché concreto (com'era allora per la dottrina dominante) – si vedano ora i lucidi rilievi di Antonio Carratta, in questo volume.

<sup>79</sup> Si sofferma giustamente su quest'aspetto della sua impostazione BRUTTI, *Postfazione* (cit. nt. 76), p. 486.

<sup>80</sup> Cfr. NASI, *La via di Emilio Betti* (cit. nt. 1), p. 176 ss. (sue le parole citate). In un certo senso, potremmo dire che anche qui opera quel criterio della totalità che sarà posto da Betti (come verificato sopra, § 1 e nt. 7) fra i cardini della propria teoria ermeneutica.

<sup>81</sup> Insiste su questa distanza, ad esempio NASI, *La via di Emilio Betti* (cit. nt. 1), p. 168. Su sintonie e divergenze tra le visioni del processo proprie di Carnelutti e Betti, più di recente, NITSCH, *Il giudice e la legge* (cit. nt. 51), spec. p. 182 ss. e FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione* (cit. nt. 78), spec. p. 4 nt. 6. Ben diversa, fra i due giuristi, era già la nozione di «lite»: BETTI, *Ragione e azione* (cit. nt. 2), pp. 208 ss. Significativa, invece, la condivisione bettiana della «dogmatica integrale» di Carnelutti, cui sarebbe possibile pervenire solo ponendo «la teoria al cimento con la pratica casistica»: BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (cit. nt. 2), p. IX. Circa i loro rapporti, più in generale, anche CRIFÒ, *Emilio Betti* (cit. nt. 2), p. 167; N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (Intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Diritto sostanziale e processo*. Con presentazione di N. Irti, Giuffrè, Milano 2006 (nonché poi in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 61 [2007], p. 1 ss.); MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale* (cit. nt. 66), p. 9 s.

affatto scontata o tantomeno «neutra»<sup>82</sup>. Se *Actio e diritto subiettivo* è tutto «costruito attorno a una critica alla nozione di *Anspruch* propria di Windscheid»<sup>83</sup> – non diversamente da come la concezione di quest’ultimo, circa l’identificazione di *actio* e «pretesa», era già respinta da Betti (lo vedremo fra un attimo) –, è proprio il risvolto politico di questo relazionarsi del privato con lo Stato che scava fra i due allievi di Segrè una distanza incolmabile. E non è probabilmente un caso se Betti preferirà parlare, nel suo manuale di diritto processuale civile italiano, di «ragione fatta valere» nel processo, più che di diritto soggettivo che questo sarebbe volto a tutelare<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Lo ha ben sottolineato, di recente, BRUTTI, *Postfazione* (cit. nt. 76), p. 463 ss., spec. 474. In genere, le relazioni teoricamente alterne, pur nella condivisa genealogia accademica, fra Betti e Pugliese meriterebbero uno specifico esame, impossibile in questa sede. Un bell’esempio di radicale dissenso, e proprio nel ripercorrere le tesi del comune maestro, è rinvenibile in BETTI, *La struttura dell’obbligazione* (cit. nt. 13), p. 127, ove nelle «critiche raziocinanti» rivolte da Pugliese a Segrè è colta un’esiziale confusione fra struttura e funzione. Abbiamo invece già ricordato una significativa convergenza a proposito del diritto soggettivo (sopra, § 2 nt. 58). In *Actio e diritto subiettivo* Pugliese mostra poi di condividere, nella sostanza, la ricostruzione più volte prospettata da Betti (a partire dalla prolusione fiorentina: *La creazione del diritto nella “iurisdictio” del pretore romano*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Cedam, Padova 1927, p. 67 ss., spec. 72 ss. e 92 ss.) circa *ius civile* e *ius honorarium* alla stregua di due ordinamenti giuridici autonomi e distinti, compresenti a Roma – in genere, circa il rapporto di Betti con la teoria degli ordinamenti giuridici di Santi Romano (esplicitamente richiamata, appunto, in *La creazione del diritto* cit., p. 104 e nt. 1), si veda BRUTTI, *Emilio Betti e l’incontro con il fascismo* (cit. nt. 38), p. 80 s.; ma cfr. anche ID., *Postfazione* (cit. nt. 76), p. 484 s. e più in generale V. FROSINI, *Emilio Betti e la teoria generale del diritto*, in *Emilio Betti e l’interpretazione* (cit. nt. 1), p. 17. Di qualche affinità – pur registrando le censure di intellettualismo e staticità mosse dal Nostro a Santi Romano e a Kelsen – parla G. MARINO, *Principi generali del diritto, ordine giuridico e interpretazione*, in *Emilio Betti e l’interpretazione* (cit. nt. 1), p. 52 s.; accenna invece al bettiano «senso del limite strutturale del diritto» che lo separerebbe nettamente «dall’istituzionalismo di Santi Romano» GAZZOLO, *Betti politico* (cit. nt. 46), p. 157. Contro l’impostazione di Betti e Pugliese, da tener presente gli argomenti addotti da F. GALLO, *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino 1997, p. 53 ss., spec. 64 s. – fra cui uno a mio avviso insuperabile: l’unicità del sistema romano di amministrazione della giustizia e risoluzione dei conflitti.

<sup>83</sup> Così C.A. CANNATA, *Pugliese, Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (cit. nt. 12), II, p. 1639.

<sup>84</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (cit. nt. 2), p. 67 ss. Si veda anche ID., *Ragione e azione* (cit. nt. 2), p. 215 ss. (ove da tale impostazione, comunque, egli non era affatto indotto a concepire l’azione quale diritto nei confronti dello Stato, per intenderlo piuttosto come indirizzato nei confronti della controparte: cfr. *op. cit.*, p. 223 ss. e sopra, nt. 78).

In effetti, e proprio nella prospettiva di un confronto fra la ricostruzione di Betti e i grandi dibattiti della cultura europea (giuridica e non solo) fra Otto e Novecento, merita di essere segnalata una reticenza di fondo. Se non mi è sfuggito qualcosa di rilevante, manca in Betti un'analitica discussione di quella «polemica intorno all'«*actio*»» che, legata al nome dello stesso Windscheid (nonché di Muther)<sup>85</sup>, aveva attraversato, rinnovandola<sup>86</sup>, la processualcivilistica tedesca e poi italiana nella seconda metà del XIX secolo. In *Il concetto di obbligazione*, nella prima citazione (dopo oltre venti pagine!) dedicata al grande pandettista, la sua tesi è liquidata in modo assai sbrigativo. Alla sua stregua, sostiene Betti, «la pretesa si confonde con l'azione»<sup>87</sup>.

Una netta presa di distanze, dunque, e neanche corredata di argomentazioni particolarmente sofisticate, rispetto a quella «caccia alle ombre» innescata dalla nozione di «*Anspruch*», già stigmatizzata da Chiovenda nella prolusione bolognese del 1903<sup>88</sup> – Chiovenda che alla fine degli anni '10 sappiamo essere stato autentica «guida» di Betti<sup>89</sup>. Quest'ultimo nella teoria di Windscheid non scorgeva, verosimilmente,

<sup>85</sup> Sia il saggio del grande pandettista (*Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, del 1856) che il contributo del suo giovane contraddittore (*Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, dell'anno successivo), nonché la replica del primo, sempre del 1857, sono riprodotti in B. WINDSCHEID, T. MUTHER, *Polemica intorno all'«actio»*, tr. it. a cura di E. Heinitz e G. Pugliese, Sansoni, Firenze 1954.

<sup>86</sup> Come sottolineava G. PUGLIESE, *Introduzione*, in WINDSCHEID, MUTHER, *Polemica intorno all'«actio»* (cit. nt. 85), p. XIII ss. Tale rinnovamento non impediva affatto, naturalmente, che per Windscheid fosse «ancora il diritto soggettivo il baricentro della teoria generale». Così FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione* (cit. nt. 78), p. 33.

<sup>87</sup> Cfr. BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), p. 25 nt. 20. In termini meno perentori, ma sostanzialmente non dissimili, PUGLIESE, *Introduzione* (cit. nt. 86), p. XXXI ss. – secondo il quale Windscheid avrebbe ambigualmente alternato un'accezione di *actio* in quanto pretesa perseguibile in giudizio e una come potere, appunto, di perseguire in giudizio tale pretesa (p. XXXV); inoltre, tratto in inganno dal frequente richiamo dei giuristi romani alla spettanza di un'azione e non di un diritto, egli avrebbe finito con lo scambiare «un modo di esprimersi per una definizione concettuale» (p. XXXVI). Un netto rifiuto dell'idea windscheidiana di «pretesa» è, ad esempio, anche in BETTI, *Ragione e azione* (cit. nt. 2), p. 206 e nt. 3.

<sup>88</sup> Si veda G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), ora in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, II, nuova ediz., Società editrice «Foro Italiano», Roma 1930, p. 6 ss.

<sup>89</sup> Come leggiamo in BETTI, *Notazioni autobiografiche* (cit. nt. 11), spec. p. 16. Sul rapporto fra i due, importante NITSCH, *Il giudice e la legge* (cit. nt. 51), spec. p. 137 s. ove bibl.

una potenzialità che pure vi era contenuta, al di là delle stesse intenzioni dell'autore: quella di «una compressione dello schema del diritto soggettivo e di un'esaltazione della sovranità del magistrato»<sup>90</sup>. Il taglio complessivo del saggio di Windscheid, la temperie scientifica e ideologica in cui si iscriveva e vari punti di specifico dissenso<sup>91</sup> dovettero impedire a Betti di valorizzare quest'elemento, che pure poteva riuscirgli congeniale, in quanto per certi versi convergente col suo approccio.

Affatto diverso riusciva l'impianto teorico, il «punto di vista» (o «Standpunkt»: terminologia che ricorre in entrambi i titoli) e il tratto di andamento individuato. In Windscheid l'*actio* romana – quale elemento primario, anziché potere strumentale e secondario – si poneva non al servizio ma al posto del diritto sostanziale. Più che costituire il perfetto equivalente dell'azione moderna, essa era da identificare nella pretesa («Anspruch», appunto): così da porsi a monte del (o sovrapporsi col) diritto soggettivo<sup>92</sup>. Anche in Betti la modalità della tutela processuale interagisce profondamente col diritto sostanziale (e in particolare con l'obbligazione), ma in tutt'altro senso. Guardando all'esperienza romana non è l'*actio* a «sostantivarsi», sino a confondersi con la stessa pretesa del creditore, ma quest'ultima ad assumere una struttura peculiare, che è impressa proprio (non dalla singola azione tipica che la tutela, bensì) dal sistema processuale nel suo complesso.

<sup>90</sup> Così, rilevando come ciò avrebbe poi costituito un rischio da scongiurare nella visuale di Pugliese (timoroso «di un potere statale che invade, ridisegna e nega l'autonomia dei singoli», BRUTTI, *Postfazione* (cit. nt. 76), p. 470. Cfr. già PUGLIESE, *Introduzione* (cit. nt. 86), spec. p. XXV ss.

<sup>91</sup> Nel volume di Betti rinveniamo solo, se vedo bene, altri due riferimenti a Windscheid. E sempre le sue concezioni sono bollate di «superficialità»: BETTI, *Il concetto della obbligazione* (cit. nt. 2), pp. 88 nt. 21 e 91 nt. 24. Anche altrove la nozione windscheidiana di «pretesa» è espressamente respinta, e senza alcuna esitazione: cfr. ad esempio BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (cit. nt. 2), pp. 64 e 72. Solitamente, nella produzione del Nostro, giudizi tanto perentori difficilmente vengono riservati a giuristi tedeschi, ma semmai a quelli anglosassoni, e visibilmente per ragioni non solo d'idiosincrasia scientifica. Ad esempio, in BETTI, *Diritto processuale civile italiano* (cit. nt. 2), p. XI – in una *Prefazione* che è fra i luoghi di più trasparente e indiscutibile commistione fra discorso teorico e tensione ideologica – di essi leggiamo che «parlano e scrivono diritto in una maniera addirittura infantile ... e, di fronte a fenomeni che a un giurista italiano o tedesco solleverebbero problemi costruttivi del più alto interesse, non escono dalla contemplazione meramente estrinseca e descrittiva».

<sup>92</sup> Si veda WINDSCHEID, MUTHER, *Polemica intorno all'«actio»* (cit. nt. 85), spec. pp. 8 ss., coi rilievi già di PUGLIESE, *Introduzione* (cit. nt. 86), spec. p. XVII ss. (anche in merito all'influenza di Windscheid su vari studiosi, alcuni dei quali in maggiore sintonia con Betti, come Wlassak e Segre).

Inutile dire che anche questo confronto con Windscheid – nonostante (o forse anche in ragione) dell'esiguo spazio riservato alla sua tesi nelle pagine di Betti – meriterebbe un approfondimento più puntuale. Ma anche da quanto si è rilevato in proposito, come già riguardo al saggio sulla *vindicatio*, emerge con chiarezza un complesso di dati che rinviano al rapporto fra diritto e azione non come risolvibile una volta per tutte, e tantomeno *a priori*, ma quale problema, per Betti, «immanente» all'intera ricostruzione processualcivilistica<sup>93</sup>. Come pure chiamano in causa la nevralgica relazione fra storia e dogma<sup>94</sup>; evocano voci e fermenti, in direzioni diverse, della coeva cultura europea; illustrano l'intreccio di soluzioni tecniche e presupposti ideologici, in un inquieto superamento delle coordinate pandettistiche e del loro radicarsi nell'individualismo liberale<sup>95</sup>.

Un osservatorio non angusto né inefficace, mi sembra, per tornare a ispezionare il laboratorio di Emilio Betti.

---

<sup>93</sup> Pressoché in questi termini NASI, *La via di Emilio Betti* (cit. nt. 1), p. 157.

<sup>94</sup> Cfr. sopra, § 2 e nt. 71.

<sup>95</sup> Sempre importante, riguardo alla «opzione 'anti-individualistica'» che avrebbe condotto il Nostro «oltre la pandettistica», COSTA, *Emilio Betti* (cit. nt. 71), p. 339 ss. Cfr. anche CRIFÒ, *Emilio Betti* (cit. nt. 2), spec. pp. 247 s.; SCHIAVONE, «Il nome» e «la cosa» (cit. nt. 3), p. 304 ss.; TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia* (Messina-Taormina 3-8 novembre 1981), Giuffrè, Milano 1982, p. 718 s.; M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Giappichelli, Torino 2007, spec. p. 69 s. Ulteriori indicazioni in STOLFI, *Betti maestro di casistica* (cit. nt. 4), spec. p. 153 s.