

# EMILIO BETTI E IL PROCESSO CIVILE

a cura di  
**Antonio Carratta, Luca Loschiavo, Marco U. Sperandio**

**11** LA CULTURA GIURIDICA  
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO





Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa collana

1. A cura di G. Resta, V. Zeno-Zencovich  
*Leggi razziali. Passato/Presente*, 2015
2. A cura di I. Birocchi, L. Loschiavo  
*I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, 2015
3. E. BETTI  
*Problemi di storia della costituzione sociale e politica nell'antica Roma*, 2017
4. A cura di F. Macario, M.N. Miletti  
*La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017
5. P. FARINA  
*La querela civile di falso – I. Origini e vicende storiche*, 2017  
*II. Profili teorici e attuativi*, 2018
6. A cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo  
*La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, 2018
7. I. WOOD  
*La trasformazione dell'Occidente romano e l'affermazione della Chiesa nel primo medioevo*, 2019
8. A cura di A. Banfi, E. Stolfi, M. Brutti  
*Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, 2020
9. A cura di G. Chiodi, I. Birocchi, M. Grondona  
*La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, 2020
10. A cura di G. Contaldi  
*Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, 2021

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

# EMILIO BETTI E IL PROCESSO CIVILE

a cura di  
**Antonio Carratta, Luca Loschiavo, Marco U. Sperandio**

**11**

LA CULTURA GIURIDICA  
TESTI DI SCIENZA, TEORIA E STORIA DEL DIRITTO



*Roma TrE-Press*  
2022

*La cultura giuridica. Testi di scienza, teoria e storia del diritto*  
Collana diretta da Beatrice Pasciuta

*Coordinamento scientifico*

Pia Acconci (Univ. Teramo); Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza); Antonio Carratta (Univ. Roma Tre); Emanuele Conte (Univ. Roma Tre); Wim Decock (Univ. Leuven); Carlo Fantappiè (Univ. Roma Tre); Stephanie Hennette-Vauchez (Univ. Paris X – Nanterre); Caroline Humphress (Univ. St Andrews); Luca Loschiavo (Univ. Teramo); Michele Luminati (Univ. Luzern); Francesco Macario (Univ. Roma Tre); Marta Madero (Univ. Buenos Aires); Maria Rosaria Marella (Univ. Perugia); Sara Menzinger (Univ. Roma Tre); Marco Nicola Miletta (Univ. Foggia); Angela Musumeci (Univ. Teramo); Paolo Napoli (EHESP Paris); Beatrice Pasciuta (Univ. Palermo); Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II); Marco Urbano Sperandio (Univ. Roma Tre); Mario Stella Richter (Univ. Roma Tor Vergata); Isabel Trujillo (Univ. Palermo); Kaius Tuori (Univ. Helsinki).

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.



Questo volume si pubblica per iniziativa e con il contributo dell'Istituto Emilio Betti di Teoria e Storia del Diritto.

*Coordinamento editoriale*

Gruppo di lavoro *Roma Tre-Press*

*Cura editoriale e impaginazione*

**teseo**  editore Roma [teseoeditore.it](http://teseoeditore.it)

*Elaborazione grafica della copertina*

**MOSQUITO**  [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri grafici utilizzati: Domane Display Black; Futura-Bold; FuturaStd Book; MinionPro-Regular (copertina e frontespizio). Garamond (testo).

Edizioni *Roma Tre-Press*®

Roma, ottobre 2022

ISBN 979-12-5977-119-3

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma Tre-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.



n. 11/2022

EMILIO BETTI E IL PROCESSO CIVILE

Contributi di:

Antonio Carratta – Università Roma Tre

Giovanni Chiodi – Università Milano Bicocca

Augusto Chizzini – Università cattolica del Sacro Cuore di Milano

Tommaso dalla Massara – Università Roma Tre

Massimo Nardoza – Università di Cassino e del Lazio meridionale

Federico Pergami – Università commerciale ‘Luigi Bocconi’ Milano

Andrea Proto Pisani – Università di Firenze

Emanuele Stolfi – Università di Siena

Maria Grazia Torresi – Università di Trento

Francesco Zanchini di Castiglionchio – Università di Teramo



## Indice

ANTONIO CARRATTA, LUCA LOSCHIAVO E MARCO U. SPERANDIO <i>Presentazione</i>	9
MARIA GRAZIA TORRESI <i>Elenco delle pubblicazioni di Emilio Betti su temi di diritto processuale civile</i>	11
GIOVANNI CHIODI <i>Emilio Betti in difesa dell'oralità: incontri e scontri sulla riforma del codice di procedura civile</i>	15
ANDREA PROTO PISANI <i>Dalla dommatica astratta all'irrompere del valore del diritto di difesa della Corte Costituzionale</i>	47
TOMMASO DALLA MASSARA <i>Emilio Betti, l'obbligazione, il processo</i>	61
AUGUSTO CHIZZINI <i>L'attualità dell'inattuale. Diritto e processo nel pensiero di Emilio Betti</i>	85
MASSIMO NARDOZZA <i>La rilevanza del comportamento processuale della parte nel pensiero di Emilio Betti</i>	123
FEDERICO PERGAMI <i>Res iudicata e i limiti del giudicato nel processo romano</i>	149
EMANUELE STOLFI <i>Attorno al concetto di 'azione' in Betti. Processo romano e cultura giuridica europea</i>	171
FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO <i>Riflessioni sul 'giusto processo' in diritto canonico, sullo sfondo del riequilibrio in corso fra diritti e poteri nella Chiesa cattolica</i>	197
ANTONIO CARRATTA <i>L'eredità bettiana nel diritto processuale civile</i>	237



## Presentazione

Alle spalle di questo volume vi è il convegno organizzato dall'Istituto Emilio Betti e celebrato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre nei giorni 5 e 6 novembre 2021. Il libro non è però la semplice raccolta degli atti di quell'incontro. In esso, infatti, sono confluiti anche contributi che non sono nati come relazioni e che però, da quelle due giornate di studio, hanno in qualche modo tratto l'ispirazione. I curatori hanno pertanto ritenuto che s'inserissero senza troppo sforzo nel disegno originario sul quale il convegno stesso era stato concepito e organizzato.

La trama di un tale disegno è sintetizzata nel titolo, che è comune al convegno e al libro che veniamo presentando. Si è voluta porre attenzione al contributo che Emilio Betti diede alla scienza del diritto processuale civile durante la sua intensa attività di studioso.

L'interesse per la materia processuale fu precoce in Emilio Betti. Lo stimolo a dedicarsi allo studio delle logiche e delle dinamiche che sottintendono al confronto giudiziale gli giunse, infatti, da una precisa indicazione che aveva ricevuto da Vittorio Scialoja nel 1916. Il grande maestro del diritto – in quegli anni, sicuramente il giurista italiano più influente – aveva sbarrato per due volte (nel 1915 e, appunto, nel 1916) al giovane Emilio l'accesso all'Università. Il colloquio che si svolse all'indomani della seconda 'bocciatura' fece comprendere a Betti l'importanza del momento dell'applicazione pratica delle norme, «unico modo per intendere la vita degli istituti nel loro reale funzionamento»<sup>1</sup>.

Betti – con lo spirito di abnegazione che lo contraddistingueva – accettò senz'altro il consiglio e cominciò seriamente a studiare il processo. La propensione speculativa, che certamente era forte in Betti, fece sì che l'invito di Scialoja si trasformasse in una sorta di 'passione' che il giurista marchigiano non smise più di coltivare. Cominciò studiando il processo antico, ma subito si ritrovò a riflettere sul processo al lui contemporaneo o, forse meglio, sui temi di teoria generale del processo. Nel corso della sua lunga attività di studioso, Emilio Betti scrisse così moltissime pagine di diritto processuale civile sia come 'romanista' sia come giurista positivo: note a

---

<sup>1</sup> Così sintetizza le indicazioni di Scialoja lo stesso Betti, ricordando l'episodio nella *Prefazione* al suo *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, (Camerino 1921) ora in E. Betti, *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1991, p. 716, in nt. 1.

sentenza, saggi, dense monografie, un vero e proprio manuale (più volte, infatti, Betti ebbe occasione di insegnare il diritto processuale civile italiano in alcuni dei molti atenei in cui gli capitò di lavorare ed ebbe allievi che sarebbero divenuti processualisti illustri). Il semplice scorrere il lungo elenco di pubblicazioni che il giurista dedicò a temi processualciviltistici, che pubblichiamo qui di seguito, varrà forse per il lettore più di molte parole.

Ecco allora sorgere spontanee alcune domande: fu dunque Emilio Betti un autentico ‘processualista’? Le sue riflessioni hanno ancora oggi un significato, una attualità e utilità? A queste domande il convegno prima, e questo volume ora, si ripromettevano e si ripromettono di rispondere. A tale scopo sono stati chiamati studiosi di diversa provenienza scientifica (‘romanisti’, storici del diritto e, naturalmente, studiosi del processo civile). L’attenzione è stata via via concentrata su vari dei molteplici argomenti toccati dallo studioso camerte in materia di diritto processuale. Il lettore avrà così modo di verificare che lo studioso camerte fu tutt’altro che un processualista ‘di complemento’. Non solo il suo rapporto con lo studio del processo civile non fu né occasionale né meramente superficiale, ma si può dire con sicurezza che il lascito di Emilio Betti alla storia del processo antico e, più in generale, alla disciplina processualistica conserva inalterata la sua grande valenza e la sua straordinaria attualità.

Antonio Carratta

Luca Loschiavo

Marco U. Sperandio

Maria Grazia Torresi

*Elenco delle pubblicazioni di Emilio Betti su temi di diritto processuale civile*

- 1913 *Sulla opposizione della exceptio all'actio e sulla concorrenza fra loro*, Parma, Tip. Zerbini e Fresching, 65 pp.
- 1914 *Su la formola del processo civile romano*, in "Il Filangieri", vol. 38, n. 5, Soc. Editrice Libreria, Milano, 1914, pp. 674-720
- 1915 *L'antitesi storica tra 'iudicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formole delle 'actiones ex delicto')*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", vol. 56, fasc.1, Roma, Athenaeum, pp. 1-116
- 1915 *L'effetto della 'confessio' e della 'infinitio certae pecuniae' nel processo civile romano*, in "Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino", vol. 50 (1914-1915), Torino, Libreria Fratelli Bocca, pp. 700-722
- 1915 *La 'vindictio' quale atto del processo reale legittimo ('legis actio in rem')*, in "Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere", vol. 48., fasc. 11, Milano, Hoepli, pp. 502-516
- 1915 *La 'vindictio' romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo: cenni introduttivi*, in "Il Filangieri", vol. 39, n. 3, Milano, Soc. Editrice Libreria, pp. 321-368
- 1915 *Le 'actiones ex confessione in iure' del processo romano classico*, in "Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze, Lettere e Arti", vol. 74, P. II, (1914-1915), Venezia, Tip. C. Ferrari, pp. 1453-1480
- 1915 *Le 'actiones ex responsione in iure' del processo civile romano*, in "Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino", vol. 50 (1914-1915), Torino, Libreria Fratelli Bocca, pp. 389-412
- 1915 *Studi sulla 'litis aestimatio' del processo civile romano: I - Il 'litis aestimationem sufferre' e il 'ius iurandum in litem'*, Pavia, Scuola tipografica editrice Artigianelli, 67 pp.
- 1915 *Studi sulla 'litis aestimatio' del processo civile romano: II - Le 'actiones quibus et rem et poenam persequimur' del processo classico*, Città di Castello, Soc. Tip. Leonardo da Vinci, 31 pp.
- 1916 *La 'condictio pretii' del processo civile giustiniano: contributo allo studio della 'condemnatio pecuniaria' postclassica*, in "Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino", vol. 51 (1915-1916), Torino, Tip. V. Bona, pp. 1019-1043

- 1919 *La 'litis aestimatio' in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino, Tip. Tonnarelli, 68 pp. [corso di lezioni in Diritto romano tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, a.a. 1918-1919]
- 1919 *L'efficacia estintiva della 'litis contestatio' nelle obbligazioni solidali passive*, Camerino, Fratelli Marchi, 42 pp. [programma dell'ultima parte del corso di lezioni in Diritto romano tenuto presso l'Università di Camerino, a.a. 1917-1918]
- 1919 *Per una costruzione giuridica della così detta consunzione processuale in diritto romano classico*, Parma, Officina grafica Fresching, 33 pp.
- 1920 *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, Tip. Cooperativa, VIII + 258 pp. (anche in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali pubblicati dall'Istituto di esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza*, vol. 5, Pavia, Tip. Mattei e C. 1920, pp. 97-354)
- 1921 *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti. Contributo alla dottrina dei limiti oggettivi della cosa giudicata*, Milano, Società Editrice Libreria, XV + 268 pp.
- 1922 *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in Diritto romano*, Macerata, Tip. Bianchini, XV + 532 pp. (rist. a cura di Luca Loschiavo e Marco Urbano Sperandio, Roma, Edizioni Efesto, 2021)
- 1924 *Effetti del giuramento decisorio nei riguardi dei litisconsorti*, in "Temi emiliana", vol. 1, n. 1, Parma, Unione Tipografica Parmense, coll. 35-43
- 1924 *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di Cassazione in materia*, in "Rivista di diritto processuale civile", vol. 1, fasc. 3, Padova, La Litotipo, pp. 188-207
- 1924 *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione e sul suo controllo in sede di Cassazione*, in "Rivista di diritto processuale civile", vol. 1, fasc. 4, Padova, La Litotipo, 1924, pp. 255-267
- 1925 *Rivendicazione e azione di mero accertamento della proprietà*, in "Temi emiliana", vol. 2, Parma, Unione Tipografica Parmense, pp. 693-705
- 1925 *Sugli effetti del giuramento decisorio in un caso di litisconsorzio fra condomini*, in "Rivista di diritto processuale civile", vol. 2, n. 1, Padova, La Litotipo, pp. 17-46, e in "Temi emiliana", vol. 2, n. 3, Parma, Unione tipografica parmense, coll. 185-211
- 1926 *Recensione a A. Checchini, "Studi sull'ordinamento processuale romano e germanico - Parte 1 - Il processo romano germanico"*, in "Rivista di diritto processuale civile", vol. 3, Padova, CEDAM, pp. 255-260
- 1926 *Recensione a W. Püschel, "Confessus pro iudicato est"*, in "Rivista di diritto processuale civile", vol. 3, Padova, CEDAM, p. 261
- 1926 *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in "Rivista di diritto

- processuale civile”, vol. 3, fasc. 2, Padova, CEDAM, pp. 320-338
- 1927 *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in “Rivista di diritto processuale civile”, vol. 4, fasc. 1, Padova, CEDAM, pp. 13-28
- 1927 *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero secondo il diritto italiano*, in “Rivista di diritto processuale civile”, vol. 4, fasc. 2, Padova, CEDAM, pp. 265-302
- 1928 *Osservazioni sul progetto di Codice di procedura civile presentato dalla sotto-commissione per la riforma*, in: “Annuario di diritto comparato e di studi legislativi”, vol. 2, Milano, Anonima romana editoriale, pp. 122-173
- 1928 *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in “Rivista di diritto processuale civile”, vol. 5, n. 2, Padova, CEDAM, pp. 106-124
- 1932 *Formula*, in *Enciclopedia Italiana*, vol. XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, pp. 706-708
- 1933 *Diritto procedurale civile. Appunti delle lezioni tenute nell'anno 1931-1932*, Milano, 1933
- 1934 *Procedimento d'impugnativa della sentenza*, Milano, A. Giuffrè, 1934, 150 pp. [appunti del corso di lezioni redatti dall'assistente, il Dott. Tullio Segrè]
- 1934 *Sulla genesi storica del processo formulare. Testimonianze e ipotesi*, in *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano. Studi di diritto pubblicati dalla Facoltà di giurisprudenza della Università di Pavia*, Pavia, Società Cooperativa, pp. 451-472
- 1935 *Recensione a O. Carrelli “Litis aestimatio”*, in “*Studia et documenta historiae et iuris*”, vol. 1, Roma, Apollinaris, pp. 435-438
- 1936 *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Soc. Editrice Il Foro Italiano, XXXVI + 752 pp. [2°ed. corredata della recente giurisprudenza] (rist. anast. Napoli, ESI, 2018]
- 1939 v. “*Processo civile romano*”, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. 10, Torino, UTET, pp. 619-635
- 1947 *Sul potere del giudice di cassazione di correggere in diritto la decisione impugnata*, in “*Il Foro Italiano*”, vol. 72, fasc. 11-12, Roma, Società Editrice “Il Foro italiano”, pp. 459-465
- 1948 *Recensione a V. Denti, “L'interpretazione della sentenza civile”*, in “*Rivista di diritto processuale*”, vol. 3, CEDAM, Padova, pp. 197-198
- 1950 *Dichiarazioni enunziative e ricognizione documentale di servitù ex art. 634 codice civile 1865 (parere pro veritate)*, in “*Archivio di ricerche giuridiche*”, vol. 6, Studio di ricerche giuridiche degli avvocati Borrelli e Petrarca, Roma, Tip. delle Mantellate, pp. 483-489
- 1950 *Esecutorietà d'una pronuncia ecclesiastica eversiva di un valido matrimonio civile?*

- Per la retta interpretazione dell'art. 22, L. 17 maggio 1929 n. 847*, in “Giurisprudenza italiana”, vol. 1, fasc. 2, Torino, UTET, pp. 97-102
- 1950 *Su di una pretesa inversione dell'onere della prova per fatto concludente*, in “Giurisprudenza italiana”, disp. 2., pt. 1., sez. 1, Torino, UTET, pp. 262-264
- 1951 *Sui profili costituzionali della ricsuzione*, in “Giurisprudenza italiana”, disp. 9, pt. 1, sez. 1, Torino, UTET, 16 pp.
- 1959 v. “*Causa (nel senso di lite processuale)*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 3, Torino, UTET, p. 32
- 1966 v. “*Processo civile (diritto romano)*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, Torino, UTET, pp. 1099-1120

Giovanni Chiodi

*Emilio Betti in difesa dell'oralità:  
incontri e scontri sulla riforma del codice di procedura civile*

SOMMARIO: 1. Betti processualista per «autoeducazione giuridica»: tappe di un itinerario di formazione – 2. Betti e il valore del principio di oralità: le lezioni milanesi e l'attacco al processo scritto – 3. Il ruolo fondativo delle *Osservazioni* al Progetto del 1926 e la dialettica con Carnelutti e Calamandrei – 4. L'esecuzione e le definizioni

1. *Betti processualista per «autoeducazione giuridica»: tappe di un itinerario di formazione*

Il contributo di Emilio Betti alla riforma del codice civile, riconosciuto e studiato, ha messo parzialmente in ombra la sua vocazione di costruttore di una nuova legalità anche in ambito processuale<sup>1</sup>. In questo scritto, mi propongo di valorizzare alcuni momenti fondamentali dell'incontro bettiano con il diritto processuale, che gli fecero conquistare uno spazio autonomo nella riflessione giuridica degli inizi del secolo XX. A questo riguardo, tra i numerosi temi da lui affrontati, si deve attribuire un risalto particolare alla struttura del processo civile, e quindi alla sua posizione nella disputa su oralità e scrittura. Come si vedrà, Betti si pone con decisione nel solco della lezione di Chiovenda, che per lui è il maestro per antonomasia; una lezione che, tuttavia, egli non accetta passivamente, ma fa propria e, all'occorrenza, in alcuni punti critica. Pos-

---

<sup>1</sup> Tra i numerosi saggi sull'impegno riformistico di Betti nella redazione del codice civile mi limito a ricordare, *ex multis*, M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, pp. 85-190, 124-136; ID., *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo, in I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma 2015, pp. 63-102, pp. 95-96; I. BIROCCHI, *Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell'interpretazione*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti, E. Stolfi, Roma 2020, pp. 11-44; G. CHIODI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, a cura di I. Birocchi, G. Chiodi, M. Grondona, *La costruzione della "legalità" fascista negli anni Trenta*, Roma 2020, pp. 201-260.

siamo affermare, *in limine* alla ricerca, che la linea favorevole all'oralità è da Betti abbracciata senza esitazioni ed è alimentata anche dalla costante lettura diretta dei grandi processualisti austro-germanici, alla quale si aggiunge un'esperienza forense che, seppure non paragonabile a quella di Carnelutti o Calamandrei, non è comunque da sottovalutare.

Il diritto processuale civile entra presto a far parte della già vasta sfera d'interessi di Emilio Betti, che non considerava certamente il diritto romano un *hortus conclusus* e ambiva ad abbracciare vasti orizzonti culturali e per quanto possibile ad insegnare anche «una materia di diritto vigente o, come si dice, professionale»<sup>2</sup>. Questa materia, per contingenti motivi, sarà soprattutto il diritto processuale civile, accanto al diritto civile<sup>3</sup>. L'itinerario sembra accuratamente pianificato. I primi studi processuali romanistici partono dal 1913; quelli di diritto vigente sono del 1916<sup>4</sup>. Le tappe di questo tragitto si possono così sinteticamente ricostruire.

Come si legge nel suo autobiografico 'esame di coscienza', ai primi di marzo 1916 Betti prepara «uno studio sulle relazioni tra forza e diritto, tra processo e diritto sostanziale, che avrebbe dovuto servire da prolu- sione al corso che contava di poter presto iniziare a Camerino in base alla decisione di un nuovo concorso ai primi di marzo del 1916»<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Cedam, Padova, 1953, ried. a cura di E. Mura, 2014, rispettivamente p. 19 (dove Betti parla anche di «vasta opera di autoeducazione giuridica») e p. 20.

<sup>3</sup> Per i corsi sul diritto delle successioni a Messina nel 1923, a Parma nel 1925 e 1926, a Milano nel 1927-28 e nel 1928-29 (in sostituzione di Giovanni Pacchioni): *Notazioni*, cit., pp. 24-25, 28. Per Milano cfr. anche L. GAGLIARDI, *Il diritto romano alla Statale di Milano: 1924-1968*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, a cura di L. Gagliardi, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pp. 491-572, 527-528. Il corso milanese del 1928-1929 è stato di recente ristampato: BETTI, *Appunti di diritto civile*, introduzione di V. BARBA, ripr. anast. Milano s.d. 1929, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. Cfr. anche ID., *Appunti di diritto civile*, a.a. 1927-1928, Milano s.d.; ID., *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*. Lezioni raccolte da G. GORLA, a.a. 1928-1929, Milano s.d.

<sup>4</sup> I lavori processualistici di Betti sono accuratamente censiti dallo stesso Autore (*Elenco sistematico delle pubblicazioni*, Roma 1951), nell'ordine riprodotto anche da L. FANIZZA, *Emilio Betti e la "posizione mentale di buon europeo"*, in BETTI, *Scritti di storia e politica internazionale*, a cura di L. Fanizza, Firenze, Le Lettere, 2008, pp. ix-lxi, xlvi-xliv.

<sup>5</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 16. Per sua esplicita ammissione, lo «studio scientifico del processo civile» prende avvio nel 1916: BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., corredata della recente giurisprudenza, Roma, Società editrice del "Foro italiano", 1936, rist. anastatica Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. viii.

In aprile 1916, dopo il traumatico insuccesso concorsuale, avviene il faticoso colloquio con Vittorio Scialoja<sup>6</sup> e lo studio continua con un altro tema, la domanda giudiziale nel sistema degli atti processuali di parte<sup>7</sup>, che fornirà materiali per un articolo pubblicato nel 1928: Betti precisa, infatti, di averlo «iniziato nel settembre 1916, e proseguito nel 1917, poi interrotto più volte e di recente ripreso»<sup>8</sup>. Nell'autobiografia ricorda inoltre di aver letto nel 1918, per gli atti processuali e la domanda giudiziale, le opere di Rudolf Pollak e Josef Trutter<sup>9</sup>.

Tra metà dicembre 1916 e metà gennaio 1917, Betti approfitta della preziosa opportunità di frequentare per un mese la biblioteca di Giuseppe Chiovenda, periodo di grazia che non esita a definire di «ascesi»<sup>10</sup>, e progetta altre due indagini processualistiche, una sul *praeceptum de solvendo* nel processo romano-canonico e un'altra sulla sentenza come individuazione autoritativa della norma di legge, nella quale si propone di sottoporre a «radicale revisione critica» il saggio di Calamandrei sulla genesi logica della sentenza<sup>11</sup>. Tracce di queste ricerche sono rimaste nel libro sul concetto dell'obbligazione<sup>12</sup>, per la prima; in una nota a sentenza del 1924 e nel *Diritto processuale civile italiano*, per la seconda<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> Ricordato anche nella prefazione a BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, Camerino 1921, anche in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1991, p. 7.

<sup>7</sup> BETTI, *Ricordando la diffusione all'estero del nostro pensiero scientifico*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, I, Milano 1967, pp. 149-156, anche in ID., *Scritti di storia e politica*, cit. nt. 4, pp. 463-468, p. 463.

<sup>8</sup> BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in «Rivista di diritto processuale civile», 5, 1928, I, pp. 106-124.

<sup>9</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 19. Le opere consultate sono quelle di R. POLLAK, *Gerichtliches Geständnis im Civilprozesse*, Berlin 1893, e J. TRUTTER, *Über prozessualische Rechtsgeschäfte. Zivilprozessuale Studie*, München 1890.

<sup>10</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 18.

<sup>11</sup> P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in «Rivista critica di scienze sociali», 1, 1914, pp. 209-260, anche in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Morano Editore, Napoli 1965 [ried. Roma 2019], pp. 11-54. Cfr. BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 16; ID., *Ricordando la diffusione*, cit. nt. 7, p. 463.

<sup>12</sup> *Infra*, nt. 28.

<sup>13</sup> BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione in materia*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1, 1924, II, pp. 189-207, § 2, pp. 193-195; ID., *Diritto processuale civile*, cit. nt. 5, n. 83, pp. 308-314. Sulla classificazione bettiana dei giudizi: C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, Giuffrè, 2012, cap. III. Sui rapporti con Croce v. anche M. BRUTTI, *Betti – Croce. Dal dialogo allo scontro*, in «Bullettino dell'Istituto

Betti insegna per la prima volta il Diritto processuale civile nel 1918-19, *a latere* del diritto romano, da giovane professore a Camerino (dove è chiamato come straordinario nel 1917, da vincitore del secondo concorso) e «nel corso espose anche le sue riflessioni sulle diverse impostazioni e soluzioni del problema concernente l'azione e il rapporto processuale»<sup>14</sup>. Insegnerà ancora il Diritto processuale civile a Macerata negli a.a. 1919-20, 1920-21 e 1921-22. Quello maceratese è un insegnamento svolto, come egli confessa, «con appassionato fervore» e arricchito da esercitazioni<sup>15</sup>.

Due monografie processuali appaiono in quegli anni: *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti* (Camerino 1921) e *D. 42,1, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (Macerata 1922), tema già sondato nel corso di Pandette del 1919-20 a Camerino e prediletto dal Betti riformista<sup>16</sup>.

Il 3 aprile 1921 Betti supera gli esami di avvocato nella corte d'appello di Macerata<sup>17</sup>. Partecipa anche, come è noto, al concorso di Diritto processuale civile bandito a Cagliari nel 1924 (commisari Castellari, Redenti e Carnelutti), entrando nella terna dei vincitori con Umberto Cao e Antonio Segni: decide, tuttavia, di rimanere a Parma, dove allora insegnava<sup>18</sup>.

---

di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”, 106 (2012), pp. 377-403; C. NITSCH, *Dogmatica, poetica e storia. Ancora del rapporto tra Betti e Croce*, in *Dall'esegesi*, cit. nt. 1, pp. 195-217.

<sup>14</sup> BETTI, *Notazioni*, cit., pp. 19 e 20. Al nesso diritto sostanziale-diritto processuale è dedicato anche il discorso inaugurale dell'a.a. 1918-1919 a Camerino, edito nel 1919 con il titolo *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, la cui prefazione si legge anche in BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica*, cit., pp. 1-5. Il trattato sulla cosa giudicata è valutato molto favorevolmente da F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata (Postilla)*, in «Rivista del diritto commerciale», 21, 1923, I, pp. 162-166, malgrado divergenze di pensiero non ricomposte dal suo interlocutore: cfr. infatti la replica di BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in «Rivista di diritto commerciale», 27, 1929, I, pp. 544-561, recensita in «Rivista di diritto processuale civile», 7, 1930, I, pp. 278-279.

<sup>15</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 20. Cfr. G. CRIFÒ, *Appunti sull'insegnamento maceratese di Emilio Betti*, in Università di Macerata, «Annali della Facoltà di Giurisprudenza», 30, 1971, pp. 43-89.

<sup>16</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 21. Cfr. ora la ristampa del trattato a cura di L. Loschiavo e M. U. Sperandio, Roma, Edizioni Efesto, 2021.

<sup>17</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 22. La pratica inizia nel marzo 1921: BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, p. viii.

<sup>18</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 24. Cfr. FANIZZA, *Emilio Betti*, cit. nt. 4, pp. liii-lv.

Uno spazio importante per valutare la produzione di Betti nel campo processuale deve essere riservato all'esperienza quale commentatore di casi giurisprudenziali, attività alla quale egli si dedica con assidua continuità<sup>19</sup> negli anni Venti, scrivendo elaborate note critiche a sentenza per la *Rivista di diritto processuale civile* (sette dal 1924 al 1927)<sup>20</sup>, e per la *Temì Emiliana* diretta da Aurelio Candian (tre nel 1924 e 1925), nel periodo, dunque, in cui egli è professore a Messina (1923-1924), Parma (1925), Firenze (chiamato nell'ottobre 1925)<sup>21</sup> e infine Milano (1927)<sup>22</sup>. Non è un caso se questi scritti compaiano in buona parte nella *Rivista* di Carnelutti: segno evidente che egli aveva preso sul serio il suo impegno di processualista e che condivideva la predilezione metodologica per la clinica del diritto, cavallo di battaglia del maestro friulano<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> «Diagnosi del caso giuridico» e «critica della giurisprudenza» sono per lui una palestra mentale indispensabile: BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 24. Per ulteriori riflessioni: E. STOLFI, *Betti maestro di casistica*, in *Dall'esegesi giuridica*, cit. nt. 1, pp. 137-159.

<sup>20</sup> BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione in materia*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 1, 1924, II, pp. 189-207 [Messina]; ID., *Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione e sul suo controllo in sede di cassazione*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 1, 1924, II, pp. 255-267 [Messina]; ID., *Effetti del giuramento decisorio nei riguardi dei litisconsorti*, in «*Temì Emiliana*», 1, 1924, I, cc. 35-43 [Messina]; ID., *Sugli effetti del giuramento decisorio in un caso di litisconsorzio fra condomini*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 2, 1925, II, pp. 17-43 e in «*Temì Emiliana*», 2, 1925, I, cc. 185-202 [Messina]; ID., *Rivendicazione e azione di mero accertamento della proprietà*, «*Temì Emiliana*», 2, 1925, I, cc. 695-705 [Parma]; ID., *Sulla decorrenza del termine per la revocazione di sentenza non notificata, e sulla natura del dolo di cui all'art. 494 n. 1° c.p.c.*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 2, 1925, II, pp. 324-335 [Parma]; ID., *Sostituzione processuale del cessionario e retratto litigioso*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 3, 1926, II, pp. 320-338 [Firenze]; ID., *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione d'incompetenza territoriale*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 4, 1927, II, pp. 13-28 [Firenze]; ID., *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero secondo il diritto italiano*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 4, 1927, II, pp. 266-302 [Firenze].

<sup>21</sup> La prolusione del 18 gennaio 1926 sulla creazione del diritto nella *iusdictio* del prete romano sarà pubblicata negli *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, Cedam, 1927, pp. 65-129: BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 25; *Il carteggio Betti-La Pira*, a cura di G. Crifò, Edizioni Polistampa, Firenze 2014, lett. LXII, 18.8.1926, p. 308. Nell'ateneo fiorentino, dove insegnava Storia del diritto greco e romano (*ibidem*, lett. XXXV, 8.2.1926, p. 211), Betti vede emergere su tutti la personalità di Federico Cammeo, per l'ampiezza dei suoi orizzonti culturali.

<sup>22</sup> Sulla carriera accademica di Betti: BRUTTI, *Betti, Emilio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 34 (1988), 410-415; E. MURA, *Emilio Betti, oltre lo specchio della memoria*, in BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, pp. ix-lxxvi.

<sup>23</sup> Cfr. esplicitamente la prefazione (datata 27 dicembre 1935) a BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, pp. ix-x. Per riflessioni sul contenuto politico di questo scritto,

Occorre sottolineare, inoltre, la rilevanza dell'esperienza didattica milanese. La Facoltà di Giurisprudenza gli attribuisce il primo incarico di insegnamento della Procedura civile il 4 luglio 1931 e glielo rinnova per i successivi anni accademici 1932-35<sup>24</sup>, fino alla chiamata di Francesco Carnelutti, il 29 ottobre 1935<sup>25</sup>. La materia, fino al 1931, era stata insegnata da Ferruccio Bolchini (professore di diritto civile, di diritto commerciale e rettore della Bocconi dal 1926 al 1930) e Betti era già titolare della cattedra di Istituzioni di diritto romano<sup>26</sup>.

Le ultime lezioni (salvo errore) coincidono con le sei tenute in tedesco ad Amburgo il 20-28 maggio 1943 intorno al nuovo codice di procedura civile, dinanzi a docenti e magistrati più che a studenti. Le più tarde note a sentenza sono quattro: rispettivamente nel 1946 (*Temî Emiliana*), nel 1947 (*Foro italiano*), nel 1949 e nel 1950 (*Giurisprudenza italiana*)<sup>27</sup>.

Betti non si limita a redigere note a sentenza, genere nel quale eccelle per tre caratteristiche distintive: completezza di informazione, stile agile e chiaro, originalità di prospettive. Egli pubblica anche lavori importanti:

---

che contiene un attacco al progetto italo-francese e alla scienza giuridica francese e anglosassone, v. ora M. GRONDONA, *Il diritto comparato e la comparazione giuridica tra internazionalismo e nazionalismo: premesse per una discussione*, in *La costruzione della 'legalità' fascista*, cit. nt. 1, pp. 369-447.

<sup>24</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 29.

<sup>25</sup> Per la chiamata milanese di Carnelutti: CHIODI, *Francesco Carnelutti (1879-1965)*, in O. Condorelli, R. Domingo (eds), *Law and the Christian Tradition in Italy. The Legacy of the Great Jurists*, London and New York, Routledge, 2021, pp. 391-406. La prolusione inaugurale è del 22 novembre 1935: *Scuola italiana del diritto*, in «Rivista di diritto processuale civile», 13, 1936, I, pp. 3-17, anche in ID., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, Cedam, 1937, pp. 105-134.

<sup>26</sup> G. DI RENZO VILLATA, G.P. MASSETTO, *La 'seconda' Facoltà giuridica lombarda. Dall'avvio agli anni Settanta del Novecento*, in «Annali di storia delle università italiane», 11/2007, pp. 65-102, p. 77; G. TARZIA, *I processualisti civili*, in *Gli 80 anni della Facoltà di Giurisprudenza. Atti dell'incontro del 14 ottobre 2004*, a cura di R. Clerici, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 75-86, 75-76.

<sup>27</sup> Per le lezioni cfr. BETTI, *Per le relazioni culturali italo-tedesche*, in R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, *Rendiconti*, Cl. di Lettere, LXXVI, fasc. II, Ulrico Hoepli, Milano 1942-43, pp. 209-220, anche in ID., *Scritti di storia e politica*, cit. nt. 4, pp. 183-195, pp. 192-194. Per le note si fa riferimento a BETTI, *A proposito di sequestro giudiziario delle prove a carico di terzo*, in «Temî Emiliana», 22, 1946, I, cc. 494-498; ID., *Sul potere del giudice di cassazione di correggere in diritto la decisione impugnata*, in «Foro italiano», 70, 1947, I, cc. 459-465; ID., *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale*, in «Giurisprudenza italiana», 101, 1949, I, cc. 763-766; ID., *Su di una pretesa inversione dell'onere della prova per fatto concludente*, in «Giurisprudenza italiana», 102, 1950, I, cc. 262-264.

il libro sul concetto di obbligazione (1920), il cui «nucleo» risale al 1916<sup>28</sup>; gli articoli sugli atti processuali di parte (1928), sulla cosa giudicata (1929), su ragione e azione (1932), successivamente integrati nelle trame del *Diritto processuale civile italiano*<sup>29</sup>. Questi saggi sono preceduti dalle *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile della Sottocommissione Mortara* del 1927: è il primo contributo riformistico di Betti<sup>30</sup>, ma è anche uno scritto dal quale si diramano ulteriori percorsi di ricerca.

Il secondo intervento riformatore riguarda il Progetto preliminare Solmi, perché, come risulta dalla lettera del preside Giuseppe Menotti De Francesco, Betti funse da collaboratore di Carnelutti, delegato a redigere il parere per la Facoltà e per il Sindacato degli avvocati e procuratori<sup>31</sup>. Collaboratore non vuol dire autore, e quindi il rilievo che possiamo attribuire a questo testo (importantissimo, invece, per il pensiero di Carnelutti: basti pensare al cenno sul giudice istruttore) è minimo.

Il terzo apporto riguarda il codice del 1942, di cui Betti parlò nella citata missione tedesca ad Amburgo nel 1943. Sarebbe utilissimo poter leggere il testo tedesco, per ricostruire il suo pensiero sulla fase finale della riforma processuale.

Ho detto del suo insegnamento: una parentesi impegnativa, ma molto soddisfacente sul piano didattico, che ebbe anche una concreta e proficua ricaduta nella pubblicazione di corsi (litografati o meno)<sup>32</sup>, confluenti nella seconda edizione del *Diritto processuale civile italiano*, e nella scuola, cioè negli allievi brillanti che uscirono dal magistero di Betti, come Tullio Segrè (a cui si deve l'appendice sulle impugnazioni, pubblicata a parte), Enrico Allorio, Carlo Furno e Felice Sternheim<sup>33</sup>. Betti si proponeva, con il suo testo, di analizzare prima di tutto i principi del diritto processuale civile, la logica del processo, lasciando ad altre trattazioni

<sup>28</sup> BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, Tipografia Cooperativa, 1920, rist. *Diritto sostanziale e processo*, con presentazione di N. IRTI, Milano, Giuffrè, 2006, Pref., p. 3.

<sup>29</sup> ID., *Per una classificazione*, cit. nt. 8; ID., *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 14; ID., *Ragione e azione*, in «Rivista di diritto processuale civile», 9, 1932, I, pp. 205-237.

<sup>30</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt.2, p. 26.

<sup>31</sup> *Intorno al Progetto preliminare del Codice di procedura civile. Relazione e Note*, Milano, Giuffrè, 1937, p. 1.

<sup>32</sup> BETTI, *Diritto processuale civile. Appunti delle Lezioni tenute nell'anno 1931-1932*, Milano, Giuffrè 1932; ID., *Procedimenti di impugnativa delle sentenze*, Milano, Giuffrè, 1934. La seconda ed., già citata (nt. 5), è del 1936.

<sup>33</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, pp. ix-x.

(Chiovenda, Carnelutti, Mortara) lo studio dei particolari. In realtà, l'opera abbonda anche di analisi tecniche di dettaglio e di copiose, agili e aggiornate note giurisprudenziali. Il quadro, dunque, è più complesso di quel che sembri. Carnelutti, che recensisce anche le versioni del 1932 e 1934, con l'abituale schiettezza, considera il testo del 1936 «un bel dono fatto alla scienza italiana»<sup>34</sup>.

Il 1936 è, probabilmente, da considerarsi uno spartiacque nella sua attività di studioso del processo civile (anche se non un termine *ad quem* del suo interesse per il diritto processuale civile), poiché nell'estate di quell'anno Betti si appresta ad elaborare la teoria generale del negozio giuridico, su incarico di Filippo Vassalli<sup>35</sup>.

La produzione processualistica di Betti, così significativa, invita gli studiosi a riflettere sul suo ruolo tra i cultori di questo ramo del diritto, negli anni in cui la dottrina italiana rinnovava il suo metodo e affrontava le sfide della riforma. *In limine* ad una ricerca tanto impegnativa, vorrei presentare alcune riflessioni sulla sua posizione critica del processo civile italiano in quanto rappresentante di quel movimento per l'oralità, che aveva trovato il suo punto di riferimento nella lezione di Chiovenda. Betti stesso, del resto, non sottace la rilevanza di questo profilo nel suo percorso di studioso del processo civile, quando scrive di aver iniziato anche «lo studio critico della riforma del processo civile»<sup>36</sup> e che «accanto alla critica della giurisprudenza lo interessava anche la critica della riforma che veniva proposta sia del codice di procedura, sia del codice civile»<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> CARNELUTTI, rec. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, in «Rivista di diritto processuale civile», 13 (1936), I, 223-224. Cfr. già ID., rec. Betti, *Procedimenti di impugnativa delle sentenze*, in «Rivista di diritto processuale civile», 11, 1934, I, p. 331. Altamente elogiativi sono anche i giudizi su altri lavori bettiani: ID., rec. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, in «Rivista di diritto processuale civile», 20, 1943, I, pp. 211-212; ID., rec. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, *ivi*, p. 278.

<sup>35</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 39. Nell'archivio privato di Filippo Vassalli, ora custodito dal Polo Archivistico dell'Università di Milano-Bicocca (grazie alla generosa donazione della famiglia), si trova un interessante carteggio riguardante la genesi del *Trattato di diritto civile italiano* da lui diretto: mi limito a citare la lettera d'incarico della UTET del 27 gennaio 1936.

<sup>36</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 26.

<sup>37</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 30.

## 2. *Betti e il valore del principio di oralità: le lezioni milanesi e l'attacco al processo scritto*

Per chiarire la posizione di Betti come fautore del sistema dell'oralità quale disegnato da Chiovenda<sup>38</sup>, partiamo da una sintesi importante sul significato di oralità: la voce *Oralità* del *Nuovo Digesto italiano* del 1940, nella quale Piero Calamandrei scioglie chiaramente, sulle orme di chi considerava suo maestro, il significato del lemma 'oralità' nel diritto processuale: «oralità... è una espressione sintetica, adoperata per indicare un sistema di principi inseparabili, all'insieme dei quali bisogna riferirsi, se si vuol intendere il vero contenuto di questa espressione»<sup>39</sup>.

A questa premessa, fa seguito l'esposizione della quadripartizione chiovendiana. L'oralità risulta dall'insieme di quattro proprietà processuali: oralità intesa come prevalenza del discorso parlato; immediatezza; identità del giudice; concentrazione del dibattimento. È da notare dove Calamandrei va a mettere l'accento: oralità come forma necessaria delle deduzioni in udienza; immediatezza e identità del giudice, in quanto elementi che servono per favorire la sua convinzione; concentrazione con pronuncia immediata della sentenza ed esclusione della impugnabilità separata delle interlocutorie

1) *prevalenza del discorso parlato*, ma non esclusione assoluta della scrittura, la quale deve conservare, anche nel processo orale, una *funzione preparatoria e documentale*. Con una precisazione essenziale: il momento fondamentale nel quale l'oralità non può mancare è il momento delle deduzioni: «processo orale è... quello in cui la oralità è la forma necessaria delle deduzioni»<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Sul tema, *ex multis*, sono da richiamare le riflessioni di N. PICARDI, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 27, 1973, pp. 1-36, e in *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 701-737, pp. 709-712; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 183-199; ID., *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 40, 1986, pp. 1133-1168; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991, cap. VII; TARUFFO, *Chiovenda, Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna 2013, pp. 526-529; e i recenti contributi di V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, Giappichelli, 2017; ID., *Alle radici del progetto Chiovenda – Fra modernismo processuale e ... adversary system*, in «Il giusto processo civile», 2/2019, pp. 387-411.

<sup>39</sup> P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Nuovo Digesto italiano*, 9, 1940, pp. 178-190, anche in ID., *Opere giuridiche*, cit. nt. 11, pp. 450-455, p. 451.

<sup>40</sup> CALAMANDREI, *Oralità*, cit. nt. 39, p. 452.

Scontata e ovvia, a questo punto, appare la constatazione che il processo civile italiano vigente, anche secondo il rito sommario, non aveva nulla dell'oralità appena definita, restando chiuso nel recinto di un processo scritto: proprio nella fase della discussione, infatti, si poteva cogliere senza alcun dubbio questa caratteristica, poiché «il giudice non deve tener conto delle deduzioni delle parti se non siano formulate in apposite conclusioni scritte»<sup>41</sup>. Un sistema intermedio, tuttavia, si era affermato con il processo speciale del lavoro, regolato da disposizioni del 1928 e del 1934, in cui alle deduzioni o conclusioni scritte potevano validamente aggiungersi deduzioni orali in udienza (riprenderemo il discorso più avanti).

2) la seconda peculiarità è l'*immediatezza* tra giudice e persone che dichiarano, intesa come dialogo diretto con le parti, i testimoni, i periti.

3) La terza caratteristica è l'*identità del giudice* durante la trattazione della causa, se è vero che «il processo si svolge quasi in forma dialogica, e la convinzione del giudice si forma progressivamente attraverso il contatto personale che egli ha colle parti e coi testimoni»: un flusso che Calamandrei chiama 'continuità psicologica'<sup>42</sup>.

4) la quarta peculiarità risiede nella *concentrazione* del dibattimento in una sola udienza o in poche udienze, e la «pronuncia della sentenza immediatamente dopo la chiusura del dibattimento orale», poiché «la decisione deve essere pronunciata immediatamente, prima che dallo animo del giudice sia scomparsa l'eco delle parole che egli ha raccolte»<sup>43</sup>. Ne consegue anche la non impugnabilità separata delle decisioni interlocutorie.

Calamandrei passa quindi a fare un'osservazione importante: la riforma del processo civile italiano non ha ancora attuato l'oralità, e questo perché, in sede scientifica, l'idea vanta autorevoli oppositori (se non detrattori).

Sul piano delle riforme, Calamandrei ribadisce il suo noto giudizio sul progetto Carnelutti del 1926: per quanto concerne l'oralità, «essa fu accolta soltanto in parte e con molte prudenti attenuazioni»<sup>44</sup>; già in un articolo scritto in tedesco nell'ottobre 1927 per un uditorio tedesco, egli aveva obiettato che «il Progetto Carnelutti risolveva in modo eclettico [il

---

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> CALAMANDREI, *Oralità*, cit. nt. 39, p. 453.

<sup>43</sup> CALAMANDREI, *Oralità*, cit. nt. 39, p. 453.

<sup>44</sup> CALAMANDREI, *Oralità*, cit. nt. 39, p. 454.

problema dell'oralità], largamente utilizzando il sistema austriaco dell'udienza preparatoria, ma permettendo alle parti concordi di derogare all'immediatezza e all'oralità: art. 229, 240)»<sup>45</sup>.

Sul piano scientifico, cogliendo in modo chiaro il nodo della questione, Calamandrei alza uno steccato tra Chiovenda e Betti, da un lato, Carnelutti e Redenti, dall'altro. Malgrado le differenze tra i quattro studiosi, è significativo che il nome di Betti sia ricordato accanto a quello di Chiovenda: si precisa, anzi, che Betti agisce «nelle sue traccie»<sup>46</sup>, con riferimento alla seconda edizione del *Diritto processuale civile italiano* del 1936<sup>47</sup>. Dal canto suo, nel suo *magnum opus*, Emilio Betti renderà a Calamandrei il giusto riconoscimento, annoverandolo tra gli apostoli dell'oralità, con una menzione speciale, in forma adesiva, del suo saggio del 1934 sul nuovo processo del lavoro, in cui il processualista fiorentino deplorava le distorsioni del principio dell'oralità nella pratica di molte corti<sup>48</sup>.

Piero Calamandrei, dunque, fa emergere nei suoi scritti una peculiare fisionomia di Betti processualcivilista: quella di tenace difensore dell'oralità («oralista», per usare il termine carneluttiano) nel processo civile italiano. Una posizione, quella di Betti, che definirei radicale, come si può dedurre dalle pagine del suo corso *Diritto processuale civile italiano*, ma anche delle precedenti *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile presentato dalla sottocommissione per la riforma del Codice*, il più importante scritto di commento al Progetto della Sottocommissione Mortara del 1926, redatto a Firenze nel febbraio 1927 e apprezzatissimo anche dalla *Rivista di*

<sup>45</sup> Queste parole sono tratte dalla traduzione italiana di quell'articolo fatta nel 1939: CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del Progetto Carnelutti*, in ID., *Studi*, IV, Padova 1939, Cedam, pp. 87-101, anche in ID., *Opere giuridiche*, I, cit. nt. 11, pp. 187-199), p. 197. Per il testo tedesco: *Einleitende Bemerkungen zum Studium des Entwurfs der italienischen Zivilprozessordnung*, in «*Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*», 2, 1928, pp. 56-68. Entrambi i saggi, com'è noto, occupano un posto privilegiato nella costruzione del mito di Chiovenda da parte di Calamandrei, secondo l'interpretazione di CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit. nt. 38, pp. 317-323; ID., *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamandrei*, in «*Rivista di diritto processuale*», 46, 1991, pp. 754-792, anche in ID., *Scritti in onore dei patres*, n. VIII, pp. 145-191, e ID., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti Leggende Interpretazioni Documenti*, seconda ed. rivodata e ampliata, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2009, pp. 51-88.

<sup>46</sup> CALAMANDREI, *Oralità*, cit. nt. 39, p. 454 nt. 1.

<sup>47</sup> Più rapido e fuggevole è il ricordo di Betti in P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in *Il pensiero giuridico italiano*, I, Roma, I.R.C.E., 1941, anche in ID., *Opere giuridiche*, I, cit. nt. 11, pp. 523-536, p. 532.

<sup>48</sup> Sullo scritto in questione v. *infra*, nt. 61.

*diritto processuale civile*, che lo segnalò in ben due occasioni, nelle quali, senza celare il tono critico del parere, con brevi e misurate parole veniva dato risalto al fatto che Betti aveva lodato la riforma del processo dell'esecuzione e fatto rilievi «notevoli» sull'oralità, pur esprimendo riserve sul concetto di lite (che naturalmente non erano condivise)<sup>49</sup>.

La lettura di questi e altri contributi restituisce l'impressione di un'esposizione critica del processo civile del codice del 1865, fondata sull'auspicata tensione verso il sistema dell'oralità, derivante dallo stretto rapporto con Giuseppe Chiovenda e le sue opere, ampiamente citate, e con i testi fondamentali della processualistica tedesca (Wach su tutti) e austriaca (Klein su tutti), ai quali Betti attinge di preferenza quando si tratta di spiegare i vantaggi dell'oralità rispetto alla scrittura.

Che l'analisi bettiana del processo civile vigente sia critica risulta evidente dalle pagine dedicate alla struttura del procedimento nel *Diritto processuale civile italiano*, frutto della sua attività didattica alla Statale di Milano prima dell'età carneluttiana. La sezione si apre, innanzitutto, con l'enumerazione delle «esigenze e conseguenze» dell'oralità. Il tema viene rimodulato, sulla traccia di Chiovenda. L'oralità trova il suo 'centro di gravità' nella discussione orale davanti al giudice. Se si vuole realizzare una vera *discussione orale*, sulla cui efficacia e funzionalità Betti non ha dubbi, occorrono tre condizioni: 1) che il giudice sia identico in tutte le fasi del processo; 2) che il processo sia concentrato; 3) che la decisione dell'incidente non sia impugnabile separatamente dal merito (salvo eccezioni). A queste condizioni imprescindibili, Betti ne aggiunge una 'normale', che in realtà è duplice: 4) l'immediatezza nel comunicare con le parti e con i terzi, e maggiori poteri del giudice nella trattazione della causa (con i limiti che vedremo). In realtà, nel contesto dell'opera, questi due caratteri acquistano spesso un valore più stringente che qui non appaia. La quinta condizione è che la domanda sia presentata al giudice e che questi disponga di un fascicolo di cancelleria personale<sup>50</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, i procedimenti vigenti in Italia appaiono a Betti del tutto alieni dal modello dell'oralità.

Il procedimento formale presenta dei difetti, che sono principalmente tre: l'istruzione è scritta, con scambio di compare non determinate nel numero e senza termini preclusivi; la discussione è orale, ma «serve

---

<sup>49</sup> Cfr. le recensioni, rispettivamente al testo apparso sull'*Annuario* e in forma ridotta sulla *Temi Emiliana*: «Rivista di diritto processuale civile», 6, 1929, I, p. 274 e p. 366.

<sup>50</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 56, pp. 240-241.

soltanto ad illustrare il materiale di cognizione già acquisito»; si possono aprire parentesi o fasi autonome, gli incidenti, «per trattare e risolvere separatamente dal merito questioni incidentali»; manca un fascicolo di cancelleria, mentre ciascuna parte ha un fascicolo proprio<sup>51</sup>.

Anche nel procedimento sommario riformato dalla legge del 1901 Betti continua a vedere «un tipo ibrido di processo, orale in idea, ma scritto in realtà». È soprattutto l'*assenza di una fase preparatoria* a risultare fatale all'oralità. A causa del rinvio alle regole del procedimento formale, infatti, anche nel processo sommario le istanze delle parti si presentano mediante comparse scritte (di istruzione, di deduzione, di merito, conclusionali), e «tali comparse», avverte Betti, «non sono semplici scritti preparatori con pura funzione informativa (come nel processo tedesco), ma costituiscono la forma necessaria del materiale di cognizione, sulla quale il giudice è chiamato a pronunciare. La discussione orale può mancare del tutto, e sono ben poche le deduzioni orali che abbiano importanza per la decisione della causa e quindi debbano annotarsi nel foglio d'udienza ...»<sup>52</sup>.

La *pluralità* delle udienze è il secondo dato negativo, in aggiunta al fatto che le udienze stesse non sono differenziate nella loro funzione.

Il terzo apprezzamento negativo concerne l'assunzione delle prove, che non avviene all'udienza:

gli esami testimoniali, in particolare, si svolgono fuori dall'udienza, davanti a un giudice delegato che può essere diverso da quello chiamato a decidere: il quale valuta il risultato della prova sul verbale fattone<sup>53</sup>.

E qui torna utile riferire anche quanto conclusivamente osserva Betti:

tutto ciò contrasta con quella esigenza d'*immediatezza* ..., secondo la quale il giudice della causa dovrebbe *comunicare direttamente* – e non già per mezzo d'intermediari (documenti, giud. delegato) – con la persona delle parti o dei terzi, di cui è chiamato a valutare le dichiarazioni<sup>54</sup>.

Una quarta perplessità riguarda il fatto che

<sup>51</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 57, pp. 242-243.

<sup>52</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 59, p. 245.

<sup>53</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 59, p. 246.

<sup>54</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 59, p. 247 nt. 4.

qualunque incidente sorga davanti al giudice delegato, crea una causa autonoma, con propria iscrizione a ruolo, distinte comparse, sentenza, appello, e riconduce le parti davanti al collegio (dopo la cui decisione si torna davanti al giudice delegato)<sup>55</sup>.

Il quinto elemento negativo è la mancanza del fascicolo di cancelleria.

Altre perplessità emergono dall'esposizione, tecnicamente minuta e dettagliata, delle regole del procedimento sommario. L'istruzione, ad esempio, è caratterizzata dalla facoltà di ciascuna parte di chiedere il differimento delle udienze, «senza un limite assoluto di numero e di tempo», anche se «non basta più l'accordo delle parti per un nuovo rinvio dopo il quinto differimento...». Nella visione di Betti, infatti,

la funzione utile dei differimenti non è certo quella di consacrare una sorta di facoltà di perdere tempo, ma è – almeno in teoria – quella di render possibile, attraverso una graduale scambievole comunicazione dei documenti e delle deduzioni (comunicate mediante comparse) una istruzione preparatoria della causa atta a predisporre la trattazione all'udienza finale (così detta udienza di spedizione)<sup>56</sup>.

Un altro limite messo in rilievo da Betti risiede nel fatto che, «poiché nel procedimento sommario la causa va alla discussione a istruttoria aperta, le parti hanno facoltà di dedurre nuove prove, nuove eccezioni e nuovi mezzi di difesa sino a tanto che la discussione non sia chiusa». Tutto ciò è conseguenza del principio della libertà delle parti, posto il quale «può accadere che al momento in cui la causa va davanti al collegio, nonostante i precedenti differimenti, una delle parti introduca qualche improvvisa novità che alteri in modo notevole il materiale di cognizione»<sup>57</sup>. Poche parole, del resto, erano già servite a Betti per sintetizzare il problema del procedimento sommario anche dopo la riforma Mortara: «udienza a istruttoria aperta, con piena libertà delle parti nella proposizione di deduzioni, senza fase preparatoria scritta e quindi senza preclusioni»<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 59, p. 246.

<sup>56</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 61, p. 252.

<sup>57</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 64, p. 258.

<sup>58</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 59, p. 245. Sulla riforma Mortara,

In queste concise osservazioni sono già racchiuse alcune possibili linee di riforma del codice vigente nella direzione di un processo effettivamente orale: da quanto appena detto si evince, infatti, che Betti è favorevole all'introduzione di preclusioni. Una è sicura, come afferma lui stesso anche in un altro passaggio, di commento al progetto Redenti: allo scopo di evitare sorprese e manovre dilatorie, si dovrebbe andare ad udienza ad istruttoria chiusa<sup>59</sup>.

Altre preclusioni a cui Betti sarebbe favorevole si ricavano da quanto egli dice intorno al nuovo processo del lavoro. In palese contrasto e quasi in contrappunto con le pagine severe dedicate al processo ordinario di cognizione, Betti è, infatti, prodigo di lodi all'insegna del procedimento speciale per le controversie del lavoro, al punto da sorvolare sui suoi difetti tecnici, e questo per due essenziali ragioni: «sia per la saliente importanza sociale di questo processo nell'ordinamento fascista, sia per il suo valore tecnico di primo esperimento cospicuo d'un processo informato alle esigenze dell'oralità»<sup>60</sup>. Il clima, dunque, cambia, nell'esaminare l'ordito del processo del lavoro. Poche pagine, aggiunte nell'edizione del 1936, ma dense di riflessioni determinanti allo scopo di mettere a fuoco la fisionomia di Betti apostolo dell'oralità.

Il r.d. 21 maggio 1934 n. 1073 introduce, per le controversie collettive e individuali, un processo scandito in fasi. Dopo la presentazione del ricorso, alle cui ragioni il convenuto ha la facoltà, e non l'onere, di rispondere con una scrittura (particolare fortemente sottolineato da Calamandrei e Carnelutti)<sup>61</sup>, ha luogo l'*udienza preliminare*, con una prima pre-

---

nella storiografia, diametralmente opposta, com'è noto, è la visione di CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit. nt. 38, cap. II; ID., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 18-19; ID., *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in «Rivista di diritto civile», 42, 1996, I, pp. 67-88, anche in ID., *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 15-16; ID., *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in «Rivista di diritto processuale civile», 2003/1, pp. 39-70, pp. 40-42.

<sup>59</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 64, p. 259.

<sup>60</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 69, p. 269.

<sup>61</sup> CALAMANDREI, *Le controversie del lavoro e l'oralità*, in «Foro italiano», 59, 1934, IV, cc. 129-138, anche in ID., *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, IX, *Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, Presentazione di V. DENTI, Morano Editore, Napoli 1983 [Riedizione a cura di Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei Istituzione del Comune di Montepulciano, Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma, RomaTre Press 2019], pp. 380-390, p. 383; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, III, *Procedimento di cognizione*, Padova, Cedam, 1939, p. 136.

clusione relativa alle «questioni processuali concernenti condizioni necessarie per l'ammissibilità d'una trattazione nel merito» e alle pregiudiziali di merito non proponibili d'ufficio (non relativa, quindi, fa notare ad es. Betti, alla domanda di ulteriori mezzi istruttori, o a nuove eccezioni di merito, come la prescrizione e la compensazione)<sup>62</sup> e una seconda preclusione riguardante il *tema della decisione*: nessun mutamento o ampliamento del tema delle decisione è consentito dopo l'udienza preliminare, sia per l'attore sia per il convenuto (ad es., per quest'ultimo, una domanda riconvenzionale).

Due preclusioni, queste, che Betti approva in pieno:

la duplice preclusione, eliminando il rischio di sorprese e di manovre dilatorie sempre possibili nel processo ordinario, vale ad assicurare uno sviluppo graduale, ordinato e rapido nella trattazione della causa: essa segna pertanto una benefica reazione contro il principio della illimitata libertà delle parti dominante in quel processo<sup>63</sup>.

Occorre precisare che Betti non è assolutamente avverso alla libertà delle parti nel processo civile (e quindi al principio dispositivo in tutte le sue implicazioni, puntualmente evidenziate in altra parte dell'opera)<sup>64</sup>, ma pone solo una questione di limiti, ai poteri delle parti come ai poteri del giudice.

Dopo il tentativo di equo componimento, se esso non riesce, il giudice deve rimettere le parti ad *un'udienza di istruzione* da stabilirsi entro un breve termine, a *preparazione* della quale le parti possono notificarsi deduzioni scritte entro un termine altrettanto breve. Chiusa l'istruttoria, le parti sono rimesse all'*udienza di decisione*, previa comunicazione delle deduzioni scritte, prima quelle del ricorrente e poi quelle del convenuto, da notificarsi del pari entro termini rigorosi.

Rispetto alla brevità dei termini e al divieto di rinvii delle udienze, Calamandrei aveva fatto notare (nel citato articolo del 1934) che si trattava di una misura stabilita a garanzia dell'esigenza di concentrazione, esigenza tuttavia elusa dalla prassi di alcuni tribunali. Egli aveva, inoltre,

---

<sup>62</sup> Prescindo qui dall'approfondire il concetto di pregiudizialità, tema sul quale si potrebbe ovviamente aprire un'ampia parentesi. Il problema, infatti, viene affrontato in ottica critica ad es. da CARNELUTTI, *Sistema*, III, cit. nt. 61, n. 657, pp. 138-144.

<sup>63</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 69, p. 272.

<sup>64</sup> *Infra*, ntt. 72-73.

fatto pesare un particolare di estrema importanza, cioè la limitazione del numero delle difese scritte delle parti (solo due, come si è visto) prima della discussione: il che si traduceva in uno svantaggio per l'attore, costretto a svolgere le sue difese prima di conoscere quelle del convenuto (neanche obbligato a replicare al ricorso, come si è detto) e non messo in condizione, una volta conosciute, di replicare. Ma proprio questa «disuguaglianza» tra le parti, secondo Calamandrei, era indice dell'oralità del processo, cioè del fatto che «*la difesa scritta non è tutta la difesa, e che la vera difesa è quella che si svolge oralmente nella udienza collegiale*»<sup>65</sup>.

Betti, dal canto suo, non stigmatizza (o non coglie) l'asimmetria tra attore e convenuto, ma rileva che le deduzioni scritte non sono obbligatorie nel processo del lavoro (l'attore ha facoltà e il convenuto l'onere di presentarle): questo significa che la discussione orale può avvenire anche senza aver presentato deduzioni scritte al riguardo. Non così per l'ipotesi opposta, di deduzione scritta poi non ripetuta o richiamata in udienza, secondo l'interpretazione della legge che Betti ritiene preferibile.

Sappiamo dal polemico bilancio della prassi compiuto da Calamandrei quello che invece avveniva in alcuni tribunali: termini più lunghi di quelli prescritti per la presentazione delle difese scritte; concessione di ulteriori deduzioni scritte e quindi moltiplicazione delle stesse; perfino deposito di note defensionali dopo l'udienza collegiale (assolutamente non previste nel processo del lavoro).

Come si vede, Betti è sulla stessa linea dell'intervento «arguto» di Calamandrei (definizione sua)<sup>66</sup>, anche se il maestro fiorentino era stato più incisivo nel riferire la sua esperienza di questo «esperimento» di oralità:

questa forma di oralità, che è la vera e la sana, è la grande innovazione introdotta nel nostro diritto dal r. decr. 26 febbraio 1928, il quale, a differenza di quello che accade nel processo civile ordinario, esplicitamente ammette che nella udienza presidenziale i precisi termini della controversia siano dibattuti oralmente e fissati a verbale... ed implicitamente consente che anche nella udienza collegiale... le parti propongano oralmente, mediante inserzione sul verbale di udienza, richieste di nuovi mezzi istruttori che giustifichino di non aver potuto proporre prima, perché solo la discussione orale ne abbia rivelata la opportunità<sup>67</sup> [altra novità accolta con scetticismo nella pratica e perciò osteggiata].

<sup>65</sup> CALAMANDREI, *Le controversie del lavoro*, cit. nt. 61, p. 383.

<sup>66</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 69, p. 273 nt. 12.

<sup>67</sup> CALAMANDREI, *Le controversie del lavoro*, cit. nt. 61, pp. 385-386.

Per inciso: anche secondo Betti è possibile chiedere *nuove prove* nell'udienza di discussione, pur se la giurisprudenza era divisa (tant'è vero che la Cassazione in una sentenza del 1934 si era pronunciata per la negativa)<sup>68</sup>. Un altro punto su cui Betti richiama l'attenzione è la mutata classificazione dei provvedimenti del giudice: sentenza, se si decide il merito; ordinanza se si risolvono le questioni pregiudiziali di merito e le questioni processuali, con la conseguente scomparsa della figura della sentenza interlocutoria. Betti approva l'innovazione, già introdotta dal Progetto Carnelutti<sup>69</sup>, così come approva il principio della revocabilità e modificabilità delle ordinanze (soluzioni entrambe non gradite, invece, da Calamandrei)<sup>70</sup>.

Egli concorda anche su un'altra importante riforma: il divieto di impugnazione separata delle decisioni interlocutorie sui mezzi istruttori (che spettano al collegio o al giudice delegato per la prova) o su altre questioni incidentali (che spettano al collegio). Nel caso dell'istruzione, decide il giudice con ordinanza sempre revocabile e modificabile, ma le parti hanno il diritto di reclamo al collegio (che decide insieme al merito): riserva, quest'ultima, che Betti disapprova, perché incoerente rispetto al principio della libera revocabilità e modificabilità delle ordinanze.

Giova rammentare un'altra novità del processo del lavoro, su cui Betti insiste, riguardante il potere del giudice di *disporre d'ufficio* «i mezzi istruttori che ritenga necessari» (ad esclusione, secondo la sua interpretazione, del giuramento decisorio): disposizione su cui Betti si sofferma considerandola notevole e condivisibile<sup>71</sup>. Essa, tuttavia, ancora una volta, non ha nulla a che vedere con un processo di tipo inquisitorio, come dimostra la lettura di una delle sezioni più interessanti del *Diritto processuale civile italiano*, che è quella dedicata all'istruzione e alle prove. La sezione si apre con un paragrafo intitolato «L'iniziativa della parti come limite ai

<sup>68</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 69, p. 273, nt. 13.

<sup>69</sup> CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in «Rivista di diritto processuale civile», 6, 1929, I, pp. 3-81, anche in ID., *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, Cedam, 1939, pp. 333-429, n. 40, pp. 395-398.

<sup>70</sup> Come risulta da CALAMANDREI, *Sul Progetto preliminare Solmi* [Parere a S.E. il Ministro della Giustizia sul progetto preliminare del Codice di procedura civile, Relazione di P.C., Firenze, Cya, 1937], anche in ID., *Opere giuridiche*, I, cit. nt. 11, pp. 295-385, n. 13, pp. 323-327. Diametralmente opposto (*pour cause*) è il parere di CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare*, cit. nt. 31, nn. 52-53, pp. 119-124.

<sup>71</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 69, p. 274 (anche per tutto quanto detto nel testo in precedenza).

poteri del giudice». Qui Betti è deciso nel segnare i limiti dei poteri d'ufficio in un processo di parti, determinati dall'onere della domanda (azione ed eccezione), per quanto concerne le ragioni, e dall'onere dell'affermazione, per quanto concerne i fatti. Il «materiale di cognizione» lo devono fornire le parti: «secundum alligata et probata partium iudex iudicare debet»<sup>72</sup>. Come scrive Betti:

nella determinazione dei fatti da accertare, trova piena applicazione il principio della disposizione di parte. Il giudice è vincolato alle affermazioni delle parti nella presentazione del fatto ... e deve, di regola, astenersi dall'ammettere esistenti fatti pur rivelanti, a suo avviso, per la decisione della causa, ma che non risultino dagli atti (giusta il ditterio "quod non est in actis non est in mundo")<sup>73</sup>.

Entro queste coordinate, un aumento dei poteri istruttori del giudice è condivisibile: si è già iniziato a farlo nel processo del lavoro e si è già iniziato a farlo (in giurisprudenza) nel processo ordinario, conclude Betti<sup>74</sup>. Altro è il potere direttivo del giudice nello svolgimento della causa (ad esempio: fissazione di termini), e su questo versante ogni estensione, che assicuri al giudice un ruolo attivo, è opportuna. I limiti, dunque, nella genesi logica della decisione, attengono alla ricostruzione del fatto, mentre Betti è molto netto nel conservare al giudice piena libertà nella valutazione delle prove, e in altri aspetti della decisione della lite, quali la qualificazione giuridica del fatto e l'interpretazione e individuazione della norma giuridica.

La conclusione non lascia adito a dubbi:

dall'esperimento dell'oralità, che il processo del lavoro rappresenta nel campo del processo civile, dovrebbe muovere, come dicevamo, la futura riforma del processo ordinario, prevenendo con una più organica disciplina le incompiutezze di cui quello soffre nella pratica giudiziaria<sup>75</sup>.

Non è a dirsi, come conferma la lettura di questi passi, che Betti sia un teorico astratto, poco consapevole o incurante delle resistenze della pratica. Sarebbe un errore classificarlo come un utopistico sognatore, in-

<sup>72</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 83, p. 308.

<sup>73</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 84, p. 315.

<sup>74</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 86, p. 323.

<sup>75</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 69, p. 276.

consapevole delle difficoltà di realizzazione del processo scritto. Tuttavia, a differenza di Carnelutti (e di Redenti), Betti è favorevole a passi più decisi verso l'oralità: non l'oralità *facoltativa* gli interessa, soggetta all'accordo delle parti, ma l'oralità vera, eventualmente anche introdotta gradualmente, ma sempre in vista di un traguardo, che deve essere la palingesi del processo civile ordinario da scritto a orale.

### 3. *Il ruolo fondativo delle Osservazioni al Progetto del 1926 e la dialettica con Carnelutti e Calamandrei*

Il testo più significativo che Betti scrisse a favore del processo orale sono le *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile presentato dalla sottocommissione per la riforma del Codice* del 1927, le quali, lette nel contesto dei suoi studi processualistici, rivelano tutta la loro dirimpiente portata, nell'ambito dell'infuocata polemica di quegli anni, che vedevano contrapposti il modello di Mortara, ripreso con varianti da Carnelutti e da lui fatto oggetto di analisi scientifica nelle *Lezioni di diritto processuale civile* all'Università di Padova, e il modello puro dell'oralità alla Chiovenda, cui acce-  
de Betti come ad un atto di fede. Come scrive, infatti, in apertura al suo parere, che riguarda il Progetto della Sottocommissione del 1926, a sua volta edizione frettolosa, riveduta e malamente corretta del Progetto Carnelutti<sup>76</sup>, «non è certo il caso di tornare qui ad esaltare i pregi che l'oralità presenta in astratto, messa a raffronto con la scrittura»<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Rispettivamente CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Parte prima, *Del processo di cognizione*; Parte seconda, *Del processo di esecuzione*, Padova, Cedam, 1926; Commissione Reale per la riforma dei codici. Sottocommissione C. *Codice di procedura civile. Progetto*, Roma, Provveditorato generale dello Stato, 1926. Anche del Progetto Carnelutti mi limito a rammentare alcune letture essenziali, come quelle di PICARDI, *Riflessioni critiche*, cit. nt. 38, pp. 714-716; G. TARELLO, *Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926* [1974], in ID., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. GUASTINI e G. REBUFFA, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 215-239; TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit. nt. 38, pp. 203-209; CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit. nt. 38, cap. X; V. DENTI, *Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 50/2, 1996, pp. 407-417; F. CIPRIANI, *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in «Il giusto processo civile», 2, 2010, pp. 319-345. Per ulteriori spunti, volendo: CHIODI, *Francesco Carnelutti*, cit. nt. 25.

<sup>77</sup> BETTI, *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile presentato dalla sottocommissione per la riforma del Codice*, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», II-III (1929), pp. 122-171.

Stanti tali premesse, il riassetamento carneluttiano delle coordinate dell'oralità, tutto intriso di pragmatismo, buon senso e compromesso, non lo convince. Sarà pure un problema di uomini e di educazione quello che impedisce all'oralità di attecchire nei costumi giudiziari italiani, come proclamato energicamente e costantemente da Carnelutti, che Betti sagacemente lega a Mortara (per il quale «le leggi secondano il costume, non lo creano»), ma è certo che, se si ha a cuore l'oralità, sulla cui graduale introduzione è d'accordo anche Betti, la strada maestra non consiste nell'oralità facoltativa, dettata dallo scetticismo realista di Carnelutti: «quel criterio politico-legislativo di grande cautela che il Carnelutti ha stimato di dover seguire nell'attuazione dell'oralità»<sup>78</sup>. L'attacco al modello di codice accolto dalla Sottocommissione non potrebbe essere più aperto e frontale. Le parole d'esordio del parere, che altre volte ho citato<sup>79</sup>, sono lampanti: un codice deve educare e innovare, senza accettare compromessi. Al fondo, è la stessa prospettiva fatta valere, anche furiosamente e con una patina di aggressività e di carica politica, nel campo del codice civile.

Le critiche tecniche di Betti si appuntano contro il potere che hanno le parti di chiedere al giudice di comune accordo la scrittura al posto dell'oralità.

Il primo dissenso Betti lo riserva alla *discussione*, che di regola è orale, ma *può* trasformarsi in scritta se le parti lo chiedono concordemente e il giudice lo concede.

Il secondo dissenso di Betti riguarda la mancata attuazione della *concentrazione* processuale, che del pari dipende, nel Progetto, dall'accordo delle parti: il numero delle comparse preparatorie e i termini per il loro scambio sono stabiliti infatti da esse.

Il terzo dissenso concerne la mancata attuazione dell'*immediatezza*, perché il Progetto della Sottocommissione, come quello di Carnelutti, autorizza il collegio a nominare un giudice delegato per l'assunzione delle prove, non soltanto per «gravi motivi d'ufficio», presupposto che Betti approva incondizionatamente, ma anche per concorde richiesta delle parti.

A questo punto, l'opinione di Betti è chiara: in questo modo l'oralità da obbligatoria diviene *facoltativa*; proprio quel sistema dell'oralità facoltativa che Adolf Wach aveva già contestato, sia dal punto di vista dogmati-

<sup>78</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 1, p. 123.

<sup>79</sup> Mi permetto di rinviare a CHIODI, *Costruire una nuova legalità*, cit. nt. 1, pp. 201-202.

co sia dal punto di vista pratico, con argomenti a detta di Betti insuperabili:

ciò non sarebbe metter ordine, ma mettere disordine nel processo. Si può prevedere senz'altro che prenderebbe piede e si generalizzerebbe *quella forma di procedimento ch'è più comoda per gli avvocati, senza che si avesse il menomo riguardo al fatto che essa si trovi giustificata dalla ragione della legge o sia nell'interesse della causa, per la natura di questa*<sup>80</sup>.

Betti è scettico anche rispetto al potere discrezionale lasciato al giudice di procedere comunque alla discussione orale, malgrado la richiesta concorde delle parti presentata dai loro avvocati: anche questo è un espediente studiato dalla processualistica di area austro-germanica, sulla cui efficacia non è lecito, però, farsi troppe illusioni.

Un quarto dissenso di carattere generale e sistematico verso il Progetto riguarda la decisione degli *incidenti*, che spetta al giudice delegato, senza che si arresti il procedimento, mentre al collegio è riservato un successivo potere di controllo, da esercitarsi insieme alla decisione di merito. Questo sistema, che pure ha il vantaggio di non spezzare il processo in una serie di procedimenti incidentali, non è approvato da Betti, che si ispira, questa volta, a Chiovena, il quale aveva osservato, nel famoso saggio di apertura del primo numero della *Rivista di diritto processuale civile*, che «così diventa *normale* nel giudice delegato la delicata funzione del giudicare, che dovrebbe essere eccezionalissima»<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 1, p. 125. La citazione, tradotta, è tratta da A. WACH, *Grundfragen und Reform des Zivilprocesses*, Berlin, O. Liebmann, 1914, p. 86. Il libro ricevette in Italia la recensione favorevole di CALAMANDREI, *Questioni fondamentali e riforma del processo civile*, in «Il diritto commerciale», 6, 1914, I, pp. 507-514, anche in ID., *Opere giuridiche*, I, cit. nt. 11, pp. 55-64, il quale, p. 61, sul punto che ci interessa scrive: «Il Wach caldamente difende il principio dell'oralità sapientemente applicato, avvertendo che la scrittura obbligatoria costituirebbe un enorme regresso del sistema processuale, e la scrittura facoltativa un'enorme confusione: *das wäre nicht Zivilprozessordnung, sondern Zivilprozessunordnung*» [è la frase citata anche da Betti]. Merita anche di riferire l'opinione espressa sullo stato del processo civile italiano, p. 63: «dev'essere interamente rifatto *ab imis fundamentis* il processo italiano, in cui la delegazione delle prove, nel sistema collegiale che sta per tornare in vigore, è la regola, ed in cui nessuna cautela efficace si oppone alla scandalosa inerzia delle parti, alle quali è permesso, come dimostra nella pratica giudiziaria l'enorme quantità di rinvii che vengono fatti ad ogni udienza, di trascinare per degli anni una causa sui ruoli, senza mai provocarne la definitiva decisione». Sul reale obiettivo di questa recensione v. l'interpretazione di CIPRIANI, *Le peripezie di Carlo Lessona*, cit. nt. 45, pp. 163-164.

<sup>81</sup> G. CHIOVENA, *L'oralità e la prova*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1 (1924),

Anche in questo caso, la predilezione di Betti è per il sistema puro dell'oralità, nel quale gli incidenti sono decisi dal collegio. Frontale e recisa è, da questo punto di vista, la contrapposizione con Carnelutti, il quale, prima della sua 'conversione' al sistema del giudice istruttore, aveva dichiarato con sicurezza, a difesa del suo progetto, che «il giudice delegato nella assunzione delle prove è ancora, probabilmente, il minore dei mali ... chi costruisce un codice non può fare della poesia; e, se la fa, la giustizia finisce per pagarne le spese»<sup>82</sup>.

Dopo quattro critiche così rilevanti, perché di sistema, Betti dosa il giudizio e rileva gli aspetti a suo dire positivi del Progetto della Sottocommissione (derivati dal Progetto Carnelutti), meritevoli di essere mantenuti in una successiva riforma. Questa parte del parere di Betti è molto interessante. Al di là, infatti, delle osservazioni demolitorie in direzione dell'attitudine compromissoria del Progetto, l'esegesi minuta di alcune disposizioni specifiche rivela un altro tratto caratteristico della competenza tecnica di Betti processualcivilista, capace di discendere dal generale al particolare. Ci sono luci e ombre. Le innovazioni positive sono molteplici, ad onta del giudizio complessivamente negativo sui motivi ispiratori della riforma.

La prima novità riguarda la disciplina della domanda, che si propone con ricorso al giudice, secondo il sistema suggerito da Chiovenda<sup>83</sup>. Betti, tuttavia, non è d'accordo sul fatto che nel ricorso l'attore debba già indicare *tutte le prove* che intende proporre. La disposizione, a suo avviso, è eccessivamente rigida e severa nei confronti della libertà delle parti, e anche poco realistica: osserva infatti ragionevolmente Betti, che «non di rado accade che la necessità o la convenienza di talune prove si palesi soltanto a lite iniziata, attraverso lo sforzo di chiarificazione a cui costringe la contestazione avversaria, ne' suoi atteggiamenti imprevedibili»<sup>84</sup>. Si tratta di un motivo, stavolta, profondamente carneluttiano<sup>85</sup> e caro anche

---

I, pp. 5-32, anche in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, Milano, Giuffrè, 1993, con il titolo: *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)*, pp. 197-225, p. 202; BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 2, p. 128.

<sup>82</sup> CARNELUTTI, *Lineamenti*, cit. nt. 69, n. 38, p. 388.

<sup>83</sup> CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra* [Napoli, Jovene, 1920], anche in ID., *Saggi*, II, cit. nt. 81, pp. 1-196 (in Appendice: *Progetto di riforma del procedimento civile*, pp. 113-196).

<sup>84</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 3, p. 132.

<sup>85</sup> CARNELUTTI, *Lineamenti*, cit. nt. 69, n. 44, pp. 403-404; ID., *Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione (Postilla)*, in «Rivista di diritto processuale civile», 11,

a Calamandrei<sup>86</sup>, che ritroviamo anche nel Betti del *Diritto processuale civile italiano*. Fortunatamente, egli conclude, il precetto non è munito di sanzione, e si risolve quindi in una mera *Sollvorschrift*.

Betti, inoltre, non è d'accordo neanche sull'art. 137 Prog. Comm., anch'essa tolta dall'art. 8 Prog. Chiovena, che autorizza il giudice a *integrare o correggere* la domanda, qualora la ravvisi incompleta o irregolare rispetto all'indicazione dei fatti o delle prove. Una siffatta ingerenza del giudice può funzionare nel sistema austriaco, ma non in Italia, osserva Betti: «da noi – non dimentichiamolo – una ingerenza così estesa non potrebbe attecchire. Ragioni di temperamento nazionale, di tradizione e di costume sociale vi si opporrebbero»<sup>87</sup>. È la seconda critica che porta ad un ridimensionamento del Progetto Chiovena, e per compierla, del resto, Betti astutamente si richiama al suo stesso idolo, il quale, nel menzionato saggio sull'oralità e la prova del 1924, aveva chiaramente dichiarato che il sistema dell'oralità non implicava affatto un aumento dei poteri del giudice.

Una terza critica a Chiovena, che è opportuno riferire, concerne la disciplina delle comparse preparatorie: tema molto caro a Betti, perché si tratta di uno snodo essenziale del processo orale. Le scritture preparatorie servono, infatti, come si è detto, a predisporre e incanalare (non, dunque, ad esautorare e a privare di utilità) la discussione orale: esse hanno una funzione cruciale, in quel sistema, e la conservano anche nel sistema dell'oralità facoltativa del Progetto della Sottocommissione. Sono come dei binari che indicano la strategia, che sarà poi sviluppata e costruita oralmente dagli avvocati.

Da questo punto di vista, l'attenzione di Betti è opportunamente rivolta ad esaminare il contenuto delle comparse preparatorie, come previsto dal Progetto, in un articolo denso di risvolti problematici. La lettura di Betti, nel parere, è limitata al primo comma dell'art. 167 Prog. Comm.: «Le comparse preparatorie accennano *schematicamente, ma compiutamente*, le ragioni di fatto e di diritto e le conclusioni e indicano le prove, *quando non siano state indicate nella domanda*. Se le dette comparse contengono, anziché

---

1934, I, pp. 289-295, n. 6, p. 293, anche in ID., *Studi di diritto processuale*, IV, cit. nt. 69, pp. 431-440; ID., *Intorno al progetto preliminare*, cit. nt. 31, n. 51, pp. 115-119; ID., *Sistema*, III, cit. nt. 61, n. 651, pp. 117-120; n. 654 lett. c), pp. 127-128; n. 656, p. 158.

<sup>86</sup> Diffusamente CALAMANDREI, *Sul Progetto preliminare Solmi*, cit. nt. 70, n. 20, pp. 339-348.

<sup>87</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 3, p. 133.

accenni schematici, maggiori svolgimenti delle questioni, non se ne tiene alcun conto nella tassazione delle spese». Betti ritiene che questa disposizione segni un deciso miglioramento rispetto all'art. 13 del Prog. Chioventa, secondo il quale le comparse preparatorie contengono «la esposizione precisa e chiara dei fatti che la parte intende contrapporre a quelli affermati dall'avversario ... e l'indicazione delle prove con cui intende dimostrare i singoli fatti che allega», mentre «possono contenere brevi argomentazioni sulle questioni di fatto e di diritto»<sup>88</sup>. Nella redazione di Chioventa si cela un duplice equivoco, secondo Betti: che le questioni di fatto siano meno importanti della esposizione dei fatti, e che sia essenziale la brevità, a scapito invece della misura. Molto meglio, quindi, l'elastica (e questa volta felice) dizione, risalente al Prog. Canelutti: «cenni schematici» sì, «maggiori svolgimenti» no, secondo un apprezzamento da riservare alla discrezionalità del giudice<sup>89</sup>.

Certo è, tuttavia, che il precetto non era munito di una sanzione sufficiente: oltre a non tenersene conto nella tassazione delle spese, sarebbe stato opportuno disporre che i giudici non valutassero i maggiori svolgimenti «nella formazione del loro convincimento». Betti si ispira, anche in questo caso, al pensiero di Klein<sup>90</sup>, che aveva analizzato ampiamente la questione. Si sarebbe trattato, in altre parole, di introdurre una sanzione come quella accolta nel secondo comma dell'articolo in questione, che Betti approva, perché introduce una provvida tutela della buona fede processuale. Il secondo comma statuiva, infatti, che «le parti non debbono riservare a una comparsa posteriore ragioni, istanze o prove che fossero in grado di enunziare nella precedente. *Qualora il giudice si convinca che la proposizione di una questione sia stata ritardata per malizia o per grave negligenza, dovrà considerarla come non proposta* agli effetti dell'art. 231».

È chiaro, aggiunge Betti, che una sanzione del genere implica la «leale osservanza dello spirito dell'oralità», e funziona solo se i giudici vogliono applicarla<sup>91</sup>. Il fatto di non averla introdotta, osserva acutamente, non è

<sup>88</sup> Prog. Chioventa, cit., nt. 83, pp. 118-119.

<sup>89</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 4, p. 135.

<sup>90</sup> Betti utilizza molto, per questa parte, osservazioni tolte da F. KLEIN, *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Wien, Manz'sche Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1900.

<sup>91</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit., § 4, p. 136. Betti avrebbe potuto richiamare anche l'art. 239 Prog. Carn.: «Nella discussione le parti non possono proporre questioni di fatto o di diritto, che non siano state indicate nella scrittura preparatoria... se questioni così fatte vengano proposte, il giudice non ne deve tener conto, a meno che la parte non dimostri di non averle potute

affatto casuale, ma indice che non si voleva attuare seriamente il sistema dell'oralità: e si ritorna così al giudizio complessivo sulla natura fatalmente compromissoria del progetto.

#### 4. *L'esecuzione e le definizioni*

C'è, tuttavia, un'altra parte fondamentale del progetto, attinta direttamente all'esperta opera di elaborazione di Carnelutti, che Betti mette in straordinario risalto, al punto da definirla, con cenni entusiastici, «la parte più interessante, meglio ponderata e più felicemente riuscita del progetto – parte che è per intero creazione originale del Carnelutti»<sup>92</sup>. Si tratta del processo di esecuzione. Perfino nelle *Notazioni* autobiografiche questo dettaglio non passa inosservato, in una sintetica dichiarazione: «Del progetto Carnelutti criticò varie parti, mentre approvò la disciplina dell'esecuzione»<sup>93</sup>.

Questo è anche l'ambito in cui Betti si lascia andare a considerazioni non solo tecnico-giuridiche, ma anche economiche e ideologiche sulla necessità di garantire una tutela rapida ed efficace delle ragioni dei creditori.

Sul piano ideologico, Betti parla con veemenza di un «vago e confuso sentimentalismo» di marca democratica, che identifica nel debitore la vittima e nel creditore lo sfruttatore. Analoga prospettiva antidemocratica e anti-individuale lo porta a legare l'energica tutela del creditore alla antiliberale reazione contro gli imputati di un processo penale, e a colorare quindi di politica un processo dell'esecuzione che assicuri il più rapido soddisfacimento del credito. Carnelutti, con Calamandrei<sup>94</sup> e perfino con Alfredo Rocco, si trovano pertanto accostati e accomunati quali esponenti di un nuovo orientamento del diritto privato e del processo, sia civile sia penale, teso «a promuovere, nel campo del diritto privato,

---

proporre durante l'istruzione preparatoria per cagioni ad essa non imputabili».

<sup>92</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 5, p. 137.

<sup>93</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 2, p. 30.

<sup>94</sup> Il riferimento è a CALAMANDREI, *Per la vitalità del processo ingiunzionale*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1, 1924, I, pp. 56-93, cap. III di ID., *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Società Editrice Unitas, Milano 1926, anche in ID., *Opere giuridiche*, IX, *Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, Morano Editore, Napoli 1983 [Ried. 2019], pp. 112-144.

l'accresciuto senso di disciplina e di responsabilità, che si va manifestando, parallelamente, in altri campi»<sup>95</sup>.

Sul piano più strettamente tecnico-giuridico, Betti ritiene che una migliore disciplina dell'esecuzione forzata porti acqua al mulino della sua concezione dell'obbligazione, in cui debito e responsabilità, obbligazione e azione, sono entrambi elementi essenziali dell'obbligazione, premessa e conseguenza che formano «una sintesi necessaria e inscindibile». L'esecuzione forzata, in altri termini, «è immanente all'organismo stesso dell'obbligazione, in quanto questa non si esaurisce nel debito, ma è, soprattutto, responsabilità»<sup>96</sup>: nesso intrinseco e necessario tra obbligazione (debito) e azione (responsabilità). Questa è la struttura concettuale dell'obbligazione, che Betti vede riflessa nel processo dell'esecuzione di Carnelutti, benché, com'è noto, il suo autore la pensi alquanto diversamente sul concetto di obbligazione<sup>97</sup>. Per Betti, in realtà, «l'ideale dell'obbligazione moderna è che il creditore, con la forza dello Stato – di questo grande Leviathan, che accentra in sé tutta quanta la potenza materiale della moderna società – possa raggiungere quell'utilità direttamente, per via indipendente dalla volontà del debitore, mediante esecuzione per surrogazione in forma specifica: sempreché, naturalmente, la prestazione della utilità dovuta possa, nell'apprezzamento della coscienza sociale, rappresentarsi come fungibile»<sup>98</sup>. Qui Betti ripete una concezione già esposta nel suo celebre saggio del 1920, in cui operava una netta distinzione tra l'obbligazione romana, ancora legata alla persona del debitore come garanzia dell'obbligazione, e l'obbligazione moderna, «distaccata dalla persona del debitore»<sup>99</sup>.

Se questo è l'ideale, il processo dell'esecuzione disegnato da Carnelutti vi corrisponde in pieno, per le seguenti caratteristiche. La prima è che esso prevede l'esecuzione forzata non solo delle obbligazioni di pagare una somma di denaro, ma anche dell'obbligazione di dare una cosa, delle obbligazioni di fare e di non fare. In questa prospettiva, il progetto contiene un'innovazione fondamentale laddove esso consente di ottene-

<sup>95</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 5, p. 138.

<sup>96</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 5, p. 140.

<sup>97</sup> CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, cit. nt. 21, pp. 221-341, anche in ID., *Studi di diritto processuale*, II, cit. nt. 69, pp. 191-318, rist. *Diritto sostanziale e processo*, Milano 2006, cit. nt. 28.

<sup>98</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 5, p. 140.

<sup>99</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 5, p. 141.

re la prestazione fungibile di fare o di dare, «indipendentemente dall'atto del debitore», cioè senza la sua collaborazione, elevando il processo italiano al livello delle legislazioni più avanzate in questa direzione, cioè quelle germanica e austriaca<sup>100</sup>. L'unica perplessità Betti la esprime a proposito dell'esecuzione forzata per surrogazione delle dichiarazioni di volontà dei privati da parte della sentenza di condanna passata in giudicato: il riferimento è all'esecuzione forzata del contratto preliminare e introduce un ulteriore punto di significativo dissenso da Chiovenda e da Carnelutti. Sembra, infatti, a Betti che la «coscienza sociale» non reperi «così forte l'impegno assunto con la promessa (del contratto definitivo) da far apparire moralmente indifferente la mancanza della dichiarazione definitiva e virtualmente equivalenti le due situazioni create con questa e con quella»<sup>101</sup>. In altri termini, la promessa di vendita o di altro contratto definitivo non genererebbe, nella coscienza sociale, lo stesso affidamento di un negozio giuridico definitivo.

Il secondo profilo di originalità del processo dell'esecuzione carneluttiano consiste nell'estendere non solo le categorie di obbligazioni suscettibili di esecuzione forzata, ma anche gli oggetti di esecuzione delle obbligazioni che consistono nel pagamento di somme di denaro (non solo beni mobili, immobili e crediti, ma anche le aziende commerciali e i diritti reali sul bene immobile o sull'azienda altrui) e i mezzi esecutivi (usufrutto forzato di beni immobili, assegnazione di beni con effetto di *datio in solutum*).

L'analisi bettiana dell'esecuzione non si ferma qui e presenta anche profili critici: una lunga digressione, ad esempio, è dedicata a confutare la qualificazione della vendita forzata come negozio giuridico forzato o necessario, atto di disposizione anziché provvedimento giurisdizionale. Si tratta di un altro problema che Betti aveva già trattato e risolto nel suo saggio sul concetto dell'obbligazione, di cui si richiamano qui le conclusioni: la c.d. vendita o assegnazione forzata «è, per definizione, esercizio di potere giurisdizionale: esercizio, cioè, di un potere *proprio e originario* dell'organo giurisdizionale dello Stato, non già tolto, neppure provvisoriamente e temporaneamente, ad alcuna delle parti»<sup>102</sup>.

Altre considerazioni critiche, teoricamente dense e gravi, Betti le riserva ai concetti di azione e di lite. In questo caso, Betti ribadisce ancora,

---

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 5, p. 143.

<sup>102</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 8, p. 156.

in questo scritto, che così si dimostra centrale nel suo pensiero, le tesi sviluppate nel saggio sul concetto dell'obbligazione e anticipa altre idee esposte diffusamente in altri contributi e nel *Diritto processuale civile italiano*. Basti qui dire, in sintesi, che per Betti l'oggetto del processo è costituito dalla sussistenza della ragione dell'azione, e che la nozione di lite, sui cui Carnelutti impernia anche il suo progetto, oltre che il suo sistema di diritto processuale civile, anche per Betti è ampiamente discutibile.

Più in generale, la sua critica è rivolta anche al linguaggio del progetto Carnelutti, originale ma anche ostico e contorto al punto da non essere trasparente e semplice da interpretare, quando non fuorviante, e all'uso di definizioni legali discutibili: tagliente e severa è per l'appunto la sua critica totalmente negativa alla definizione di lite, «inopportuna – a prescindere da altre considerazioni circa il grado di elaborazione scientifica del concetto di lite – perché dottrinarica nella sua astrattezza e, per ciò stesso, inadatta a costituire una disposizione di legge a sé stante»<sup>103</sup>.

La stessa cosa si può dire delle definizioni di incompetenza e di eccesso di potere: «definizioni pericolose, queste, perché elevano a dogmi di legge formulazioni tutt'altro che pacifiche in dottrina, e così inceppano quella ulteriore discussione scientifica che sola può portare ad una utile chiarificazione e maturazione di simili concetti, all'infuori di qualsiasi intervento del legislatore»<sup>104</sup>.

La polemica maggiore, però, è riservata alla definizione di cosa giudicata, che per Betti è assolutamente errata: l'attacco rimanda all'ennesimo dissidio con Carnelutti, dal quale nascerà uno studio apposito sulla cosa giudicata<sup>105</sup>.

Sulle invenzioni concettuali del progetto Carnelutti risulta imperniato anche il dissenso di Calamandrei<sup>106</sup>, mentre in Betti il rilievo è presente, ma, come si è visto, all'interno di un discorso che parte prima di tutto dal problema dell'oralità, che appare veramente centrale nell'elaborazione del suo parere. L'esito pratico delle argomentazioni di Betti è lapidario, nel senso di una revisione completa, a dispetto degli aspetti tecnicamente più importanti e da conservare, come la disciplina dell'esecuzione forzata.

<sup>103</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 8, p. 153.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> BETTI, *Osservazioni*, cit. nt. 77, § 7, p. 149. Cfr. BETTI, *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 14.

<sup>106</sup> CALAMANDREI, *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in «Rivista di diritto processuale civile», 5, 1928, I, pp. 1-22, 89-98, anche ID., *Opere giuridiche*, I, cit. nt. 11, pp. 200-226; ID., *Note introduttive*, cit. nt. 45.

Altrettanto lapidario, se non sprezzante, è il giudizio sul Progetto Redenti, racchiuso in pochi cenni nelle lezioni di diritto processuale civile: considerato il ruolo centrale che a questo progetto è stato riconosciuto nelle ricerche più recenti<sup>107</sup>, il punto non può essere tralasciato. Redenti, infatti, «non crede all'oralità»<sup>108</sup> e già questo aspetto lo pone lontano anni luce da Betti. L'udienza di discussione disegnata dal giurista bolognese, significativamente chiamato a redigere in solitaria uno schema legislativo dal Guardasigilli Pietro de Francisci<sup>109</sup>, non è certo quella vagheggiata da Chiovenda, Betti o Calamandrei. Redenti, inoltre, in alcuni punti del suo progetto, ostenta secondo Betti un'eccessiva sfiducia nei confronti degli avvocati rispetto ai giudici. Condivisibili, invece, appaiono a suo dire altre innovazioni, come l'introduzione di alcune preclusioni e il divieto di impugnazione separata delle interlocutorie. Il progetto, tuttavia, è giudicato prolisso nello stile e soprattutto soffre nei suoi fondamenti dei medesimi limiti dei precedenti. Il suo autore, infatti, come si è detto, manifesta una conclamata diffidenza nei confronti del sistema dell'oralità e sottovaluta l'esperimento tentato con il processo del lavoro che, per un oralista come Betti, rappresentava la pietra angolare di una futura e più estesa riforma<sup>110</sup>.

Con questo cenno allo 'scontro' con Enrico Redenti si può, per ora, concludere questa ricognizione, che intendeva far emergere il ruolo di Emilio Betti nella prima fase di riforma del processo civile italiano e riflettere sulla sua posizione nel dibattito scientifico, tra Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e, da ultimo, Redenti.

---

<sup>107</sup> Per merito di F. CIPRIANI, *Alla scoperta di Enrico Redenti (e alle radici del codice di procedura civile)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 60, 2006, pp. 75-125, anche in ID., *Scritti in onore dei patres*, cit. nt. 45, n. XVII, pp. 325-380 (con postilla), le cui riflessioni sui rapporti con de Francisci e Solmi, e sulla svolta autoritaria impressa dal Progetto ai lavori della codificazione, sono fondamentali.

<sup>108</sup> M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia*, cit. nt. 38, p. 229. Cfr. già PICARDI, *Riflessioni critiche*, cit. nt. 38, pp. 716-717, e ampiamente CIPRIANI, *Alla scoperta*, cit. nt. 107, specialmente pp. 343-359.

<sup>109</sup> Betti fonda la sua lettura critica su E. REDENTI, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in «Foro italiano», 69, 1934, IV, cc. 177-201, anche in ID., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, *Intorno al diritto processuale*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 731-757 (con alcune omissioni). Il progetto uscirà successivamente: *Lavori preparatori per la riforma del codice di procedura civile. Schema di progetto del libro primo*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1936.

<sup>110</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 5, n. 59, pp. 247-248.

Forte di una robusta preparazione teorica da autodidatta e di una cultura multiforme, Betti, fino ad un certo periodo almeno, intrecciò un dialogo, a volte teso, a volte più pacato, con i processualisti italiani: in particolare, si affermò come un «contraddittore necessario» di Carnelutti<sup>111</sup>, nella rigorosa costruzione di un sistema di diritto processuale e nella strenua difesa del principio dell'oralità, secondo i postulati di Chiovenda (anche se non tutti, come si è visto) e, a monte, della dottrina austro-tedesca: obiettivi che avrebbero gradualmente perso terreno nei successivi sviluppi della codificazione, a dimostrazione del fatto che la lezione e il mito di Chiovenda originarono effettivamente percorsi autonomi in chi ad essi si richiamò<sup>112</sup>. In questa complessa genealogia, merita di essere collocato anche Betti.

---

<sup>111</sup> Per mutuare l'epiteto coniato da G.A. MICHELI, *Francesco Carnelutti e la rivista di diritto processuale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 22, 1967, pp. 1-11, p. 7. Dal canto suo, Carnelutti, nel rendergli omaggio, evocò l'oraziana *rerum concordia discors*: rec. Betti, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 34, p. 224.

<sup>112</sup> TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 38, p. 247. Lo stesso Betti, in una lettera del 1949 a Eduardo Couture trascritta da CRIFÒ, *Per la conoscenza di Emilio Betti*, in *Ermeneutica giuridica ed ermeneutica letteraria: Emilio ed Ugo Betti*. Giornata di studio – Roma 4 giugno 2004, a cura di G. Giacobbe e L. Fava Guzzetta, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 85-98, p. 97, scrisse che «le teorie del Chiovenda costituiscono bene un punto di partenza, ma non vanno considerate come un termine d'arrivo insuperabile». Cfr. anche ID., *Giuseppe Chiovenda romanista*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, I, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 567-587, p. 587.



Andrea Proto Pisani

*Dalla dommatica astratta all'irrompere del valore  
del diritto di difesa della Corte Costituzionale\**

SOMMARIO: 1. Una lontana polemica con Emilio Betti attorno all'efficacia della sentenza civile nei confronti di terzi – 2. Il sopravvenire della sentenza 55/1971 della Corte Costituzionale – 3. Ritorno a Chiovena – 4. Uno spunto non colto – 5. Ancora sugli effetti della sentenza resa 'inter alios' – 6. Quando gli effetti sono 'pro' e non 'contra' – 7. I 'subordinati' a causa di legato o successione a titolo particolare 'inter vivos' – 8. Casi particolari di possibili conflitti fra giudicati – 9. Per concludere

*1. Una lontana polemica con Emilio Betti attorno all'efficacia della sentenza civile nei confronti di terzi*

Quando, durante le Olimpiadi di Roma del 1960, mi recai nello studio di Virgilio Andrioli per cominciare a discutere del titolo della tesi di laurea, prima di scegliere definitivamente l'argomento, Andrioli mi consigliò di cominciare a leggere, oltre alla 'trascrizione' di Nicola Coviello, soprattutto *I limiti soggettivi della cosa giudicata nel Diritto Romano* di Emilio Betti. È quindi con estremo piacere che ho accolto l'invito a partecipare a questo incontro.

Poi, quando, nel mese di luglio di quest'anno ho cominciato a mettere ordine sul tema assegnatomi, mi sono reso conto della sua difficoltà. Mi spiego rapidamente e chiedo scusa se spesso – in questa prima parte

---

\* Lo scritto, dedicato al mio amico e collega Niccolò Trocker, costituisce il testo rivisto della relazione redatta per il convegno di studi su «Emilio Betti e il processo civile» svoltosi a Roma Tre il 5 e 6 novembre 2021 su iniziativa dell'IsEB (Istituto Emilio Betti di Teoria e Storia del Diritto) e curato da Antonio Carrata. La redazione da me svolta aveva per titolo «Il giudicato e i suoi limiti soggettivi nel pensiero bettiano». Come risulta dal titolo, ho ritenuto di dover allargare notevolmente il discorso a causa del grosso intervento della Corte Costituzionale avvenuto con la sentenza 55/1971 e pertanto ho anche utilizzato approfondendoli alcuni miei scritti provocati da tale circostanza (alcuni dei quali raccolti nel volume *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile*, 2015, della Collana della Fondazione Piero Calamandrei dell'Università di Firenze dove sono riportate anche le citazioni puntuali richiamate nella presente relazione).

– farò ricorso a ricordi personali.

Nella mia prima monografia del 1965 sulla *Opposizione di terzo ordinaria*, tutta la prima parte, di oltre 200 pagine è dedicata esclusivamente ai ‘limiti soggettivi di efficacia della sentenza’ e il primo capitolo, dopo aver esposto le posizioni classiche della dottrina italiana, tedesca e in parte francese, termina con una lunga fittissima nota, di oltre 10 pagine, dedicata esclusivamente (con titolo riportato nell’indice) all’«esame della teoria del Betti».

In questa nota, riassumevo la teoria che Betti aveva sostenuto nel 1922 nella sua monografia sul Diritto Romano, e poi aveva sostanzialmente riassunto nel suo splendido, e a mio avviso ancora attualissimo, *Diritto processuale civile italiano*, pubblicato (dopo dei primi appunti del 1931 e 1933) nel 1936 per la «Biblioteca del Foro Italiano», alle pagine 603-624 (ovviamente relative tutte al diritto italiano del tempo).

Com’è noto – ma anche doveroso riportare con ampiezza in questa sede – la tesi principale di Betti, volta a individuare le ipotesi in cui una sentenza civile (passata in giudicato) può avere efficacia anche contro terzi rimasti estranei al processo svoltosi *inter alios* e conclusosi con una sentenza di merito passata in giudicato, la tesi di Betti, dicevo, è tutta basata sul concetto di *subordinazione*, concetto – mi sembra di ricordare – non utilizzato invece dalla dottrina tedesca italiana e francese.

In particolare il Betti distingue i terzi innanzitutto in tre categorie: a) *terzi giuridicamente indifferenti*, estranei sia al rapporto litigioso *inter alios*, soggetti di un rapporto praticamente compatibile, per i quali la sentenza è irrilevante; b) *terzi giuridicamente interessati* ma titolari di un rapporto *praticamente incompatibile* con il rapporto oggetto della sentenza resa *inter alios*, terzi cui si applica in pieno il principio secondo cui la sentenza non può avere *alcuna* efficacia nei loro confronti; c) *terzi*, infine, *giuridicamente interessati* in quanto titolari di un rapporto suscettibile di subire l’efficacia della sentenza pronunciata *inter alios*, in quanto titolari di un rapporto legato da un nesso di *subordinazione* con quello oggetto della sentenza resa *inter alios*.

Tutto l’ampio dibattito svoltosi nella dottrina tedesca, italiana e francese, in numerosissime monografie nell’800 e nella prima metà del ’900, e importanti capitoli di manuali, monografie e studi volti a giustificare *se* ed entro quali limiti la sentenza resa *inter alios* potesse pregiudicare in via ‘di diritto’ (e talvolta anche solo ‘di fatto’) rapporti dei terzi, concerneva proprio i terzi titolari di rapporti giuridici normalmente distinti da quello oggetto della sentenza resa *inter alios*, terzi che Betti riunisce sotto il con-

retto da lui elaborato di *subordinazione*.

Questo concetto di subordinazione, che giustificava secondo Betti il manifestarsi dell'efficacia della sentenza contro terzi (terzi diversi, cioè dalle parti nei cui confronti era stata pronunciata la sentenza *inter alios*), ricorreva nelle seguenti quattro specie di ipotesi:

1) subordinazione rispetto al tempo «dell'entrata del terzo nel rapporto deciso *inter alios*»; cioè terzi che erano diventati titolari del rapporto oggetto della sentenza *inter alios*, dopo il suo passaggio in giudicato, a seguito di successione a titolo particolare *inter vivos* o a seguito di eredità o legato;

2) subordinazione «rispetto all'esercizio dell'azione», per ragioni di sostituzione processuale, ovvero di legittimazione straordinaria a dedurre in giudizio un diritto altrui, o a proseguirne il processo in caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso;

3) subordinazione «per ragioni di connessione reciproca tra il rapporto deciso e il rapporto proprio del terzo», ovvero «concorrenza alternativa tra l'azione esperita e l'azione coordinata al rapporto del terzo»: si tratta di ipotesi complesse la cui disciplina è spesso variata con l'emanazione del Codice Civile e di Procedura Civile del 1942. Si pensi, per tutte, alle obbligazioni solidali, indivisibili e alla impugnazione delle delibere assembleari, ma non solo. Per tali motivi, mi sembra inutile oggi approfondire il pensiero di Betti su questo punto;

4) subordinazione «per ragioni di dipendenza necessaria del rapporto proprio del terzo dal rapporto deciso». È il settore che da sempre è stato oggetto di esame in materia dei fautori della efficacia *riflessa* (o indiretta) contro i terzi. Settore su cui la dottrina tedesca italiana e francese aveva dato ampio spazio e giustificazioni le più diverse.

Questa ricostruzione proposta da Betti nel 1922 e poi nel 1936, alla stregua del dogmatismo (proprio anche del giovane studioso quale io ero nel 1961-1965), fu oggetto di critiche nella mia lunga nota del 1965 che ho già prima richiamato; ciò soprattutto perché a quel tempo (e in gran parte anche oggi) io non riuscivo a coglierne le affinità al di là del mero superamento dei limiti soggettivi del giudicato, in quanto (sempre a mio avviso) si era alla presenza di ipotesi tra di loro non *omogenee* che non erano riconducibili cioè ad una unità concettuale.

Potrò probabilmente non avere avuto ragione, ma di certo mi posi dalla parte del torto – e del torto grave – allorché a fronte di un Maestro quale Emilio Betti, osavo adoperare un linguaggio di certo irriverente taccian-do l'opinione di Betti come *erronea, inutile ed altre* espressioni similari.

La reazione di Betti (che pure mi aveva accolto a Roma con estrema cortesia, e mi aveva scritto anche una bella lettera di ringraziamento e di elogio per aver portato a termine una monografia così ponderosa) non fu immediata, ma quando nel 1968 redasse la voce *Regiudicata* per il *Novissimo Digesto Italiano*<sup>1</sup>, la corredò di una nota che più dura non poteva essere, affermando testualmente di non volere replicare giacché «manca il presupposto basilare di ogni leale discussione, stante la pretenziosa critica rivolta alla nostra ricostruzione storico-domatica» da me mossa, e così per un'altra decina di righe tutte dello stesso tenore. La critica fu così dura che Corrado Vocino ritenne di richiamarla espressamente nel 1976 o 1977 addirittura nella relazione in cui si opponeva alla mia domanda di chiamata a Napoli. Ed oggi posso solo esprimere la mia 'contentezza' quando nel 1968 lo stesso Betti, ringraziandomi per iscritto per l'invio doveroso della mia seconda monografia (*La trascrizione delle domande giudiziali*) mi disse che con essa avevo «superato la prova nel modo più brillante» e che «il nuovo libro segna un netto progresso sul precedente», dimostrando un'attenzione ed una generosità esemplare della sua superiorità umana prima ancora che scientifica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> E. BETTI, v. *Regiudicata*, in «Novissimo Digesto Italiano (*Diritto Romano*)», volume XV (1968), p. 216.

<sup>2</sup> Prima di procedere oltre, per evitare ogni possibilità di fraintendimento, desidero svolgere, sia pure in nota, alcune sintetiche valutazioni su Emilio Betti, cui è dedicato il convegno al quale sono stato invitato a partecipare. A mio avviso è da concordare, senza esitazione, sulla considerazione che Emilio Betti, insieme a Giuseppe Chiovenda e a Francesco Carnelutti, ha segnato il diritto processuale civile della prima metà del secolo scorso. Questa opinione su cui non vi è dissenso da parte di alcuno, è confermata, ove se ne avvertisse la necessità (che non sussiste) dalla recensione entusiastica di Carnelutti, del *Diritto Processuale Civile* di Betti del 1936, recensione redatta per Indice Bibliografico nel primo numero della 'Processuale' del 1936: recensione assolutamente eccezionale sotto tutti i punti di vista. Ancora vorrei ricordare che nel 2006 nella collana della Fondazione Piero Calamandrei dell'Università di Firenze curai personalmente la ristampa di due importanti scritti di Betti e Carnelutti in un volume intitolato *Diritto sostanziale e processo*. Ma vi è di più. Emilio Betti è stato non solo l'insigne processualista di cui si è detto, ma come è noto ha lasciato il segno, oltre che nel diritto romano, anche nel diritto civile con le sue monografie ancora attuali sul *Negoziato giuridico* e sulla *Teoria generale delle obbligazioni*, ma anche, quasi a sigillo di tutta la sua Opera, con i suoi volumi sulla interpretazione giuridica e sulla *Teoria generale dell'interpretazione* estesa ad ogni settore della cultura dalle opere d'arte alla musica. Nella seconda metà del secolo scorso, a partire dal 1948, cioè dalla emanazione della Costituzione, certamente a mio avviso inizia un nuovo periodo storico. Scomparso Chiovenda già nel 1937, Betti e Carnelutti, i quali scompariranno rispettivamente nel 1968 e 1965, dovranno convivere con il lento affermarsi di giuristi più giovani e, soprattutto, a livello di interpretazione, al superamento del monopolio della

## 2. *Il sopravvenire della sentenza 55/1971 della Corte Costituzionale*

Ma è tempo di chiudere con questi ricordi personali.

Il tema dei limiti soggettivi del giudicato sarebbe per così dire riesploro, e direi questa volta senza possibilità di richiami alla dommatica (e ai suoi inevitabili limiti) con la emanazione della sentenza n. 55 del 1971 della Corte Costituzionale (presidente G. Branca, relatore C. Mortati) la quale affermò esplicitamente nel dispositivo «da illegittimità costituzionale dell'art. 28 Cod. Proc. Pen. (nel testo allora vigente) nella parte in cui dispone che nel giudizio civile o amministrativo l'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto di un giudizio penale sia vincolante anche nei confronti di coloro che rimasero ad esso estranei perché non posti in condizione di pervenirvi»: cioè affermarono che una sentenza non possa avere efficacia (diretta o indiretta o riflessa) nei confronti di un soggetto che non sia stato chiamato nel giudizio in cui la sentenza è emanata, e ciò perché l'art. 24, 2° comma della Costituzione esclude (a garanzia dell'inviolabile diritto di difesa) che la sentenza possa avere efficacia contro il terzo che non sia stato messo in grado di partecipare al processo in cui la sentenza è stata emanata (o non vi abbia egualmente partecipato a seguito di tempestivo intervento spontaneo).

L'art. 24, 2° comma Cost. ha così mandato al macero quella vera e propria (splendida sul piano dommatico concettuale) biblioteca che soprattutto in Italia e in Germania si era formata (risalendo se del caso al Diritto Romano) nel senso di ammettere che la sentenza *inter alios* potesse avere efficacia contro i terzi non messi in condizione di partecipare al processo in cui la sentenza *inter alios* si è formata.

## 3. *Ritorno a Chiovenda*

Ne è derivato che, a seguito della emanazione della sentenza 55/1971, la Corte Costituzionale ha fatto propria l'interpretazione dei limiti soggettivi accolta da Giuseppe Chiovenda nel § 80 dei suoi *Princi-*

---

dommatica-concettuale, e all'irrompere dei valori enunciati dalla Costituzione. Basti qui considerare per tutti Costantino Mortati, Pietro Rescigno, Luigi Mengoni, Paolo Grossi e, con particolare anticipo, Tullio Ascarelli. Senza, ovviamente, come dico anche nel testo, che questo nulla tolga alla lezione di generosità umana e scientifica di Emilio Betti.

pi<sup>3</sup>, sempre che le non sovrabbondanti parole utilizzate dal Maestro (originario di Premosello nella Val d'Ossola) siano lette integralmente e non solo nella parte che interessa al singolo studioso.

Orbene, se questa lettura peraltro estremamente semplice è fatta, ne segue che secondo Chiovenda: «la sentenza ... non può *pregiudicare* ... » (cioè essere utilizzata a danno) oltre che alle parti anche di «altri che furono estranei alla lite (o quantomeno estranei alla sentenza, poiché estraneo alla lite...): “*res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt; non oportet ex sententia sive iusta sive iniusta pro alio habita alium praegravari*”» (il tutto anche sulla base di citazioni romanistiche che ho evitato di riportate per non complicare inutilmente il discorso).

Il che, sempre secondo Chiovenda, non significa dire che «la sentenza *fa stato* solo fra le parti», e ciò perché la sentenza non può pregiudicare, danneggiare i terzi, ma – se favorevole al terzo – può avere efficacia *a favore* del terzo.

Queste linee ricostruttive generarli del tema dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza o del giudicato con cui oggi l'interprete è chiamato a fare i conti, linee pressoché coincidenti con quelle già affermate da Chiovenda nei *Principi* del 1923.

#### 4. *Uno spunto non colto*

Prima di proseguire il discorso si impongono alcune precisazioni.

Come chiarito da Nicolò Trocker in uno studio sui «profili dell'esperienza giuridica tedesca»<sup>4</sup> gli studi tedeschi classici della fine dell'800 e dei primi del '900 su cui la dottrina italiana ha spesso fatto ampio riferimento sono stati ampiamente ridimensionati nel secondo dopoguerra, senza che la dottrina italiana ne prendesse adeguatamente atto. In secondo luogo, a seguito di un ampio seminario svoltosi a Firenze negli anni '80 del secolo scorso sotto la direzione di Giovanni Fabbri e mia, e del ricchissimo riesame della giurisprudenza, in uno scritto provocato da tale riesame, io<sup>5</sup> avanzavo l'ipotesi che le contrapposte

<sup>3</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, pp. 921 e segg.

<sup>4</sup> N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1988, p. 35 ss. e in *Studi in onore di Enrico Allorio*, Milano 1989, pp. 534 ss.

<sup>5</sup> In un ampio articolo intitolato *Note in tema di diritti soggettivi della sentenza civile* e pubblicato in «Foro Italiano» (1985), pp. 2385 ss. nonché in *Studi Allorio*, cit. nt. 4.

soluzioni prospettate nella dottrina italiana sempre del secondo dopoguerra potessero essere espressione di due diversi orientamenti di teoria generale: l'uno volto a ricostruire i rapporti pregiudiziali e dipendenti sulla base dello schema della *connessione tra rapporti giuridici*, l'altro sulla base della *connessione per mera identità di fatto* suscettibile di essere accertato per definizione *incidenter tantum*, in modo sempre per definizione non vincolante per il terzo. Questo spunto ricostruttivo non è stato mai preso in seria considerazione da alcuno, anche se mi sembrava destinato a riemergere dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 1971<sup>6</sup>.

##### 5. *Ancora sugli effetti della sentenza resa 'inter alios'*

Terminate queste precisazioni, la relazione anche se profondamente deviata dalla sentenza della Corte Costituzionale del 1971 e dal riemergere della attualità della posizione di Giuseppe Chiovenda, può proseguire.

L'escludere – come oggi il richiamo all'art. 24 del 2° comma della Costituzione impone, almeno come regola generale – che la sentenza resa *inter alios* possa avere efficacia vincolante per il terzo titolare di un rapporto connesso, non significa affatto negare nella pratica che la sentenza resa *inter alios* regredisca a zero assoluto nel corso del secondo processo instaurato da o contro il terzo che non aveva partecipato al processo svoltosi *inter alios*.

Esemplifico. La sentenza che abbia accertato la responsabilità civile di Tizio nei confronti di Sempronio una qualche efficacia esplica anche nel secondo processo instaurato da Sempronio nei confronti, ad esem-

---

<sup>6</sup> Ma non è certo questa la sede per tali approfondimenti; né per soffermarsi su un recente ampio articolo di S. MENCHINI apparso nel 2017 sulla «Rivista di diritto processuale», stranamente pressoché tutto dedicato all'esame della evoluzione del mio pensiero; e ciò per due motivi: *sia* perché questa mia evoluzione non meritava tanta attenzione da parte di un giurista oramai più che maturo quale Sergio Menchini (e lo sconcerto, per giuristi della mia generazione, provocato dall'irrompere dei 'valori', anche se contenuti nella non più giovanissima costituzione del 1948, nell'interpretazione tutta dogmatica-concettuale è cosa che oramai dovrebbe essere più che nota); *sia* perché Menchini conclude le sue ben 40 pagine affermando la sua «totale condivisione dei risultati da me raggiunti nel 2015». Vorrei concludere questa oramai lunga nota dedicata allo scritto di Menchini rilevando che a M. va attribuito probabilmente il merito di avere (quanto meno) tentato di sostenere che l'efficacia della sentenza a favore del terzo si manifesta solo se il terzo dichiara di volersene avvalere, e ciò argomentando dalla lettera dell'art. 1306 c.c. e della sua generalizzazione almeno (a mio avviso) *de iure condendo*.

pio, della sua società assicuratrice della specifica responsabilità civile. Di certo la sentenza che ha accertato la responsabilità civile di Sempronio non potrà avere alcuna efficacia *vincolante* contro la società assicuratrice che non sia stata chiamata in causa da Sempronio o non sia intervenuta spontaneamente e tempestivamente nel primo processo. Ma questo non significa affatto che nel secondo processo instaurato contro la società assicuratrice, le prove raccolte nel primo processo relative al fatto illecito subito da Tizio e provocato da Sempronio o relative all'ammontare del danno subito da Tizio, non conservino efficacia di prova – se del caso degradata ad argomento di prova o a presunzione semplice – nel secondo processo instaurato da Sempronio contro la società assicuratrice.

E qualcosa di analogo avviene anche quanto alla questione giuridica risolta nel primo processo, che nel secondo processo instaurato contro la società assicuratrice di certo non avrà efficacia vincolante ma varrà pur sempre come precedente giurisprudenziale. Il tutto cioè con la conseguenza che la società assicuratrice non vedrà precluso in modo alcuno l'esercizio della prova contraria, cioè del suo diritto alla prova, e *a fortiori* della possibilità di ridiscutere la questione giuridica risolta nel primo processo, ma il dire che la sentenza non abbia efficacia contro la società assicuratrice non significa azzerare qualsiasi utilizzabilità del processo conclusosi con la sentenza di condanna di Sempronio nei confronti di Tizio.

Si tratta di cose ovvie, ma mi è sembrato opportuno evidenziarle egualmente.

#### 6. *Quando gli effetti sono 'pro' e non 'contra'*

Ma se le cose sul piano pratico stanno proprio così, allora perché – cambiato il molto che è da cambiare – non estendere lo stesso ragionamento anche alla problematica che da sempre va sotto il nome di efficacia della sentenza (e della cosa giudicata) contro i terzi titolari di un rapporto legato a quello oggetto (del processo) e della sentenza resa *inter alios* da un nesso di contitolarità che *non* dia luogo ad un fenomeno di litisconsorzio necessario<sup>7</sup>? Il tutto sempre nel pieno rispetto del diritto di difesa dei terzi che non hanno partecipato al processo svoltosi *inter alios* nonché anche del

---

<sup>7</sup> Sul punto rinvio al recentissimo studio di B. GAMBINERI, *Le obbligazioni solidali a interesse comune e litisconsorzio facoltativo e unitario*, in «Rivista di diritto processuale civile», 2021, pp. 1215-1230.

valore della economia dei giudizi, della attività processuale.

In conformità, poi, sempre della giurisprudenza della Corte Costituzionale del 1971, che sostanzialmente richiama il brocardo secondo cui *res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt* ripreso esplicitamente da Chiovenda, il cui pensiero può essere riassunto nel senso che la sentenza tra le parti esiste, e vale come sentenza tra le parti rispetto a tutti, ma non può *pregiudicare* altri che furono estranei alla lite, il problema dei limiti soggettivi della sentenza (o della cosa giudicata) ha senso di porli solo *contro*, non anche a favore dei terzi: e ciò perché solo per costoro si pone un problema di garanzia del diritto di difesa.

Quindi non si dovrebbe dubitare in modo alcuno che la sentenza (o la cosa giudicata) abbia efficacia a favore dei terzi che:

a) siano titolari di diritti giuridicamente dipendenti dalla efficacia o dalla validità del titolo di acquisto del dante causa, efficacia o validità accertata in un giudizio cui ha partecipato solo il dante causa;

b) siano contitolari del credito solidale o indivisibile la cui efficacia sia accertata in un processo iniziato da (o anche contro) un solo contitolare. Col che norme del tipo dell'art. 1306, 1° comma, c.c. (e anche dell'art. 2377, 7° comma, c.c.) ben lungi dal dover essere considerate come eccezionali, non sono altro che espressione di un (non esplicitato ma non per questo meno importante) principio di carattere generale;

c) probabilmente anche a favore dei terzi contitolari di diritti reali liti-sconsorti necessari pretermessi, almeno a seguito di un radicale riesame di questo tormentato istituto, probabilmente introdotto dall'art. 102 del c.p.c. del 1942 senza consapevolezza degli immensi problemi applicativi che avrebbe provocato.

#### 7. I 'subordinati' a causa di legato o successione a titolo particolare 'inter vivos'

Quanto poi ai terzi divenuti titolari del diritto dedotto in giudizio a seguito di legato o di successione a titolo particolare *inter vivos* nel diritto controverso, le norme di diritto positivo con cui fare i conti nel nostro ordinamento sono – oltre al fundamentalissimo art. 24, 2° comma, Cost. – l'art. 2909 c.c. che parla di autorità della cosa giudicata anche nei confronti (e quindi anche *contro*) degli aventi causa; l'art. 111, 4° comma, c.p.c. che parla di efficacia della sentenza «anche contro il successore a titolo particolare» nel diritto controverso; l'art. 404, 2° comma, c.p.c. che legittima alla opposizione di terzo revocatoria, da proporre contro il rigi-

do termine perentorio di cui all'art. 326, 1° comma, c.p.c., «gli aventi causa e i creditori... quando la sentenza è l'effetto di dolo o collusione a loro danno»; l'art. 1595, 3° comma, c.c. secondo cui «la nullità o la risoluzione del contratto di locazione ha effetto anche nei confronti del subconduttore, e la sentenza pronunciata tra locatore e conduttore ha effetto anche contro di lui».

L'interpretazione più piana di tali disposizioni (ed il loro coordinamento) mi sembra sia la seguente:

a) l'art. 2909 c.c. si riferisce unicamente agli aventi causa che abbiano acquistato *dopo* il passaggio in giudicato della sentenza resa *contro* (oltre ovviamente – v. *supra* § 3 – a favore) il loro dante causa. Non è però da escludere che l'art. 2909 si riferisca anche a chi sia divenuto avente causa dopo l'inizio del processo contro il suo dante causa.

b) L'art. 111, 4° comma, c.p.c. si applica a coloro che siano succeduti nel rapporto giuridico controverso, e legittima costoro alla proposizione delle impugnazioni proprie delle parti. Secondo l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza esso si applicherebbe anche ai terzi aventi causa di un rapporto diverso ma giuridicamente dipendente da quello controverso (es. giudizio di risoluzione o di annullamento di un contratto di compravendita e terzi subacquirenti durante la pendenza del processo di risoluzione o annullamento ecc.). Pur avendo sostenuto la tesi restrittiva, oggi – in ossequio soprattutto alla garanzia del diritto di difesa di tali aventi causa – propenderei ad applicare anche a costoro il quarto comma dell'111 con la loro conseguente legittimazione ad avvalersi delle impugnazioni proprie delle parti.

c) L'art. 404, 2° comma, c.p.c. si applicherebbe innanzi tutto ai creditori a fronte delle sentenze che neghino la proprietà del debitore su un determinato bene, o accertino l'esistenza di crediti di altri creditori del comune debitore. A mio avviso ai creditori è da riconoscere la titolarità di rapporti giuridicamente dipendenti dai suindicati rapporti oggetto della sentenza resa contro il debitore, pregiudizialità-dipendenza mediata dalla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. (anche solo eventuale poiché destinata a concretizzarsi solo in caso di instaurazione di processi di espropriazione forzata). Non è forse inutile (per quanto si dirà *infra sub d*) osservare che l'opposizione di terzo revocatoria corrisponde all'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. esperibile contro «atti di disposizione» sostanziale «del patrimonio» con i quali il debitore rechi pregiudizio alle ragioni del creditore.

d) quanto infine all'art. 1595, 3° comma, c.c. conformante all'opi-

nione della dottrina e della giurisprudenza tedesche, Girolamo Monteleone e Francesco Paolo Luiso hanno messo in evidenza come questa disposizione sia espressione di una c.d. pregiudizialità-dipendenza «permanente» tra rapporti, caratterizzata dalla circostanza per un verso che il rapporto pregiudiziale dovrebbe continuare a sussistere durante tutto il tempo dello svolgimento del rapporto dipendente, per altro verso che il titolare del rapporto pregiudiziale (salva solo la tutela risarcitoria del terzo titolare del rapporto dipendente) potrebbe disporre del rapporto anche dopo aver dato vita al rapporto dipendente. A questa particolare sottocategoria di pregiudizialità-dipendenza sarebbero riconducibili anche la posizione del comodatario e in genere di tutti i rapporti sorti da un c.d. subcontratto. È appena il caso di sottolineare la particolare vicinanza di questi terzi a quella dei creditori.

Alla stregua di questi chiarimenti ne segue che contro tutti gli aventi causa (diversi dai creditori o dai titolari di subcontratti) che siano diventati tali prima dell'instaurarsi di un processo nei confronti del loro dante causa, non si può mai manifestare una efficacia della sentenza (o della cosa giudicata) pronunciata contro il loro dante causa.

#### 8. *Casi particolari di possibili conflitti fra giudicati*

Non è questa la sede per esaminare, sia pure per rapidi cenni, il tema dei rapporti plurisoggettivi indivisibili, rapporti riguardo ai quali la necessità di evitare un conflitto *pratico* di giudicati impone soluzioni diverse da quelle prospettate nei paragrafi precedenti.

Assumendo come esempio paradigmatico la comunione e l'esercizio dell'azione di rivendica o di accertamento proposta da uno solo dei comproprietari, è da dire che se la sentenza *favorevole* al comproprietario che ha agito ha efficacia a favore di *tutti* i comproprietari che non avevano partecipato al processo: la sentenza *sfavorevole*, invece, da un lato non precluderebbe agli altri comproprietari di (ri)proporre la stessa domanda, dall'altro lato, stante la ineludibile esigenza di evitare la coesistenza di giudicati praticamente contraddittori, in dottrina è stata prospettata da Sergio Menchini l'opinione secondo cui la eventuale seconda sentenza che accoglie la domanda abbia efficacia *anche* a favore del comproprietario che aveva agito nel primo processo e si era visto respingere la domanda (col che il primo giudicato ne risulta travolto)<sup>8</sup>. I rilievi più

---

<sup>8</sup> S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano 1993.

volte svolti circa la efficacia delle prove assunte nel primo e l'efficacia del relativo precedente giurisprudenziale, dovrebbero però limitare di molto il verificarsi in pratica del risultato or ora riassunto.

Soluzione analoga andrebbe accolta riguardo alle azioni di annullamento delle delibere di società (art. 2377 c.c.) o di assemblea di condominio (art. 1137 c.c.) e similari. E però da notare che gli stretti termini di decadenza previsti per l'esercizio di tali azioni eliminano il porsi del problema sopra indicato, o più esattamente lo restringono nello stretto ambito entro cui si sia alla presenza di azioni di nullità (per la società v. invece l'art. 2379 c.c.) delle delibere.

## 9. *Per concludere*

Concludo con alcune riflessioni finali e taluni rinvii.

Ho piena consapevolezza del come l'impostazione da me seguita in queste pagine e la soluzione prospettata ricalchi molto le conclusioni proposte nel 1935 da Enrico Tullio Liebman, il quale però parlava di ingiustizia della sentenza invece che – come a me è sembrato concettualmente più esatto – di efficacia delle prove raccolte nel processo svoltosi *inter alios* e di efficacia del precedente giurisprudenziale.

Col che, forse, un piccolissimo passo avanti è stato fatto anche se oramai si è anni luce distanti dalla posizione di Emilio Betti che ha costituito l'occasione di questo scritto.

Chiudo richiamando l'attenzione, soprattutto degli studiosi più giovani, su alcuni temi o neanche accennati o richiamati con prospettazione di soluzioni altamente problematiche.

Si tratta:

- dei giudicati in tema di *status* personali, status che danno sempre luogo a diritti inviolabili della persona, caratterizzati spesso da una stretta interdipendenza;
- della legittimazione degli intervenienti adesivi dipendenti ad avvalersi delle impugnazioni proprie delle parti principali in coerenza del rispetto del loro diritto di difesa;
- del se sia possibile o no continuare a parlare di sentenza *inutiliter data* nelle ipotesi, prevalentemente residuali, di pretermissione di un litisconsorte necessario;
- della opportunità di prevenire la questione di legittimità costituzionale dell'art. 111, 4° comma, c.p.c. là dove non si prevedano strumenti ido-

nei a mettere i terzi aventi causa non intervenuti nel processo volti ad assicurare l'effettiva possibilità di avvalersi dei mezzi di impugnazione propri delle parti (alla stessa stregua di quanto – sia pure sibillamente – ad es. previsto dall'art. 327, 2° comma, c.p.c. (o della rimessione in termini oggi prevista in via generale) riguardo alle impugnazioni del c.d. contumace involontario;  
e tanti altri temi che ruotano intorno all'argomento trattato.



Tommaso dalla Massara

*Emilio Betti, l'obbligazione, il processo*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. *La ricostruzione di un pensiero complesso*

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

---

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

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

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

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

Merita precisare che *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* era stato edito per la prima volta a cura dell'Università di Pavia nel 1920. Anzi, il nucleo fondamentale del pensiero che lì veniva proposto era quello che era stato esposto nella prolusione parmense dell'anno accademico 1916-17. Nella *Prefazione* del 1953, Betti soggiungeva poi che in altra *Prefazione*, ossia quella maceratese del gennaio 1920 (anche qui, per meglio districarci in un groviglio alquanto stretto, quella ripubblicata da Irti nel volume che citavo poc'anzi), veniva chiarita la formazione del saggio su *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, nella sua connessione con altri studi. Segnatamente, Betti faceva richiamo a *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, testo che in origine era destinato alla prolusione dell'anno accademico 1918-19 a Camerino<sup>4</sup>.

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

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

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

siero di Betti in tema di obbligazione e azione, senza dire che larga parte delle idee lì esposte sono contenute in quell'autentico serbatoio che è rappresentato, un passo a monte, dal saggio su *iudicare* e *damnare* del 1915<sup>5</sup>.

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

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

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

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

---

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

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

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

Neppure nel celebre manuale di *Diritto romano* del 1935 si avverte un distacco rispetto alle posizioni di partenza in tema di *obligatio*, per lo meno se si resta con lo sguardo concentrato sulle tesi propriamente romanistiche<sup>7</sup>; altra conclusione, invece, dovremmo raggiungere se andassimo a leggere le pagine di quello stesso manuale in cui Betti parla da dogmatico generale, come rileva Augusto Chizzini<sup>8</sup>. Nell'insieme, è chiaro che l'intonazione di quel testo è mutata nel senso di una certa compattazione dogmatica dei materiali romanistici in funzione didattica; e, fors'anche, si può aggiungere che su quell'opera pesava una tensione verso un uso politico e propagandistico del diritto romano, in coerenza con l'accentuazione dell'impegno politico di Betti, in specie dopo il 1926<sup>9</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

Quella di Betti neppure potrebbe definirsi, puramente e semplicemente, una prospettiva processuale, perché essa è molto più che questo: il cono prospettico prescelto da Betti, nello specifico, è quello dell'esecuzione che interviene in esito al processo<sup>11</sup>. Ne *Il concetto* viene delineata una tripartizione di fasi, in base alla quale l'obbligazione primaria, che Betti chiama *principalis*, la quale ha per oggetto un *dare oportere*, si trasforma, dopo la *litis contestatio*, in una soggezione, la quale a sua volta diverrà *obligatio iudicati*<sup>12</sup>.

In secondo luogo, Betti promuove l'idea di un'identificazione del fenomeno obbligatorio con il modello concettuale della garanzia<sup>13</sup>. È questo il secondo asse portante della sua dottrina, certamente da vedersi in connessione stringente con quanto appena evidenziato nel porre attenzione sulla relazione tra obbligazione e azione.

Giusta queste due premesse, è chiaro che il vincolo obbligatorio viene a ridursi di fatto a un'esposizione di responsabilità; è esattamente in questa prospettiva che Betti enfatizza il passaggio nevralgico dall'eterogaranzia all'autogaranzia (nonché quindi dall'eteroriscatto all'autoriscatto), risalente all'origine dell'*obligatio* romana<sup>14</sup>. Per Betti, è quel momento genetico a raccontare in modo veritiero l'essenza stessa dell'*obligatio*: nel modello della garanzia è da vedersi la cifra esatta del fenomeno che intende descrivere.

---

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

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

<sup>12</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, in specie p. 143 ss.

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

<sup>14</sup> BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 47.

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

Se quella descritta è la cornice di riferimento, coerente risulta che per Betti la prestazione venga a rappresentarsi nei termini di un onere: dunque, il comportamento debitorio mai potrebbe dirsi di per sé dovuto<sup>16</sup>. Quel che conta è che quel comportamento sia in grado di esimere il debitore rispetto alla condanna. Adottata la prospettiva processuale – *rectius* quella dell'esecuzione – l'obbligazione romana conduce a un'esposizione di responsabilità tale per cui il comportamento del debitore rileva in tanto in quanto la sua esecuzione – come tale non astretta dal vincolo obbligatorio – evita al debitore, una volta convenuto in giudizio, che su di lui si abbattano gli esiti della *condemnatio*; la quale *condemnatio* nel processo civile classico è, come si sa, di natura pecuniaria<sup>17</sup>. L'impianto di Betti appare limpido e fascinoso: le sue architetture ricordano certe audaci forme del razionalismo di quegli anni.

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

Anzitutto, non deve sorprendere che Betti, il quale nella rappresentazione che in genere se ne offre campeggia come il dogmatico per eccellenza, sul tema dell'obbligazione romana adotti certamente un linguaggio dogmatico-pandettistico ma, in definitiva, addivenga a esiti piuttosto lontani da quelli ortodossi; l'obbligazione non è intesa come il vincolo giuridico che impone un comportamento dovuto, ossia «il diritto di esigere l'esatto adempimento della prestazione dovuta sin da principio»<sup>18</sup>, bensì gli approdi cui giunge Betti sono, per taluni versi, sorprendentemente vicini a quelli tratteggiati da Hägerström<sup>19</sup>. Quello di Betti resta, di

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

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

<sup>17</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 144 ss.

<sup>18</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 149.

<sup>19</sup> BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 72.

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

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

Con alterne vicende, la costruzione bettiana avrebbe attraversato i decenni successivi, finendo per offrirsi come un modello di riferimento, da condividere o rigettare, ma sempre da discutere. Negli anni recenti, tra i lavori più impegnati sul tema dell'obbligazione romana spiccano quelli di Raimondo Santoro: e non v'è dubbio che in quelle pagine si avverta immanente, specie in punto di immedesimazione dell'obbligazione con l'azione, un impianto di ispirazione fundamentalmente bettiana<sup>20</sup>. Ma si pensi poi alle riflessioni di Riccardo Cardilli: anche qui è costante il confronto con le posizioni bettiane<sup>21</sup>. È, questa, una riprova dell'attualità dell'inattuale Betti?

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

Il terreno di più fertile coltura del patrimonio concettuale e del linguaggio di Betti si è rivelato nel tempo quello delle garanzie della vendita; la visione di un'obbligazione tutta incentrata sulla *Haftung*, la quale non lascia spazio logico per un comportamento dovuto, è andata a definire – anzitutto a livello di parole – il regime delle garanzie della compravendita, la regina dei contratti<sup>22</sup>. È come se, facendo leva

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

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

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

sull'identificazione del fenomeno obbligatorio con il modello concettuale della garanzia, proprio l'ambito tematico della vendita fosse quello rivelatosi poi più disponibile a ricevere la proposta bettiana. Per averne una recente riprova, basti pensare all'argomentazione che la discussa pronuncia a Sezioni Unite del maggio del 2019 ha messo in campo con l'obiettivo di differenziare il regime dell'onere della prova posto a carico del compratore che intenda far valere i vizi del bene venduto, rispetto alla disciplina generale della responsabilità contrattuale<sup>23</sup>.

Nell'insieme, si potrebbe aggiungere che quello incentrato sul profilo dell'*Haftung* è un modello concettuale che oggi appare, entro lo scenario vasto del diritto privato europeo, nel suo complesso recessivo se posto a raffronto con quello improntato sull'idea del *duty to perform*, ossia del dovere di comportamento imposto al debitore<sup>24</sup>. Ma tant'è, quest'ultima è un'osservazione che ci condurrebbe davvero lontano.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

In questa prospettiva, è noto che il lavoro su *Ragione e azione*, pubbli-cato sulla *Processuale* del 1932, venne a rappresentare un autentico punto di svolta: lì si coglie con pieno nitore l'architettura del Betti degli anni Trenta<sup>26</sup>. Gli approdi raggiunti in *Ragione e azione* sono quelli che segnano una svolta verso posizioni piuttosto lontane dall'idea di un'azione pensa-ta in concreto, addirittura indistinguibile dall'obbligazione; quella stessa idea di cui – stando a Betti – si trovava testimonianza nelle fonti romane.

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

---

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

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

Il tema si presenta vastissimo, né potrebbe essere affrontato in questa sede. Vale la pena soltanto notare che siamo negli anni Trenta e che l'intonazione generale del discorso è mutata in considerazione della maggiore pervasività del diritto che promana dallo Stato. Quanto ai profili interni alla dialettica tra ragione e azione, qui mi limito a fare un rinvio alle limpide pagine redatte da Proto Pisani nella prospettiva di un'analisi delle questioni collegate alla trascrizione della domanda<sup>27</sup>.

Ampia – si diceva – è la distanza rispetto all'impostazione schiettamente concretizzante del Betti della prima maniera. Se si guarda al tema dell'obbligazione e dell'azione nei termini di una dogmatica generale, il pensiero di Betti compie quindi un evidente movimento: nel complesso, è innegabile la torsione in senso astratto dell'azione<sup>28</sup>. Dove si colloca, però, il punto di arresto di questo movimento di allontanamento rispetto alle posizioni dapprima elaborate sulla base del diritto romano? Il limite emerge allorché Betti fa entrare in gioco «il grande Leviatano», il quale «tende ad accentrare in sé tutta la potenza materiale della società e a provvedere in conseguenza, come a suo compito esclusivo, all'attuazione delle norme giuridiche ch'esso pone»<sup>29</sup>.

È di nuovo la lettura della *Prefazione alla Teoria generale delle obbligazioni* del 1953 che ci consente di cogliere nel modo più preciso le posizioni: lì Betti afferma che, da un lato, c'è lui e, dall'altro lato, c'è Carnelutti. Nel giro di poche righe Betti riesce a ridurre molte e assai articolate questioni al loro nocciolo fondamentale, quasi collegando quelle due opposte visioni alla forza di uno slogan: mentre Carnelutti sarebbe stato il pubblicista, lui, Betti, sarebbe stato sempre e orgogliosamente un privatista<sup>30</sup>. Era un modo efficace per dire che Betti non avrebbe mai aderito alla concezione, astratta e troppo concessiva verso la preminenza dello Stato, quale era stata elaborata da Carnelutti. Era una sintesi assai icastica dei due contrapposti modelli concettuali.

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

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

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

<sup>29</sup> BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 28.

<sup>30</sup> BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. nt. 2, p. 4.

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

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

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

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

Al momento concettuale dell'esigibilità Betti dedica alcune preziose riflessioni: in specie, le pagine più esplicite in argomento sono quelle de *Il concetto*, tanto in sede programmatica allorché egli procede a indicare il *Motivo del presente studio*<sup>31</sup>, quanto poi nel cuore della sua argomentazione<sup>32</sup>; quelle medesime pagine possono essere lette invariate, quasi a rappresentare l'architrate del ragionamento, anche nella *Teoria generale delle obbligazioni*<sup>33</sup>.

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

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

Già per quanto visto sopra, l'idea di Betti è nel senso che la qualificazione di esigibile – ovvero di inesigibile – sia da valutarsi esclusivamente in relazione al processo. Seguendo il ragionamento esplicitato ne *Il concetto*, è da credere che nel processo classico romano la coercibilità del comportamento debitorio per Betti assuma una valenza del tutto atecnica: il debitore sarebbe astretto a un certo comportamento soltanto nel senso che egli con l'adempiere evita una sanzione, qual è rappresentata dalla *condemnatio* pecuniaria; ancor più precisamente, egli così si sottrae a un'esecuzione<sup>34</sup>.

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

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

<sup>31</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 5.

<sup>32</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 141 ss.

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

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

tema della qualificazione in termini di esigibilità ovvero di inesigibilità<sup>35</sup>.

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

Per vero, se si presta attenzione in specie alle pagine de *Il concetto*, ma anche a quelle de *La struttura*, bisogna riconoscere che Betti lavora ben poco con le fonti. Anzi, molte delle affermazioni ivi leggibili suonerebbero oggi difficilmente accettabili: abbondano le generalizzazioni, la più ricorrente delle quali attribuisce a «i Romani» l'uno o l'altro pensiero<sup>36</sup>.

Una maggiore attenzione alle fonti Betti dedica ne *La struttura*, specie nella parte in cui sono presi in considerazione i testi di Gaio 3.180 e 3.181<sup>37</sup>. Dapprima egli evidenzia le diverse vicende dell'obbligazione in relazione alla *litis contestatio*, quindi osserva che con la *litis contestatio* viene meno il *dare oportere*; per Gaio, *litis contestatione dari oportere desiit*, mentre quel che resta dopo la *litis contestatio* è soltanto un'obbligazione naturale. In relazione a ciò, Betti avverte che le parole *desiit* e *desinere* vanno intese *cum grano salis*, in specie sotto l'aspetto dell'esigibilità. Occorre allora chiedersi cosa venga a cessare, giusta le premesse poste sopra, ossia fermo che l'adempimento della prestazione rileva in sostanza nei termini di un onere, eseguito il quale il debitore convenuto possa evitare per sé gli effetti della *condemnatio*.

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

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

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

---

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

<sup>36</sup> Per esemplificare, BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 6.

<sup>37</sup> BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. 5 ss.

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

Proprio a quest'altezza s'innesta il tema dell'obbligazione naturale: come bene ha osservato Bruno Troisi<sup>38</sup>, per Betti resta sempre necessario che con la norma giuridica sia messa in relazione la sanzione. Quindi, quando si parla di obbligazione naturale, norma è da intendersi soltanto quella che stabilisce la *soluti retentio*. Betti avverte come fondamentale l'aspetto dell'ordinamentarietà della norma, giacché il rischio è invece quello di far entrare nel sistema norme scarsamente controllabili.

Torna a collegarsi a ciò il tema della responsabilità e dell'autoresponsabilità<sup>39</sup>, che in Betti si percepisce come autentico basso continuo del suo ragionare. Un'efficace sintesi del suo punto di vista si coglie nella constatazione che il «debito primario, come debito senza responsabilità, non viene dedotto in giudizio, cioè afferrato dal rapporto processuale, assorbito entro il circolo del processo, bensì ne resta al di fuori». Quindi il debito, in quanto tale, rimane al di fuori dal perimetro del processo. La questione si risolve allora nel senso che con la *litis contestatio* non si realizza affatto una novazione; con la *litis contestatio*, ciò che si verifica è soltanto la «conversione della responsabilità inerente alla *obligatio* fatta valere in processo»; ma non più di questo: si tratta di una mera «rassomiglianza esteriore» rispetto alla novazione. L'unico piano che si reputi coinvolto è, invece, quello della responsabilità. Quando Betti

---

<sup>38</sup> TROISI, *Le obbligazioni naturali*, cit. nt. 10, p. 99 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>40</sup> Così BETTI, *La struttura*, cit. nt. 4, p. V.

quale Quinto Cervidio Scevola sta annotando Giuliano:

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

Di questa testimonianza mi sono occupato piuttosto di recente, all'interno di un ragionamento che avevo sviluppato facendo centro sulla relazione tra *pactum de non petendo* e mora; quel contributo è confluito negli *Studi* dedicati alla memoria di Carlo Augusto Cannata, il quale sul tema della mora aveva detto parole preziose<sup>41</sup>.

Ebbene, qui è sufficiente osservare che il testo di Scevola evoca un patto di non chiedere, messo alla prova del perimento dell'oggetto della prestazione: in specie, lì era morto lo schiavo che aveva costituito oggetto della prestazione di dare. Il dubbio che emerge è se il debitore sia o meno in mora, giacché la mora era intervenuta dopo il patto di non chiedere<sup>42</sup>. Evidente è che il problema si pone proprio perché prima era intervenuto il patto e soltanto dopo si erano verificati i presupposti della mora.

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

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

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

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

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

intero alle pagine nelle quali me ne sono occupato<sup>43</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

Tutto ciò detto, viene a porsi un ulteriore – non lieve – problema: è da domandarsi se il patto di non chiedere vada a realizzare un ulteriore effetto di *purgatio morae*. In altre parole, il dubbio è se l'interposizione del patto si riveli capace non soltanto di impedire gli effetti della mora *de futuro*, ma anche di purgare gli effetti della mora che si siano già venuti a maturare. Sul punto, Reichel si era espresso in senso affermativo: per lo studioso tedesco, l'esercizio dell'eccezione incideva in profondità sull'obbligazione, ponendo in *non cale* ogni suo rilievo, per il futuro come per il passato<sup>45</sup>.

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

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

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

## 7. L'obbligazione inesigibile e la mora

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

Orientato nel senso di una visione del tutto processuale dell'obbligazione è un passo di Paolo, nel quale la mora è pensata in relazione con la possibilità di opporre un'eccezione da parte del debitore convenuto: alludo a Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40, all'interno del quale si afferma *non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*. Già queste poche parole estrapolate dal testo paolino racchiudono una quantità enorme di questioni<sup>46</sup>. Il passo, riguardante nel suo insieme un mutuo oneroso che lascia aperti non pochi interrogativi, fu collocato da Cornelis van Eck tra le *leges damnatae*, di cui si è recentemente occupato Riccardo Fercia<sup>47</sup>. Nella prospettiva specifica delle *usurae*, invece, è Alice Cherchi ad aver proposto una completa ricostruzione dei problemi<sup>48</sup>. In specie, è da chiedersi quali siano gli effetti di un patto aggiunto, il quale avrebbe potuto incidere solamente sull'obbligazione di restituire il capitale oppure anche sulla *stipulatio poenae*. Ulteriori dubbi si legano a specifici profili formulari: così, se è plausibile pensare che l'*actio* con cui si sarebbe potuto agire fosse quella *ex stipulatu incerti*, ci si potrebbe però chiedere se l'eccezione opponibile fosse quella di dolo o piuttosto fosse un'*exceptio non numeratae pecuniae*; oppure, radicalmente, si potrebbe pensare che la cornice fosse quella della *cognitio extra ordinem*, sicché le tecniche formulari risulterebbero tutte superate<sup>49</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 8. Betti tra antico e contemporaneo

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>51</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 3, p. 149.

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

È venuto il tempo di concludere.

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

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

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

Ma è il contemporaneo.



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*<sup>1</sup>, per essere in una qualche misura governato e utilmente svolto, richiede un'attenta delimitazione dell'indagine, un'*actio finium regundorum*. Sembra coerente, allora, che

---

<sup>1</sup> 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* individualista<sup>2</sup>.

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

---

<sup>2</sup> 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 segue<sup>3</sup>.

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'identificano<sup>4</sup>.

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 assunte<sup>5</sup>. 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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 sostanziale<sup>6</sup>. 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 chiusura<sup>7</sup>.

## 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*<sup>8</sup>. 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*<sup>9</sup>.

Ricerca discutibile certo per tanti profili, senza dubbio tuttavia espressione qualificante di propensioni che caratterizzano un'intera epoca<sup>10</sup>. Invero, se si approfondisce un po' lo sguardo, si avverte come già compiuta una radicale rivoluzione rispetto alla *Weltanschauung* ottocente-

---

<sup>6</sup> 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.

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

<sup>8</sup> 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.

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

<sup>10</sup> 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 Jhering<sup>11</sup> – 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 Wach<sup>12</sup>. 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 positivo<sup>13</sup>.

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 subiettivi<sup>14</sup>. Ne consegue con rigore

---

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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 seconda<sup>15</sup>.

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 affrontare<sup>16</sup>. 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).

<sup>15</sup> 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).

<sup>16</sup> 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 Brinz<sup>17</sup> – 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*<sup>18</sup>. Il ribaltamento di scena tratteggiato dal Binder è evidentissimo, cambia radicalmente il modo d'intendere il rapporto tra diritto e processo<sup>19</sup>.

---

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.

<sup>17</sup> 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<sup>a</sup> ed., Erlangren, 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).

<sup>18</sup> Così BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 76, nt. 27.

<sup>19</sup> 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 processo<sup>20</sup>; e poi di Hellwig (1900), infine alle poderose opere di Sauer (1919)<sup>21</sup> e infine Goldschmidt (1925)<sup>22</sup>; 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> 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 poi<sup>23</sup>. 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 sistema<sup>24</sup> 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 positivo<sup>25</sup>.

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.

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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 stessa<sup>26</sup>. 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*<sup>27</sup>. 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 eccezioni<sup>28</sup> – se ne sostituisce uno radicalmente diverso, perché ora tutto s'incetra 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)<sup>29</sup>.

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 sanzione<sup>30</sup>: così i cittadini

---

<sup>26</sup> 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.

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

<sup>28</sup> 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).

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

<sup>30</sup> 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 sistema<sup>31</sup>; 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 persona<sup>32</sup>. 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 osservato<sup>33</sup>.

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 Stato<sup>34</sup>.

---

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.

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

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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 frutti<sup>35</sup>. 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 parte<sup>36</sup>; nel contempo evidenzia il collegamento tra disciplina dell'accertamento giurisdizionale e le situazioni sostanziali<sup>37</sup>. 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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 costituzionale<sup>38</sup>, l'art. 24 Cost. (più efficace del meno netto § 19 del GG tedesco)<sup>39</sup>, sembra gemmare dalla classica concezione del processo quale mezzo di attuazione del diritto sostanziale<sup>40</sup>, 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.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> Cfr. TROCKER, *Processo civile*, cit. nt. 35, p. 161 s.

<sup>40</sup> 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 coinvolti<sup>41</sup>. 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 sistematico<sup>42</sup>. 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 Chiovenda<sup>43</sup>, l'affermare la strumentalità del processo sembra contraddire proprio la (pur *in apicibus* affermata) autonomia del fenomeno processuale<sup>44</sup>: 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 sostanziale<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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 sistematico<sup>46</sup> – 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 processo<sup>47</sup>.

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

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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*<sup>48</sup>.

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:

---

<sup>48</sup> 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 civiltà<sup>49</sup>.

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*<sup>50</sup>.

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 affrontare<sup>51</sup>. 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-pandettista<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 1, p. 7.

<sup>50</sup> BETTI, *Il concetto*, cit., nt. 1, p. 76.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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 1935<sup>53</sup>: questo manuale – sostanzialmente coevo al poderoso *Diritto processuale civile italiano* – è opera di assoluto rilievo<sup>54</sup>. 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 altrui<sup>55</sup>.

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.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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 estreme<sup>56</sup>.

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 soggettivo<sup>57</sup>; 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 voglia<sup>58</sup>. 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*<sup>59</sup> e che è inteso quale potere concreto, non ancora astratto<sup>60</sup>.

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-

<sup>56</sup> Ancora BETTI, *Diritto romano*, cit. nt. 17, p. 453.

<sup>57</sup> 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.

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

<sup>59</sup> 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?

<sup>60</sup> 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 aggressione<sup>61</sup>. I due elementi sono coesenziali al concetto di obbligazione<sup>62</sup>.

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 Stato<sup>63</sup>. 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 *patis*, al dovere di tollerare che il creditore apprenda le cose o sfrutti le energie del debitore<sup>64</sup>. 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

---

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

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> 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 *patis*, a un tollerare che non impedisca l'azione altrui».

<sup>64</sup> 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»<sup>65</sup>.

Invero, la tesi di Carnelutti non persuade, si risolve sostanzialmente un *coup de theatre*, ma non giunge alla soluzione del problema<sup>66</sup>. 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 negative<sup>67</sup>.

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

<sup>65</sup> Cfr. BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 4.

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> 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»<sup>69</sup>.

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»<sup>70</sup>. 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 processo<sup>71</sup>. 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'autotutela<sup>72</sup>, 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

---

<sup>69</sup> Cfr. BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 4.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> 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».

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

situazione soggettiva garantita dalla norma sostanziale<sup>73</sup>. 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 perfezionato<sup>74</sup>

ciò che si attua nel processo, secondo la destinazione di questo è propriamente il diritto sostanziale, non il processuale<sup>75</sup> ... Che se si volesse ribattere che nel processo si attua anche il diritto processuale, è chiaro che allora la parola

---

<sup>73</sup> 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.).

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

<sup>75</sup> 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 evitare<sup>76</sup>.

Ciò che si attua è quindi il diritto sostanziale, quale posizione giuridica soggettiva<sup>77</sup>.

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»<sup>78</sup> – escluso, peraltro, che nel processo sia attuato un *tertium quid*, un qualcosa di diverso e dall'obbligazione e dall'azione<sup>79</sup> – non rimane che la secca alternativa: ciò che si attua non

---

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> 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 subiezione 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.

<sup>78</sup> Così BETTI, *Teoria generale*, II, cit. nt. 61, p. 9.

<sup>79</sup> 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)<sup>80</sup>.

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 prestazione<sup>81</sup>.

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 processo<sup>82</sup>. È corretto, allora, sottolineare come il Betti, pur essendo assai influenzato

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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).

<sup>82</sup> 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 secondo<sup>83</sup>. 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)»<sup>84</sup>.

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 Rocco<sup>85</sup>.

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-

---

<sup>83</sup> In questi termini PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, pp. 13-14.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup>, sia anche delle norme fondamentali quali delineate dalla Costituzione, massime nell'art. 24<sup>87</sup>.

#### 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 pandettistica<sup>88</sup>: 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*

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> 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. Genesi, 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.

<sup>88</sup> 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 debitore<sup>89</sup>.

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 Finzi<sup>90</sup>; 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 Betti<sup>91</sup>. Il *focus* così si sposta dal debitore al creditore<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> 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».

<sup>92</sup> 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 propensioni<sup>93</sup>. 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 rapporto<sup>94</sup>. Il

---

<sup>93</sup> 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».

<sup>94</sup> 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 esecutivo<sup>95</sup>.

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.<sup>96</sup>. Infatti, laddove s'impone che «la prestazione... deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore»<sup>97</sup>, certo si guarda al pro-

---

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

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> 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)<sup>98</sup>; ma è parimenti certo che non viene espunta dall'obbligazione quella che lo stesso Betti chiama «l'aspettativa di prestazione» del creditore<sup>99</sup>, 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 sostanziale<sup>100</sup>.

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».

<sup>98</sup> 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.

<sup>99</sup> 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».

<sup>100</sup> 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*<sup>101</sup>; 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 debitore<sup>102</sup>.

Anche se è dubbio se debba preferirsi una ricostruzione della patrimonialità in termini oggettivi<sup>103</sup>, 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

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> 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.

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

economica<sup>104</sup>: 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.)<sup>105</sup>.

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 economica<sup>106</sup>, a prescindere dalla natura patrimoniale o meno dell'interesse sotteso all'obbligazione stessa<sup>107</sup>. 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

---

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> BETTI, *Teoria generale*, I, cit. nt. 102, pp. 51-52

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> 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 riconosce<sup>108</sup>.

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

---

<sup>108</sup> 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'obbligazione<sup>109</sup>.

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 creditore<sup>110</sup>. 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 tutele<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> 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.

<sup>110</sup> 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.

<sup>111</sup> 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 coerenziare 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 funzione<sup>112</sup>. 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»<sup>113</sup>, giacché dopo l'inadempimento al creditore resterebbe solo un diritto verso lo Stato<sup>114</sup> – 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.).

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

<sup>113</sup> CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit. nt. 1, p. 269.

<sup>114</sup> 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*<sup>115</sup>.

In questo l'inattuale Betti sembra molto attuale.

---

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



Massimo Nardoza

*La rilevanza del comportamento processuale della parte  
nel pensiero di Emilio Betti*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il contraddittorio e il contegno della parte contumace – 3. L'autoresponsabilità della parte nel processo e l'onere di allegazione – 4. Principio dispositivo e comportamento omissivo della parte

1. *Introduzione*

Nonostante l'interesse crescente che ha riguardato la personalità e l'opera di Emilio Betti – fino a farne uno degli epicentri del dibattito ermeneutico-giuridico contemporaneo<sup>1</sup> – il suo rapporto con il fascismo ha contribuito a creare pregiudizi e, prima ancora della complessità

---

<sup>1</sup> Oltre alla rilevanza del tema dell'ermeneutica per la cultura giuridica contemporanea, si assiste negli ultimi anni a un rinnovato interesse per l'ermeneutica come chiave di lettura del pensiero di Betti nel suo significato complessivo. Tale approccio ha comportato anche una più equilibrata considerazione dell'opera bettiana, meno vincolata alla centralità attribuita tradizionalmente alla *Teoria generale dell'interpretazione* e più attenta al contributo di altri scritti finora meno dibattuti. Cfr. A. DE GENNARO, *Betti: Dallo storicismo idealistico all'ermeneutica*, in «Quaderni fiorentini», 7 (1978), p. 79 ss.; T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, con prefazione di F. MOISO, Rosenberg & Sellier, Torino, 1988; A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, Giappichelli, Torino, 1994; G. CRIFÒ, *Sulla genesi della Teoria generale dell'interpretazione (un diario e gli altri inediti)*, in *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, a cura di V. Frosini e F. Riccobono, Giuffrè, Milano, 1994, p. 47 ss.; C. DANANI, *La questione dell'oggettività nell'ermeneutica di Emilio Betti*, Vita e Pensiero, Milano, 1998; il volume collettaneo *Dalla legge al diritto. Nuovi studi in onore di Emilio Betti*, a cura di A. Nasi, F. Zanchini, Giuffrè, Milano, 1999; F. PETRILLO, *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Giappichelli, Torino, 2005; F. RICCI, *Parole, verità, diritto. Sulla teoria dell'interpretazione di Emilio Betti*, Esi, Napoli, 2006; D. PICCINI, *Dalla "Scienza nuova" all'ermeneutica. Il ruolo di Giambattista Vico nella teoria dell'interpretazione di Emilio Betti*, Istituto Italiano per gli Studi filosofici, Napoli, 2007; I. KORZENIOWSKI, *L'ermeneutica di Emilio Betti*, Città Nuova, Roma, 2010; il volume collettaneo *Le idee fanno la loro strada. La Teoria generale dell'interpretazione di Emilio Betti cinquant'anni dopo*, a cura di Crifò, supplemento a «Studi Romani», 2010, p. 243 ss. (sul quale v. M. NARDOZZA, *Storia del diritto, storiografia e storicismo in Emilio Betti*, in «Historia et Ius», 2, 2012, p. 1 ss.).

oggettiva della questione, tale aspetto non è stato finora indagato a fondo<sup>2</sup>. Se alcuni interpreti hanno visto in questa questione la chiave di lettura dell'intero pensiero bettiano, altri hanno cercato di isolarla, riducendola a episodio biografico marginale rispetto al complesso della sua opera. Il presupposto e la conseguenza di entrambe le prospettive è stata una selezione, all'interno della vasta opera bettiana, dei testi che più di altri si prestano a confermare le rispettive tesi.

In che misura le prese di posizione politiche, negli anni del fascismo, hanno rilievo teorico per l'insieme del pensiero di Betti? La risposta a questo interrogativo ha finora oscillato tra due polarità estreme, in cui da una parte si tende a politicizzare l'intera speculazione bettiana, dall'altra a non affrontarla o comunque a non problematizzarla. Se l'interpretazione del profilo fascista non riesce a spiegare lo straordinario spessore teorico di alcune tra le opere fondamentali della scienza giuridica novecentesca – basti pensare alla teoria generale dell'interpretazione –, l'inclinazione opposta tende a trascurare l'influenza, altrettanto indubbia, di Betti su larghe sezioni della scienza giuridica contemporanea. E non si allude soltanto agli allievi diretti di Betti, ma a quei giuristi 'schierati a sinistra' che non hanno mai tagliato il filo con la speculazione bettiana, ma hanno assunto in proprio, rielaborandole, alcune delle sue categorie costitutive<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul profilo intellettuale di Betti e sul suo modo di accostarsi al fascismo v. oltre gli scritti di M. BRUTTI (cit. *infra* nota 38), A. SOMMA, "Roma madre delle leggi". *L'uso politico del diritto romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 32, 2002, p. 153 ss.; ID., *L'uso del diritto romano e della romanistica tra fascismo e antifascismo*, in M. MIGLIETTA e G. SANTUCCI (a cura di), *Diritto romano e regimi totalitari nel '900 europeo*, Università degli studi di Trento, Trento, 2009, p. 101 ss. (v. anche gli scritti citati *infra* nota 38); S. VINCI, *L'abominevole babele del diritto. Nazismo e fascismo fra diritto germanico e diritto romano-italico*, in *Saggi e ricerche sul Novecento giuridico*, a cura di A. De Martino, Giappichelli, Torino, 2014, p. 59 ss., per riferire alcuni lavori. Questa recente tendenza storiografica consiste in un tentativo di problematizzazione del rapporto intellettuali/forma di Stato. È un tentativo che sconta le difficoltà a riprodurre in termini di ricerca storica la larga egemonia ideale e morale esercitata dal ceto dei giuristi e dal loro sapere. Cfr. da ultimo, M. CAU, *L'orizzonte multidimensionale dello Stato fascista. Concetti, lessici, discorsi*, in «Giornale di Storia costituzionale», 43, 2022, I, p. 119 ss.

<sup>3</sup> Si pensi alla rilettura del diritto privato effettuata da Betti negli anni '40 e '50 del Novecento, soprattutto con riferimento ai temi dell'intervento pubblico dell'economia e alle esigenze della solidarietà sociale delle parti del rapporto giuridico, nonché alle influenze che tali proposte hanno suscitato nei giuristi della generazione successiva: v. U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato – Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in «Quaderni Fiorentini», 28, 1999, p. 293 ss.; C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, nel volume collettaneo *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 232 ss.; N. IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1991;

Ciò che non va perso di vista, tenendo i due aspetti separati, è il nodo controverso formato dall'intreccio 'giuridico-politico', che è l'unico a fornire la cifra complessiva del pensiero bettiano<sup>4</sup>.

Va cercato altrove l'elemento che conferisce un margine di autonomia al discorso bettiano rispetto alla sua inclinazione politica. Si tratta del riferimento allo statalismo e allo scarto che esso immette nella continuità concettuale affermata dal giurista rispetto all'elemento privatistico del processo<sup>5</sup>.

Una verifica significativa può essere offerta dal problema della rilevanza del comportamento processuale della parte: un tema piuttosto eterogeneo, che si è tuttavia riproposto, negli ultimi anni, in più occasioni di ricerca<sup>6</sup>. Si tratta, infatti, di un punto di vista suscettibile di molteplici declinazioni offerte dalle analisi sul contraddittorio, che attengono alla ridefinizione del potere delle parti, alla valutazione delle garanzie difensive, alla responsabilizzazione dei soggetti<sup>7</sup>. In ordine a

da ultimo v. A.M. GAROFOLO, *Le regole costitutive del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Jovene, Napoli, 2018, p. 15 ss., p. 259 ss.; per una rilettura di Betti interprete del diritto vivente e della cultura giuridica europea, v. A.A. CERVATI, *Emilio Betti, interpretazione del diritto e impegno del giurista contemporaneo*, in «Critical Hermeneutics», 5, 2021, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Sugli interventi politici di Betti nel decennio 1940-1950, v. l'importante saggio di T. GAZZOLO, *Betti politico*, in «Politica del diritto», 42, 2011, p. 153 ss.; con riferimento al dibattito sui principi generali del diritto, v. BRECCIA, *Continuità e discontinuità*, cit. nt. 3, p. 305 ss.; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 283, p. 449 s.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XXIV, Roma, 1991, p. 10.

<sup>5</sup> Sul problema in esame v. NARDOZZA, *Storiografia e cultura del processo civile tra Ottocento e Novecento*, in «Rivista di diritto processuale», 76, 2021, p. 935 s.

<sup>6</sup> È sufficiente fare riferimento a lavori come quello di F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2005 e di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Giappichelli, Torino, 2018. Il tema coinvolge anche il profilo dell'acquisizione probatoria: v. A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in «Rivista di diritto processuale», 56, 2001, p. 77 ss.; M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 66, 2012, p. 1117 ss.; sul versante del processo penale, v. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 79 ss.; ID., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in «Cassazione penale», 46, 2006, p. 1206 ss.

<sup>7</sup> Cfr. sul punto la letteratura discussa in S. CHIARLONI, *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in «Enciclopedia del diritto», *Annali*, vol. II, 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 403 ss.; ID., *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 68, 2013, p. 521 ss.; ID., *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in «Rivista trimestrale di

tutti questi aspetti, appena esemplificati, il pensiero di Betti può esser individuato all'interno di riflessioni, discorsi e realtà che affrontavano il tema del contraddittorio come problema cruciale che coinvolgeva il dibattito del primo Novecento sulla riforma del processo e del codice<sup>8</sup>. Ma, non parleremo qui di un paradigma bettiano mobilitato nella sua complessità, bensì di impieghi eterogenei, che talvolta – ma non sempre – hanno adottato alcuni apporti bettiani, rimettendoli in gioco all'interno di percorsi che richiamano direttamente quell'analisi del presente entro cui Betti orientava la direzione del proprio lavoro.

## 2. *Il contraddittorio e il contegno della parte contumace*

Per comprendere l'orientamento di un processualista sulla rilevanza del contegno delle parti nel processo occorre cominciare dal concetto che egli ha del contraddittorio e dell'ufficio che ritiene di assegnargli. È nel contraddittorio tra le parti che, attraverso la discussione delle argomentazioni giuridiche contrapposte, si determina l'oggetto dell'accertamento giudiziale.

Che significa 'contraddittorio' nel linguaggio bettiano? Ha un significato univoco? È un concetto centrale o marginale nel suo sistema dottrinale? Quale uso egli ne fa e per risolvere quali problemi?

Non mi pare che il tema del contraddittorio in Betti sia stato finora affrontato con l'attenzione che l'importanza del concetto richiede.

Si può dire che Betti assegni al contraddittorio un'importanza fondamentale<sup>9</sup>. Prendiamo in esame il tema della contumacia, che rappresenta il tipico caso di contegno processuale di una parte che si sottrae volontariamente al contraddittorio. Rispetto ad esperienze giuridiche risalenti, per le quali la contumacia implicava automaticamente un trattamento sfavorevole per la parte assente<sup>10</sup>, l'atteggiamento del

---

diritto e procedura civile», 68, 2014, p. 1281 ss.; M. GRADI, *Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*, in «Il Foro italiano», 2015, III, c. 193 ss.

<sup>8</sup> È indicativo da questo punto di vista, per esempio, E. BETTI, *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile presentato dalla sottocommissione per la riforma del Codice*, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», 2-3 (1929), p. 121 ss.

<sup>9</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1936<sup>2</sup>, rist. Esi, Napoli, 2018, con un'introduzione di S. BOCCAGNA, p. 87 ss.

<sup>10</sup> Cfr. F. BONIFACIO, v. *Contumacia (diritto romano)*, in «Noviss. Dig. it.», IV, Utet, Torino, 1957, c. 770 ss.; E. CORTESE, v. *Contumacia (diritto romano)*, in «Enciclopedia del

legislatore moderno era (ed è) quello di non pregiudicare la posizione del contumace<sup>11</sup>. Il fenomeno in questione ha una sua rilevanza dal punto di vista della valutazione dell'inattività della parte nel processo rispetto all'istruzione probatoria, tenendo presente il fatto che all'epoca in cui Betti scriveva il suo manuale, il codice di procedura civile si occupava della rilevanza giuridica delle condotte attive della parte nel corso dell'istruttoria, ma non disciplinava le conseguenze dell'inattività della parte (conseguenze che occorreva determinare attraverso l'interpretazione dei principi generali).

Sotto questo punto di vista Chioyenda – influenzato dalla dottrina austriaca – aveva concentrato la sua attenzione, anziché sull'attivismo della parte, sull'attivismo del giudice, invocando la necessità di attribuirgli poteri di intervento, di controllo e di indagine<sup>12</sup>. Coerentemente Betti, pur valorizzando l'accentuazione di taluni poteri giudiziali, difendeva l'idea del contraddittorio come condizione di parità delle parti processuali<sup>13</sup>. Anche se il processo era connotato in senso pubblicistico, dal momento che la potestà giurisdizionale è l'espressione dell'esercizio dell'autorità dello Stato, le parti mantengono la possibilità di influenzare l'andamento del processo attraverso l'atteggiamento processuale che decidono di assumere. Tale loro prerogativa subisce solo delle limitazioni da un punto di vista formale, perché la strategia difensiva deve essere ossequiosa delle norme del codice di procedura.

Betti argomenta, con molta chiarezza, i termini della questione in cui sono implicate la libertà e l'interesse di parte, tra obblighi verso la forma del processo e oneri di comportamento:

D'altro canto, imporre al convenuto un obbligo di comparire non sarebbe opportuno, perché l'efficacia della sua contraddizione è tutta fondata sulla spinta del suo interesse, e quindi sulla sua libertà. Senza dire che la mancanza di

---

diritto», X, Giuffrè, Milano, 1962, c. 447 ss.; ID., v. *Contumacia (diritto intermedio – diritto processuale civile)*, ivi, cit., c. 452 ss.

<sup>11</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 89 e p. 293 ss. Il problema è ancora al centro della riflessione della dottrina processualistica: v. D. D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012; GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit. nt. 6, p. 423 ss.; C. DELLE DONNE, *Tra neutralità e concludenza. La contumacia nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2019, spec. pp. 113 ss. e 171 ss.

<sup>12</sup> G. CHIOYENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1930, pp. 379 ss., 389 ss.

<sup>13</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 58 ss.

contraddittorio, se può pregiudicare, non pregiudica necessariamente la decisione giusta. Il contraddittorio è uno strumento utile del processo quando vi sia fondamento nel contraddire: se non ce n'è, costituisce un ingombro. La corretta soluzione del problema pratico sta dunque nell'imporre al convenuto, anziché un obbligo giuridico, un semplice onere. E a questa soluzione servono le misure che, da un lato, rendono possibile e agevole al litigante di partecipare al giudizio, dall'altra lo stimolano ad agire in quanto fanno ricadere su di lui – conforme al principio dell'autoresponsabilità di parte – le conseguenze della sua propria inattività, e così spiegano sul suo comportamento una influenza psicologica eminentemente educativa. [...]<sup>14</sup>.

Betti si soffermava sul fatto che accanto alla funzione tipica e generale del processo come mezzo di reintegrazione dell'ordinamento giuridico violato o che si pretenda violato, occorre prendere in esame ciò che il processo civile rappresenta per la parte che vi fa ricorso e che ne determina fra l'altro l'impulso. L'attività processuale delle parti è l'espressione di una libera scelta di aderire o meno al contraddittorio, tanto che si assume il ruolo di parte se si utilizza il contraddittorio, prefigurandosi un beneficio. Nell'ipotesi della contumacia, infatti, è comunque onere dell'attore provare i fatti a fondamento della sua pretesa.

Questa visione si radicava in Betti già per la profonda meditazione romanistica del problema processuale e per la sua adesione alle tesi innovative di Moriz Wlassak sul tema della condotta delle parti nel processo formulare<sup>15</sup>, relativamente alle conseguenze della mancata attività del convenuto, in particolare i due volumi del *Römische Prozessgesetze* e la monografia su *Litiskontestation in Formularprozess*<sup>16</sup>, destinati a rappresentare, insieme agli studi proseguiti nei decenni successivi, un

---

<sup>14</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 89.

<sup>15</sup> Cfr. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, in «Il Filangieri», 1915, p. 24 ss.; ID., *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. 78 ss.; ID., *Sulla genesi storica del processo formulare*, in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Tipografia già Cooperativa, Pavia, 1934, p. 451 ss.; ID., *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Cedam, Padova, 1935, p. 449 ss.

<sup>16</sup> M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, voll. 2, Duncker & Humblot, Lipsia, 1888-1891; ID., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid*, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau, Leipzig, 1888; su Wlassak v. T. BEGGIO, *A obra centenária: Moriz Wlassak, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, in «Interpretatio Prudentium», 2, 2017, p. 17 ss., ivi bibliografia.

contributo fondamentale per la storia del processo civile romano<sup>17</sup>. Recensendo sulla ‘processuale’ il manuale di Leopold Wenger, Betti evidenziava proprio l’aderenza di quel pregevole lavoro istituzionale alle idee di Wlassak<sup>18</sup>, sottolineando la rappresentazione della *litis contestatio* formulare quale atto solenne delle parti contendenti di formalizzazione dell’accordo sui termini controversi della lite (su cui si sarebbe pronunciato l’arbitro nominato dalle parti)<sup>19</sup>. Per Betti, infatti, il processo contumaciale rappresentava «una tappa determinata nella involuzione storica del processo formulare»: esso gli appariva come «una figura di

---

<sup>17</sup> M. WLASSAK, *Der Ursprung der römischen Einrede*, in *Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von L. Pfaff*, Wien, 1910; ID., *Zum römischen Provinzialprozess*, Berichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Wien, 1919; ID., *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechte*, Berichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Wien, 1921; ID., *Die klassische Prozessformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Hölder-Pichler-Tempsky A.-G., Wien-Leipzig, 1924. Sintomatico quanto scriverà Betti nella voce *Processo civile (diritto romano)* nel *Novissimo Digesto Italiano* (XII, Utet, Torino, 1966, c. 1100 ss.), nella nota 1: «... Dopo mancato il Wlassak (*Bull. dir. rom.*, 1939, 445), divenne un atteggiamento di moda e una sorta di partito preso respingere le sue dottrine senza approfondirne il significato ... Di fronte a codesta corrente di moda si è levata qualche voce critica ... Chi si trovò in condizione di meditare le ricerche di Moriz Wlassak con la passione giovanile e con lo spirito congeniale dell’allievo, seguendole nel loro progressivo sviluppo ... chi inoltre, ebbe la ventura di apprezzare, grazie a una conoscenza e frequentazione personale, l’implacabile acribia scientifica del maestro (1914) e poté seguire con rinnovato impegno il coerente svolgimento del suo pensiero ..., chi insomma, poté valutare seriamente nella sua autentica profondità la personalità scientifica di un alto maestro, quale è stato e resta Moriz Wlassak (*Bullettino Ist. Dir. Rom.*, 46, 445), non può sottrarsi a un senso di critica diffidenza di fronte alle pseudocritiche e pseudoconfutazioni che certi *doctores umbratiles* hanno rivolto alle sue coscienziose ricostruzioni mediante un superficiale *Räsonnieren*, che dalla gratuita premessa di un procedimento disarticolato e monopolizzato dal magistrato hanno ricavato e almanaccato ipotesi sopra ipotesi, prive di ogni serio fondamento nelle testimonianze delle fonti». (cfr. anche *Ibidem*, ult. loc. cit., § 4, c. 1103). La nuova ipotesi ricostruttiva dell’istituto, che poneva l’accento sull’autonomia privata delle parti e quindi sugli effetti dispositivi del processo, avrebbe avuto vasta risonanza nella letteratura romanistica, sollevando in Italia un acceso dibattito. Sul punto v. NARDOZZA, *Storiografia e cultura del processo civile*, cit. nt. 5, p. 935 s.; F. ARCARIA, *Costituzione e processo nella trattatistica di diritto romano dell’Ottocento e del primo Novecento*, Satura editrice, Napoli, 2017, p. 133 ss.

<sup>18</sup> BETTI, *Recensione a L. Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, München, 1925*, in «Rivista di diritto processuale», 6, 1928, p. 70 ss. Su Wenger v. ARCARIA, *Costituzione e processo*, cit. nt. 17, p. 142 ss. (ivi ampia bibliografia).

<sup>19</sup> WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, cit. nt. 18, pp. 23, 25, 31, 95; pp. 129-132; 257.

transizione, assai interessante»<sup>20</sup>, nel passaggio tra il processo formulare e la *cognitio extra ordinem*, in quanto il processo formulare è strutturato sulla base della cooperazione del convenuto, che è costretto a partecipare al processo sotto pena di accoglimento della pretesa attorea (di qui la modulazione di quel procedimento in termini di *arbitrato obbligatorio*<sup>21</sup>), mentre nella successiva *cognitio extra ordinem*, il rapporto processuale si determina autonomamente e a prescindere dalla *litis contestatio* perché il processo prosegue anche nell'ipotesi di mancata comparizione del convenuto.

Nel corso di *Diritto processuale civile* la visione di Betti si dispiega limpidamente, in chiave teorico-generale:

[...] il principio del contraddittorio non significa che il convenuto debba necessariamente contraddire. Significa soltanto che esso dev'essere posto in grado di farlo ove lo creda nel suo interesse. Contradire è sua facoltà e insieme suo onore: onore accompagnato anch'esso dal rischio della mancata dimostrazione<sup>22</sup>.

Il problema della rilevanza del comportamento processuale delle parti coinvolgeva tanto il delicato legame tra 'verità' e 'accertamento giudiziale', quanto il problema della 'valutazione della prova'. L'importanza di questi aspetti era molto avvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'epoca in cui Betti scriveva il suo corso di *Diritto processuale civile*, in quanto in Italia una riflessione scientifica specifica sul tema in questione e sui suoi corollari, non aveva trovato una soluzione consolidata e sostanzialmente molto doveva soltanto ai contributi di Francesco

<sup>20</sup> BETTI, *Recensione a L. Wenger*, cit. nt. 18, p. 72.

<sup>21</sup> BETTI, *Recensione a L. Wenger*, *ult. loc. cit.* Il problema è stato oggetto di importanti indagini della nostra letteratura storiografica: L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, Anonima romana editoriale, Roma, 1934, p. 40 ss.; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 113 ss.; G. CERVENCA, *Osservazioni sulla restituito litis a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, in «IURA», 12, 1961, p. 197 ss.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Giappichelli, Torino, 1970, p. 227 ss.; ID., *'Indefensio' e legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Giappichelli, Torino, 1974, p. 213 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Giuffrè, Milano, 1998; L. DAMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. *In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova, 2011, p. 851 ss.

<sup>22</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 89.

Carnelutti<sup>23</sup>, la cui riflessione si distaccava per profondità teorico-generale e di inquadramento dogmatico, dalla letteratura precedente, che aveva registrato le sue vette nei contributi di Carlo Lessona<sup>24</sup> e di Giuseppe Chiovenda<sup>25</sup>.

In Germania e in Austria era intanto in corso un indirizzo piuttosto critico nei confronti della qualificazione adottata dal diritto comune. Tale indirizzo era caratterizzato da un'ostilità marcata verso il principio della prova legale, partendo dalla previsione normativa dell'obbligo giuridico per le parti di affermare la verità nel processo<sup>26</sup>.

Il tema rifletteva inclinazioni ideologiche a seconda che l'interprete propendesse per una concezione del contraddittorio quale fulcro del rapporto giuridico processuale, fondato sulla parità delle parti contendenti rispetto al ruolo del giudice passivo osservatore del contendere, oppure fondato sull'attribuzione al giudice di un ruolo sovraordinato alle parti e di un potere di intervento autonomo rispetto alle loro richieste<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Athenaeum, Roma, 1915; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, La Litotipo, Padova, 1925, p. 481 ss.; III, p. 209 ss.; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Cedam, Padova, 1936, p. 422 ss., p. 625 ss.

<sup>24</sup> C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I-IV, F.lli Cammelli, Firenze, 1914, rist. Utet, Torino, 1927<sup>3</sup>.

<sup>25</sup> CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, cit. nt. 12, p. 241 ss.; ID., *Le forme della difesa giudiziale del diritto*, ivi, p. 353 ss.; ID. *Sul rapporto fra le norme del procedimento e la funzione della prova. L'oralità e la prova*, ivi, II, p. 197 ss.

<sup>26</sup> v. § 178 del Z.P.O. austriaco del 1895, previsione concepita da F. KLEIN, *Die schuldhaftige Parteihandlung: Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte*, Toeplitz & Deuticke, Wien, 1885. Su Klein, v. F. CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile fra libertà e autorità)*, in «Rivista di diritto processuale», 50, 1995, p. 969 ss., poi in ID., *Ideologie e modelli del processo civile. Saggi*, Esi, Napoli, 1997, p. 27 ss.; C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe 1895*, in «Testi e documenti per la storia del processo», a cura di N. Picardi e A. Giuliani, I/VIII, Giuffrè, Milano, 2004, p. XXXXVII ss.; A. Chizzini, *Franz Klein e i patres della procedura civile*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 739 ss.; M. MARINELLI, *La concezione del diritto e del processo di Franz Klein nella Vienna fin de siècle*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 771 ss.; N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 1067 ss. (= «Historia et ius», 2/2012 - paper 16); N. TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in «Il giusto processo civile», 2012, p. 31 ss.

<sup>27</sup> Cfr. A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in «Quaderni fiorentini», 28, 1999, p. 713 ss.

Si trattava di un duplice aspetto strettamente connesso con il regime giuridico di tutela degli interessi sostanziali dedotti in giudizio e del regolamento degli oneri processuali. Il dibattito dottrinale su tali questioni ci riporta all'antitesi originaria fra *Untersuchungsmaxime* e *Verhandlungsmaxime* e ai tentativi della dottrina tedesca – su cui si appuntarono le censure dei giuristi italiani – di distinguere la *Dispositionsmaxime* dalla *Verhandlungsmaxime*. Secondo il primo principio, l'attore nel convenire in giudizio la controparte determina l'oggetto del processo e il convenuto decide se vuole contestare o meno la domanda e quindi se il giudice deve pronunciarsi in merito. Il giudice deve decidere d'ufficio alcune questioni, indipendentemente dalle richieste delle parti. Nella seconda ipotesi, invece, incombe alle parti rappresentare al giudice il fatto controverso con l'onere rispettivo di fornire elementi di prova a sostegno di ciascuna affermazione. Le allegazioni dell'attore e le eccezioni del convenuto devono essere esposte in modo sufficientemente completo (obbligo di deduzione). Il giudice baserà il proprio convincimento solo sulla base delle prove fornite dalle parti<sup>28</sup>.

### 3. *L'autoresponsabilità della parte nel processo e l'onere di allegazione. Profili giuridico-ideologici*

Emilio Betti è tra i primi in Italia a parlare di 'autoresponsabilità' delle parti nel processo<sup>29</sup>, trattando sistematicamente il tema della natura del contraddittorio e dell'onere dell'allegazione<sup>30</sup>. Eppure, molti

---

<sup>28</sup> La distinzione tra *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime* era stata inizialmente recepita negli studi processualistici italiani da A. DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile*, in «Giurisprudenza Italiana», 1901, IV, c. 81 ss. e da A. COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Zanichelli, Bologna, 1921; per l'impiego nella letteratura tedesca, v. D. LEIPOLD, *Zivilprozessrecht und Ideologie - am Beispiel der Verhandlungsmaxime*, in «Juristenzeitung», 1982, p. 441 ss.

<sup>29</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, pp. 58, 282, 292, 412, 414, 421, 425; ID., voce *Dovere giuridico (teoria generale)*, in «Enciclopedia del diritto», XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 52 ss. Sul concetto di 'autoresponsabilità' nella dottrina del processo civile, v. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti e R. Del Coco, Giappichelli, Torino, 2012, p. 9 ss.; S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in «Il giusto processo civile», 4, 2013, p. 979 ss.

<sup>30</sup> Lo studio sulle relazioni tra 'verità' e 'condotta processuale' delle parti è stato lungamente intrapreso nel corso del Novecento: v. L. GORLA, *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, in «Rivista di diritto processuale», 12, 1935, II, p. 24

svolgimenti del pensiero bettiano – come a proposito del confronto con le elaborazioni della pandettistica sulla materia in esame<sup>31</sup> – attraverso il tempo sono stati sottovalutati o, comunque considerati superficialmente e ridotti a un adattamento dell’elaborazione tedesca, quando invece rivelavano differenze sostanziali. Si è assistito per lo più a una stereotipizzazione delle sue proposte, neutralizzando ipotesi e contributi interpretativi, arrivando finanche in alcuni casi a una detrazione ingenerosa delle sue sollecitazioni<sup>32</sup>. Se guardiamo, ad esempio, all’importante scritto di Betti del 1932 su *Ragione e azione*<sup>33</sup>, è sintomatico il silenzio osservato da chi ha affrontato una rassegna critica della letteratura in argomento<sup>34</sup>.

Può darsi che abbia influito il fatto che Betti non discendesse accademicamente da un ‘cattedratico’ di diritto processuale – per quanto frequentava negli anni giovanili la biblioteca privata di Chiovena e

---

ss.; G. CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 16, 1939, I, p. 128; C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Cedam, Padova, 1940, p. 53 ss.; più volte riproposto, anche negli ultimi tempi: v. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in «Questione giustizia», 1987, p. 504 ss.; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 52, 1998, p. 91 ss.; CIPRIANI, *L’avvocato e la verità*, in *Il processo civile nello stato democratico*, Esi, Napoli, 2006, p. 136 ss.; CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile. Parte prima*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 68 (2014), p. 47 ss.; ID, *Parte seconda*, ivi, p. 491 ss.; GRADI, *L’obbligo di verità delle parti*, cit. nt. 6; R. POLI, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2°, c.p.c.*, in «Rivista di diritto processuale», 77, 2022, p. 460 ss.

<sup>31</sup> Sebbene Betti sia stato uno dei tramiti per la conoscenza delle elaborazioni tedesche in Italia, non per questo può dirsi che egli sia stato un pandettista. È sufficiente guardare alla sua impostazione, nettamente diversa dalla pretesa di cui parlavano Windscheid o Degenkolb, del concetto di ragione, in termini di affermazione processuale: BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere*, in «Rivista del diritto commerciale», 27, 1929, I, p. 544 ss.; su questa prospettiva Betti aveva cominciato a lavorare già nella monografia *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell’azione*, Tipografia Cooperativa, Pavia, 1920, riprodotto in ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, II. *Struttura generale delle obbligazioni*, Giuffè, Milano, 1953.

<sup>32</sup> Cfr. L. FANIZZA, *Emilio Betti e la procedura civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 63, 2009, p. 739 ss., a proposito del contrasto tra Calamandrei e Betti.

<sup>33</sup> BETTI, *Ragione e azione*, in «Rivista di diritto processuale», 3, 1932, p. 205 ss. (= *Diritto, metodo, ermeneutica*, a cura di Crifò, Giuffrè, Milano, 1991, p. 155 ss.).

<sup>34</sup> Alludo a G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 7, 1977, p. 147 ss., poi in ID., *Dottrine del processo civile*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 241 ss.

utilizzava i suoi *Principi* come una «sicura guida»<sup>35</sup> – e che avesse subito un certo isolamento anche nel campo degli studi del diritto romano, al quale apparteneva orgogliosamente, ma non si era omologato alla predominante cultura autoreferenziale del suo tempo, in molti casi insensibile al confronto culturale con le scuole storiche generali e filosofiche<sup>36</sup>. È noto, infatti, come molti studiosi del diritto romano, per lo più scettici o comunque poco interessati alle teorie filosofiche, prendessero apertamente le distanze dalle proposte bettiane<sup>37</sup>.

Ogni tentativo di rimozione si scontra tuttavia con il risvolto ‘politico’ di ogni suo risultato in riferimento alla concezione delle dottrine processuali che si diffusero in Italia, agli inizi del Novecento. Di fronte alla difficoltà con la quale Betti è diventato oggetto di attenzione ‘ufficiale’, di discussione dei suoi schemi teorico-ideologici, al punto da essere stato per converso preso come esempio – relativamente alla sua adesione al fascismo – di un militantismo intellettuale innocuo e ingenuo<sup>38</sup>, una valutazione storica più adeguata abbisogna di cautele e apporti critici molteplici.

<sup>35</sup> Cfr. E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Cedam, Padova, 1953, rist. a cura di E. Mura, Cedam, Padova, 2014, p. 18.

<sup>36</sup> Sottolineerei a tale proposito, la padronanza in Betti dei concetti filosofico-giuridici e storico-sociologici e il loro impiego critico e al tempo stesso creativo, sfuggendo così da uno dei difetti di una parte della storiografia giuridica, legata al formalismo acritico e ad un piatto narrativismo: sulle vicende della romano-civilistica italiana del primo Novecento, v. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e ‘dommatica’ moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Giappichelli, Torino, 2007; da ultimo, v. E. 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, p. 19 ss.

<sup>37</sup> Ben diverso è l’apprezzamento delle opere di Betti da parte di Carnelutti, nonostante la sua diversa impostazione scientifica. Basta leggere F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del diritto*, in «Rivista di diritto processuale», 13 (1936), I, 3 ss., ora in ID., *Discorsi intorno al diritto*, I, Cedam, Padova 1937, p. 110; sul punto v. NARDOZZA, *Storiografia e cultura del processo civile*, cit. nt. 5, p. 951 s.

<sup>38</sup> M. BRUTTI, *Emilio Betti e l’incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Romatre-Press, Roma, 2015, p. 63 ss.; ID., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 101 ss. Significativo il rilievo di TARUFFO, *La giustizia civile*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 2012, “la dottrina processualistica non elabora una teoria fascista del processo civile. In realtà non esiste un vero e proprio ideologo fascista della giustizia civile, anche se non mancano atti di piaggeria verso il regime (come nel caso di Emilio Betti)”. Ritiene, invece, che “i giuristi furono costruttori del diritto del regime, più che spettatori ignari o attori inconsapevoli”, G.

Rilevano qui gli influssi etico-giuridici che non solo avevano contaminato la mentalità e la struttura giuridico-istituzionale dell'età liberale, ma transitarono anche nelle realizzazioni del fascismo, al punto che gli apporti della tradizione prefascista saranno utilizzati nel dopoguerra dai giuristi per avallare la conservazione dell'impianto codicistico del regime<sup>39</sup>.

---

CHIODI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, a cura di I. Biocchi, G. Chiodi, M. Grondona, Romatre-Press, Roma, 2020, p. 201 ss., a proposito della risistemazione della parte generale delle obbligazioni e dei contratti nel progetto italo-francese e dell'idea di legalità sottesa alle diverse proposte, tra cui le note obiezioni di Betti. Nei recenti dibattiti storico-giuridici il fascismo continua a rappresentare uno dei termini di confronto più ricercati. Tale tendenza si accompagna a quella, piuttosto ricorrente, criticata da P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini», 28, 1999, I, p. 175 ss., dell'«invisibilità» del fascismo, secondo una narrazione edulcorata e spogliata di talune sue componenti tipiche, in primo luogo la messa in secondo piano delle sembianze totalitarie del regime. Il punto in questione necessiterebbe di approfondimenti che non possono essere condotti nello spazio di questo intervento; da ultimo v. i contributi editi nel «Giornale di Storia costituzionale», n. 43, I, 2022, numero speciale dedicato a *Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale*; nonché v. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit. nt. 4 (v. pure sul nesso scienza giuridica/fascismo, EAD, *Fascismo, storia e storiografia*, in «Quaderni fiorentini», 42, 2013, p. 719 ss.; EAD., *Cultura giuridica e regime fascista*, in «Quaderni fiorentini», 43, 2014, p. 963 ss.); nonché ai saggi di A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazional-socialista*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005; v. pure ID., *Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 55, 2001, p. 597 ss.; ID., *Liberali in camicia nera. La matrice comune del diritto fascista e liberista*, in A. MAZZACANE, A. SOMMA E M. STOLLEIS (Hrsg.), *Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, p. 63 ss. (= in «Boletín Mexicano de Derecho Comparado», 112, 2005, p. 293 ss.); ID., *Il diritto privato fascista*, in *Diritto e culture della politica*, a cura di S. Rodotà, Carocci, Roma, 2004, p. 204 ss.; R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1990; SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, cit. nt. 3, p. 233 ss.

<sup>39</sup> TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 3, 1973, p. 787, poi in ID., *Dottrine del processo civile*, cit. nt. 34, p. 214. Su quest'analisi, v. le osservazioni critiche di V. DENTI, *Giovanni Tarello e la cultura processualistica*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, a cura di S. Castignone, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 141 ss., spec. 156 ss. Alcuni critici di Tarello hanno ritenuto che si enfatizzassero determinati aspetti, quali ad esempio quello della penetrazione di idee fasciste in Chiovenda che in realtà non avrebbero attecchito nei giuristi. Si comprenderà che, da un punto di vista epistemologico, appare utile studiare, di un determinato contesto, le tendenze non attuatesi, fino a considerare i risvolti controfattuali come una valida ipotesi di ricerca. Quanto al fatto che l'etica paternalistica del regime non abbia inciso nelle dottrine dei processualisti (e la riprova consisterebbe, tra l'altro, nella maniera in cui diversi progetti di riforma del codice di

Il discorso investe, così, per la complessità che è immanente allo studio dei problemi del processo, l'impostazione ideologica del codice di rito e i progetti di riforma dello stesso, nel peso che storicamente avevano assunto non solo ai fini della costruzione di modelli interpretativi contingenti ma anche in vista di ripensamenti sul mutamento dell'impianto complessivo<sup>40</sup>. Per questa ragione è necessario distinguere forme concettuali diverse di strutturarsi del discorso sulla scienza processualistica, nonché le ripartizioni interne di quest'ultima e i suoi fondamenti etico-politici<sup>41</sup>.

---

procedura sono naufragati, fino all'approvazione di quello a firma di Grandi che è opera di Calamandrei), si tratta di un'argomentazione sostenuta da una parte della storiografia. Tuttavia, le suggestioni di Tarello mostrano un altro lato della questione, alludendo all'intreccio di mentalità e rappresentazioni politiche dei giuristi italiani con gli influssi subliminali e inconsci dell'autoritarismo liberale dei giuristi operativi ancora nel periodo degli anni Trenta e anche dopo la caduta del regime. Si tratta di un aspetto assai delicato, e cioè quello della continuità di mentalità e di rappresentazioni culturali tra fascismo, antifascismo e postfascismo. Per alcuni spunti al riguardo v. CIPRIANI, *La cauzione per le spese tra Codice fascista e Costituzione repubblicana*, in «Quaderni fiorentini», 29, 2000, p. 435 ss.

<sup>40</sup> Alla base del rinnovamento metodologico che investe la processualistica italiana, ai primi del Novecento, si è soliti ritrovare una composita combinazione di fattori interni e condizioni esterne. Tra i fattori interni, legati principalmente a coloro che per professione – nelle università, nella magistratura e nella avvocatura – si occupano di questo settore della scienza giuridica, si possono elencare sia propensioni e percorsi formativi individuali, sia dubbi e interrogativi di carattere generale connessi alla natura, ai contenuti e allo scopo della disciplina. Tra le condizioni esterne giocano un ruolo rilevante, da un lato, le spinte individualistiche che inducono il processualista a dedicarsi alla soluzione di problemi pratici e, dall'altro, la tendenza a prendere in esame le istanze provenienti dai “grandi temi” sociali, relativi all'organizzazione dello Stato e al funzionamento delle istituzioni liberali (su quest'ultima tendenza si innesta l'attenzione per la funzione sociale); su questi aspetti, v. M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969, spec. p. 18 ss., 163 ss. e 207 ss.; TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in *Dottrine del processo civile*, cit. nt. 34, p. 9 ss.; PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, cit. nt. 26; TARUFFO, *Cultura e processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 63, 2009, p. 63 ss.; CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, nel lavoro collettaneo *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario, M.N. Miletta, Romatre-Press, Roma, 2017, p. 87 ss.

<sup>41</sup> Riferimenti generali in A. SCERBO, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo. Profili di processualisti italiani contemporanei*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2000; E. FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana: dall'«azione» al «processo» (1864-1994)*, in «Rivista di diritto processuale», 49, 1994, p. 911 ss.; una disamina critica, vista dall'interno della disciplina, con particolare riferimento alle vicende accademiche dei protagonisti in CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno*

Le questioni di metodo e di teoria che travagliavano la comunità dei processualisti di quegli anni assumono i contorni di una contrapposizione che potremmo riassumere nei termini di *tradizione* e *innovazione*. Problema comune era quello di come adeguare il 'processo civile' alla mutevole realtà dei fenomeni sociali<sup>42</sup>. Tale questione nasceva da un concerto di domande sullo stato della scienza processuale ereditata dal passato, cui si aggiungeva una profonda insofferenza per un apparato di schemi, concetti e modelli che, nonostante una lunga consuetudine di studi e riflessioni, sembravano mantenere ancora indeterminate, se non addirittura sconosciute, le dimensioni reali delle dinamiche processuali,

---

*d'Italia (1866-1936)*, Giuffrè, Milano, 1991; E. FAZZALARI, *Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile*, in «Rivista di diritto processuale», 43, 1988, p. 287 ss.; TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 40, 1986, p. 1133 ss.; V. DENTI, *Sistematica e post-sistematica nella evoluzione delle dottrine del processo*, in «Rivista critica del diritto privato», 4, 1986, p. 469 ss.; E. ALLORIO, *Diritto processuale civile*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 327 ss.; TARELLO, *Dottrine del processo civile*, cit. nt. 34 (rec. di E.T. LIEBMAN, *Storiografia giuridica «manipolata»*, in «Rivista di diritto processuale», 24, 1974, p. 100 ss.); G. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 26, 1972, p. 1318 ss., 1576 ss.; S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 28, 1964, p. 28 ss., poi in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova, 1968, p. 100 ss.; E. ALLORIO, *Riflessioni sopra lo svolgimento della scienza processuale*, in «Jus», 1, 1950, p. 91 ss.

<sup>42</sup> Si pensi all'impostazione di L. MORTARA (*Lo Stato moderno e la giustizia*, tip. Mondovì, Mantova, 1885; *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Barbèra, Firenze, 1906; *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, Francesco Vallardi, Milano, 1899-1909; *Istituzioni di procedura civile*, Barbèra, Firenze, 1922) e a quella di P. CALAMANDREI (*La Cassazione civile*, 2 voll., F.lli Bocca, Torino, 1920; *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Società editrice Unitas, Milano, 1926; *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2 voll., Cedam, Padova, 1941-43), a confronto con pandettisti quali Redenti, in cui sembrerebbe più accentuarsi l'aspetto tecnico-pratico e Carnelutti, in cui predomina l'inclinazione teorico-generale, sia pure con accorti temperamenti; sul punto tra i molti scritti e riferimenti v. S. SATTA, *Interpretazione di Calamandrei*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit. nt. 41, p. 478 ss.; il volume collettaneo *Piero Calamandrei: ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. Barile, Giuffrè, Milano, 1990; G. CIANFEROTTI, *Ufficio del giurista nello stato autoritario ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei dalle giurisdizioni di equità della grande guerra al codice di procedura civile del 1940*, in «Quaderni fiorentini», 37, 2008, p. 284 ss.; CIPRIANI, *La consulenza tecnica e i doni natalizi di Piero Calamandrei*, in «Giusto processo civile», 2009, p. 143 ss.; ID., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Esi, Napoli, 1992; ID., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti e Leggende Interpretazioni Documenti*, Esi, Napoli, 2009; N. PICARDI, *Il bicentenario del codice di procedura civile in Italia. Origine, evoluzione e crisi del monopolio statale della procedura*, in «Giusto processo civile», 2008, p. 935 ss.

solo formalmente inquadrabili negli schemi del rapporto giuridico processuale, ma di fatto riconducibili a logiche e rapporti di forza tutt'altro che equilibrati<sup>43</sup>.

Ancora prima di introdurre il punto di vista di Betti dei primi anni Trenta del Novecento, a proposito dell'inquadramento teorico del processo in relazione al tema del contraddittorio (e alle scelte difensive delle parti contendenti), conviene accennare a taluni aspetti che connotavano l'esperienza giuridico-istituzionale di quegli anni, politicamente contrassegnati dal dibattito in corso sulla socializzazione delle categorie giuridiche e sulla trasformazione del principio di legalità. Ogni questione interpretativa andava assumendo dimensioni radicalmente nuove, nell'ambito di una riformulazione della teoria delle fonti di produzione del diritto, nell'ottica di una concezione istituzionalistica. È nell'ambito di tale prospettiva che si agitavano le teorie giuridiche sul processo e la funzione giurisdizionale finalizzate a organizzare le forme di tutela degli interessi economici di una 'società di massa'. Di qui la necessità di una riformulazione del rapporto tra diritto e processo, tendente ad alimentare una cultura delle riforme che assumesse quale punto fondamentale quello della riorganizzazione dei rapporti tra la sfera pubblica e quella privata, attraverso un'analisi della prassi giuridica tesa alla valorizzazione della politicizzazione dell'interprete e del ruolo del giurista, nonché degli stessi contenuti normativi.

Il dibattito tendeva, in definitiva, a riconquistare all'area della scienza processuale il tema della pubblicizzazione del processo e dell'autonomia delle parti contendenti<sup>44</sup>. Allorché si discuteva di 'autoresponsabilità' della parte, di funzione sociale del processo, della necessità di tutela dei meno abbienti, di rinnovamento del rapporto tra codice di rito e società, il problema coinvolgeva direttamente il ruolo dei giuristi e il senso della

---

<sup>43</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1923<sup>3</sup>, p. 67 ss.; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Società ed. lib., Milano, 1911, p. 53 ss.; AL. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, F.lli Bocca, Torino, 1906, p. 27 ss.

<sup>44</sup> Cfr. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, cit. nt. 12, p. 395 ss.; ID., *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (l'oralità e la prova)*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1931, p. 197 ss. Per importanti rilievi v. TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile*, cit. nt. 41; M. MECCARELLI, *Giuseppe Chiovenda*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, Roma, 2012, p. 463 ss.; B. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno Nazionale, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, Giuffrè, Milano, 2007, p. 29 ss.

loro funzione, tradizionalmente intesa come giustificativa dell'intero ordinamento giuridico, anche rispetto alla direzione delle riforme legislative<sup>45</sup>.

La ricerca è resa difficile anzitutto da alcune circostanze. La prima è relativa all'assenza, se non in maniera parziale, di una ricostruzione critica del pensiero di 'Betti processualista'. Gli studi sulla sua figura dottrinale<sup>46</sup>, lasciano ancora desiderare, sotto tale specifico punto di vista, altre ricerche sul versante processuale che solo ora cominciano a essere avviate<sup>47</sup>.

A parte questo discorso, nell'esaminare le condizioni di una ricerca come la nostra dobbiamo menzionare alcune difficoltà di ordine più generale per gli studi bettiani. Per molto tempo le riflessioni di Betti e i suoi contributi in tema processuale, pur ampiamente noti, quasi mai hanno portato i cultori della disciplina a cogliere la rilevanza di quella prospettiva di analisi che mostrava un significativo mutamento nella lettura delle fonti giuridiche<sup>48</sup>, dove la tradizione pandettistica e le sue

<sup>45</sup> Cfr. BETTI, *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, cit. nt. 8, p. 121 ss.

<sup>46</sup> Cfr. il numero dei «Quaderni Fiorentini», 7 (1978) dedicato a *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*; da ultimo, v. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit. nt. 38; ID., *Betti-Croce. Dal dialogo allo scontro*, in «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», 106 (2012), p. 377 ss.; ID., *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascismo del regime*, a cura di I. Birocchi, L. Loschiavo, cit., p. 63 ss.; il volume collettaneo *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, E. Stolfi, M. Brutti, RomaTre-Press, Roma, 2020.

<sup>47</sup> CRIFÒ, *Giuseppe Chiovenda romanista*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 567 ss., spec. 568 ss.; C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 131 ss.; ID., *Dogmatica, poetica e storia. Ancora sul rapporto tra Betti e Croce*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione*, cit. nt. 46, p. 193 ss. (= in «Ars Interpretandi», 2 (2020), p. 151 ss.); M.P. GASPERINI, *Emilio Betti processualista civile*, in *Emilio e Ugo Betti. Giustizia e teatro*, a cura di R. Favale e F. Mercogliano, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 99 ss.; S. BOCCAGNA, *Emilio Betti processualista*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, a cura di G. Perlingieri, L. Ruggeri, I. Esi, Napoli, 2019, p. 17 ss.; M. GRONDONA, *Il diritto comparato e la comparazione giuridica tra internazionalismo e nazionalismo: premesse per una discussione*, in *La costruzione della «legalità» fascista negli anni Trenta*, a cura di I. Birocchi, G. Chiodi, M. Grondona, RomaTre-Press, Roma, 2020, p. 369 ss.; E. STOLFI, *Betti maestro di casistica*, nel volume collettaneo *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione*, cit. nt. 46, p. 135 ss.; M. MARINELLI, «Meritevolezza» e processo nel pensiero di Emilio Betti (riflessioni sparse), in «Jus (on line)», 2021.

<sup>48</sup> A partire dalla ricerca sul giudicato: BETTI, *D. 42, 1, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Stab. Tip. Bianchini, Macerata, 1922, rist. Edizioni Efesto, Roma, 2021 con una nota introduttiva di L. LOSCHIAVO e M.U. SPERANDIO.

diverse diramazioni e trasformazioni interne, venivano assunte in una complessa operazione di ricambio paradigmatico, con un'attenzione particolare anche ad aspetti di inquadramento teorico-generale<sup>49</sup>.

Infatti, la riflessione processualistica di Betti, condotta sull'impianto del codice di rito del 1865, è naturalmente condizionata dalla sua contrarietà verso la dottrina francese (dalla quale egli si tiene polemicamente immune), come attesta in apertura del suo manuale:

Chi si prendesse il gusto di raffrontare le trattazioni del Garsonnet, del Japiot o del Crémieu con quelle del Wack, dell'Hellwig o del Chiovena, del Pollak, dello Schimdt o del Carnelutti, del Planck, del Weismann, o del Redenti, del Kisch, del Goldschmidt o dello Zanzucchi, dello Stein, del Rosenberg o del Calamandrei, non potrebbe sottrarsi alla netta impressione che i processualisti francesi appartengano (com'è stato autorevolmente detto) ad un ambiente culturale arretrato e non ancora giunto alla maturità scientifica. [...]<sup>50</sup>.

La disputa è di tipo teorico e sviluppa il problema dei limiti del potere di indagine da parte del giudice nella formazione del proprio convincimento rispetto alla condotta delle parti; in questo ambito si inserisce l'individuazione di un principio fondante costituito dalle scelte dell'ordinamento, sulla libertà della parte di orientare la propria strategia difensiva.

Il motivo di interesse che presenta questo dibattito è agevolmente spiegabile sulla scorta anche di una mera ricognizione degli interventi giurisprudenziali dell'epoca, rinvenibili emblematicamente nelle opere di Chiovena e di Betti. I nostri giuristi, anche dove auspicano una riforma

---

<sup>49</sup> È sufficiente guardare alla diversa impostazione di un autore come M. MARRONE (*L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «Annali Sem. Giur. Univ. Palermo», 24, 1955; *L'effetto normativo della sentenza*, Manfredi, Palermo, 1965<sup>2</sup>), nella critica delle fonti e degli apporti della giurisprudenza, rispetto a un fedele seguace di Betti come G. PUGLIESE (*Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 225 ss., poi in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. II, *Diritto romano*, Jovene, Napoli, 1985, p. 5 ss.; *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi Betti*, III, Giuffrè, Milano, 1962, p. 727 ss.; *La "cognitio" e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi Biondi*, II, Giuffrè, Milano, 1963, p. 143 ss.; *Due testi in materia di "res iudicata"*, in *Studi Zanobini*, V, Giuffrè, Milano, 1965, p. 491 ss.; voce *Giudicato civile (Storia)*, in «Enciclopedia del Diritto», vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 722 ss.; *"Res iudicata pro veritate accipitur"*, in *Studi Volterra*, V, Giuffrè, Milano, 1971, p. 783 ss.).

<sup>50</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. XI ss.

del codice di procedura, non condividevano l'impostazione tedesca, la quale conferiva al giudice una potestà sanzionatoria nei confronti delle parti per le violazioni degli obblighi processuali. La possibilità di individuare un dovere di verità delle parti e una correlativa responsabilità processuale risulta esclusa dalla costruzione dell'onere processuale, che contempla una scelta autonoma in capo all'attore e al convenuto, di aderire o meno all'ordine del giudice a comparire in giudizio o di esibire o meno la documentazione richiesta, senza che possano conseguire automaticamente effetti negativi per la parte inattiva.

Rispetto all'esercizio della potestà giurisdizionale, la preminenza del principio dispositivo e degli interessi da esso derivanti, vengono sostenuti dalla dottrina italiana con estremo rigore, nonostante l'accentuarsi in senso autoritario dell'ordinamento. Tale aspetto va valutato con attenzione se si vuole indagare il problema dei rapporti del diritto con la politica, evitando semplicistiche deduzioni in senso ideologico. Betti, infatti, si mantiene fedele ad una visione per la quale si riconosce al singolo un'autonomia giuridica che si armonizza con le esigenze statuali della tutela processuale, somministrata attraverso il giudice e per il tramite delle regole stabilite dalla legge. Riflette questa concezione l'idea che il processo è uno strumento stabilito nell'interesse della collettività per il mantenimento e il miglioramento di un dato ordine sociale:

Nel processo civile l'attuazione della legge si opera normalmente in ragione di un conflitto di interesse tra privato e privato, per la sua giusta composizione o rimozione: nè avrebbe motivo di operarsi senza siffatto conflitto. La eliminazione del conflitto, già disposta in astratto dalla legge, diviene attraverso il processo una realtà viva ed attuale. [...] <sup>51</sup>.

In questa impostazione, quindi, una possibile censura delle scelte strategiche difensive della parte processuale, non si presenta come prospettiva di tutela della parte lesa da comportamenti illeciti provenienti dalla controparte – perché contrari al dovere di verità –, o come prospettiva di tutela delle prerogative pubbliche dell'ordine giudiziario, quanto come definizione dell'autonomia delle parti in contraddittorio e dei limiti del vincolo che norme e principi sull'onere probatorio impongono alle parti, in considerazione della loro valutazione.

---

<sup>51</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 8.

La formula impiegata da Betti della ‘autoresponsabilità’ (senz’altro idonea a racchiudere la problematica) si adatta alla questione della discrezionalità delle scelte di impostazione difensiva delle parti, ovvero della rilevanza delle norme processuali quali limiti di tale discrezionalità e sintetizza anche nei decenni successivi il dibattito teorico e l’orientamento delle scelte giurisprudenziali.

#### 4. *Principio dispositivo e comportamento omissivo della parte: l'impostazione rispetto alle concezioni pubblicistiche tedesche*

Il principio del contraddittorio e dell’autonomia della condotta processuale viene inquadrato da Betti in termini di ‘autoresponsabilità’ della parte<sup>52</sup>, laddove si addossano sulla stessa le conseguenze di ciò che ha allegato o non allegato. Il giudice non può amplificare o riformare i termini del contraddittorio<sup>53</sup> in quanto il suo compito è quello di trovare la soluzione definitiva del contrasto, non quello di esasperarlo.

Per verificare una differenza nel pensiero e nell’impostazione di Betti rispetto alla concezione pubblicistica tedesca del processo, è sufficiente guardare a come descriveva Bülow<sup>54</sup> l’‘autoresponsabilità’, rappresentan-

---

<sup>52</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 55 ss.

<sup>53</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 59 ss., p. 286 ss.

<sup>54</sup> O. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Roth, Giessen, 1868. Importanti i rilievi di M. MARINELLI nell’introduzione alla traduzione italiana di J. GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. IX ss., ove si coglie l’impatto del pensiero del Bülow e la contrapposizione di uno studioso della generazione successiva, come Goldschmidt; v. pure C. DO Couto e SILVA, *Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procédure civile (L’actualité de la pensée d’Otto Karlowa et d’Oskar Bülow)*, in «Quaderni fiorentini», 14 (1985), p. 243 ss. Sulla finalità deliberata di manipolare la tradizione storica del pensiero giuridico, al fine di conferire una legittimazione al modello processuale liberale dell’epoca, in particolare a proposito dei limiti al principio dispositivo della domanda e dei mezzi di prova: v. J. PICO I JUNOY, *Judex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in «Riv. dir. proc.», 2007, p. 1497 ss.; importanti le considerazioni di K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, C.H. Beck, München, 1967; negli ultimi decenni, v. B. CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in «Riv. dir. proc.», 2009, p. 861 ss. e l’ampia bibliografia (*ivi*, p. 862 s.); G. MONTELEONE, *Il giallo del brocardo. Iudex secundum allegata et probata (partium?) iudicare debet, non secundum conscientiam*, in «Giusto proc. civ.», 2 (2009), p. 623 ss.; A. PANZAROLA, *Iudex secundum allegata et probata (partium) iudicare*

dola come un'esigenza di costringere le parti nel corso dell'istruttoria processuale, a comportarsi diligentemente e seriamente in termini di correttezza<sup>55</sup>.

Un aspetto fondamentale sul quale il comportamento delle parti nel contraddittorio assume rilevanza è quello attinente alla ripartizione dell'onere probatorio non soltanto per quanto riguarda le modalità di allegazione delle prove, ma in particolare per quanto concerne le condotte omissive della parte: oltre alla contumacia, viene in considerazione il mancato disconoscimento della scrittura privata (art. 283 c.p.c. 1865)<sup>56</sup>, la mancata comparizione in sede di interrogatorio formale o la mancata risposta a uno o più capitoli di quello (art. 218 c.p.c. 1865)<sup>57</sup> e il rifiuto di prestare il giuramento deferito o riferito (art. 225 c.p.c. 1865)<sup>58</sup>. Si tratta di condotte omissive che a quell'epoca non erano state particolarmente prese in esame dalla dottrina processualistica e che Betti comunque tiene in considerazione nel suo manuale.

Il punto nodale era stabilire se sanzionare o meno l'atteggiamento passivo della parte. Nell'ordinamento italiano già all'epoca non era stabilito un obbligo di comparizione in giudizio, né era richiesto che la parte obbligatoriamente prendesse esplicitamente posizione nei confronti delle affermazioni della controparte. Nell'ordinamento germanico, invece, era stabilito l'onere di comparizione, se il giudice disponeva d'ufficio la comparizione personale della parte (§ 141 Z.P.O.), nonché obblighi di cooperazione, laddove nell'ipotesi della contumacia della parte convenuta, si riteneva fondata la domanda dell'attore sul presupposto della confessione *ficta* dei fatti da questi affermati (§ 331 Z.P.O.).

Nell'ordinamento tedesco l'inosservanza delle regole di cooperazione era colpita con una sanzione. Nel nostro ordinamento, invece, il comportamento omissivo della parte poteva unicamente rilevare dal punto di vista del regime della prova legale, peraltro in determinate ipotesi eccezionali e cioè quando la parte si rifiutava di prestare giuramento oppure nell'ipotesi che non avesse disconosciuto la scrittura privata prodotta dalla controparte. Betti si soffermava sul principio di

---

debet: *a proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in «Historia et ius», 16 (2019), [www.historiaetius.eu](http://www.historiaetius.eu) – paper 16.

<sup>55</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 85.

<sup>56</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 325 s., 362 s.

<sup>57</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 298, 300, 325 s., 352, 419 ss., 429.

<sup>58</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, pp. 298, 300, 325, 353, 427.

non contestazione della domanda, sostenendo che per potersi ritenere non contestata l'affermazione della controparte occorre rinvenire un elemento esplicito nella volontà del soggetto di riconoscimento dell'affermazione in senso contrario<sup>59</sup>. Anche qui va osservato che le ammissioni di una parte non implicavano un obbligo del giudice di orientarsi conformemente alla non contestazione, a meno che la legge non prevedeva esplicitamente una conseguenza negativa in senso specifico<sup>60</sup>.

[...] la mancata comparizione o la mancata risposta preclude alla parte la possibilità di ogni futura contestazione rispetto ai fatti dedotti in interrogatorio: così che questi si considerano ammessi, cioè provati e acquisiti alla causa. Non già che qui si abbia – come inesattamente ritiene la giurisprudenza – una sorta di tacita ammissione, la quale crei una semplice presunzione legale (p. 341) superabile mediante prova del contrario. Anche qui la legge non ha riguardo che al fatto oggettivo dell'inerzia della parte (p. 298, 362 sg.) senza indurre dal suo comportamento una volontà di confessione – che sarebbe una finzione balorda e inutile. Essa non rende omaggio a una ipotetica autonomia, ma si limita a trarre dall'inadempimento dell'onere la logica conseguenza dell'autoresponsabilità [...]<sup>61</sup>.

Con riferimento all'ammissione di un fatto da parte dell'attore o da parte del convenuto, la rilevanza probatoria di tale circostanza di regola era rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice, qualora la mancata contestazione non avesse alcuna rilevanza legale. Nell'interrogatorio formale, nel giuramento, nell'omesso disconoscimento di scrittura privata, la mancata adesione della parte cui si riferisce, poteva implicare conseguenze negative, ma il fatto controverso rimaneva tale e il giudice, per valutare il comportamento inattivo della parte in termini pregiudizievoli, doveva logicamente ricollegarlo ad altre emergenze probatorie ai fini di un convincimento conseguente.

Betti, dunque, mette in relazione l'attività processuale della parte con l'onere della prova, mantenendo fermo il principio dell'allegazione a carico di chi vuol far valere il proprio diritto o la propria eccezione,

---

<sup>59</sup> BETTI, *Valore giuridico delle ammissioni del procuratore*, in «Riv. dir. proc. civ.», 1924, p. 189 ss.

<sup>60</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 420 ss.

<sup>61</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, p. 420 s.

distaccandosi dalle rigidità della dottrina tedesca che legava l'autoresponsabilità del contegno processuale a un regime sanzionatorio per quei comportamenti non improntati alla verità e alla diligenza.

Il contesto teorico in cui si concentrano le tesi di Betti è quello della valutazione dei limiti e della natura del potere delle parti nel contraddittorio. Si può dire che questa problematica si sviluppasse sul tronco dell'indagine, condotta da Chiovenda, sul potere del giudice di supplire alle carenze delle allegazioni delle parti contendenti e comunque sul potere del giudice di improntare la direzione del dibattimento, dove le sue scelte di indirizzo rappresentavano il fulcro di quella 'concentrazione' e 'immediatezza' del contraddittorio in grado di correttamente orientare il comportamento delle parti nel processo<sup>62</sup>.

La visuale di Chiovenda è sempre stata valutata in termini schiettamente autoritari, tanto da essere inquadrata nel clima del «crepuscolo dello stato liberale», come consona all'ideologia giolittiana e all'adattamento da parte dell'ordinamento fascista<sup>63</sup>. La fondatezza o meno di una lettura di questo tipo, dipende da come si vuole intendere il problematico rapporto tra diritto e politica<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> CHIOVENDA, *Sulla regola «ne eat index ultra petita partium»*, in *Saggi*, cit. nt. 12, I, p. 157 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 9, pp. 59 ss., 286 ss.

<sup>63</sup> TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, cit. nt. 39, p. 679 ss., poi in ID., *Dottrine del processo civile*, cit. nt. 34, p. 109 ss.

<sup>64</sup> Riterrei che andrebbero meditate le affermazioni di Betti sull'oralità espresse nel parere sul progetto di riforma del codice di procedura; v. BETTI, *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, cit. nt. 8, p. 124: «Che la riforma del processo in vantaggio dell'oralità sia soprattutto un problema di uomini e quindi di educazione (di educazione, intendo, nell'arte della giurisprudenza), non si può certamente disconoscere. Ma da ciò non mi sembra derivare la completa inutilità di una energica riforma legislativa a base di norme cogenti. Una legge vale non solo per quello che dispone, ma anche per le esigenze d'ordine intellettuale e morale che pone allo spirito di coloro cui si rivolge. È vero che, di per sè, una legge non vale a riformare di punto in bianco un costume corrotto e ad instaurare *ex abrupto* una educazione che manca. Non si potrà negare, però, che essa valga, per lo meno, a spiegare una certa *influenza educativa* sul costume, come la spiega ogni atto di sana violenza messa al servizio di una buona causa. Essa vale a scuotere il torpore delle volontà adagiate per amor di quieto vivere in una linea di condotta malsana; vale a sovvertire abitudini che non avevano, in fondo, altra giustificazione che una tradizione supinamente seguita; eccita a proporsi questioni per rendersi conto della rispondenza dei mezzi disposti dalla legge a certi scopi; incita a volere per adeguarsi alle sue esigenze. Ha, insomma, un valore *pedagogico*. Effetti così profondi sarebbe vano sperarli da un'affermazione di principio che comporti, in pratica, di esser sempre derogata» (i corsivi sono dell'autore stesso). Cfr. *Ibidem*, cit., p. 126: «Di fronte a ciò il timore che nel processo orale le parti si trovino più facilmente esposte a sorprese, appare più che fondato. Ma non si poteva cercar di rimediare con sanzioni gravissime,

Da questo punto di vista, infatti, gli aspetti valutativi e ideologici nell'interpretazione e nel metodo di Betti, occupano uno spazio assai ampio, e comunque maggiore di quello che ad essi viene attribuito nell'ambito di una visuale puramente logicistica dei procedimenti di sistematizzazione della materia processuale. La frequente utilizzazione del lessico e dello strumentario privatistico, da parte di Betti, per inquadrare il 'nuovo' che si manifesta nel fenomeno processuale, appare in chiara controtendenza rispetto ad autori, anche come Chiovenda, i cui sforzi erano invece tutti protesi a fondare l'originalità e la piena autonomia degli aspetti pubblicistici<sup>65</sup>.

I testi ora ricordati potrebbero finalmente richiamare l'attenzione della storiografia su 'Betti processualista' e consentire di comprendere quanto sia stato riduttivo inscrivere la prospettiva storiografica solamente all'interno della, seppur importante, ermeneutica giuridica. E un eventuale rinnovato interesse per la storia del pensiero di Betti e i suoi rapporti con la processualistica non deve metter in secondo piano il fatto che quest'ultima indicava un certo modo di fare scienza, mostrando dal suo interno, a partire da immagini discorsive originali, un'attualità dinanzi alla quale Betti ha saputo egregiamente confrontarsi. Nel campo processuale si coglievano direttamente i punti d'interferenza tra i problemi pratico-giuridici e quelli teoretico-normativi: il 'linguaggio della prassi' – come si usa dire – e il 'linguaggio della dottrina'. E il tema della rilevanza del comportamento processuale della parte, da questo punto di vista, suggeriva al giurista come la maniera migliore per affrontare i problemi del processo dovesse essere l'approfondimento storico-comparativo degli istituti più significativi, ben più forse della capillare esegesi delle norme del codice, attitudine spesso non corroborata dalla ricchezza dell'esperienza pratica.

È possibile osservare, così, come la prospettiva bettiana dell'autoresponsabilità del soggetto nel processo continui a riemergere tra le pieghe degli odierni approcci funzionalistici e delle più articolate dottrine pro-

---

oltre che di nullità, disciplinari e magari penali? (Il progetto agli articoli 167 cap. ultimo e 231 capov. (cfr. anche articoli 30 e 193) pone una remora che si potrebbe rendere anche più efficace). In ogni caso, non valeva la pena andare incontro a certe difficoltà e a certi inconvenienti anche gravi nel prossimo avvenire, pur di iniziare sin d'ora la costruzione di un sistema processuale che non avrebbe mancato di dar buoni frutti in un avvenire più lontano? "Se una riforma è veramente buona – affermava con ragione il Chiovenda – essa trova in se stessa la forza necessaria per vincere ogni resistenza".».

<sup>65</sup> Cfr. CARRATTA, *Funzione sociale*, cit. nt. 40, p. 87 ss.

cessuali, tanto che ci è apparso ancora possibile tentare una prima valutazione della fitta trama di elementi teorici che questa categoria, ormai ricorrente, non cessa di proporre nel campo della teoria processuale. Ma questo è solo il primo dei nodi tematici che l'analisi del pensiero di 'Betti processualista' ha suscitato in noi. Attorno, ed accanto, alla questione dell'autoresponsabilità si dispone un'altra area di questioni di particolare interesse per la scienza processuale, che va dal problema tipicamente novecentesco dei modi di formazione e di manifestazione della «domanda», all'indicazione bettiana della relazione tra ragione e azione, la cui complessità è in verità a tutt'oggi ben lontana dall'essere stata risolta.



## Federico Pergami

### *Res iudicata e i limiti del giudicato nel processo romano*

SOMMARIO: 1. La *res iudicata* nel pensiero di Emilio Betti – 2. D. 42.1.63 e le ipotesi di estensione della *res iudicata* ai terzi estranei al processo – 3. *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat* – 4. I limiti soggettivi della cosa giudicata – 5. La legittimazione del terzo estraneo all'impugnazione della sentenza – 6. *Appellatio proprio nomine* e *appellatio alieno nomine* – 7. Gli sviluppi della legislazione tardoantica – 8. La legittimazione ad appellare in CTh. 11.30.57 di Arcadio ed Onorio – 9. Riflessioni conclusive

#### 1. *La res iudicata nel pensiero di Emilio Betti*

La sentenza, in quanto decide sulla ragione fatta valere, nel senso di riconoscerla fondata o di disconoscerla, componendo così il conflitto di apprezzamenti del *quid iuris* (che è la lite), ha un contenuto di accertamento che, essendo vincolante per le parti, è dotato di una propria efficacia normativa, denominata *res iudicata*. Tale efficacia, consistente nel fissare in modo vincolante per l'avvenire l'apprezzamento del rapporto (o stato) già litigioso in conformità di quanto è stato deciso, è limitata anzitutto alla ragione fatta valere: la quale è il profilo tipico, sotto la cui specie venne guardato dalle parti, e quindi dal giudice, il rapporto o stato controverso, in quanto dedotto in giudizio.

Con queste parole, Emilio Betti, apriva la voce dal titolo 'Regiudicata' nel Novissimo Digesto Italiano<sup>1</sup>, ritornando – molti anni dopo la sua pubblicazione – su una tematica, che – con specifico riguardo ai limiti soggettivi della cosa giudicata – era stata il fondamento e la ragione della monografia del Maestro<sup>2</sup>, da cui ho preso le mosse per la redazione del

---

<sup>1</sup>E. BETTI, v. *Regiudicata*, in «Novissimo Digesto Italiano», 15 (1968), p. 216.

<sup>2</sup>E. 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), pp. 144, 177 e 211 in particolare. Non si possono che condividere le parole con cui Orestano descrive il lavoro del Betti quando, nella monografia sull'appello civile, affronta l'esegesi del passo che dà il titolo all'opera: «... una vasta opera, che è fra le più penetranti e significative

presente intervento: al proposito, non per obblighi di maniera, ringrazio sentitamente gli organizzatori di questo importante Convegno e in particolare l'amico Luca Loschiavo per avermi offerto la felice opportunità di tornare su un argomento che – seppure solo incidentalmente – avevo studiato in occasione delle ricerche sul sistema delle impugnazioni nel diritto romano della tarda antichità<sup>3</sup>.

La breve trattazione enciclopedica del Betti, in verità, può dirsi pressochè interamente incentrata proprio sul tema dei limiti della *res iudicata*, come subito il Maestro riteneva opportuno precisare, dopo le parole introduttive: «Ora l'estensione del vincolo alla *res iudicata* incontra limiti di carattere oggettivo, concernenti la ragione fatta valere, per sé considerata, e limiti di carattere soggettivo, riguardanti le persone per le quali ha valore». Se i primi, precisava Betti, «propongono un problema che riguarda essenzialmente l'identificazione della ragione di cui si è deciso e il raffronto di essa con la ragione che si faccia valere in qualche nuovo giudizio», per i limiti di carattere soggettivo, la questione si presentava, nel concreto svolgimento della vicenda processuale, in modo più articolato, giacché – pur concernendo anch'essi un problema di identificazione della ragione fatta valere in giudizio – per un verso «l'identità oggettiva del rapporto dedotto in giudizio non è sufficiente da sola»; per altro verso, perché talvolta, tale identità «non è neppure necessaria»<sup>4</sup>.

Due, secondo il Betti, i principi che governavano le ipotesi derogatorie della massima ulpiana secondo cui *res iudicata pro veritate accipitur*<sup>5</sup>:

---

della romanistica moderna» (R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Giappichelli, Torino 1966, p. 324).

<sup>3</sup> Ho avuto modo di tornare a studiare il volume di Emilio Betti, che avevo utilizzato in occasione della redazione del volume sulle impugnazioni nel tardo diritto romano (F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del Tardo Impero*, Giuffrè, Milano 2000), in una versione reperita nella biblioteca dell'Università Commerciale 'Luigi Bocconi' di Milano, che reca, sulla copertina, la dedica manoscritta dell'Autore ad Angelo Sraffa, che in Bocconi insegnò il diritto commerciale e che fu Rettore tra il 1917 e il 1924, anche dunque nell'anno in cui la monografia era stata pubblicata: «All'Illustre suo Maestro Prof. Sraffa, Reverente omaggio dell'A.».

<sup>4</sup> BETTI, *Regiudicata*, (cit. nt. 1), p. 217.

<sup>5</sup> D. 1.5.25: *Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur*, su cui G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, in «Enciclopedia del Diritto», 18 (1969), p. 749 ss., che traduce la seconda parte del passo di Ulpiano nel seguente modo «... giacché la *res iudicata* tiene il luogo della *veritas* (oppure vale come la *veritas*)».

l'uno, di carattere negativo, relativo alla circostanza per cui «la decisione emessa fra le parti in causa è giuridicamente irrilevante rispetto a terzi estranei al processo e al rapporto, di cui fu deciso», cioè irrilevante come *res iudicata* ad essi riferibile, ossia opponibile contro di essi o da parte loro<sup>6</sup>; l'altro, di carattere – invece – positivo, giacchè «la decisione emessa ha valore, in quanto *res iudicata inter partes*, anche rispetto a determinati terzi»<sup>7</sup>.

## 2. D. 42.1.63 e le ipotesi di estensione della *res iudicata* ai terzi estranei al processo

Le situazioni soggettive idonee a giustificare un'estensione dell'efficacia della *res iudicata inter partes* nei confronti di soggetti terzi, estranei al processo, che si rinvencono «in ogni ordine di processi», sono classificate dal Betti in una serie articolata di differenti fattispecie: anzitutto, il caso di un terzo che subentra nel rapporto litigioso dopo la *litis contestatio* (D. 44.2.28 e 44.2.29.1); oppure l'ipotesi che attesta il nesso di reciproca interdipendenza intercorrente fra il rapporto del terzo e il rapporto litigioso, giacchè relativo a situazioni fra loro concorrenti e fungibili (D. 8.5.4.3), nonchè la dipendenza unilaterale vincolante il rapporto del terzo al rapporto litigioso, per cui l'accertamento di inesistenza dell'uno escluda l'esistenza dell'altro e viceversa (D. 30.50.1). Infine, l'ipotesi della sostituzione processuale «da parte di persona dotata del potere di dedurre in giudizio quale attore il rapporto del terzo (D. 44.2.11.7) o di contestarne la ragione quale convenuto (Gai 4.82) o, talvolta, anche solo approvata o tollerata, nella condotta del giudizio, dal terzo, di essa consapevole (42.1.63)»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Il principio, proseguiva l'Autore, poteva assumere due differenti atteggiamenti, a seconda che «venga riferito a terzi i quali siano soggetti di un rapporto praticamente compatibile con la decisione emessa fra le parti, sebbene tali che possano riceverne, di riflesso, un pregiudizio di fatto» ovvero che «venga riferito a terzi, i quali siano soggetti di un rapporto incompatibile con quella decisione e, ciò non pertanto, estranei al rapporto di cui si è deciso» (*Regiudicata* [cit. nt.1], p. 217).

<sup>7</sup> Prosegue, ancora il Betti, precisando che anche tale principio poteva assumere due differenti atteggiamenti «secondo che venga riferito a terzi partecipi del rapporto (o stato) dedotto in giudizio e quindi investito della *res iudicata*, ovvero a terzi ad esso estranei» (*Regiudicata* [cit. nt. 1], p. 217).

<sup>8</sup> Così, BETTI, *Regiudicata* (cit. nt. 1), p. 218 nt. 1. La discussione sulle differenti nozioni di giudicato nei vari sistemi processuali (*legis actiones*, formulare, *cognitio*) è bene tracciata da Pugliese (cit. nt.5), p. 746, ove ampia critica alla posizione di M. MARRONE, *L'efficacia*

A fondamento di tale ultima ipotesi, Betti poneva il celebre passo di Macro, tratto dal libro secondo *de appellationibus*, 42.1.63, che ha dato il titolo alla monografia sui limiti soggettivi alla cosa giudicata:

D. 42.1.63: *Saepe constitutum est res inter alios indicatas aliis non praeiudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. Nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus adquierit, alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est. Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios indicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. Nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius indicetur, mihi praeiudicatur. Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico: nam quamvis contra Titium me sciente iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior, quia neque ex eo iure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus iure suo utatur, sicuti et de coherede supra diximus.*

### 3. *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*

Tralasciando in questa sede le discussioni sulla genuinità del frammento<sup>9</sup>, che costituisce – è stato detto – «uno dei più importanti e difficili del Digesto»<sup>10</sup>, il giurista apre la trattazione con un'enunciazione

---

*pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo», 24 (1955), p. 405 ss.

<sup>9</sup> L. MITTEIS, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, Böhlau, Weimar 1935, p. 232 s. In proposito, vedi M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*, Manfredi, Palermo 1960, p. 205 nt. 2; ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 323 nt. 1; PUGLIESE, *Giudicato civile* (cit. nt. 5), p. 751 nt. 96.

<sup>10</sup> Così, testualmente, ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 323. La tematica affrontata nel passo in esame è stata oggetto di ampia indagine da parte della dottrina, fra cui, in passato, G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in «Rivista italiana per le

di carattere generale, affermando, sull'autorità di conformi decisioni imperiali (*saepe constitutum est*) che la *res iudicata* non si estende a terzi – *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat* – così che la *sententia* non può pregiudicarli, giacché resa *inter alios*<sup>11</sup>.

Il primo caso di applicazione del principio generale dell'indifferenza del giudicato rispetto ai terzi è quello – *rescriptum est*, precisa Macro – di due coeredi (*veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur*): la sentenza di condanna di uno di essi a favore del creditore dell'eredità per la singola quota di debito non pregiudica formalmente l'altro erede, rimasto estraneo al giudizio, anche se l'avvenuto accertamento del debito dell'eredità abbia comportato l'implicito riconoscimento anche della sua posizione debitoria: ma – *etiamsi contra ipsos iudicatum sit* – la sentenza non è a lui opponibile, con la conseguenza che il creditore che voglia ottenere il soddisfo della residua quota deve dimostrare *ex novo*, in un eventuale successivo giudizio, la qualifica di creditore e il titolo su cui si fonda la domanda, non potendosi automaticamente applicare nella nuova sede processuale l'efficacia dell'accertamento effettuato con la prima sentenza.

Analoghi principi debbono applicarsi, prosegue Macro, anche per l'ipotesi di due comproprietari (*item si ex duobus petitoribus alter victus adquireverit, alterius petitioni non praeiudicatur*), qualora uno di essi, che abbia rivendicato il diritto di proprietà sulla propria quota, risultando però soccombente, non avesse interposto gravame avverso la sentenza sfavorevole (*adquireverit*): in questo caso, gli effetti negativi della decisione non pregiudicano il terzo comproprietario estraneo alla vicenda processuale, il quale – infatti – sarà legittimato a fare valere in un nuovo

---

scienze giuridiche», 8 (1933), p. 3 ss.; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* (cit. nt. 8), p. 405 ss. e nella successiva monografia dal titolo *L'effetto normativo della sentenza* (cit. nt. 9), p. 193 ss.; PUGLIESE, *La cognitio e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Giuffrè, Milano 1963, p. 143 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Jovene, Napoli 1985, 87 ss., nonché nella citata voce enciclopedica (*Giudicato civile* [cit. nt. 5], p. 745 ss.), F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 1967, p. 361 ss.; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, D'Auria, Napoli 1989, p. 101 ss. Da ultimi, P. ZILLOTTO, *Effetti del giudicato rispetto ai terzi: due casi in materia di pegno*, in *Res iudicata* a cura di L. Garofalo, Jovene, Napoli 2015, p. 411 ss. e, in particolare sul passo in commento, V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul De appellationibus di Macro*, Jovene, Napoli 2017, p. 81 ss.

<sup>11</sup> Così, ancora, PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Giuffrè, Milano 1960, p. 225 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti* (cit. nt. 10), p. 5 ss.; ID., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Giuffrè, Milano 1962, p. 765 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti* (cit., nt. 10), p. 67 ss.

giudizio la qualifica di condomino della *res litigiosa*, senza che la prima sentenza sfavorevole sia a lui opponibile<sup>12</sup>.

#### 4. *I limiti soggettivi della cosa giudicata*

Il principio *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*, però, avverte subito il giurista, con un'intonazione tipica delle sue opere<sup>13</sup>, deve essere correttamente interpretato, perchè, se è vero che la *res iudicata* non pregiudica i terzi, neppure nell'ipotesi in cui si sia deciso qualcosa contro di loro (*etiamsi contra ipsos iudicatum sit*), è tuttavia possibile affermare che l'efficacia del giudicato si estenda, in casi ben delineati, anche ai terzi estranei al giudizio, a condizione – peraltro – che questi ultimi siano *scientes* della celebrazione del processo, all'esito del quale è stata emanata la sentenza, del cui valore si discute.

Esistono almeno tre casi, precisa Macro, sull'autorità di precedenti imperiali – *ex multis constitutionibus intellegenda sunt* – in cui l'efficacia del giudicato si estende, infatti, anche ai terzi estranei al giudizio, poiché – pur *scientibus sententia* – hanno deliberatamente deciso di non intervenire a tutela delle proprie ragioni.

Il primo è il caso del creditore pignoratizio (*si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris*), che abbia tollerato che la rivendica della proprietà della *res* pignorata venisse esercitata contro il suo debitore, anziché contro di lui<sup>14</sup>: la conseguenza è chiara, poiché una sentenza che negasse la proprietà della *res* in capo al debitore, travolgerebbe anche la valida costituzione del pegno, pregiudicando il diritto di credito del precedente, nonostante la sua estraneità alla vicenda processuale.

---

<sup>12</sup> Per il MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza* (cit. nt. 9), p. 221, «è possibile ipotizzare anche il caso inverso: un comproprietario, possessore della sua quota, è convenuto in giudizio mediante rivendica da un terzo che si afferma solo ed unico proprietario della cosa: soccombe, non appella e restituisce al vincitore la sua quota di comproprietà sulla *res*. A questo punto il terzo vittorioso agisce anche contro il secondo comproprietario, che possiede ancora la sua quota: ebbene, l'attore dovrà di nuovo provare di essere unico e solo proprietario del bene contestato, non essendogli sufficiente addurre l'esistenza della prima sentenza a lui favorevole; da detta sentenza il giudice non è vincolato; essa sentenza quindi non pregiudica il secondo condomino».

<sup>13</sup> Sottolinea questo profilo, MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi* (cit. nt. 10), p. 83.

<sup>14</sup> D. 41.3.16: *Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinent, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit*. Sul tema, ZILIOFFO, *Effetti del giudicato rispetto ai terzi* (cit. nt. 10), p. 413 ss.

La seconda ipotesi ricomprende due fattispecie analoghe: l'ipotesi in cui l'azione di rivendica sia esercitata nei confronti dei costituenti la dote -il suocero o la moglie, nel caso di specie- sebbene i beni dotali siano già stati trasferiti al marito (*maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae*), che - in qualità di possessore dei beni - sarebbe stato legittimato passivamente a contraddire, con la conseguenza che la *res iudicata* fra il rivendicante e i costituenti la dote farà stato anche nei confronti del marito, che era rimasto formalmente estraneo alla lite ovvero, il caso in cui - in caso di vendita di una *res* - il terzo rivendicante esperisca la propria azione contro il venditore, anziché contro il compratore (*possessor venditorem de proprietate rei emptae*), il quale -nel caso di accoglimento della *rei vindicatio*- vedrebbe sacrificata la propria posizione giuridica da una sentenza resa all'esito di un giudizio al quale egli non ha, però, preso parte<sup>15</sup>.

Emilio Betti, dunque, annotava che se, da un lato, la riflessione della giurisprudenza - nel passo di Macro in commento, ma anche in altre occasioni - aveva ribadito l'irrilevanza giuridica della sentenza rispetto ai terzi (*res inter alios indicatas aliis non praeiudicare*)<sup>16</sup>, nei cui confronti non poteva fare stato, dall'altro lato, precisava che la regola potesse trovare formale e piena applicazione esclusivamente nei confronti dei terzi che non soltanto fossero stati estranei al rapporto processuale, ma anche estranei - *rectius*, indifferenti - al rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

Con la conseguenza che se un soggetto, pur formalmente estraneo al rapporto processuale, non fosse del tutto indifferente al rapporto sostanziale sottostante, gli effetti della decisione *inter alios* avrebbero inciso sul terzo, vuoi per la sua 'posizione' rispetto al rapporto in contestazione, perché se questa - in capo ad un soggetto - fosse stata legittimamente dedotta in giudizio da altri, gli effetti della sentenza lo

<sup>15</sup> Sull'ultima parte del passo di Macro, non immediatamente rilevante ai fini della presente ricerca, poiché estranea alla fattispecie della *res inter alia iudicata*, a motivo dell'intervento del patrono in giudizio - che è stato pregiudicato da una sentenza sfavorevole, in cui è stato accertato che il servo o il liberto fossero di un altro - vedi ancora MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza* (cit. nt. 9), p. 213 ss., specialmente a proposito del significato di D. 40.14.5 (*Patronum post quinquennium sententiae pro ingenuitate dicta, non esse praescriptione temporis summovendum temporis*). Un cenno al problema in BETTI, *D. 42. 1. 63. Trattato dei limiti soggettivi* (cit. nt. 1), p. 39.

<sup>16</sup> In proposito, con specifico riferimento alla 'disapplicazione' del principio in commento in D. 20.4.16, ZILLOTTO, *Effetti del giudicato rispetto ai terzi* (cit. nt. 10), p. 441 ss.

avrebbero direttamente investito<sup>17</sup>; vuoi, s'è detto, per la *scientia*, poiché l'aver avuto contezza del giudizio in corso e non essere intervenuto a difesa dei propri interessi, rendeva la *res iudicata inter alios* opponibile al terzo, anche per i casi in cui – diversamente – essa non avrebbe dispiegato effetti nei confronti di quest'ultimo.

##### 5. *La legittimazione del terzo estraneo all'impugnazione della sentenza*

Come ho sopra osservato, il tema della opponibilità ai terzi della *res iudicata* e quello, reciprocamente connesso e interdipendente, dei suoi limiti soggettivi, costituisce una tematica centrale in tutto il sistema processuale romano<sup>18</sup>, non soltanto da un punto di vista sostanziale per quanto attiene alla efficacia della sentenza, bensì – con ancora maggiore rilievo – con riguardo ai profili processuali, se esaminata in relazione alla legittimazione, in capo al terzo estraneo, che ritenesse di essere stato pregiudicato dalla sentenza resa *inter partes*, di interporre gravame avverso la decisione sfavorevole.

Prima di affrontare l'esame delle fonti e, in particolare, il pensiero del Betti a proposito di questo specifico aspetto, va detto, in via preliminare, che – esaminato sotto il profilo della legittimazione ad appellare – la posizione giuridica delle parti non può prescindere dalla valutazione dell'interesse<sup>19</sup>.

Infatti, conformemente al principio riferito dallo stesso Macro in D. 49.1.4.2<sup>20</sup>, secondo cui l'impugnazione spettava a colui che fosse titolare

<sup>17</sup> ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 324, precisa che «in questo caso» -in questo caso- «almeno in età classica, nel caso di soccombenza del *cognitor* (e poi del *procurator praesentis*)... l'*actio iudicati*, anziché dirigersi verso il sostituto processuale, veniva concessa...direttamente contro il titolare del rapporto sostanziale». Sull'argomento e, in particolare, su *Frag. Vat.* 317 e 319, vedi C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Giuffrè, Milano 1996, p. 97 e nt. 149.

<sup>18</sup> ORESTANO (*L'appello civile* [cit. nt. 2], p. 320), affrontando il tema dell'appello del 'terzo' interessato, scriveva che si tratta di «uno dei punti più delicati di tutto il problema della legittimazione ad appellare».

<sup>19</sup> BETTI, in particolare, precisa che «prima di venire alla distinzione che Macro istituisce, conviene allora determinare il contenuto dell'interesse giuridico che l'altrui sentenza promuove nei terzi estranei alla lite» (*D. 42. 1. 63. Trattato dei limiti soggettivi* [cit. nt. 1], p. 37).

<sup>20</sup> D. 49.1.4.2: *Alio condemnato is cuius interest appellare potest. Qualis est, qui per procuratorem expertus victus est nec procurator suo nomine appellet.*

di un interesse a rimuovere gli effetti negativi e pregiudizievoli della sentenza, le fonti, di regola, riconoscono, in primo luogo, al soccombente la possibilità di appellare contro una pronuncia sfavorevole<sup>21</sup>.

In verità, l'Orestano, che pure si è occupato *ex professo* del tema, riteneva che tale prerogativa fosse ugualmente attribuita all'altro contraente, precisando che «anche la parte riuscita vincitrice potesse avere talvolta motivi per dolersi della sentenza (quando, ad esempio, avesse visto accolte solo parzialmente o inesattamente le sue domande) e quindi per impugnarla al fine di ottenerne una più favorevole od esatta» e che, pertanto, non avrebbe avuto senso la «distinzione che da alcuni si vorrebbe introdurre fra la posizione della parte vincente e quella della parte soccombente»<sup>22</sup>.

Non credo che tali affermazioni possano essere condivise: se, infatti, non v'è dubbio che la possibilità di interporre gravame spetti, in astratto, ad ognuno dei contendenti, è soltanto all'esito della lite che è possibile individuare colui che abbia interesse alla riforma di una sentenza sfavorevole. Nell'ipotesi particolare, poi, in cui la pronuncia, per usare le parole dell'Orestano, avesse accolto solo parzialmente oppure inesattamente le domande dell'una o dell'altra parte in causa, la legittimazione ad appellare era concessa ad entrambi i contendenti, poiché essi, seppure limitatamente alla parte di decisione sfavorevole, erano stati entrambi pregiudicati dalla pronuncia giudiziale: ma in una simile ipotesi, non credo che si possa parlare di appello proposto dalla parte riuscita vincitrice. Infatti, la parte che vedeva accolte parzialmente le proprie domande era, sotto questo profilo, soccombente e come tale poteva proporre appello, mentre colui che si fosse visto accogliere nella sua intrezza le proprie domande, non avrebbe avuto alcun interesse ad impugnare la sentenza, già di per sé idonea al pieno soddisfacimento delle proprie ragioni.

In tale prospettiva, della possibilità di un appello riconosciuta ad entrambe le parti si ha traccia già in un rescritto dei *Divi Fratres*, riportato da Ulpiano in D. 49.9.1<sup>23</sup>, in cui si fa l'ipotesi che il postulante abbia ricevuto dalla parte appellante il mandato di difenderla *de appellatione, quam Pollia ad eum fecit*, l'ipotesi, cioè che entrambe le parti abbiano la posizione di appellanti.

<sup>21</sup> Dello stesso Macro, vedi anche D. 49.4.2.1. e, in negativo, un passo di Ulpiano (D. 49.5.1) Per questi passi vedi ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 321 e 322.

<sup>22</sup> ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 306.

<sup>23</sup> D. 49.9.1 pr.: *Quaeri solet, an per alium causae appellationis reddi possunt: quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit. Et in rebus pecuniariis sunt rescripta posse agi.*

Al riguardo, non abbiamo ulteriori indizi al riguardo, né la legislazione successiva offre, in proposito, utili appigli, mancando l'enunciazione di autonomi principi in materia.

In linea generale, infatti, le costituzioni imperiali riconoscono esclusivamente al *victus* o al *superatus* la legittimazione ad appellare, ammettendo, seppure in modo implicito, la facoltà di entrambe le parti, qualora ne esistesse l'interesse, a proporre il gravame, mentre l'introduzione di un principio esplicito avverrà esclusivamente con Giustiniano, mediante il riconoscimento della possibilità della proposizione del gravame in via incidentale da parte di entrambi i contendenti per il caso di reciproca soccombenza.

Un primo passo in questo senso era stato compiuto con la c. 10. C. 7.64 dell'anno 529, che consentiva al giudice superiore, per il caso di omessa pronuncia sulle spese del giudizio di primo grado, di provvedere sul punto senza la necessità di un appello da parte di colui che era risultato vincitore: appello, che – anzi – era espressamente vietato.

Più decisamente il nuovo indirizzo si afferma con la c. 39 C. 7.62 del 530, con cui la cancelleria imperiale riconosceva, con ciò anticipando la moderna disciplina dell'appello incidentale e – per quanto specialmente rileva ai nostri fini – innovando rispetto al regime anteriore (*antiquam observationem emendamus*), che anche l'appellato (*adversarius eius*), che non avesse interposto gravame avverso la sentenza di primo grado, potesse – *si quid iudicatis opponere maluerit* – chiedere, a sua volta, la riforma della sentenza. Mi pare evidente che una simile eventualità potesse verificarsi esclusivamente nel caso in cui l'appellato non avesse ottenuto il pieno soddisfacimento delle proprie ragioni in prima istanza, poiché, al contrario, non sarebbe stato legittimato, in quanto privo di idoneo interesse, ad impugnare la sentenza.

Tale disciplina vige anche a favore del contumace, per il quale provvedeva d'ufficio il giudice: *sin autem absens fuerit, nibilo minus iudicem per suum vigorem eius partes adimplere*.

## 6. *Appellatio proprio nomine e appellatio alieno nomine*

Ben più che con riferimento alla possibilità di entrambi i contendenti di proporre gravame, il tema della legittimazione ad appellare nel sistema processuale romano assume, però, rilievo nel duplice profilo dell'impugnazione *proprio nomine* o *alieno nomine*, che contrappone, ai fini della

proposizione di un gravame avverso una sentenza, la posizione del titolare degli interessi pregiudicati dalla pronuncia sfavorevole rispetto a quella di colui che ne aveva sostenuto le ragioni in giudizio<sup>24</sup>.

Qui il problema si pone, in verità, in duplice, seppure reciprocamente interdipendente, prospettiva: una procedurale, relativa al diverso termine, differentemente fissato, per la proposizione del gravame (*biduum vel triduum*)<sup>25</sup>, l'altra con riguardo alla individuazione dei criteri relativi alla legittimazione ad appellare<sup>26</sup>.

Sotto il primo profilo, è noto come nel diritto romano i termini per l'impugnazione erano brevissimi: lo stesso giorno della sentenza se l'appello era proposto oralmente; due o tre giorni – questo è il profilo che interessa qui indagare – a seconda che si appellasse in nome proprio o nell'interesse altrui, se venivano presentati i *libelli appellatorii*.

Quando e come termini così ristretti fossero stato fissati non sappiamo con certezza<sup>27</sup>: nell'età dei Severi, essi sono attesati in due passi, rispettivamente dei *libri appellationum* di Marciano (D. 49.1.5.4)<sup>28</sup> e

<sup>24</sup> Sulla differente posizione fra chi agiva *proprio* o *alieno nomine*, già Gai Inst. 4.82 (*Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis*) e Ulpiano 49.4.1.11 (*In propria causa biduum accipitur. Propriam causam, ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinent*).

<sup>25</sup> Con specifico riferimento alla legittimazione ad impugnare, si veda Macro D. 49.4.2.1: *Sed si alius, quam qui iudicio expertus est, appellet, qualis est cuius interest, an etiam tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est secunda die appellare eum debere, qua verum est eum suam causam defendere, contrarium ei est, si dicat idcirco sibi licere intra triduum appellare, quia videtur quasi alieno nomine appellare, quando, si velit causam suam alienam videri, semet ipsum excludit, quia in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non liceat*. Cfr. anche D. 49.1.20.1; 49.4.1.12, su cui ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 308 ss.

<sup>26</sup> MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi* (cit. nt. 10), p. 87 scrive che «l'esercizio del diritto di un individuo ad appellare una sentenza a cui è stato estraneo debba risiedere nel coefficiente di sovrapposibilità giuridica tra il rapporto processuale e il rapporto sostanziale sottostante, oggetto di controversia».

<sup>27</sup> Il Litewski ipotizza che tali termini siano stati introdotti da costituzioni imperiali, come sarebbe confermato dalla Novella 23 di Giustiniano, su cui subito nel testo (W. LITIEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, IV, in «Revue internationale des droits de l'Antiquité», 15 (1968), p. 149 ss.).

Un primo accenno si rinviene in un passo di Giuliano, riportato in D. 49.4.1.14: *Si quis suspectum tutorem faciens non optinuerit, appellare eum intra triduum debere Iulianus libro quadragensimo digestorum scripsit, profecto quasi pupilli defensorem*.

<sup>28</sup> D. 49.1.5.4: *Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin auteme hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandus biduum vel triduum computandum est*.

di Ulpiano (D. 49.4.1.5)<sup>29</sup>, come un dato pacifico e senza alcuna indicazione dell'origine, normativa o consuetudinaria che fosse. Ulpiano richiama solo un'oratio di Marco Aurelio, che aveva precisato doversi computare i termini *quo primum adeundi facultas erit* (D. 49.4.1.7).

Normativamente, i termini vennero stabiliti, sul finire del terzo secolo, dal notissimo editto di Diocleziano (C. 7.62.6)<sup>30</sup>, che peraltro prendeva in considerazione solo il caso dell'appello scritto, *libellos appellatorios offerre*, confermando la duplice misura di uno o due giorni, *eodem die vel altero*, per gli appelli proposti *in causa propria*, di tre giorni se l'appello era proposto da chi *negotium tuetur alienum*.

C. 7.62.6 § 5: *Sin autem in iudicio propriam causam quis fuerit persecutus atque superatus voluerit provocare, eodem die vel altero libellos appellatorios offerre debebit. Is vero, qui negotium tuetur alienum, supra dicta condicione etiam tertio die provocabit.*

Nessun altro intervento normativo in materia si ha nei secoli successivi: del resto, che i termini per appellare siano rimasti per oltre due secoli quelli indicati dai giuristi tardoclassici e sanzionati dall'editto diocleziano del 294, trova la conferma testuale dalla Novella 23, con cui, nell'anno 536, l'imperatore Giustiniano li modificava.

Nella *praefatio* della Novella si denunciava l'*acerbitas anteriorum legum*, non tanto – però – per la brevità del termine, quanto per la distinzione fra il *biduum* concesso a chi *per se litem exercuerit et fuerit condemnatus* ed il *triduum* previsto *si per procuratorem causa ventilata sit*: distinzione che la *rerum experientia* considerava dannosa, in quanto suscettibile di indurre in errore le parti, per lo più ignare della *subtilitas legum* e portate a ritenere che il termine di tre giorni fosse comune a tutte le impugnazioni, *in triduum provocations porrigendas*. In considerazione di ciò, Giustiniano stabiliva che tutti gli appelli *sive per se sive per procuratores seu defensores vel curatores et tutores ventilentur*, fossero proponibili entro dieci giorni decorrenti dalla *recitatio*

<sup>29</sup> D.49.4.1.5: *Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit.*

<sup>30</sup> Sull'editto di Diocleziano, si veda A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Un edicto general de Diocleciano sobre procedimiento*, in *Estudios D'Ors*, I, EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1987, p. 417 ss. Per qualche cenno, cfr., M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Giuffrè, Milano 1960, p. 15 nt. 21; A. CENDERELLI, *Ricerche sul 'Codex Hermogenianus'*, Giuffrè, Milano 1965, p. 34 nt. 38 e p. 73 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München 1966, p. 340 nt. 10; F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero. II. L'organizzazione giudiziaria di Costantino*, in «Studi Urbinati», 18 (1966), p. 198.

della sentenza, con l'intento di dare, così, alle parti il tempo necessario per deliberare con ponderatezza *sive appellandum ei sit sive quiescendum*.

Anche in Occidente, però, un allargamento dei termini per appellare doveva essersi verificato nella prassi, se non attraverso un intervento normativo: lo si desume, infatti, da un passo della *Interpretatio* visigotica alla *Pauli Sententiae*, che stravolgendo il contenuto del testo interpretato (P.S. 5.33.1-8)<sup>31</sup>, enunciava il nuovo principio.

Paolo, o l'ignoto autore delle *Sententiae*, insegnava che, per limitare il ricorso incontrollato all'appello, *ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae*, si erano fissati *et poena et tempora appellatoribus*.

Inoltre, il passo precisava che i *tempora ad cavendum in poena appellationis* erano fissati in cinque giorni, computati *ex die acceptarum litterarum* per l'appellante *morans in eo loco ubi appellaverit*, con l'aggiunta degli ulteriori giorni di viaggio nel caso che si trovasse *longius*. Nell'*Interpretatio*, i cinque giorni fissati per prestare la cauzione sono diventati il termine per appellare: *quicumque iudici, qui causam eius audivit, appellare et ad alium iudicem provocare voluerit, intra quinque dies appellet*. Ma non si trattava di un malinteso o di un errore: l'*Interpretatio* rifletteva, evidentemente, la situazione del tempo in cui veniva redatta: tanto è vero, che il termine di cinque giorni si ritrovava nella *Lex Romana Burgundionum*, la quale aveva recepito l'identico indirizzo della prassi, che aveva trovato espressione nell'*Interpretatio* alle Sentenze di Paolo<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> *Ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae, et poena et tempora appellatoribus praestituta sunt. Quod nisi iuste appellaverint, tempora ad cavendum in poena appellationis quinque dierum praestituta sunt. Igitur morans in eo loco, ubi appellavit, cavere debet, ut ex die acceptarum litterarum continui quinque dies computentur: si vero longius, salva dinumeratione interim quinque dies cum eo ipso quo litteras acceperit computantur. 2. Ne quis in captionem verborum in cavendo incidat, expeditissimum est poenam ipsam vel quid aliud pro ea deponere: necesse enim non habet sponsorem quis vel fideiussorem dare aut praesens esse: et si contra eum fuerit pronuntiatum, perdit quod deposuit. 3. Quotiens in poena appellationis cavetur, tam unus quam plures fideiussores, si idonei sint, dari possunt: sufficit enim etiam per unum idoneum indemnitati poenae consuli. 4. Si plures appellant, una cautio sufficit, et si unus caveat omnibus vincit. 5. Cum a pluribus sententiis provocatur, singulae cautiones exigendae sunt et de singulis poenis spondendum est. 6. Modus poenae, in qua quis cavere debet, specialiter in cautione exprimendus est, ut sit, in qua stipulatio committatur: aliter enim recte cavisse non videtur. 7. Adsertor si provocet, in eius modi tertiam cavere debet, quanti causa aestimata est. 8. In omnibus pecuniariis causis magis est, ut in tertiam partem eius pecuniae caveatur.*

<sup>32</sup> L.R.B. 33.3: *Appellationis sane tempora haec sunt, ut pendente sententia quisque appellare voluerit, inter dies quinque per libellos, id est data petitione appellat, contestans, se ad audientiam principis provocare.* In argomento, A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto*

Anche a proposito della decorrenza dei termini entro cui interporre gravame, le fonti prevedono che essi decorrano dal momento della pronuncia della sentenza, sia in relazione all'ipotesi dell'appello orale, come risulta dal passo di Macro, raccolto in D. 49.1.5.4<sup>33</sup>, sia per l'appello scritto, come si ricava implicitamente da quanto scrive Ulpiano (D. 49.4.1.15)<sup>34</sup>: nel caso riferito dal giurista, espressamente relativo all'ipotesi della sentenza resa *adversus absentem*, il termine decorre *ex qui scit*, cioè appunto dal momento dell'effettiva conoscenza della decisione del giudice da parte del titolare degli interessi in contesa, con quanto ne deriva in relazione al profilo, analogamente correlato al tema della *res iudicata*, della legittimazione ad appellare<sup>35</sup>.

Con specifico riguardo a tale aspetto, le fonti tardoclassiche – derogando alla regola generale soprarichiamata in base alla quale legittimato ad appellare era esclusivamente colui che fosse stato parte nel giudizio di primo grado – attestano che anche un terzo, estraneo alla vicenda processuale di prime cure, ma pregiudicato dalla sentenza, quindi titolare di un interesse proprio e diretto, fosse legittimato ad interporre gravame e, per quanto specialmente interessa al discorso che siamo venuti facendo, dimostrano come l'efficacia del giudicato della sentenza incontrasse, anche sotto tale specifico profilo limiti di carattere soggettivo.

Il tema è stato ampiamente studiato in dottrina: l'Orestano distingueva essenzialmente due ipotesi: il caso più frequente e tipico, in cui la legittimazione ad appellare era riservata alle parti del giudizio di primo grado, che avevano assunto tale veste indifferentemente *proprio nomine* o *alieno nomine*, dall'ipotesi di un appello reso a mezzo di un procuratore, in cui era prevista la duplice possibilità, per la parte soccombente di nominare un sostituto processuale al solo fine della proposizione – per

---

*intermedio*, I, Giuffrè, Milano 1967, p. 131 e nota 95.

<sup>33</sup> D. 49.1.5.4: *Eius, qui ideo causam agere frustratur, quod dicit se libellum principi dedisse et sacrum rescriptum expectare, audiri desiderium prohibetur: et si ob eam causam provocaverit, appellatio eius recipi sacris constitutionibus vetatur.*

<sup>34</sup> D. 49.4.1.15: *Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est.*

<sup>35</sup> Dal tenore del passo di Ulpiano in esame, è possibile ipotizzare, seppure in negativo, che nei casi in cui le parti fossero presenti alla pronuncia, il termine decorresse dalla lettura del dispositivo. Era questo, del resto, il regime adottato da Giustiniano, per il quale, il più ampio termine di dieci giorni per appellare, infatti, decorreva dalla *recitatio* della sentenza alle parti. In proposito, ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 239 ss.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*. I, Giuffrè, Milano 1961, p. 118 ss.

suo conto – del gravame (D. 49.5.1 e 49.1.4.5)<sup>36</sup>, riservando a sé la successiva gestione della lite, oppure di affidare ad un terzo la conduzione del giudizio di secondo grado, successivamente alla presentazione materiale dell'impugnazione, effettuata dallo stesso titolare degli interessi in contesa.

Analoga ricostruzione è effettuata dal Litewski, il quale distingue tra una legittimazione primaria (*primäre Legitimation*) e una derivata (*abgeleitete Legitimation*), riferibile ai casi di appello *alieno nomine*, concentrando peraltro la sua attenzione sulle fonti classiche in materia<sup>37</sup>.

Precisato doverosamente quanto sopra, le fonti, in linea generale, confermano che per interporre gravame avverso una sentenza pregiudizievole non era necessario essere stato parte nel giudizio di primo grado, ben potendosi ritenere sufficiente un interesse concreto ad eliminare le conseguenze pregiudizievoli della sentenza sfavorevole.

Ne danno conferma gli insegnamenti di Macro per cui *alio condemnato, is cui interest appellare potest*, con la precisazione che *Qualis est, qui per procuratorem expertus victus est nec procurator suo nomine appellet* (D. 49.1.4.2) e di Ulpiano, che attesta come *Non solent audiri appellantes nisi hi, quorum interest vel quibus mandatum est vel qui negotium alienum gerunt, quid mox ratum habetur* (D.49.4.2.1 e 2): anzi, precisa lo stesso Macro, la causa condotta da altri in primo grado, veniva considerata *ut propria causa*<sup>38</sup>.

Nella prassi si erano configurati – in materia – una serie di fattispecie particolari, fra cui spicca il caso in cui i terzi siano soggetti all'altrui cosa giudicata «in quanto siano titolari dello stesso rapporto litigioso che è stato legittimamente dedotto o difeso in giudizio da altri» (D. 49.1.4.2 e 3; D. 49.1.4.4) ovvero «in quanto si trovino con una delle parti in causa in rapporto giuridico, il cui contenuto o la cui esistenza – secondo le norme del diritto sostanziale – è necessariamente dipendente dall'accertamento positivo o negativo del rapporto litigioso tra le parti», come avviene nei rapporti obbligatori fra venditore e compratore nel caso di

<sup>36</sup> Il rescritto dei *Divi Fratres*, riportato in C. 2.12(13).2, riferisce del compimento di determinate formalità per la costituzione del procuratore, incaricato di interporre il gravame avverso la sentenza sfavorevole, su cui ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 319.

<sup>37</sup> LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, III, in «Revue internationale des droits de l'antiquité», 14 (1967), p. 328 ss.

<sup>38</sup> Per quanto scrivo nel testo, l'affermazione di una «sensazione che ciò di cui parliamo fosse un'eccezione a una regola generale», espressa da MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi* (cit. nt. 10), p. 81 nt. 263, merita, a mio giudizio, qualche ulteriore riflessione.

azione di rivendica (D. 49.1.4.3; 49.1. 5 pr.) oppure nell'ipotesi dei rapporti fra il creditore e i fidejussori del debitore (D. 45.1.116) ovvero, infine, per il caso di rapporto fra l'erede istituito nel testamento, convenuto in forza di *querela inofficiosa* dall'erede intestato, con gli schiavi manomessi con il testamento o con i fidecommissari (D. 5.8.2.16; 5.2.28; 20.1.3)<sup>39</sup>.

## 7. *Gli sviluppi della legislazione tardoantica*

Di questa articolata riflessione della giurisprudenza e della correlata e complessa problematica, le fonti successive a noi pervenute non conservano che poche tracce e deve, pertanto, presumersi che anche in questo settore la legislazione imperiale non abbia sentito la necessità di intervenire, perché la prassi, molto verosimilmente, si riportava ai principi elaborati dalla giurisprudenza.

Conformemente alla permanenza nel Codice Teodosiano di un titolo, il 2.12 *De cognitoribus et procuratoribus*, rimane, anzitutto, valido il principio per cui il *cognitor* ed il *procurator* erano essi stessi parti del giudizio, *ministri* li definisce significativamente la c. 7 del titolo, alla cui eventuale morte subentrava, nel rapporto litigioso, il *dominus litis*<sup>40</sup>:

<sup>39</sup> BETTI, *D. 42. 1. 63. Trattato dei limiti soggettivi* (cit. nt. 1), p. 48 ss. Sull'ipotesi, relativa all'unico caso in cui la legittimazione ad appellare spetterebbe anche a colui che non è soggetto alla cosa giudicata altrui, cioè l'ipotesi di colui che si trovi -con la parte soccombente- in un rapporto di giuridico familiare incompatibile con il rapporto giuridico personale riconosciuto in giudizio come esistente nei confronti dell'avversario, vedi ancora Macro in D. 49.4.2.2 (su cui BETTI, *ibid.*, 53 s., anche per i dubbi sulla natura interpolata del frammento) ovvero per il caso di appello concesso al coerede in caso di dolo o collusione a suo danno (D. 49.1.5 pr.): in proposito, Betti, 46 s.

Per una esegesi delle singole ipotesi, con specifico riferimento al caso del creditore pignoratizio, si veda, di recente, l'approfondita indagine della ZILIO, *Effetti del giudicato rispetto ai terzi* (cit. nt. 10), p. 413 ss. (in particolare su D. 20.1.3. pr.).

<sup>40</sup> *Interpretatio. Procurator est, cui per mandatum causa committitur. Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit. Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus, post litem contestatam quolibet casu de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio ad suum nihil transmittit heredem: nisi tantum sumptuum vel expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit: lis vero ad mandatorem redit. Si praesentis procurator vincatur aut vincat, in dominum vel domino, non in procuratorem vel procuratori actio tribuetur indicati. Idem est et in pulsati possessoris procuratore servandum, si aut vincatur aut vincat. Et si in rem suam quis factus fuerit dominus et procurator, et procuratorem ipse pro sua utilitate iam fecerit, similiter exitus rei indicatae dominum respiciet, non actorem.*

CTh. 2.12.7: *Imp. Theodosius a. et Valentinianus caes. Asclepiodoto pf. p. Si lite contestata procuratorem vel cognitorem, qui litis minister est ordinatus, mori contigerit, minime eius quaerantur heredes, ne supervacua domino causae laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones. Et successoribus procuratoris nulla super eo petitio relinquatur, nisi tantum expensarum nomine vel factorum litis causa sumptuum. Nec sane videtur incongruum cognitori, quum manifestum sit, si cognitor vel praesentis procurator usus fuerit in iudicio prosperiore fortuna, vel eadem non flante devictus, iudicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino. Et haec quidem in actoris persona de litis ministro edixisse sufficiat; ceterum in rei quoque idem licere, non dubium est, quamvis abunde legum veterum observatione munita sit, quae, si in rem quoque suam cognitor vel procurator quis fuerit ordinatus, simili modo nihil novi requirere patiuntur etc. Dat. xviii. kal. dec. Constantinopoli, Victore v. C. cons.*

La loro posizione processuale, seppure in relazione al giudizio di primo grado, si ricava anche dalla lettura della costituzione di apertura del titolo, secondo cui, infatti, il *procurator* poteva, *utpote dominum litis ... inchoatam litem iurgiumque finire*, cui evidentemente conseguiva, per il caso di soccombenza, la legittimazione ad impugnare la sentenza sfavorevole<sup>41</sup>:

CTh. 2.12.1: *Imp. Iulianus a. Secundo pf. p. Nulla dubitatio est, post causam in iudicio publicatam, utpote dominum litis procuratorem effectum, etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem iurgiumque finire: quippe quum et procuratorem posse eum instituire et ad heredes suos inchoata transmittere, veteres iuris voluerunt conditores. Lecta apud acta prid. non. febr. Iuliano a. iv. et Sallustio coss.*

Con riferimento all'interposizione di un gravame *alieno nomine*, senza effettuare alcuna specificazione sulla posizione processuale assunta dalle parti nel primo grado di giudizio, si ha un solo esplicito riferimento nel sopra richiamato editto diocleziano dell'anno 294 (C. 7.62.6. § 5), nel

<sup>41</sup> *Interpretatio. Qui dominus et procurator de cuiuslibet rei petitione fuerit institutus et susceptam litem vivo mandatore per actionem repetendo fuerit contestatus, etiamsi ille, qui ei mandatum tale fecerat, de hac luce discedat, liceat ei rem, quam repetendam susceperat, sibi et ipsi defensare et alium procuratorem in hac causa, si voluerit, qui repetat, ut dominus ordinare atque actionem ad heredes suos successoresque transmittere: quia sicut in rebus, quae possidentur, procuratores tantum adversus pulsantes nec non et domini possunt firmiter ordinari, ita in rebus, quae repetuntur, dominos procuratoresque facere is, qui pulsat ac repetit, iure permittitur. Solum est, ut mandatum ad vicem donationis factum, actis habeatur insertum.*

quale, al fine di ribadire il differente termine per l'interposizione dell'im-pugnazione, si distingue il caso di colui che abbia perduto una lite in prima persona da colui che *negotium tuetur alienum*.

C. 7.62.6 § 5: *Sin autem in iudicio propriam causam quis fuerit persecutus atque superatus voluerit provocare, eodem die vel altero libellos appellatorios offerre debebit. Is vero, qui negotium tuetur alienum, supra dicta condicione etiam tertio die provocabit.*

Questi termini non rappresentano, come abbiamo sopra ricordato, una novità, come risulta da tutta la precedente elaborazione giurisprudenziale che, perlomeno in età severiana<sup>42</sup>, li aveva ormai fissati in maniera precisa<sup>43</sup>. Se una novità c'è, e non certo positiva, è nella mancanza di uno specifico richiamo alla distinzione fra appello orale ed appello scritto. L'editto, infatti, prospetta la possibilità di appellare *eodem die vel altero*, se l'appellante agisca in nome proprio e parla, per entrambe le ipotesi, della necessità di *libellos appellatorios offerre*. Sembra ignorare, quindi, che *eodem die* si poteva appellare anche oralmente.

Non è chiaro se si trattasse di una voluta omissione della possibilità di appello orale: questa, in verità, sembrava essere l'opinione dell'Orestano, il quale scriveva che la disposizione dell'editto testimonierebbe la decadenza dell'appello orale dopo l'età dei Severi<sup>44</sup>.

E che comunque potesse nascere il dubbio circa la possibilità del ricorso all'appello orale potrebbe ricavarsi anche da una successiva costituzione di Costantino, che, espressamente, ne riaffermava la possibilità (c. 7 CTh. 11.30)<sup>45</sup>.

Nessuna delle costituzioni raccolte nei Codici, al contrario, affronta specificamente il problema della legittimazione ad appellare e le poche notizie in proposito possono ricavarsi solo in modo implicito.

<sup>42</sup> Vedi, in particolare, D. 49.1.5.4. Sui sospetti di interpolazione della seconda parte del passo, cfr. R. REGGI, *I libri de appellationibus di Marciano*, in «Studi Parmensi», 15 (1974), p. 46.

<sup>43</sup> Cfr., in proposito, ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 237 ss.; M.G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 127; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (cit. nt. 30), p. 403; LITEWSKI, *Die römische Appellation*, IV (cit. nt. 27), p. 145 ss., in part. p. 151.

<sup>44</sup> ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 230 nt. 1.

<sup>45</sup> CTh. 11.30.7: *Imp. Constantinus A. ad Bassum p(raefectum) u(rbi). Litigatoribus copia est etiam non conscriptis libellis ilico appellare voce, cum res poposcerit iudicata. Dat. VIII Ivn. Sirmio Gallicano et Basso Cons.*

Anzitutto, la costituzione 17 CTh. 11.36, *Quorum appellationes non recipiantur*, dedicata, nel dicembre 344, dai figli di Costantino, Costante e Costanzo, a disciplinare il divieto di impugnazione degli *officiali* avverso le sentenze del *proprius iudex*, con l'unica eccezione dei casi relativi alle controversie sul patrimonio, per le quali è esplicitamente ammessa la costituzione di un procuratore:

CTh. 11.36.7: *Idem aa. ad Hieroclen consularem Syriae Coeles. Observare curabis, ne quis homicidarum veneficorum maleficorum adulterorum itemque raptorum argumento convictus, teste superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus audiat appellans. Ut enim aequum est non convictos neque confessos, quia plerumque accidit, ut fortuna iudicii argumenta conglutinet, quorum similitudine opprimatur reus qui non possit vera ratione convinci, vel adversarii calliditas testes subtrahat, qui veritatem audacia vel acrimonia superet, vel confessos neque convictos, quod saepe vel repentinae formidinis vel impositorum tormentorum cogit immanitas, uti in appellando ceteris etiam rei iure communi: ita et aliena et propria voce depressum non oportet, quod contempserit aequitatem ac moram tantum usurpandae lucis indebitae rursus importunitates arripere. Dat. V id. dec. Leontio et Sallustio cons.*

Ancora più significativa è la successiva c. 50 CTh. 11.30, *De appellationibus et poenis earum et consultationibus*, nella quale Valentiniano, Teodosio e Arcadio statuiscano, nel giugno dell'anno 393, che le conseguenze della violazione dei principi sul divieto di appello *ante sententiam* da parte del procuratore che abbia impugnato la sentenza, gravino sul titolare degli interessi oggetto della controversia, cui deve essere irrogata una *multa praeiudicialis*.

Per quanto specialmente interessa rilevare, la disposizione che conferma la possibilità di nominare un procuratore per la proposizione del gravame, intendeva porre rimedio ad una prassi, che si era andata progressivamente diffondendo, per cui, al fine di evitare le conseguenze della violazione delle regole sull'inappellabilità, le parti autorizzavano soggetti terzi estranei al giudizio di primo grado ad interporre un atto di appello:

CTh. 11.30.50: *Imp. Valentinianus, Teodosius et Arcadius AAA Victorio proconsuli Asiae. Eum, qui procuratorem suum cum appellatione ante sententiam adversum se latam ad iudicium dirigit, iudiciaria auctoritate iubemus praeiudicialis multae excipere ac sustinere iacturam. Emissa prid. non. april. Constantinopoli Theodosio a. III et Abundantio cons.*

Il tema della successione nel rapporto processuale, con specifico riferimento alla morte di una delle parti, è affrontato dalla costituzione unica del titolo 11.35, *Si pendente appellatione mors intervenerit*, con cui Costantino prevedeva che si applicasse anche al processo di appello la disciplina della *reparatio cursus temporis*, in forza della quale agli eredi era concesso un termine di quattro mesi per valutare l'opportunità di proseguire o meno il giudizio di secondo grado<sup>46</sup>:

CTh. 11.35.1: *Imp. Constantinus A. ad Bassum p(raefectum) u(rbi). Post alia. Consulentibus iudicibus, si debeant, cum de appellatione cognoscunt, litigatoris heredibus, qui ante lapsum negotium in lite defecit, nova tempora prorogare an eos cogere intra dies reliquos etiam incognitum negotium perorare, placuit, cum de appellationibus iudicatur, altero ex litigatoribus in lite defuncto menses quattuor innovare et nova tempora prorogari, ne ignorantes negotia vel etiam super adeundam hereditate dubitantes, priusquam aliquod commodum sentiant, damni adfici compellantur. P(ro)p(osita) xiiii kal. Iun. Sirmi Crispo II et Const(ant)ino II cc. cons.*

#### 8. La legittimazione ad appellare in CTh. 11.30.57 di Arcadio ed Onorio

Un discorso particolare sui limiti soggettivi della cosa giudicata, infine, merita la costituzione 57 del titolo 11.30, emanata dagli imperatori Arcadio ed Onorio.

CTh. 11.30.57: *Idem aa. ad Eutybianum praefectum praetorio. Post alia: Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam quos synoditas vocant, per vim atque usurpationem vindicare liceat ac tenere. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus, ut ibi diligentius examinetur, ubi contra hominis salutem vel errore vel gratia cognitoris obpressa putatur esse iustitia; ea condicione, ut sive pro consule, comes Orientis, augustalis, vicarii fuerint cognitores, non tam ad clementiam nostram quam ad amplissimas potestates sciant esse referendum. Eorum enim de his plenum volumus esse iudicium, qui, si ita res est et crimen exegerit, rectius possint punire damnatos. Et cetera. Dat. VI kal. aug. Mnizō Honorio a. III et Eutychiano cons.*

<sup>46</sup> LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, III (cit. nt. 37), p. 358.

Dalla lettura del testo, infatti, si ricava l'attribuzione ai chierici di una legittimazione ad appellare per conto del condannato, a cui la legislazione precedente, in particolare quella di Costantino, aveva precluso la possibilità di impugnare le sentenze per i reati più gravi<sup>47</sup>.

A ben vedere, però, la formulazione della costituzione è ambigua e, dopo avere negato ai monaci e ai chierici la possibilità di sottrarre i condannati a morte all'esecuzione della pena capitale, riconosce a determinati soggetti, qui non esattamente individuati, la possibilità di interporre gravame *humanitatis consideratione*.

Nel testo teodosiano della costituzione – che, si badi, è riportato, senza varianti, nella *sedes materiae* del Codice Giustiniano (C. 7.62.29) – non è affatto chiaro se il *quibus*, che inizia la frase, si riferisca agli ecclesiastici o ai condannati<sup>48</sup>.

Ai primi, però, sembra definitivamente riferirsi la disposizione, esaminando una versione molto più ampia del provvedimento, che si rinviene in C. 1.4.6, cioè nel titolo *De episcopali audientia*, parzialmente riproducendo la geminata 9.40.16 del Teodosiano<sup>49</sup>:

C. 1.4.6: *Imperatores Arcadius, Honorius. Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam, quos synoditas vocant, per vim atque usurpationem vindicare liceat ac tenere, sed reos ad locum poenae sub prosecutione pergentes nullus teneat aut defendat. 1. Sed sciat se cognitor triginta librarum auri multa, primates officii capitali esse sententia feriendos, nisi usurpatio ista aut protinus vindicetur aut, si tanta clericorum aut monachorum audacia est, ut bellum potius quam iudicium futurum esse existimetur, ad clementiam nostram commissa referantur, ut nostro arbitrio mox severior ultio procedat. 2. Ad episcoporum sane culpam ut cetera redundabit, si quid forte in ea parte*

<sup>47</sup> Sull'inammissibilità dell'appello nei processi criminali nella legislazione di Costantino, rinvio a quanto scritto nel volume *L'appello nella legislazione del tardo Impero* (cit. nt. 3), p. 62 ss.

<sup>48</sup> B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, III, Giuffrè, Milano 1954, p. 358.

<sup>49</sup> CTh. 9.40.16: *Impp. Arcadius et Honorius aa. Eutybiano praefecto praetorio. Post alia: addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam, quos synoditas vocant, per vim adque usurpationem vindicare liceat ac tenere. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus, ut ibi diligentius examinetur, ubi contra hominis salutem vel errore vel gratia cognitoris obpressa putatur esse iustitia: ea condicione, ut, sive pro consule, comes Orientis, praefectus augustalis, vicarii fuerint cognitores, non tam ad clementiam nostram quam ad amplissimas potestates sciant esse referendum. Eorum enim de his plenum volumus esse iudicium, qui, si ita res est et crimen exegerit, rectius possint punire damnatos.*

*regionis, in qua ipsi populos christianae religionis doctrinae insinuatione moderantur, ex his, quae fieri hac lege prohibuimus a monachis perpetratum esse cognoverint nec vindicaverint. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus.*

Come si vede, qui la frase *quibus in causa criminali... interponendae provocationis copiam non negamus* – separata, com'è, dal contesto precedente – fa un espresso riferimento agli ecclesiastici, che non è scontato avesse nell'originale, confermando, dunque, la legittimazione di terzi estranei al giudizio di primo grado alla proposizione del gravame.

### 9. *Riflessioni conclusive*

Le brevi riflessioni sui limiti soggettivi della *res iudicata* nel sistema processuale romano hanno confermato come gli studi di Emilio Betti costituiscano viatico irrinunciabile per chiunque intenda avvicinarsi a tale settore di studio e testimoniano come i risultati delle indagini del Maestro non siano circoscritti alla disciplina delle vicende del processo di epoca classica, specialmente riflesse nelle opere dei giuristi, ma costituiscano una indispensabile premessa – anche dogmatica – per la ricostruzione del valore della cosa giudicata anche nell'epoca tardoantica e, più in generale, per lo studio del processo in ogni tempo.

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 contestatio*: 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 ermeneutici 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 «Buletto del 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 rinveno 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 penetrazione 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.



Francesco Zanchini di Castiglionchio

*Riflessioni sul 'giusto processo' in diritto canonico,  
sullo sfondo del riequilibrio in corso fra diritti e poteri  
nella Chiesa cattolica*

SOMMARIO: 1. Tra 'agàpe' e storia. Una premessa neotestamentaria – 2. (*segue*) Potere giudiziario e sovranità binaria. Il diritto divino dei vescovi – 3. *Heri dicebamus?* Sul tentativo curiale di ridurre il Vaticano II a mero evento culturale – 4. Origini e sviluppo dell'opposizione anticonciliare: il terreno del processo – 5. La prima controriforma vaticana: la *Nova agendi ratio in doctrinarum examine* – 6. Resilienze (non sopprimibili) di una costituzione materiale parallela? – 7. Persistenze storico-culturali di fatti compiuti prevaricanti e diritto di resistenza – 8. (*segue*): a) Su un 'golpe Gasparri' in danno di due diversi progetti di giustizia amministrativa – 9. b) ... e sulla 'falsa' giustizia amministrativa del card. Grocholewski (e suoi) – 10. c) Lo sconcerto della scoperta nel clero di pratiche corruttive su minori – 11. (*segue*)... e l'abnorme deriva inquisitoria dei processi *de delictis gravioribus* – 12. Sulla voluta inattuazione dei tribunali amministrativi interdiocesani – 13. Sulle odierne, inedite sperimentazioni in tema di contenzioso matrimoniale – 14. Tra rescritti di giustizia e giurisdizione *inter partes*: un sottaciuto tema fondamentale – 15. Dalla frammentazione (relitto amaro di incertezze strategiche) ad un ritorno al Lateranense IV?

1. *Tra agàpe e storia. Una premessa neotestamentaria*

Tra le poche cose che ho creduto di capire del diritto canonico, un caposaldo mi pare che tuttavia rimanga in quanto scrissi – anni fa – per la *Treccani* giuridica (oggi pure nell'edizione *on line*) sotto il lemma 'costituzione della Chiesa'. Essere cioè l'esperienza giuridica, in tale

---

\* Il contributo è dedicato ad un volume che ha come oggetto prevalente uno dei temi centrali della riflessione di Emilio Betti: il processo. Ovviamente, proprio nello spirito di quegli 'incontri sul confine' tanto cari a Giuliano Crifò, primo e compianto presidente dell'IsEB, il discorso muove dalla prospettiva canonistica dell'A., spaziando in un orizzonte interdisciplinare aperto ai risvolti culturali, e in primo luogo teologico-costituzionali di esso nella temperie storica determinata dall'ultimo Concilio.

ordinamento, frutto di un altalenante compromesso – oltre ogni dire contraddittorio – tra cielo e terra, tra le vicende della salvezza biblica e la storia di un potere eternamente in bilico tra fraterna *koinonìa* eucaristica e legalistica fissazione (farisaica?) delle condizioni di appartenenza al Regno di Dio.

Sull'esempio di Piero Bellini, qui ci si ostina infatti a sospettare che l'adagio *ubi societas ibi jus* sarebbe più rispondente al vero se tradotto in quello *ubi societas ibi regimen* (o, se si preferisca, *potestas*); così più strettamente vincolando al tessuto della storia politica le vicende di un qualsiasi ordinamento, che nella vicenda umana pretendesse di affondare radici autentiche, ma anche robuste e solidissime, come quelle che Carl Schmitt riconosceva nella Chiesa romana.

C'è d'altronde una lessicale incomunicabilità originaria, che è arduo superare – e ancor più di rado vedere adeguatamente declinare – tra il verbo *agapào* del Nazareno e l'imbarazzato *filèo*, con cui Simon Pietro azzardava una risposta alla dichiarazione d'amicizia del suo maestro<sup>1</sup>: un imbarazzo radicale e quasi ontologico, quale solo Alda Merini mi pare abbia saputo esprimere meno inadeguatamente, nel suo Canto dei Vangeli<sup>2</sup>. Chiave spirituale, questa, che (ben guardandoci dal lasciarla ai neogotici paralogismi, eleganti coperture di fatti compiuti della *Rechtstheologie*) giammai era rimasta del tutto assente dalla riflessione canonistica: fosse pure da quel *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, scritto di getto da Pio Fedele nel 1941, circa un ventennio dopo l'accorta operazione di potere, con cui la temperie posttridentina – portata al calor bianco nello scontro con il pensiero moderno – era stata, non senza disinvoltura, colata negli stampi di una codificazione tecnicamente pregevole; ma, per più versi, intesa a efficacemente completare la violenza frattanto consumata, con la *Pastor aeternus*<sup>3</sup>, a carico dei vescovi e del popolo cattolico.

<sup>1</sup> *Gv.* 21, 1-19.

<sup>2</sup> Per un recupero della riflessione contemplativa della Merini, cfr. ora M. CAMPEDELLI, *L'amore imperfetto riconosce l'Amore*, in *Adista/Notizie*, n. 12 (2022), p. 15.

<sup>3</sup> Cfr. ampiamente A.B. HASLER, *Wie der Papst unfehlbar wurde. Macht und Ohnmacht Eines Dogmas* (Piper, 1979), Trad. it. *Come il papa divenne infallibile. Retrospectiva del concilio Vaticano I*, Claudiana, Torino, 1982. Non a caso, questo scritto è uno dei rarissimi casi rimasti immuni da tentativi di confutazione da parte della teologia di Curia. Eppure, il *de minimis non curat praetor* non dovrebbe valere per l'infallibilità del papa! Tuttavia, la cosa cambia quando un teologo tenti di trarre conseguenza dogmatiche dall'innovazione storiografica; come accaduto a Hans Kung, quando tentò di trarne a seguito del poderoso scavo storico di Hasler. Un altro esempio è sicuramente la ricerca di Cereti

Come una distanza che sopravviva, incolmabile, fra i due termini della relazione di Alleanza, una volta ancora soltanto l'amore imperfetto veniva in questione, allora come sempre, nel nuovo diritto della chiesa; stavolta per di più incorporando il diffuso positivismo giuridico dominante, fino al punto da affidare ad un organo dell'Esecutivo (piuttosto che ad una commissione espressa dal seno del Concilio, come ai tempi del Tridentino) il compito dell'interpretazione autentica del diritto vigente: che ne risultava bensì confermato nella sua secolarità tecnica, ma al tempo stesso scontava il rischio di proporsi come semplificazione apparentemente definitiva, atta a relegare la distinzione fra diritto e carità – i due corni del dilemma di sempre – nel rarefatto empireo delle novecentesche riflessioni pur magistrali, ma oggidì ignorate e ormai sempre più neglette, dei Carnelutti, dei Capograssi, dei Saraceni.

A fronte di che, nonostante il Concilio, non sfiorava la mente dei Morsdorf, o dei Corecco<sup>4</sup>, il dubbio che, in quello che illusoriamente definivano (contrapponendolo agli altri ordinamenti della storia) un 'ordinamento di grazia', la componente umana *non* risultasse dissolta e trasumanata; ma piuttosto elevata *qua talis* a una dimensione che, per fede, ne introduceva la carnalità peccatrice<sup>5</sup> alla condizione dell'Alleanza.

---

sulla presunta indissolubilità del matrimonio nelle origini cristiane, dove viene assunta a confutazione la condanna dei catari da parte del concilio di Nicea: indagine esemplare, ancora una volta (con qualche imbarazzo?) ignorata dal recente Sinodo dei vescovi per la famiglia. Maggior fortuna è toccata, viceversa, alla critica demolitrice di Vittorio Peri alla lista dei concili formulata a suo tempo da Roberto Bellarmino; posizione scientifica risalente al 1963, ma poi efficacemente condivisa da Paolo VI, dopo alcune incertezze di Giovanni XXIII. Cfr. V. PERI, *Il numero dei concili ecumenici nella tradizione cattolica moderna*, in «Aevum», fasc. 5/6.

<sup>4</sup> Ci si richiama a questo orientamento dottrinale (cfr. ad es. le gravi ambiguità inerenti al dialogo tra E. CORECCO e A.M. ROUCO VARELA su *Sacramento e diritto; antinomia nella Chiesa? Riflessioni su una teologia del diritto canonico*, Jaca Book, Milano, 1974) come ad una compatta ideologia mitica, tesa a riproporre sotto nuova veste argomentativa tesi risalenti dello *jus publicum ecclesiasticum*, con ragione desuete nel corso successivo di riflessioni ecclesiologiche sempre più lontane dalla rigidità della *Pastor aeternus*: da quelle espresse dalla storicità concreta dell'ispirazione romantica a quelle, alle quali il movimento liturgico andava suggerendo una crescente focalizzazione nel culto della concreta e storica esistenza della comunità ecclesiale. Frutto, un tale abbandono, del superiore dinamismo di una prospettiva spirituale, opposta a costruzioni aprioristiche prefabbricate come quelle che, nel secolo XIX, avevano condotto alla saldatura forzata dell'esternismo bellarminiano con gli interessi minacciati e concretissimi del papato ottocentesco, alla vigilia della caduta del suo 'potere temporale'.

<sup>5</sup> Come è stato insegnato, «la Chiesa romana sa che è nel mondo, nel vortice dei rapporti sociali che il singolo fedele trova la sua salvezza o la sua condanna eterna. La

E nella quale la 'soprannatura' si misurava pur sempre con l'uomo fenomenico, secondo il fondamentale assioma tomista *gratia non tollit naturam, sed perficit*. Una natura, che si vedeva cioè attribuito il rango non di filiazione diretta dal Padre (spettante al solo Verbo incarnato), bensì quella adottiva, spettante al 'legno storto' dell'uomo, redento – senza merito alcuno – tramite forme storiche<sup>6</sup> tutte affidate alla novità dello Spirito – dalla nuda fede nei *mysteria carnis Christi*, secondo l'immaginifica intuizione di Lutero. Il che finiva per evocare necessariamente, nella prospettiva soteriologica del Nuovo Testamento, il terrestre, indeclinabile permanere, dinanzi al prevedibile riproporsi di una ripresa postuma<sup>7</sup> del trionfalismo curiale – ormai minacciato da presso dal concilio di metà Novecento, nelle forme codificate nel 1917 e presto rafforzate dal

---

scelta per il diritto è semplicemente la valorizzazione del 'temporale' quale terreno in cui tutto si gioca. Il 'temporale' è il mondo del peccato e delle umane caducità. Ma è lì che la vicenda dei singoli fedeli si matura e si compie, non all'interno di un microcosmo isolato, bensì di un intrecciarsi di rapporti sociali del singolo con gli altri, del singolo con la stessa *societas sacra*» (P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Scritti canonistici* a cura di Carlo Fantappiè, ed. Giuffrè, Milano, 2013, p. 234). Dove sacra e salvifica è appunto la *societas*, piuttosto che il potere che – più o meno efficacemente moderandone la direzione nella storia – attende all'ardua, umanissima e laica incombenza quotidiana di governarne, tra mille dubbi, la complessità.

<sup>6</sup> La divina liturgia, in primo luogo, ed in essa il settenario sacramentale. Profilo da ritenersi di radicale centralità: come sostenuto fin dal mio *La Chiesa come ordinamento sacramentale*, Giuffrè, Milano, 1968.

<sup>7</sup> È questa, del resto, una pretesa di continuo ricorrente, necessità vitale di un sistema di potere che rifiuti di mettersi in discussione di fronte ad alternative di regime più fraterno, di cui tema la superiorità evangelica: oggi come al tempo di Pio IX, quando Robert Grosche coglieva la *Pastor aeternus* nel vuoto del *deus ex machina* del suo nudo autoritarismo: «definendo nel 1870 l'infalibilità del papa, la Chiesa anticipava, su un terreno più elevato, quella decisione storica che oggi viene presa sul piano politico: per l'autorità e contro la discussione, per il papa e contro la sovranità del Concilio, per il Führer e contro il Parlamento». Tutto l'opposto, quindi, di un sistema di diritti a misura della dignità dei redenti per fede; ma un sistema onnipervasivo di un 'sacro' potere accentrato, necessariamente insindacabile vuoi nella (casuale e condiscendente!) accoglienza, che nel frequente, apodittico ripudio dell'originalità di ogni vocazione cristiana, della quale si alleghi l'indisponibilità a riconoscere (se non in un irrinunciabile contesto di fraternità comunionale) la preminenza di una Chiesa troppo spesso identificata, di contro, nell'isolamento più integrale dal *populus Dei* della sua verticalità gerarchica. Due sistemi in tenacissimo contrasto, nonostante il Vaticano II. Cfr. il mio *Rinnovamento teologico e "aggiornamento" conciliare (1959-1973). Parabola di una discontinuità cattolica*, in AA.VV., *Itinerari giuridici per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza d'Abruzzo*, Giuffrè, Milano, 2007 (ma, su questa involuzione autoritaria del papato moderno, cfr. già il mio *Chiesa e potere. Studi sul potere costituente nella chiesa*, Giappichelli, Torino, 1992, specie a partire da p. 21 ss.).

Gasparri con accorto uso dell'interpretazione autentica – dell'icona imbarazzante di un 'voler bene' maldestro e impacciato come quello di Pietro (mistificato troppo a lungo dal triregno, infine deposto da Paolo VI, un papa di sovrumana grandezza) a fronte dell'amore, incrollabilmente fedele e continuamente tradito, dell'Eterno.

È appunto a partire da questa umana impotenza affettiva (quasi una radicale inettitudine a rischiare per fede, a scommettere per così dire su di essa), che di un siffatto amore imperfetto si è sempre posta indeclinabilmente la necessità di un disciplinamento, ascetico ma anche normativo, come mostra la fioritura precoce così dei canoni dei concili, come quella delle grandi regole monastiche. Ma senza che dai modelli storici di volta in volta assunti da tale disciplinamento possano trarsi conclusioni di stabilità permanente, valide in perpetuo nelle forme e situazioni molteplici della vita del popolo cristiano. Solo, infatti, a vette sublimi di contemplazione – quando i due amori giungono a fronteggiarsi quasi alla pari, per singolare privilegio – il detto agostiniano *ama et fac quod vis* trova occasione, quanto mai rara, di inveramento. Ed è questo indeclinabile punto di partenza scritturale a sicuramente escludere ogni assunzione di dignità noumenica – per esprimerci col Kant della *Metafisica dei costumi* – da parte di una natura irreparabilmente difettiva; le cui inevitabili mende, nella prospettiva di integrale secolarizzazione qui proposta, il Creatore si limiterà a non imputare al credente, vuoi che esso si presenti investito di primazia gerarchica, vuoi di esemplare santità.

## 2. (segue) *Potere giudiziario e sovranità binaria. Il diritto divino dei vescovi*

A conferma di una tendenza – immanente alla peculiare densità del vincolo apostolico, scolpita con nettezza soprattutto negli Atti e nelle lettere paoline – l'insieme della vita ecclesiale fin dalle origini si snoda intorno ad un ruolo centripeto tendenzialmente dominante delle figure-guida, relegando sempre più ai margini il ruolo di quelle la cui influenza parenetico-profetica, pur di sovra-eminente prestigio, non sia con certezza riconducibile alla disciplina rassicurante di un centro universalmente accettato. Di una tale tendenza è frutto pure la graduale scomparsa di figure arbitrali liberamente elette<sup>8</sup>, a vantaggio di istanze più integrate col sistema di direzione istituzionale complessivo. Ma è chiaro

---

<sup>8</sup> Quelle evocate da Mt., 18, 15-17, nell'introdurre al *Dic ecclesiae!*

che questa più tardiva tendenza tende a spostare l'area della soluzione dei conflitti da quella della più perspicace cognizione possibile dei loro termini di diritto e di fatto a quella della loro massima omologabilità con le tendenze, gli interessi e le ideologie dominanti nel centro di governo del sistema. Deriva giustiziale, questa, alla quale come può tenta di reagire (quando ad essa non sia totalmente asservito) il ceto intellettuale professionalmente addetto all'approfondimento dei vincoli posti dalla *traditio populi Dei* all'affermarsi di innovazioni politiche con essa non coerenti. La storia della giurisprudenza è profondamente e dolorosamente segnata qui da una dialettica insopprimibile tra verità e potere; una dialettica che le contromisure antitradizionali escogitate dal card. Gasparri a proposito di interpretazione 'autentica' del codice del 1917 – oggidi rinnovate dai suoi acritici estimatori attuali – hanno continuato viceversa invariabilmente a consegnare all'arbitrio dell'Esecutivo!

Col tempo, si è quindi andata inevitabilmente consolidando la tendenza ad affidare alla discrezione dei supremi centri costituzionali del sistema ecclesiastico un preoccupante monopolio di indirizzo non solo organizzativo dell'attività giudiziaria: un monopolio che la struttura feudale della Chiesa d'Occidente ha poi provveduto a ricondurre al binomio tra la potestà regia del papa e quella inclusa nella delega, per vassallaggio attribuita ai vescovi 'in comunione' con lui. Delega, per altro, fonte di un'alleanza pluralistica assecondata dal consenso dei *savants en droit*, nel Medioevo del diritto organizzati in una ricerca affidata a centri universitari pontifici, in fisiologica concorrenza, però, con centri a questi esterni. Una situazione di equilibrio destinata a cessare con l'avvento, nella modernità, di regimi assoluti sempre meno tolleranti di una libera discussione proveniente dalla periferia del sistema politico. Regimi (ecclesiastici, e non) le cui strategie, dopo la Riforma, hanno oggi preso – in area cattolica – la via irretrattabilmente segnata dalla politica papale dopo il concilio Vaticano I; una via, cui arride una ultrattività impreveduta evidente anche dopo il concilio successivo, come mostra il persistere dell'attuale monopolio legislativo, affidato alle codificazioni pontificie fin dagli anni di Benedetto XV, pur accompagnato dal persistere di un'azione legiferante parallela, nei confini però della competenza *territoriale* dei singoli vescovi.

La questione qui sollevata non mancò di richiamare l'attenzione della grande canonistica laica<sup>9</sup> negli anni '40 del Novecento; almeno di quella

---

<sup>9</sup> SI vedano gli scritti critici passati in rassegna dal Fedele ne *Lo spirito del diritto canonico*, CEDAM, Padova, 1962, nel quadro di una polemica dall'Autore riaccesa ne *Il mio*

che non tardò a rendersi conto, sia pure talvolta confusamente, dell'innovazione introdottavi – in termini di elusione del problema chiovendiano dell'azione come diritto giustiziabile – dopo il codice Gasparri, nell'equilibrio tra diritti e poteri tracciato dal modello di ordinamento giudiziario man mano definitosi tra le Decretali e il Tridentino, fino ad allora coerentemente riconoscibile nelle risalenti determinazioni in proposito del concilio Lateranense IV<sup>10</sup>; frutto, il

---

*discorso generale sul diritto canonico di fronte alla critica*, a ragione citato da S. LARICCIA, *Il mio ricordo di Pio Fedele* (in Stato, chiese e pluralismo religioso del 2009). Opera, per altro, della quale – a parte il contesto di aberrante sottovalutazione del *munus* episcopale e della collegialità gerarchica – non deve certo tacersi l'eccessivo, ridondante peso conferito, di fronte alle *societates temporales*, agli elementi differenziali alla Chiesa attribuiti, in chiave di paradossi del Regno, rispetto alle pur innegabili, clamorose coincidenze autoritarie, di sostanza e (seppure forse solo in parte) di metodo, dell'ordinamento ecclesiastico rispetto ad altri sistemi costituzionali ad esso coevi, altrimenti evoluti nella storia.

<sup>10</sup>Vedasi ad es. l'accurato regolamento delle inchieste: «deve essere presente colui contro il quale si fa l'inchiesta, a meno che non sia contumace; gli si espongano i capi d'accusa sui quali verte l'inchiesta, perché possa difendersi; gli si devono far conoscere non solo le accuse portate contro di lui, ma anche i nomi dei testimoni, perché sappia di che cosa è stato accusato e da chi; siano rese note e permesse anche le eccezioni e le repliche ammesse dalla legge, affinché col tacere i nomi non si favorisca l'audacia di infamare e con l'esclusione delle eccezioni quella di deporre il falso» ... Quanto al contenzioso amministrativo, «da correzione degli abusi dei propri subordinati deve essere tanto più diligente da parte dei superiori, quanto più condannabile sarebbe il fatto di lasciare impuniti i loro errori. Contro gli abusi, escludendo quelli notori, si può procedere in tre modi: con l'accusa, la denuncia e l'inchiesta. Tuttavia, allo scopo di usare una diligente cautela e per il timore che un vantaggio insignificante provochi un danno grave, come l'accusa deve essere anticipata da una legittima iscrizione, così anche la denuncia deve essere introdotta da un caritatevole ammonimento, e l'inchiesta giudiziaria dalla pubblica notificazione. Sempre secondo lo stesso criterio, anche la forma della sentenza deve rispettare le regole della procedura giudiziaria» (CONC. LAT. IV, Cost. VIII, *de inquisitionibus*). Un vero capolavoro della sensibilità processuale di Innocenzo III, anticipazione medievale – a cavallo tra giurisdizione ordinaria e amministrativa – degli odierni principi di giusto processo (sui cui cinque punti-caposaldo cfr. la rapida sintesi del Servizio studi della nostra Corte costituzionale, ed. 2014, a cura di P. Sordi); la cui perspicuità garantista chiaramente venne ad influenzare almeno il primo testo della coeva – ma certo meno affinata tecnicamente – *Magna charta libertatum!*

Bisogna comunque riconoscere che c'è da restare disorientati di fronte alla contraddizione (propria dell'immatunità sul punto del codice Gasparri) tra il delinarsi in età classica della tradizione pluralista di un complicato ordinamento di tutela e l'asciutta e sbrigativa previsione – per i laici – di un'area di garanzia assolutamente indeterminata, consistente unicamente nella passività di uno «ius recipiendi a clero, ad normam ecclesiasticae disciplinae, spiritualia bona et potissimum adiumenta ad salutem necessaria» (can. 682). Contraddizione, questa, per vero innegabile; e sulla cui

nuovo codice, del lavoro di giuristi pur colti: ma, forse, per la centralità papista della loro formazione necessariamente impreparati ad affrontare tematiche come quelle della potestà spirituale dei vescovi affacciatesi per la prima volta nelle discussioni del Tridentino<sup>11</sup>: proponendovisi l'alternativa di sistema di trattarne o come limiti costituzionali *de iure condendo* del potere papale, ovvero a modo di confini rigidi, già *a priori* posti a quest'ultimo dal diritto divino dei vescovi, e come tali intangibili perfino dalla suprema potestà del primate. Nodo gordiano, questo, che sarebbe stato sciolto (con effetto dottrinario e non solo politico) in pro del potere dei vescovi e con una sconfitta perfino eccessiva delle tesi romane, soltanto a seguito delle ampie e appassionate discussioni del concilio Vaticano II, approdate infine al testo concordato della costituzione sinodale *Lumen gentium*<sup>12</sup>. Evento, questo, in Curia forse da non poco vissuto come un dramma catastrofico.

Certo, nel secolo XIII poco più che la triplice distinzione dell'atto introduttivo dell'*inquisitio* forniva fondamento tipologico ad un netto differenziarsi delle procedure, in sede di giurisdizione canonica; senza però fornire indicazioni di qualche complessità su una ripartizione di competenze giudicanti ancora rigidamente connessa alla radice costituzionale di una potestà episcopale diffusa, coordinata da un sistema di appelli con uffici ancora inadeguatamente differenziati nel centro pontificio del sistema (oltre tutto, quest'ultimo ognora più impacciato, come ha ben rilevato l'incessante ricerca dell'ultimo Paolo Prodi<sup>13</sup>, dalle incombenze di governo degli stati della Chiesa); in quanto tali, ulteriore

---

irrazionalità, quanto meno alla luce delle idee più avanzate della scienza giuridica moderna, insistette a fondo la critica di Fedele, che (vivamente sorpreso dal silenzio del nuovo codice, sul terreno processuale, quanto alla esistenza, allo spessore e alle modalità di tutela delle situazioni attive pur vagamente riconosciute alla generalità degli utenti) ne finiva per trarre conclusioni di sistema in termini addirittura di inesistenza della tutela giurisdizionale nella chiesa del Novecento!

<sup>11</sup> Sul delinearsi di questo sempre meno differibile problema di puntuale adeguamento istituzionale, si veda più diffusamente la memorabile ricerca-caposaldo di G. ALBERIGO, *Lo sviluppo della dottrina sui poteri nella Chiesa universale: momenti essenziali tra il XVI e il XIX secolo*, Herder, Roma, 1964.

<sup>12</sup> A partire da questo tornante storico-teologico, ci si potrebbe perfino immaginare la *Pastor aeternus* come una mossa politica preventiva della Curia verso un temuto, e assai più pericoloso contraltare interno; prima che come aggressione al pensiero moderno antagonista!

<sup>13</sup> Vedi per tutti P. PRODI, *Il sovrano Pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2013.

occasione di innovazioni spesso confusive tra le diverse sfere di intervento apicale della Santa Sede in materia giudiziaria (sul cui coacervo doveva frattanto tramontare troppo presto l'appuntamento di un più moderno e responsabile programma istituyente, prefigurato da Pio X durante i suoi ultimi anni di regno). Oltre tutto, era proprio l'ostacolo delle attribuzioni dei vescovi in materia spirituale a costituire qualcosa di più di un masso erratico sulla marcia non più irresistibile del papato verso una giurisdizione universale: un dato di crisi, quest'ultimo, apparso per la prima volta durante le discussioni del Tridentino, e destinato a quattro lunghi secoli di travaglio dottrinale.

D'altronde, con l'avvento di un pontificato ormai costretto a prendere atto che, con l'irrompere della secolarizzazione, la frequentazione delle corti ecclesiastiche andava incontro a un sensibile declino proprio nell'area decisiva del sistema (declino drammaticamente accelerato, dopo il 1870, dalla *debellatio* degli stati pontifici), una necessità primaria di ulteriore ridimensionamento di quanto restava della *episcopalis audientia* ne riproponeva ormai come indifferibile la sua riduzione alla sfera delle sole *causae spirituales*; unica piazzaforte di principio razionalmente opponibile – sul piano pattizio – all'assedio della giurisdizione statale. Rimanendo così man mano ridotto il residuo contenzioso in tema di conflitti di attribuzione fra il Regno d'Italia e le giurisdizioni pontificie a materia da avviare a trattativa concordataria nel quadro delle guarentigie personali da accordare al romano pontefice come capo della Chiesa universale, piuttosto che come titolare di sovranità territoriale.

D'altro canto, il fervore di interesse che aveva circondato il *Discorso generale* di Pio Fedele<sup>14</sup>, con le sue considerazioni conclusive totalmente pessimiste sul terreno della dichiarata riduzione a diritto totalmente pubblico del diritto della Chiesa, senza alcun spazio di libertà per l'autonomia del singolo *christifidelis*, autonomia a stento recuperabile nel foro interno e nelle caratteristiche 'intrasubiettive' della giuridicità di quest'ultimo<sup>15</sup>, seppure avesse sollevato viva impressione in Francesco

---

<sup>14</sup> Cfr. P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, CEDAM, Padova, 1941. Un'opera decisamente unica, insuperata nella sua specificità, radicalmente situata – in modo però non clericale – nella dogmatica cattolica ed intrisa comunque di un'implicita, profonda convinzione della superiorità (culturale prima che giuridica) del sistema di *jus vetus* rispetto a quello codificato (in tal senso, seppure con garbo, op. cit., p. 104). Opera per altro sfortunata, alla fin fine implicitamente disattesa dalla dottrina, soprattutto italiana, all'epoca dominante.

<sup>15</sup> FEDELE, *Discorso generale*, cit. nt. 14, p. 44. Ma si veda anche FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit. nt. 9.

Carnelutti, fino a portare quest'ultimo a teorizzare un compaginarsi alternativo della Chiesa giuridica nella regola della carità<sup>16</sup>, si attenuò ben presto nella temperie dell'impegno predominante di una dottrina necessariamente polarizzata nel quotidiano di una più puntuale ricostruzione sistematica della *ratio* degli istituti canonistici principali – da affiancarsi alle trattazioni senz'altro utili, ma meramente esegetiche, della canonistica di Curia – oltre che in quello di fornire alla prassi amministrativa le necessarie indicazioni applicative della disciplina concordataria, appena uscita dai Patti lateranensi del '29: evento politico le cui dimensioni – conseguenti all'impervio, e forse inflazionato risultato della soluzione della 'Questione romana' – tendevano ad attribuire rilievo costituzionale ad un risoluto, evidente superamento del sistema di separatismo cavouriano, immanente alla logica propria dello Statuto del Regno (pure ivi con qualche deroga di bilanciamento nella legge sulle Guarentigie, indotta dall'urgenza di irriducibili istanze di ispirazione liberale)<sup>17</sup>. In questo quadro, andava prevalendo – nell'ambito di un chiaro disincanto nei confronti dei risvolti teologici dell'organizzazione ecclesiastica – una tendenza dottrinale favorevole a dare per scontata la attendibilità – per altro chiaramente isolata, talora non senza freddezza – delle astratte generalizzazioni sistematiche del maestro perugino; che ben pochi osavano però l'ardire di sospettare di qualche non trascurabile fragilità<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, ed. Foro It., Roma, 1951, p.18 ss. Ma si veda anche la reazione di Fedele su argomenti più puntualmente, nell'occasione, affrontati da quest'ultimo (cfr. *supra*, ntt. 9, 14, 15).

<sup>17</sup> Degli originari interessi dogmatici di Fedele rimaneva così creativo custode solitario Piero Bellini, col suo insistere tenace su una piena, tacita integrazione del diritto divino nel diritto canonico (in un primo tempo, in grazia di anteriori interessi internazionalistici, elegantemente desunta dalla dottrina dei rinvii tra ordinamenti); alla quale serbò lealtà fino all'increscioso esaurirsi del proprio luminoso e controverso magistero, laboriosamente integrandone l'ideologia in base ad infaticabili ricerche storiche successive: non a caso però prevalentemente mirate sul sistema di cristianità medievale. Esperienza di ricerca, la sua, pressoché unica di canonista autentico, eppure dichiaratamente non cristiano, con coerenza attivo e penetrante anche dopo le innegabili innovazioni ecclesiologiche del concilio Vaticano II. Dopo di lui sembra difficile individuare – oggi – chi sia all'altezza di riprendere in mano un discorso che finisce forse per porre in radicale questione la giustiziabilità in foro esterno dei diritti umani nella Chiesa: un discorso, della cui decisiva problematicità la canonistica di Curia – consapevolmente, o meno – si è finora a stento avveduta.

<sup>18</sup> Si pensi soltanto, rimanendo alla superficie delle cose, al quoziente di inattendibilità di un discorso tessuto di fonti di diritto intermedio, invocate tuttavia al fine di piegare a criteri propri istituti del diritto vigente, dando di questo rinvio per scontata una ultrattività – attribuita allo *jus vetus* – apoditticamente forzata a supporto di tesi

di fronte alla prova di resistenza della prassi. Mentre i segni duraturi del prevalere, nel vertice assediato dei palazzi pontifici, di un fosco clima autoritario indotto dal bisogno di coesione di fronte alle minacce esterne – reali o presunte – certo non favorivano, come già mostrava la persecuzione antimodernista, una qualche inversione di tendenza atta a propiziare l'avvento di una 'stagione dei diritti' nella Chiesa. Per scongiurare la quale, prestare tacito segno di approvazione alla tesi di Fedele ben poteva convenire alle stesse dottrine curiali.

3. «*Heri dicebamus*»? *Sul tentativo curiale di ridurre il Vaticano II a mero evento culturale*

D'altronde, non fa meraviglia che un canonista della statura di Lotario dei conti di Segni, culturalmente bene interno alla cultura feudale ed incline alla sostituzione dell'elezione dei vescovi con la loro nomina da parte di Roma, non rifiutasse, perciò solo, di sottrarsi alla regola della Chiesa antica col qualificare tale approvazione come ratifica da parte del patriarca d'Occidente; in tal modo, introducendo anzi una abile contaminazione con modelli più vetusti della 'grande Chiesa', certo più moderata delle brutali espressioni di subalternità usate dai *Dictatus papae* gregoriani sui rapporti tra papa e vescovi. Al tempo stesso, egli portava la propria consumata esperienza di giurista a supporto non discutibile della posizione poi espressa solennemente nella formula generale *de inquisitionibus* al concilio Lateranense IV<sup>19</sup>; formula da ritenersi da allora centrale nella comune tradizione del *Corpus juris canonici*, ad onta delle non poche deroghe in seguito accordate, in via di dispensa, di fronte allo stato di necessità di contingenze successive<sup>20</sup>.

---

storiografiche senza dubbio interessanti; ma delle quali, confondendo storia e dogma, si sorvolava sulla necessità di verificare l'attendibilità attraverso il prisma ormai obbligato dei differenziati criteri di compatibilità, introdotti nel can.6 del codice Gasparri. Per poter forse parlare poi degli istituti del diritto antico prescindendo totalmente dai fattori di secolarizzazione da tempo impegnati a ottunderne il profilo originale nel meticcio della storia; fino a renderli privi di rilievo non solo in termini di efficacia, ma anche per sostituzione all'antica di una nuova, diffusa e non *a priori* spregevole moralità laica, portatrice a sua volta di valore e di senso.

<sup>19</sup> Cfr. *supra* nt. 10, la modernità impeccabile della formulazione utilizzata per scolpire le linee di fondo del tema che ne occupa.

<sup>20</sup> È dunque certo dovuto a successive emergenze generali e/o locali il progressivo trasmigrare del termine *inquisitio* oltre e al di fuori del suo bacino originario; fino a

Quarant'anni dopo il codice Gasparri, il pontificato di Giovanni XXIII apriva una Chiesa in olimpico ritardo sul dibattito teologico contemporaneo, invitandola ad aprirsi alle sfide di una modernità in evidente, aggressivo imbarazzo di fronte all'attestarsi della sua politica in un conservatorismo indisponibile a qualsiasi confronto con i drammi e le sfide del 'secolo breve'. Ne seguiva una alta discussione generale dell'episcopato mondiale nelle assemblee conciliari, presagio di una revisione delle posizioni postridentine sul terreno della collegialità episcopale, ma non solo<sup>21</sup>; una revisione apparentemente foriera di conclusioni, che parvero di messa in discussione degli ultimi tre secoli di una tradizione post-barocca<sup>22</sup> ancora troppo condizionante rispetto a un accesso della Chiesa di Roma al dialogo col mondo moderno.

Ci si ingannerebbe, per altro, se si fosse portati a pensare una tale trasformazione come foriera di un rivolgimento antimonarchico – escluso dal bilanciamento armonico raggiunto dalla convivenza tra papa e vescovi nell'ideologia feudale – nella costituzione materiale della Chiesa; del che mancarono ancora una volta i presupposti l'indomani dello scioglimento dell'assemblea vaticana, non diversamente da quanto accaduto allorché il concilio di Costanza ebbe ad azzardare il tentativo di prevedere stabilità procedimentale per una trasformazione del cennato bilanciamento, appena decisa sinodalmente<sup>23</sup>.

Bastò oggi, di contro, meno di un ventennio di durissima persecuzione del 'dissenso' anticuriale, per rendersi conto dell'effetto puramente superficiale del Vaticano II sulla disponibilità di dottrina e di giurisprudenza a osare il rischio di mettersi davvero nelle condizioni di cantiere aperto a novità etico-politiche capaci di scalfirne la mentalità 'romana' (maturata nell'opposta cultura del rifiuto di ogni compromesso con la rivoluzione italiana) fino a convertirla in un bacino accogliente verso le impreviste aperture del papato di Roncalli – e di Montini – verso una

---

designare, nel senso comunemente diffuso, perfino l'idea di qualcosa di esattamente contrario alla nozione odierna di 'giusto processo'.

<sup>21</sup> Basti pensare all'ecumenismo, alla libertà di coscienza, al dialogo chiesa-mondo.

<sup>22</sup> Del resto, di una temperie siffatta varie tracce culturali si riscontrano nelle stesse posizioni personali di Pio Fedele!

<sup>23</sup> Cost. 9 oct. 1417, *Frequens generalium conciliorum*, cfr. ora in *Conciliorum Oeconomicorum Decreta*, ediz. bilingue (III ed.) a cura di Hubert Jedin, EDB, Bologna, 1991, p. 438 ss. Sul punto, per delle conclusioni costituzionalistiche più generali cfr. il mio *Papato, concilio, popolo tra principii e regole*, in AA.VV., *Etsi omnes. Studi per F. Mercadante*, Milano, 2007, p. 943 ss.

modernità non più demonizzata *a priori*. Così rapidamente recuperando spazio per un ridimensionamento più accettabile degli orizzonti riformistici del postconcilio, a bella posta vissuti e definiti come uso ‘selvaggio’ del concilio stesso. Uso<sup>24</sup>, da avvertire quindi come un pericolo di imminente eversione delle condizioni di sicurezza, in cui la navigazione della ‘barca di Pietro’ sarebbe potuta proseguire, magari a vista, alla ricerca di nuovi agganci securitari – sostitutivi di quelli presidiati dal potere temporale dei papi – in un mondo in cui tutto pareva oramai mutare, purché tutto – come è stato ben detto – restasse come prima. Con buona pace di pur generosi fermenti drenati da un terreno di prudenza istituzionale poco favorevole all’avventura evangelica; se non piuttosto, troppo sovente, in preda a pulsioni frenetiche di opposizione viscerale ad una ripresa non controllabile di questa, come ai bei tempi in voga durante il regno (non più temporale, almeno in senso tecnico) dei due papi dai quali la codificazione era stata sancita, ancora nel clima della repressione antimodernista.

A fronte di che, l’apparente modestia dell’innovazione codiciale del 1983 avrebbe forse potuto poi consentire accesso a innovazioni dottrinalmente controllate, ma sempre più profonde, se non avesse dovuto fare i conti (oltre che con gli attacchi esterni dell’Anticoncilio<sup>25</sup>) con una parallela produzione curiale<sup>26</sup> di fonti legislative e sublegislative volte a sbarrare la via a ogni auto (o etero) integrazione del sistema, per il tramite di un fisiologico, libero esercizio del magistero della giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa. A ciò opponendosi la sopravvivenza *ultra vires* di un ‘sistema Gasparri’ capace di risorgere continuamente dalle sue ceneri, in grazia della mancata previsione di una rigidità ‘rafforzata’ della produzione istitutiva di ispirazione conciliare (neppure differenziata, tramite la sua pur possibile collocazione in apposite

---

<sup>24</sup> Trattasi purtroppo di una posizione conservatrice oltre ogni dire condivisa, riconoscibile perfino in interventi, pur datati, di Autori ecclesiastici apparentemente non sospetti di nostalgie tridentine. Basti fare il nome dei Forte, o dei Ravasi.

<sup>25</sup> Sul punto si veda G. MICCOLI, *In difesa della fede. La chiesa di Giovanni Paolo II e Benedetto XVI*, ed. Rizzoli, Milano, 2007; ID., *La chiesa dell’anticoncilio. I tradizionalisti alla riconquista di Roma*, Laterza, Bari, 2011.

<sup>26</sup> Secondo la doppia via istitutiva legittimata con l’innovazione posttridentina, introdotta nel sistema da Sisto V, e man mano indefinitamente allargatasi *per stylum et praxim romanae Curiae*. Con quel graduale temperamento che, però, è affidato ad una dottrina e a una giurisprudenza che, dopo il codice del 1983, vanno tentando con fatica di riaffermare, man mano, la propria insostituibile funzione interpretativa, perfino in senso di eterointegrazione del sistema (seppure sovente con eccessiva moderazione).

raccolte specialistiche di Fonti di diritto pubblico); oltre che della consumata abilità di oscuri gnomi curiali, condizionati a un attivo e costante oblio del presente, in pro di modelli sgangherati, resi controllabili da un passatismo papista per loro probabilmente irrinunciabile<sup>27</sup>, oltre che da una voluta arretratezza tecnica nell'uso dei congegni di moderazione del 'potere discrezionale' assennatamente impiegati nella prassi del diritto pubblico moderno. Il che finiva per rendere vacuo e vano proprio quel richiamo all'equità canonica, che si nutre di un contatto continuo con la vita, mediato dalla relazione tra scienza ed esperienza: schizofrenicamente interrompendo di continuo l'intimità vitale di un rapporto, del quale non si manca talora di ammettere – magari a parole – che costituirebbe l'essenza del *regimen* ecclesiastico e il segreto del suo plurisecolare successo, quanto meno stando alla vulgata più colta (ma tuttavia non meno ambigua) degli avversari, veri o apparenti, dell'ultimo concilio<sup>28</sup>.

#### 4. *Origini e sviluppo dell'opposizione anticonciliare: il terreno del processo*

La verità è che si andava man mano registrando – per il convergere di preoccupazioni di natura multifattoriale a carico della Curia stessa – l'aggiungersi ai timori corporativi seguiti al cessare della potestà temporale dei papi (con la conseguente liquidazione progressiva dei quadri del relativo apparato burocratico) l'ulteriore minaccia, recentissima, di una consistente perdita di influenza delle Congregazioni romane a vantaggio dei nuclei di governo collegiale, condiviso tra vescovi e papa:

---

<sup>27</sup> In Vaticano, d'altronde, i rapporti si rovesciavano; e prevaleva – nel motivare scelte concrete di sistema istituzionale – il ritorno a un garantismo conservatore, incline a modalità, occasionali quanto approssimative, di compromesso quanto mai cauto e conservativo fra la tradizione postridentina ed i nuovi orientamenti espressi nelle discussioni conciliari.

<sup>28</sup> Riflesso inconsapevole di una mentalità del genere è rintracciabile perfino nelle considerazioni conclusive di Carlo Fantappiè in premessa alla bella raccolta di studi canonistici di Paolo Grossi. Entrambi – allievo e maestro – verosimilmente disinformati delle condizioni concrete sia della passata, che dell'attuale attività istitutiva (legislativa o regolamentare) del 'sistema romano' a dominanza curiale (cfr. Grossi, *Scritti canonistici*, cit. nt. 5, p. 43 ss.): non di rado mistificata come 'integratrice' dell'anteriore intenzione istitutiva di una fonte pontificia di riforma, fin dal clamoroso precedente della famigerata *Nova agendi ratio in doctrinarum examine* del S. Ufficio riformato, di cui *infra* si dirà.

nuclei che, fino ad allora, il codice Gasparri ben aveva reso controllabili dal centro in un rapporto indiscusso di gerarchia tra i due termini. Ma che ora il concilio rischiava di porre seriamente in discussione attraverso la formula innovativa dei due soggetti *inadequate distincti* di una sacra potestà spirituale, già del resto operante attraverso la pur discreta interlocuzione politica delle conferenze episcopali e del Sinodo dei Vescovi<sup>29</sup>; interlocuzione, alla minaccia del cui dilagare si cominciò ben presto a porre limiti di voluta esemplarità da parte di una Curia ben compresa di un proprio, presunto ruolo di ‘razionale’ contenimento del soggetto collegiale<sup>30</sup> all’interno del libero dispiegarsi delle spontanee dinamiche del dialogo tra centro e periferia della *potestas sacra*. Pare opportuno al riguardo, in questa sede, soffermarci però piuttosto sul sistematico ostruzionismo opposto al concilio dalla Curia – per un misto più di clericale diffidenza (portato forse di immaturità culturale e tecnica), che di opposizione di principio alle necessarie riforme – nella fase di tenacissima difesa di un regime papale ritenuto oggetto di inconcepibili aggressioni da parte del c.d. uso ‘selvaggio’ del concilio: un uso, che avrebbe potuto indurre conseguenze incontrollabili, se non si fosse subito reagito contro ogni pur timido tentativo di aprire vie, ritenute a priori ingovernabili, ad intraprese della base laica, come quelle cui avrebbe potuto dar luogo l’apertura di un canale diretto e libero

---

<sup>29</sup> In Vaticano, d’altronde, l’indubbia influenza dei sopravvissuti esponenti della Curia pacelliana poteva pure contare sull’incondizionata solidarietà politica di una cospicua minoranza dell’episcopato italiano, soccombente al concilio ma in cerca di una rivincita, cui il precedente segnato dalla elezione di Eugenio IV dopo lo scisma d’Occidente forniva forse una sorta di legittimazione *a priori*. A proposito del riprodursi di una temperie simile nel Novecento, cfr. G. MICCOLI, *La chiesa dell’Anticoncilio. I tradizionalisti alla riconquista di Roma*, Laterza, Bari, 2011. Riflessione cui, materiata pure dal tema dell’allargarsi a macchia d’olio dell’influsso del tradizionalismo, l’Autore fa poi seguire *In difesa della fede. La chiesa di Giovanni Paolo II e Benedetto XVI*, Rizzoli, Milano, 2007.

<sup>30</sup> Come segno di costituente rottura clamorosa col processo conciliare, va ricordata l’umiliazione imposta ai vescovi delle province fiamminghe dal c.d. ‘sinodo olandese’, convocato a Roma sotto Giovanni Paolo II, nel gennaio 1980, al fine di stroncare in radice le innovazioni pastorali di riforma invalse, col consenso dei teologi, in quelle chiese locali, previa tacita, ma evidente approvazione maggioritaria a clero e popolo. Sul punto, ancora valide le rapide notazioni del mio *Il Sinodo “particolare” per l’Olanda. Centralismo o collegialità?* In *Bozze*, 3/1980 (e oramai in F. ZANCHINI, *Transizione della Chiesa? Momenti e problemi del post-concilio fra diritto e politica ecclesiale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 128 ss.). Esempio sul punto l’intervista de «Il Regno» (Strazzari) a Edward Schillebeekx del 7.12.82: una lacerazione voluta fino in fondo e con imbarazzato rammarico testualmente illustrata dal segretario di quella conferenza episcopale (la relativa documentazione è in *Transizione*, cit., pp. 118-123).

all’esplesarsi, alla base del sistema, dei legami di intimo rapporto tra diritto ed azione.

Piattaforma teorica di partenza dell’affaccendarsi anticonciliare della Curia era l’intaccato ‘dogma’ del primato di giurisdizione papale, a dire dei suoi esperti vittima innocente delle sottili distinzioni della dottrina tedesca, formulate in sede di ridimensionamento<sup>31</sup> della prassi e delle dottrine dell’assolutismo prussiano, sotto attacco ‘fazioso’ da parte della socialdemocrazia. Distinzioni poi ulteriormente approfondite in dottrina, all’interno delle correnti continentali di diritto pubblico dominanti nei due ultimi secoli del millennio – ancora sotto l’influsso rivoluzionario della separazione dei poteri – specie in Francia e in Italia. Come se ciò non bastasse sul piano comparatistico, cresceva oltre tutto il successo dei modelli di uno svincolo delle responsabilità giudiziarie dai bacini di influenza dei ceti dominanti, in alcuni settori già ottenuto tramite imparziale selezione burocratica del personale e messa del loro sostentamento a carico di appositi capitoli di bilancio pubblico. Modelli, questi, nel Regno Unito integrati dalla ammissione ad elevate responsabilità giudicanti, specie sul terreno equitativo, di professionisti di alto e riconosciuto profilo esperienziale.

Purtroppo, però, la confusione creata da una dislocazione del terreno di discussione in direzione delle evasive elucubrazioni della *Rechtstheologie* forniva pretesto decisivo per impedire il ricorso al pragmatismo di modelli comparatisticamente orientabili all’effettiva *utilitas ecclesiae*; in maniera perciò da virare improvvisamente verso un ritorno a precedenti dediti piuttosto dalla mimesi di dottrine del diritto pubblico medievale, che da verificabili fondamenti ecclesiologici, con intelligenza rivisitati alla luce delle necessità del tempo. Sotteso a questa netta evasione dagli obiettivi conciliari di riforma era in realtà un ritorno (deviazione dal modello comunione fusivo del rapporto tra vescovi e papa) allo schema medievale della piramide feudale gregoriana, che vedeva discendere dal centro papale del sistema la serie dispersa dei *reguli* episcopali, ciascuno *imperator* nella propria sfera diocesana, e per sé incompetente al di fuori di questa. Posizione fortemente regressiva, cara purtroppo al card. Joseph Ratzinger, dal 1981 al 2013 figura di riferimento dottrinale egemone nel dibattito teologico e implacabilmente avversa alle confe-

---

<sup>31</sup> Siamo qui, ancora una volta, alle origini ‘spirituali’ della reazione nazista alla repubblica di Weimar, contro la quale è noto come apparisse ad Hitler esemplare il convergere della propria intransigenza autoritaria con quella implicata nella fenomenologia istituzionale cattolica del tempo.

renze episcopali; personalità di spicco nel quadro del dibattito preliminare all'approfondimento dell'ecclesiologia conciliare, ma spesso fuor di strada quanto a coerenza con l'ermeneutica dei risultati di questa, poi effettivamente formalizzati in concilio. Una svista, che aveva d'altronde come ulteriore conseguenza – di essenziale rilievo canonistico – una radicale difficoltà a pensare il ruolo giudicante nella sua spersonalizzazione romanistica, prima che moderna; e quindi a pervenire a una concrezione di tale ruolo come funzione di un riferimento diretto a una laica domanda di giustizia sollevata dal seno del *populus Dei*, e per sé del tutto indipendente dall'ingerenza di una qualsiasi *potestas* (pontificia o vescovile, d'ordine o di giurisdizione) di riferimento politico.

5. *La prima controriforma vaticana: la 'Nova agendi ratio in doctrinarum examine'.*

Il *modus operandi* prescelto dall'opposizione dell'alta Curia alle riforme man mano introdotte dal papa Paolo VI ebbe come primo e significativo bersaglio la *Integrae servandae*, lettera apostolica 6 dicembre 1965, promulgata in forma di *motu proprio* al dichiarato fine dell'aggiornamento, dal papa ritenuto necessario e improrogabile, del ruolo e dell'autorità – intangibile in età postridentina – del S. Uffizio, così come regolamentato da Sisto V nella *Immensa aeterni Dei*, all'esito del regolamento di conti intervenuto fra costui e l'ispirazione – pur sempre repressiva – avviata nel dicastero dal card. Carafa, suo predecessore nel soglio papale col nome di Paolo III.

Nella premessa del *motu proprio*, Paolo VI faceva riferimento diretto alla *ratio* comunionale sottesa al nuovo evento conciliare; secondo la quale, a quanto egli riferiva testualmente, sentiva il dovere di dare atto del sopravvenire di un clima sinodale diverso da quello tridentino e postridentino, tale cioè da incoraggiare – a differenza che per il passato, verso il quale esprimeva per altro ampio rispetto – apertura fiduciosa verso il dialogo con le nuove tendenze emergenti, dialogo nel quale «la carità escluda il timore». Come ho altrove a suo tempo rilevato<sup>32</sup>, il papa autenticava così un cambiamento di clima culturale e politico avvenuto

---

<sup>32</sup> *La riforma del S. Uffizio tra Paolo VI e Giovanni Paolo II*, in *Studi in onore di Attilio Moroni*, I, Giuffrè, Milano, 1982 (ora pure in *Transizione*, cit. nt. 30, p. 131 ss.).

in sua presenza nell'aula conciliare; e di ciò<sup>33</sup> traeva fedelmente conseguenze coerenti sul terreno della sollecita riforma di un istituto del passato, la cui rispondenza alle esigenze della modernità andava, a suo parere, radicalmente ripensata, promuovendo adeguati tempi di riflessione prima di procedere alle misure adattative conseguenti. È al riguardo lecito, passato oltre un decennio, supporre tempi di riflessione più che adeguati; soprattutto se si tiene conto della circostanza che, dopo la morte di Paolo VI (oltre a quella del suo santo successore), dovette passare un ulteriore buon ventennio per vedere (ma solo formalmente!) onorato, sotto Giovanni Paolo II, l'impegno di revisione dell'Istituto auspicato, da papa Montini, in adempimento del mandato conciliare. Stando però al testo del sospirato documento di attuazione del mandato conciliare, si resta davvero sorpresi dalla circostanza che non vi si trovi traccia di riferimento né al clima riformatore emerso in concilio – e dal papa testimoniato – né alle direttive valoriali conseguentemente espresse da Paolo VI nella *Integrae servandae*, probabilmente non per caso tenute in non cale dalla Curia polacca destinata a succedergli nel tempo, ed ormai intenta a perseguire ben diversi, e francamente autoritari obiettivi.

Certo è che, a ben vedere, la riforma del S. Ufficio si situava al cuore di una deroga di primario rilievo rispetto al capitolo *De inquisitionibus* del concilio Lateranense IV; che, nell'ottica fin qui seguita, ha da ritenersi fonte primaria ed autentica dei principi di riferimento comunque richiamabili in materia processuale; salve le implicite deroghe, occasionate da emergenze fonte di applicazione del potere di dispensa al centro, come alla periferia del sistema. Nello specifico, va però precisato che le singole deroghe riscontrabili storicamente sempre si adattavano ai principi generali dello schema innocenziano *ceteris paribus*; mantenendo rispetto al modello tutta l'autonomia compatibile con il contesto, in funzione del quale la loro specificità aveva avuto occasione fattuale di prodursi. Al riguardo, vistosa è la frequente esportazione dell'istituto al di fuori dell'originaria matrice diocesana di esso. Il che comportava una disapplicazione frequente della regola ordinariamente legata al principio del c.d. giudice naturale, alla luce della non rara prevalenza di discriminanti per materia, ancor prima che per territorio, legate magari queste ultime alla dinamica concordataria.

---

<sup>33</sup> Varrebbe qui davvero la pena di soffermarsi, sia pure di volo, a richiamare qualche esempio, tra quelli cui avevano dato luogo certi momenti di passaggio importanti della formazione personale e dell'esperienza pastorale precedente di questo papa decisivo!

Si esprime comunque qui l'opinione che la tradizione canonica, materiata di principi generali «cum aequitate canonica servatis»<sup>34</sup>, a questi ultimi ricorresse in cerca di un più sicuro equilibrio fra spinte e contropunte (talora caotiche) provocate da soggetti esterni – non di rado di rango imperiale – interferenti in procedure qualificate da particolari conseguenze afflittive a carico dei soggetti inquisiti. Senza però particolare successo, come nelle efferate contingenze della temperie sistina.

#### 6. *Resilienze (non sopprimibili) di una costituzione materiale parallela?*

Lungi dall'indulgere a derive giacobine (ben presenti, per altro, nei concili dell'antichità), l'aprirsi di un riassetto delle ideologie dominanti dopo un concilio di riforma inaugura una fase, in cui il ruolo del Primato è chiamato a spendersi in pro di un sollecito recupero dell'unità di intenti nella Chiesa. Proprio in quanto la storia dei sinodi (e quella dell'Inquisizione!) hanno consolidato già il tessuto di conformismo caratteristico dell'istituzione e della prassi cattolica, la sconfitta della minoranza conciliare in dissenso non ne comporta quasi mai la destituzione canonica; con la conseguenza del prodursi nelle *élites* di un ricambio

---

<sup>34</sup> Peccato che il corrispondente riferimento del can. 20 del codice Gasparri ai principi generali di diritto li equipari allo *stylus et praxis Curiae Romanae*: quasi a richiamare brutalmente alla realtà della importanza decisiva della *governance* politica, nel 'regime' codiciale appena instaurato. La ben più cauta (e meno sgraziata) formulazione del can. 19 del CIC oggi vigente fa finalmente spazio anche alla giurisprudenza – da Gasparri volutamente ignorata – senza osare limitarla a quella dei tribunali 'apostolici', quasi che soltanto per questi fosse concepibile una qualche partecipazione legittimante al carisma primaziale. Una aberrazione culturale – questa – caratteristica anticongregiale dominante dello *Jus publicum ecclesiasticum internum* in voga all'epoca del *Discorso generale* di Pio Fedele; e, verosimilmente, fonte della teoria di quest'ultimo, secondo cui l'autorità della Chiesa, in quanto erogatrice di una salvezza promanante dal centro petrino del sistema, mai sarebbe tenuta a rispondere a qualche giudice per le lesioni/discriminazioni intersoggettive comunque ingiustamente inferte a taluno dei suoi 'sudditi' nell'ambito di taluna delle proprie molteplici attività. Negazione questa oltre tutto implicita, e per di più immotivata, del principio sacrosanto della separazione dei poteri, apparentemente oggidi accolto senza riserve nel can. 135 del codice del 1983; ma non senza residue resistenze di dettaglio, seraficamente opposte di continuo da un Curia papale assuefatta da secoli all'esercizio (non limitato agli atti politici, o a quelli di discrezionalità tecnica) di un potere arbitrario; esercizio, oltre tutto, incurante di qualsiasi controllo da parte degli organi di collegialità episcopale – Sinodo e conferenze episcopali – che costituiscono ormai per contro, in termini di indirizzo politico generale, l'unico interfaccia costituzionale legittimo della legislazione pontificia.

programmato, destinato inevitabilmente a procrastinarsi almeno fino alla data normale di pensionamento dei vescovi in carica; a meno che costoro spontaneamente non preferiscano rinunciare al ministero – come sarebbe desiderabile – riconoscendosi in condizione di incompatibilità col medesimo. Queste caratteristiche lentezze procedimentali<sup>35</sup> danno luogo a dinamiche nettamente diverse da quelle del ricambio politico innato nelle moderne democrazie; ricambio che, mentre non incide certo sulla stabilità dei quadri che avevano animato le minoranze sconfitte, inizialmente si limita man mano a ridimensionarne come può il peso politico e l'influenza decisoria nell'area dei pubblici poteri.

Ad un concilio di riforma vera, e non simulata, segue dunque ormai, nella Chiesa d'Occidente, un periodo considerevole di stallo tecnico, propizio forse alla concordia, ma non certo all'attuazione sollecita delle riforme messe in cantiere dai partiti che hanno prevalso nell'assemblea sinodale<sup>36</sup>. Il che si collega anche all'esercizio di un complesso ruolo politico (e non certo celebrativo) di concordia e/o di mediazione, affidato alla pazienza silenziosa del papa regnante – tra una udienza generale e un'altra – nella lunga e spesso delicata fase della transizione costituzionale.

Diventa, in questa ottica, questione quindi spesso meramente terminologica tentar di distinguere tra conservazione e progresso, reazione e

---

<sup>35</sup> In seno alle quali di rado sarebbero concepibili drammatizzazioni retoriche, come quella che della costituzione, quando approvata, esalti il ruolo di «decisione esistenziale totale del popolo tedesco» (C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, p. 43).

<sup>36</sup> Trattasi di peculiarità istituzionali, che rendono inappropriate espressioni definitive intese a qualificare le risoluzioni conciliari a modo di quelle «decisioni politiche concrete, che fissano la forma dell'esistenza politica del popolo ... e formano il presupposto fondamentale di tutte le altre normazioni, anche quelle delle leggi costituzionali. Tutto quel che c'è all'interno del Reich, nella legalità e nella normatività, vale soltanto sulla base e nell'ambito di queste decisioni» (SCHMITT, *Dottrina*, cit. nt. 35, p. 35). Sovente, il *milieu* ecclesiastico è viceversa quello di un graduale divenire, che ammette fasi critiche di incertezza e disorientamento, come filosoficamente ammonisce il maestro roveretano: «contemporaneo poi alla distruzione è un periodo organizzatore; questo appartiene al movimento, è il tempo delle intraprese. A questo succede una stanchezza, tempo di stazione. Nel tempo di moto adunque lavorano due forze estremamente attive: l'una edifica e l'altra distrugge. Nel tempo di stazione operano pure due forze, ma di poca lena entrambe; l'una raggia partitamente i guasti, l'altra guasta ancora, più per negligenza che per altro; siccome in fabbrica a cui, dopo essere edificata, manchi una buona manutenzione» (A. ROSMINI, *Delle cinque piaghe della Santa Chiesa*, ed. Morcelliana, Brescia, 1967, p. 135, nota). Un ambito, in cui già si affaccia la critica alla «adulazione degli uomini di Chiesa», destinata al Romano pontefice da troppi opportunisti.

avventura. I tempi del cambiamento non si adeguano infatti facilmente alle necessità effettive dei tempi e dei luoghi; mentre quelli dell'avvento di una riforma ben confezionata potrebbero magari compiersi allorché essa non è più necessaria. Fisiologico, dunque, è – accanto all'impegno crescente dei novatori – il persistere di linee di resistenza opposte, tendenti a impedire un'accelerazione del cambiamento; di fronte alle quali parlare di resilienza illecita del profilo di una costituzione materiale ormai sconfessata potrebbe perfino non corrispondere, forse, che ad una visione parziale delle cose, ignara comunque del retroterra ideologico di questioni ecclesiologiche in discussione fin da tempi remoti.

#### 7. *Persistenze storico-culturali di fatti compiuti prevaricanti e diritto di resistenza*

In senso ben diverso si pone, nel sistema canonistico, il tema della resistenza a norme contrarie al diritto divino, e pertanto *enutritivae peccati*; lavorare alla cui eradicazione *ab ecclesia Dei* è dovere, individuale e collettivo, assolutamente indeclinabile. Né certo può negarsi che in questa chiave si sia costantemente mossa – conseguendo non trascurabili successi – la Controriforma tridentina. Ma vi è stato sempre un limite storicamente invarcabile per l'autoriforma cattolica: quello del superamento del pregiudizio (gregoriano) dei *duo genera christianorum*. Il tenace attestarsi della ufficialità ecclesiastica su questo pregiudizio ne ha quindi indotto il sistema di direzione a incontrare danni reiterati, di sostanza e di immagine, difficilmente riparabili.

In questa sede ci si cimenterà in un tentativo di delucidazione di alcuni dei più deleteri risvolti critici del pregiudizio denunciato, con conseguenze di indiscutibile spicco sul mancato accesso della Chiesa, nella sua storicità istituzionale, a valori ormai definitivamente acquisiti alla modernità giuridica. L'analisi che di tale fenomeno si propone, comprensibilmente provvisoria e bisognosa di ulteriori approfondimenti, risponde allo stato di avanzamento della riflessione personale dell'Autore<sup>37</sup> in

---

<sup>37</sup> Su alcuni autorevoli rilievi di merito sui pasticciati risvolti della 'riforma Grocholewski' cfr. E. LABANDEIRA, *Analisi del sistema canonico di giustizia amministrativa*, in *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa. Il contenzioso amministrativo*, a cura di E. Baura e J. Canosa, ed. Giuffrè, Milano, 2006, p. 2-58. Cfr. pure E. LABANDEIRA, *Il ricorso gerarchico canonico: 'petitum' e 'causa petendi'*, in «Jus Ecclesiae», 1991, 103 ss. Ma la letteratura di base in proposito ha raggiunto ormai dimensioni complessivamente imponenti.

pro dell'introduzione, quanto meno, di un sindacato giurisdizionale adeguato sugli atti dell'Autorità. Ma di ciò sarà meglio detto più avanti.

8. (segue) -a) *Su un 'golpe Gasparri' in danno di due diversi progetti di giustizia amministrativa*

È noto il non infrequente insorgere di punti di dissenso, tra Pio X ed il card. Pietro Gasparri, a proposito di nodi rilevanti, all'epoca, della politica, interna o estera, della Santa Sede. Ma una luce involontariamente impietosa su uno di questi punti è accesa dalla recente scoperta, da parte di Giorgio Feliciani, di un pro-memoria organico, predisposto in quegli anni dal papa, a proposito del riassetto delle attribuzioni giudiziarie della Santa Sede dopo la cessazione – per *debellatio* – degli stati pontifici. Da questo documento autentico emerge la strategia inedita, ma chiara, di un complessivo recupero, all'attualità mutata di una *cognitio* in materia spirituale, delle attribuzioni, da assicurarsi come proprie alla competenza della Rota Romana, anche di quelle in tema di sindacato di legittimità sui decreti amministrativi (esclusa, all'epoca, ogni ingerenza da parte della Segnatura).

La questione della giustizia nell'amministrazione era dunque all'epoca largamente discussa, seppure opinabile, tanto da dar luogo alla proposta (alternativa a quella di papa Sarto, rispondente a modelli di *common law*) di un processualista di indiscussa autorità come il card. Lega (decano della Rota e in seguito prefetto della Segnatura), volta viceversa all'istituzione di un giudice speciale, sui modelli continentali di *Conseil d'etat*, per la trattazione delle vertenze in materia.

Trattandosi di una rilevante riforma di sistema, tale da sollecitare (come ritenuto pacifico nei coevi ordinamenti di diritto europeo) l'istituzione di un apposito riparto di giurisdizione, disciplinato da speciali disposizioni, ci si attendeva che apposite leggi papali di diritto pubblico regolamentassero la delicata materia, rinviando ad altra sede l'inclusione di essa al di fuori di un processo codificatorio notoriamente volto solo a produrre, piuttosto, una ordinata *recompilatio* del diritto già esistente.

Viceversa, l'onnipotente segretario della Commissione di riforma del diritto canonico (ed allora Segretario di Stato di Benedetto XV) inseriva a un certo punto, tagliando corto agli indugi, nell'ordine del giorno dei

lavori della Commissione stessa, lo schema di quello che poi <sup>38</sup> sarebbe stato il testo dell'imprevisto can. 1601 del codice del 1917, ottenendo l'inaudita, indiscriminata attribuzione alle Congregazioni romane (a seconda della loro competenza) della cognizione in unico grado dei ricorsi gerarchici comunque presentati contro i decreti amministrativi dei vescovi. La misura, in linea con le posizioni più tracotanti dell'ideologia dello *ius publicum ecclesiasticum* (avversa a concessioni all'opposta tendenza del diritto pubblico europeo a concepire ingresso ordinato a ipotesi di sindacabilità degli atti del potere esecutivo), condivisa da qualche membro della Commissione più preoccupato per un temuto *vulnus* ai principi dell'assolutismo in voga, segnava durevolmente della sua arretratezza culturale l'abbandono delle pur autorevolissime alternative Sarto-Lega<sup>39</sup>.

Come se ciò non bastasse, continuando a buon diritto la giurisprudenza della Rota a rivendicare come propria la trattazione delle questioni

---

<sup>38</sup> L'ipotesi poteva forse sembrare giornalistica, prima della scoperta di Feliciani; ma riposa su moventi seri e credibili sia quanto alla *ocasio*, sia quanto alla determinazione con cui il Gasparri ha perseguito, in due tempi, un obiettivo da lungo tempo vagheggiato. Dell'argomento ho scritto più volte in questi anni su *Stato, chiese e pluralismo confessionale* e non ho mancato di discuterne perfino coi più giovani, valenti colleghi canonisti dell'Università di Bergamo in occasione – se ben ricordo – e/o a margine del memorabile Convegno *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione. Emilio Betti (1890-1968)*, colà tenuto nell'autunno 2018.

<sup>39</sup> Per un richiamo a precedenti di età tridentina e pretridentina riferibili per analogia, cfr. ad es. C. BORRELLO, *Summa Decisionum universalium totius christiani orbis*, Tomus II, Venezia, 1623, a proposito ad es. di *appellatio extrajudicialis* (823 ss). Per una esemplarmente ordinata considerazione pre-codice del sistema dei gravami interecclesiastici si veda G. Moroni, *Dizionario di erudizione storico-ecclesiastica da San Pietro ai nostri giorni*, Venezia, 1840, vol. II, alla voce *Appellazione alla Santa Sede*, 246-250. Naturalmente, qui la dottrina del tempo ragiona avendo presente lo schema di riferimento interno alla giurisdizione ordinaria; senza richiamarsi quindi alla sfera di esercizio della giurisdizione c.d. 'ritenuta', radicata nelle prerogative della sovranità assoluta sia quanto al rito, che al merito delle questioni avocate, e da Pietro – come da Cesare – delegate ad altrui cognizione fiduciaria (c.d. giurisdizione commissoria). Mentre l'esercizio delle prerogative di supremazia gerarchica accede invece all'ordinario funzionamento di quest'ultima, così come disciplinato da norme generali, o da quelle specifiche del comparto organizzativo di pertinenza. Tutto questo comparto, oltre tutto, richiederebbe oggi qualche previa intesa procedimentale con i centri esponenziali della *sollicitudo omnium ecclesiarum*, alla ricerca di una determinazione politicamente negoziata del contesto di riferimento, adeguata ai nuovi doveri costituzionali del concerto con l'episcopato ultimamente indotti nell'esercizio del potere di governo papale nella Chiesa romana. Sarebbe infatti paradossale che la Curia si sentisse libera tuttora – a differenza del Papa – di prescindere; così come ha fatto, fino ad oggi, nel fissare a suo totale arbitrio le regole del contenzioso amministrativo.

di diritto soggettivo legate alla responsabilità aquiliana dei Dicasteri per l'illecito dei propri addetti, sei anni dopo l'ineffabile card. Gasparri, stavolta in veste di prefetto della Commissione per l'interpretazione autentica dei canoni del nuovo codice, contro ogni principio di ragionevolezza esonerava i dicasteri pontifici dal rispondere a qualsiasi sede di ordinario giudizio<sup>40</sup> dei danni comunque arrecati a terzi innocenti, loro per contro assicurando comprensiva benevolenza (non di rado omerosa) davanti ai dicasteri di Curia.

9. *b) ... e sulla 'falsa' giustizia amministrativa del card. Grocholewski (e suoi)*

Dopo il concilio Vaticano II, l'iniziativa legislativa di Paolo VI non pareva più concedere alla Curia scappatoie ulteriori di fronte alla prospettiva di sottostare ad un'autentica verifica giurisdizionale sui propri atti; ma lo sfiancante negoziato con l'arretratezza tuttavia persistente nei canonisti interni, a motivo forse sia del molesto influsso su di essi della *Rechtstheologie*, sia del concorrente interesse di molti vescovi a non vedere – a loro volta – sottoposti a verifiche di tal genere i loro propri atti, non doveva mancare di produrre frutti deleteri di ulteriore incertezza strategica.

Di tale situazione<sup>41</sup> sono conseguenze di compromesso sia il definitivo cedimento (secondo la formula del card. Lega) alla formula dell'istituzione di un giudice speciale per la giustizia amministrativa; e sia, di contro, il deferimento delle competenze di questo ad una *Sectio Altera* della Segnatura (dicastero questo di natura fortemente ibridata con funzioni politiche, o di alta amministrazione), strutturalmente omologo alle congregazioni e funzionalmente integrato con le attribuzioni papali, per natura privilegiate, di giustizia 'ritenuta' caratteristiche dell'assolutismo tridentino e postridentino<sup>42</sup>. Donde l'ulteriore conseguenza –

---

<sup>40</sup> Eccettuata forse la competenza del Tribunale vaticano in tema di responsabilità aquiliana, frutto di rinvio alternativo ai codici civili italiani richiamati dalla legge sulle fonti del diritto del '29, ultimamente novellata; e, per prassi, assai meno soggetta ai capricci della discrezionalità curiale.

<sup>41</sup> Alla quale ben sembrano convenire i bonari, azzeccati commenti del rosmignano *Delle cinque piaghe della Santa Chiesa*, già riportati sopra, alla nota 36!

<sup>42</sup> Ridondante in termini l'insistenza, fin dal codice del 1917, delle caratteristiche di ampliamento *extra ordinem* della cognizione giudiziaria di conflitti, già in Rota oggetto di matura decisione definitiva. Sintomo evidente di una ingerenza superiore mortificante, sempre aperta a vie (di giustizia, o di grazia) possibili per l'illimitata declinazione

aberrante sul terreno della resa giustiziale – di un’aprioristica esclusione ‘politica’ all’ingresso di una qualsiasi censurabilità, per sviamento di potere<sup>43</sup>, degli atti e provvedimenti oggetto della cognizione giudiziale del nuovo organismo.

Esclusione questa snaturante per la giustizia dei *Conseils d’Etat*, istituiti *ab initio* come organi giurisdizionali responsabili verso lo Stato post-rivoluzionario (e non come organi fiduciari del sovrano feudale); epperò investiti di un sindacato penetrante e perspicace sull’esercizio in concreto – nel provvedimento sottoposto a censura – di una verifica interna, e non solo formale, della razionalità globale di esso. Ne è conseguita una sorta di variante (*in iudicando*, o *in procedendo*) della querela di nullità sanabile, deferita a una struttura binaria (Prefetto/Segretario) omologa a qualsiasi altro dicastero di Curia e priva di qualsiasi incidenza sostanziale sulla sorte del provvedimento impugnato, e tanto meno sulla sua, d’altronde immancabile, reiterazione da parte dell’Autorità. Al che va aggiunto, con la difficoltà di disporre di un adeguato accesso ai precedenti giurisprudenziali, l’ingombrante aggravio – del tutto estraneo all’attività giudicante – di numerose competenze concorrenti di indirizzo politico generale; per non dire dello stravolgimento del principio collegiale, insito nelle anticipate competenze decisorie di un Segretario onnipotente, col solo limite di un rinvio a verifica collegiale, consistente però in un’occasionale cognizione allargata a esponenti di Curia di cui resta incerta la qualifica e l’indipendenza, facilmente sormontata dal prestigio del prefetto, del segretario e/o del promotore di giustizia presso il ‘tribunale apostolico’. Il tutto consentito anche per dar luogo spesso a una prassi derogatoria di ‘diritto mite’ ad uso e beneficio di esponenti più o meno eminenti dell’apparato burocratico vaticano; prassi legittimata da una congerie di disposizioni alluvionali<sup>44</sup>, prodotto per lo

---

dispensatrice della sovrana discrezionalità del principe assoluto. Un andazzo derogatorio increscioso, oggetto di agevole manovra a livello di alta amministrazione; sul quale tuttora manca una disciplina chiaramente precisata in leggi fondamentali di diritto pubblico.

<sup>43</sup> Per l’efficacia diagnostica a tutto campo di questo profilo, del tutto interno, di ogni provvedimento amministrativo; cfr. per tutti la sintesi di P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XIV, Milano, 1965, p. 124 ss.

<sup>44</sup> Tra gli altri, la legge propria per la Signatura Apostolica (m.p. 21.06.2008 di Benedetto XVI *Antiqua ordinatione*); e le norme di frettoloso adeguamento alla *Pastor Bonus* delle regole della Rota Romana (approvate ex audientia Ss.mi, nel febbraio 1994, da Giovanni Paolo II e novate con rescritto papale 16.07.2008 a proposito dei ‘poteri speciali’ del suo Decano). Rispetto alle quali disposizioni maggior livello di

più di una pedestre ed occasionale elaborazione amministrativa, al di fuori di un adeguato, libero e previo critico confronto con il dibattito dottrinale e con le prerogative in materia di un episcopato per contro tagliato fuori, temerariamente, da ogni voce in capitolo.

Dal canto suo, pare evidente come sia mancato alla Rota, all'epoca, quello scatto di orgoglio corporativo che sarebbe stato necessario al fine di rivendicare una via d'uscita dalla mortificante propria costrizione nel *cul-de-sac* delle competenze in materia matrimoniale, per rivendicare il proprio ruolo tradizionale di tutela generale, in appello, dei diritti soggettivi nella Chiesa. Un ruolo, al cui esercizio veniva chiaramente richiamata dal nuovo codice del 1983; il quale – decisamente innovando rispetto al can. 682 del codice Gasparri – includeva la previsione puntuale di un elenco di diritti soggettivi dei fedeli<sup>45</sup>, che pareva offrirle il destro per aspirare a un ritorno alla posizione di centralità giudicante sul blocco di consistente contenzioso che, ragionevolmente, era destinato a riaprirsi alla sua ordinaria cognizione, a tutela dei fedeli non solo da fatti e atti lesivi della loro buona fama, ma da comportamenti comunque irragionevolmente limitanti della loro autonomia di giudizio e/o di libera iniziativa pastorale in proiezione missionaria.

#### 10. c) *Lo sconcerto per la scoperta nel clero di pratiche abusive su minori*

Un ulteriore segnale della portata evidente, in senso tendenziosamente mistificatore, della separazione tra clero e laici, *docti* e *rudes*, può ritrovarsi nel generale smarrimento seguito, sopra tutto tra i vescovi, a proposito della notizia, esplosa d'improvviso in proporzioni ampliate dalla stampa, dell'esistenza non solo di casi singoli, ma di sacche organizzate di predatori di infanti, alcuni dei quali annoverati dall'opinione pubblica tra le figure stimabili del clero diocesano e regolare. Uno scenario in altre contingenze concepibile solo come circoscritto a casi limitati di deviazione sessuale in danno di minori, da affrontare quindi caso

---

approfondimento teorico-pratico sembra abbia decisamente meritato l'Istruzione *Dignitas connubii* del 25.01.2005 per la trattazione delle cause matrimoniali di fronte ai tribunali diocesani. Di fattura invece grossolana, e di livello addirittura indignitoso la *Ordinatio* 23 luglio 1990 della Segreteria di Stato in tema di patrocinio legale – fondamentale ai nostri fini – approvata a seguito del M.P. *Iusti iudicis* 28 giugno 1988 di Giovanni Paolo II.

<sup>45</sup> Cfr. ad es. cann. 208, 211, 212, 215, 216, 217, 218, 219, 220 etc.

per caso con terapie idonee al recupero del peccatore, tramite ausili penitenziali di foro interno integrati da misure di ricollocazione comunitaria<sup>46</sup>.

Veniva a questo punto scossa, oltre tutto, la convinzione tridentina di fondo della salvezza tramite le opere, presidiata dalle mille pratiche della pietà personale e popolare, assecondate «dalla penitenza e dal digiuno»; e la visione trionfalistica di una Chiesa in gloria cedeva alla delusione della sua miseria denudata. Tramontava cioè il fascino di una Chiesa multitudinista, disciplinata da una autorità indiscutibile e – in fondo – convocata dalle indulgenze a una pratica ripetitiva dei *pia exercitia* e resa in tal modo, da una catechesi inadeguata, pressoché ignara degli orizzonti altruistici e martiriali delle origini cristiane; mentre, nell’attesa «di nuovi cieli e nuove terre», il soffio di una più antica vocazione profetica ispirava nei giovani le rinunce inedite di una diversa secolarizzazione. In una parola, pareva che il Regno stesse convocando i suoi giusti, ben lungi dall’orrore appena constatato, piuttosto verso gli orizzonti di una povertà ignara delle sicurezze clericali: dedita solo alla ricerca dell’essenziale, per ritrovarvi così la perla della parabola evangelica. L’orizzonte si apriva così su un futuro ignaro di padri e figli, di padroni e di servi: dove più ricca e abbondante risultasse, della messe oculatamente accumulata nei granai, quella che la calda gioia dell’eguaglianza spartiva nella semplice quanto austera fraternità pasquale di un sabato senza fine. Tramontava, alla fine, l’idea (per millenni egemone) di una cristianità retta da un impero cristiano, artificialmente contrapposta ad un mondo destinato alla ‘geenna di fuoco’. La stessa idea, da cui proveniva quella divisione tra clero e laici, pastori e pecore, su cui l’equivoco di un’alienazione fatale aveva modellato una tradizione al tramonto: fino a concepire, per ribadirla, la precettibilità giuridica degli atti interni quale vero controsenso centrale della visione ecclesiologicala di Pio Fedele. Ed a tornare a una concezione dell’etica evangelica come strettamente connessa a una responsabile dimensione attiva, liberatrice delle potenzialità divino-umane della vita credente.

---

<sup>46</sup> Nella logica, oltretutto, del modello (di innegabile successo ai tempi dell’*Ancien régime*) riportabile all’*Ad meliorem frugem redire* delle ‘traviate’. V. da ultimo G.A. NOBILE MATTEI, «*Ad meliorem frugem redire*». *Le meretrici tra emenda e recupero (secc. XVI-XVII)*, coll. *Historia et Jus* (in open access), Roma, 2020.

11. (segue) *d)... e l'abnorme deriva inquisitoria dei processi «de delictis gravioribus»*

Quasi a compensazione punitiva esemplare del discredito gettato sull'istituzione dai suoi esponenti infedeli – già oltretutto oggetto, in regolare processo, delle sanzioni delle corti statali – un'aberrante serie affrettata di disposizioni canoniche<sup>47</sup>, ignare del principio di irretroattività della legge penale, privava nei fatti, a priori, di ogni esercizio del diritto di difesa i preti imputati di abuso: automaticamente ritenuti colpevoli – seppur non confessi – in base alle risultanze delle inchieste di polizia statale riportate *per relationem* quale motivo delle condanne del giudice statale. Manco a dirlo, autrice di una tanto incivile mattanza risultava, invece del giudice naturale diocesano, quella 'nuova' Congregazione per la Dottrina della fede, che Paolo VI aveva invano prefigurato (nella *Regimini ecclesiae universae*) come definitiva sostituzione del modello dell'Inquisizione romana. Su questo sfondo, innumerevoli imputati – privati dei diritti garantiti dalla usuale riserva a un giudice diocesano della cognizione ordinata dei fatti – hanno avuto occasione di conoscere la litispendenza canonica a loro carico solo a far tempo dalla notifica dell'inappellabile pronuncia di condanna finale da parte del giudice 'apostolico' e senza aver avuto modo di attivare mai una difesa tecnica dignitosamente motivata, avanti a un giudice degno di questo nome.

12. (segue) *e)... e la voluta inattuazione dei tribunali amministrativi interdioesani*

Ancora oggi il can. 1400 § 2 del codice del 1983 reca traccia vistosa dell'accantonamento improvviso (sembra in seguito a una udienza privata, accordata a Corecco da Giovanni Paolo II, verosimilmente tutta giocata in chiave formalistica<sup>48</sup> di intransigenza dottrinale)<sup>49</sup> di una riforma

---

<sup>47</sup> Davanti alla Congregazione per la Dottrina della fede, in materia di imputazione *de delictis gravioribus* (sic!), un difensore di fiducia non è neppure previsto; ma «funge (sic!) da Avvocato e Procuratore un sacerdote, provvisto di dottorato in diritto canonico, che viene approvato dal Presidente del collegio» (art. 14 delle norme procedurali-testo novellato – del Motu proprio *Sacramentorum sanctitatis tutela*). Mimesi forse paternalistica del *relator pro auctore*, previsto nel caso di esame delle opere 'sospette' avanti al Dicastero dottrinale?

<sup>48</sup> Da quale privilegiato iperurano della *pax helvetica* abbia poi tratto, questo ingenuo presule-teologo, materiale per le sue ferree convinzioni ottimiste, non è dato sapere. Di certo, se le fonti esperienziali di taluno coincidessero, alle volte, piuttosto con quelle che motivarono la prudente cautela istruttorie di Innocenzo III, a questa dovrebbe con

di sistema di capitale interesse teorico-pratico per la Chiesa latina, riforma che avrebbe prodotto il silenzioso tramonto di quella introdotta dal card. Gasparri con il can. 1601 del vecchio codice; diretta questa, di contro, al fine di segnare l'interdizione di principio di ogni possibilità di accesso, in qualsiasi forma, ad *appellatio extrajudicialis* avverso i decreti degli Ordinari. Purtroppo, è stato poi il meccanico persistere di alcuni deprecati risvolti ideologici della *Rechtstheologie* – ben oltre i limiti della sua autorevolezza teorica – a determinare lo stabilizzarsi di una improvvisa e irreparabile lacuna ordinamentale, decisamente improvida e ingiustificabilmente assurda nel suo stesso subitaneo e abortivo prodursi, al di fuori e contro ogni fisiologica consultazione collegiale anteriore. Tanto, da render necessario che ne fossero posti a guardia i ‘mastini’ della Segnatura, atteso il rischio che qualche conferenza episcopale irraguardosa prendesse iniziative non autorizzate – rispetto alla programmata paralisi di sistema – in vista della messa in atto dell'innovazione codiciale del 1983, su questo punto.

### 13. *Sulle odierne, inedite sperimentazioni in tema di contenzioso matrimoniale*

L'inedita portata del ridimensionamento umiliante imposto dal ‘golpe Gasparri’ alle attribuzioni della Rota aveva nel 1934 ridotto uno degli Alti Tribunali ottocenteschi più prestigiosi della penisola a dimensioni di un organismo specializzato ‘negli annullamenti concordatari’. A partire da questa situazione, la stessa autocoscienza storica dell'istituzione – espressa dal Decano pro-tempore del Tribunale – deve avere spesso risentito di un tale scadimento, accentuato dalla concorrenza degli speciali tribunali regionali, istituiti per l'Italia da Pio XI col Motu proprio

---

ragione attenersi chi avesse riscontrato troppi segni di leggerezza, ira, superbia, avarizia, accidia istruttoria e perfino invidia della grazia altrui, nel comportamento concreto di taluni vescovi, arcivescovi e primati (superiori religiosi non esclusi!); di ciò avvedendosi all'atto di prestare alle loro vittime cura e protezione, senza esitare a reggere lo scontro con gli eccessi persecutori dei potenti verso i sottoposti, e perfino con le sussiegose accuse episcopali di temerarietà ad un collegio di «tre semplici preti» (la Rota!), non senza ragione talora disposto a censurare la condotta di un «successore degli apostoli»(sic)! Chi le bolge dantesche di certi oscuri, inattesi mondi insospettabili abbia, di contro, talora attraversato ne riporta ben diversa, inopinata testimonianza: *infandum regina iubes renovare dolorem!*

<sup>49</sup> Farisaicamente qui confondendo, secondo la lezione dei *dictatus Papae*, il sacro con il Santo!

*Qua cura* dell'8.12.1938, nella specifica ottica adeguativa agli impegni assunti con l'art. 34 del Concordato del 1929.

In questa situazione, al caro e stimato Decano mons. Pio Vito Pinto deve essere ultimamente mancata (forse per spirito di postuma rivalsa istituzionale?)<sup>50</sup>, nel consigliare al Papa la soppressione dei tribunali regionali competenti in materia di matrimonio concordatario, la lungimiranza necessaria a ponderare il rischio che – al mero scopo di introdurre un'alternativa di giurisdizione volontaria alla trattazione ordinaria della causa secondo le regole della *Qua cura* – tale soppressione comportasse pure quello di perdere l'estrema occasione preziosa per riannodare le fila dell'attivazione, almeno in Italia, delle competenze previste dal can. 1400, § 2: da operarsi mediante puro e semplice distacco del contenzioso amministrativo di primo grado a sedi già funzionanti ad organico pieno, e per di più corredate da un foro in atto professionalmente formato ed esperto.

Tale rilievo critico nulla certamente intende togliere ai risvolti generalmente positivi di una riforma di settore coraggiosamente innovativa in senso pastorale, e oltre tutto rispondente, nello scacchiere italiano, a un orizzonte di non scontato, implicito ridimensionamento dei privilegi acquisiti dalla Chiesa cattolica (in dispregio di altri culti 'tollerati') con i Patti Lateranensi del 1929.

Così come, d'altronde, non può certo tacersi – per completezza – la circostanza che ad altri rilievi circostanziati, sia teorici che anzitutto tecnici, tutti di notevole rilievo, la riforma stessa sia andata senza indulgenze incontro meritatamente, a fronte dei suoi numerosi difetti e incongruenze di dettaglio e di sistema, rilevati ultimamente da dottrina autorevole<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> In effetti, l'ampia riforma di Pio XI sui giudizi di nullità matrimoniale in Italia (m.p. *Qua cura* dell'8 dicembre 1938) aveva finito, come è noto, per penalizzare non solo la competenza in materia dei vescovi italiani, ma oltre tutto quella della Rota, a motivo della prevista possibilità che, per appello interno, una causa vi pervenisse già a doppia decisione conforme, senza ulteriore prosecuzione in appello della causa.

<sup>51</sup> Sul punto si distinguono soprattutto, e non solo per tempestività, i tre interventi in sequenza di G. BONI, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi*, apparsi sulla rivista telematica 'Stato, Chiese e pluralismo confessionale', nei primi mesi del 2016.

14. *Tra rescritti di giustizia e giurisdizione 'inter partes'. Un sottaciuto tema fondamentale*

Ancora una volta deve aversi riguardo, in termini di indirizzo politico-legislativo, alla rilevanza esclusiva e fondante che, nel Novecento, la canonistica ha assegnato a un tracciamento di confini preciso con le istituzioni statali di riferimento, allo scopo di assicurarsi durevole riconoscimento per una sfera di propria esclusiva sovranità giurisdizionale, eventualmente concordando rigorose procedure pattizie di raccordo – tra sistemi positivistic omogenei, anche nell’opzione codificatoria – per istituti specifici bene individuati al fine di conseguire, in aggiunta, ‘effetti civili’ per il prodotto, negoziale o provvedimentale, della sua autonoma attività precettiva.

Conseguenza di questa concentrazione sui confini (necessitata dalla temperie della contestazione separatista) è stata una necessaria dissuasione, divenuta col tempo sistematica, dall’attenzione ai temi più propri, raffinati e specifici della tradizione canonistica, del cui fascino il *Discorso generale* di Fedele sarebbe rimasto isolata testimonianza. Il *salus reipublicae suprema lex* diventando, così, pressoché obbligato imperativo di estremo riferimento degli studiosi – laici o di Curia – impegnati sul fronte di un temuto assedio ‘laicista’ e, proprio per questo, coautori forse meno colpevoli della desertificazione concordataria di vari settori di studio fiorenti in passato, prima del conflitto tra Stato e Chiesa.

Non per questo, però – si replicava – sarebbe stata accettabile una riduzione del sistema alla sua dimensione discendente (seppur rigorosamente gratuita), e quindi all’inconsueto allargamento dell’area di una cognizione graziosa dei dissidii, per il tramite ad esempio di un loro compromesso in arbitri, o del loro affidamento commissariale (*ex officio*, o a richiesta) a collegi giudicanti speciali; posto che già il solo porsi dell’ipotesi di un conflitto mostra come sia del tutto fallace ed irenica la prospettazione di un ordinamento, che solo per assurdo si potrebbe pensare in tutto proiettato nella sfera dell’intrasubiettività; estremizzando così una visione che da esso, sotto il pretesto del godimento comunitario di beni eterni, espunga totalmente il problema della tutela (anche *contra nolentes*) di posizioni personalissime come la buona fama, la riservatezza, l’esonazione da atti di colpa aquiliana, l’aspettativa del rispetto degli obblighi comunque liberamente assunti (e non solo direttamente *in spiritibus*, ma anche in relazione ad interessi che con lo spirituale siano in rapporto di dipendenza o di connessione inscindibile, fino a instaurarvi

*status* differenziati come quello, di origine gregoriana, costitutivo, tramite l'attribuzione di specifici privilegi, di una *societas inaequalis*). Il che, anzi, contrasterebbe con l'esperienza comunitaria non solo dei primordi palestinesi, o della diaspora, o del primo instaurarsi delle comunità ellenistiche frutto della catechesi apostolica, soprattutto paolina; ma pure, e soprattutto, della successiva prassi di cristianità stabilita, nei confini del nuovo ordine costantiniano e medievale; che aveva visto il forgiarsi col tempo di un mondo retto non solo dai contratti romanistici, o dai patti feudali tra dominanti, ma anche dai *nuda pacta*, azionabili tra dominati (e non solo), proprio con la protezione di quella chiesa gerarchica che, nella stessa epoca, andava vieppiù assumendo inediti poteri di diritto pubblico generale, anche sul terreno giudiziario.

In pari tempo, l'assunzione crescente di influenza sociale aveva prodotto nel mondo ecclesiastico un processo di secolarizzazione, tra i cui mali non mancava quello della *imitatio imperii* nei confronti delle potestà concorrenti; delle quali si finivano per imitare percorsi di diritto pubblico, che ne avrebbero gradualmente assecondato l'involutione assolutista. Ed è all'interno di questa iniziale contraddizione tra rappresentanza organizzata del *populus Dei* e assunzione di un ruolo dominante all'interno della cristianità, che l'innovazione innocenziana canonizzata al concilio lateranense IV si colloca, incorporando valori avanzati di intercessione leale<sup>52</sup> in difesa del semplice fedele, ma senza accordare ancora a costui, almeno al di fuori dell'istanza diocesana, garanzie esplicite di rigida inviolabilità, a cominciare da quella del controllo popolare – così caratteristico nella *common law* – sulla composizione dei collegi giudicanti in materia penale.

È nel quadro dell'evoluzione che segue che inizia a maturare – ad onta delle resistenze diocesane – il caotico disordine, spesso artificialmente giustificato, di competenze straordinarie avocate al centro del sistema in base a situazioni di necessità talora più presunte che reali; disordine che l'esclusivismo monarchico dell'evoluzione assolutista trasformerà nella sempre più ampia evasione non solo dalla giurisdizione diocesana, ma anche dall'ordinario tramite di quella pontificia, sempre più elusa dalla attribuzione, dopo Sisto V, di poteri sostanzialmente giudiziari alle Congregazioni, paralleli alla via privilegiaria di una gestione commissariale indistinta di favori elargiti *nomine Papae*, mediante la

---

<sup>52</sup> Valori, che sono poi al fondo simili, se non identici, a quelli che finiranno per essere richiamati, in via analogica, dai baroni (laici ed ecclesiastici) nella storica controversia con Giovanni Senzattera, sulla quale si omette qui di citare la letteratura sterminata.

confusiva e innaturale alternativa fra una *Signatura iustitiae* e una *Signatura gratiae*.

È alla stabilizzazione definitiva di questo pittoresco disordine, che il card. Pietro Gasparri, giurista rispettato e segretario di Stato sotto tre pontificati, decisivi per un incontro non integralistico con la modernità, lavorò per tutta la sua vita, sordo ad ogni suggerimento alternativo. Donde la riduzione al minimo delle competenze della Rota e l'esclusione drastica di ogni alternativa al ricorso gerarchico nei confronti dei decreti diocesani; e, su tale essenziale base di sistema, la lotta frontale con i suoi critici interni – non escluso Pio X – al fine di attrarre alle attribuzioni della Segnatura ogni competenza residuale, preoccupandosi anzi di drasticamente subordinarle la stessa Rota in via ordinaria, sia pure in alcuni casi specifici. Equilibrio costituzionale, codesto, che fa della Segnatura (organo ormai di giustizia ordinaria anche nei conflitti di attribuzione, ma soprattutto collocato *ex lege* in posizione centrale di indiscussa preminenza, nonché, per completarne la mostruosa figura proteiforme, dotato di funzioni da ministero di grazia e giustizia) l'asse portante di un sistema di giustizia, in cui quella 'ritenuta' continua a prevalere largamente su quella ordinaria: garante, oltre tutto, del funzionamento (sovente omertoso) di un contenzioso gerarchico datato ormai, a tutt'oggi, ai tempi dell'*Ancien régime* e, come tale, a priori refrattario al principio di separazione dei poteri, pur in astratto richiamato in auge dall'ultimo concilio e, vent'anni dopo, riportato in vigore dal codice del 1983. Ad onta di che, la Curia postconciliare ha saputo pazientemente ridarsi, nel mezzo secolo decorso dalla *Regimini Ecclesiae Universae*, istituzioni ispirate allo stesso assolutismo<sup>53</sup>, del quale papa Montini aveva tentato di

---

<sup>53</sup> Anello non secondario di un tale sistema, volto a rafforzarne il consenso da parte di un'utenza servile, è l'accesso alla trattazione degli affari di competenza dei Dicasteri e della Segnatura, tramite procuratori dotati di mezzi culturali incerti ma di sicura fidelizzazione; la cui ammissione o meno al patrocinio risponde a criteri imperscrutabili e non è suscettibile di gravame alcuno, mentre – di contro – nessuna interposizione sindacale, né tanto meno alcun appello è previsto contro la loro eventuale rimozione, *ex lege* derogatoriamente immotivata, dal novero dei destinatari della *gratia principis* che li ha creati. Quadro istituzionale, questo, tanto più opposto alla libertà del patrocinio, quanto più di potere il sistema attuale ha sottratto all'istanza diocesana (già ferita dalla mancata attivazione di organi di giustizia amministrativa di primo grado) e, in appello, alla Rota; al cui *corpus advocatorum* si accede – per contro – previa selezione severa, il cui esito favorevole garantisce piena stabilità dopo l'iscrizione del professionista all'Albo apposito (salva l'ipotesi di future eventuali infrazioni alle regole disciplinari della corporazione). Al di fuori di questa *rara avis*, mai si riscontrano garanzie di stabilità professionale per gli iscritti ad altri albi (quinquennale la nomina degli avvocati della Santa Sede, triennale quella dei patroni davanti all'ULSA!). Quanto agli avvocati presso la Curia romana, abnorme è la genericità di un disposto che commina la decadenza

gradualmente anticipare – forse sottovalutando la forza dei suoi avversari interni – lo sgretolamento definitivo!!

15. *Dalla frammentazione (relitto amaro di incertezze strategiche) a un ritorno al Lateranense IV?*

Prima di ogni altra cosa, la Chiesa è Emmaus: luogo di illuminazione atto a celebrare, nell'eucarestia, una tregua dai conflitti di questo mondo, un momento profondo di verità e di amicizia. Decisamente illusorio è dunque trasformare l'incanto di questo incontro nel perseguimento di altro, fosse pure desiderabile sul terreno del prestigio e del potere, fosse pure 'tutto l'oro del mondo'. D'altronde, l'amicizia è un bene per eccellenza infungibile, che nasce dal desiderio di una persona e da questo si fa forza attiva nella storia; sostituirla a lungo le dinamiche naturali con i vincoli di una disciplina è fors'anche illusione ingannevole, destinata a non durare a lungo. Prima o poi, è la libertà dello Spirito a rivendicare il primato che le spetta in questo campo: per questo, la pretesa tridentina di un efficace, capillare controllo clericale sulle anime sembra oggi, alla lunga, come d'un tratto svanire.

Quando i concili della 'grande Chiesa' fissavano i confini compatibili della fede e della disciplina, li ancorarono alla regola dell'unanimità perché avevano ben presente l'unico vincolo che l'amore sopporta: il consenso spontaneo, l'attiva partecipazione cordiale dell'insieme dei credenti. Regola poi, nel corso del tempo, troppe volte ferita e dimenticata, in Oriente come in Occidente. Di qui il facile fascino odierno (troppe volte illusorio) dell'incontro conciliare, vissuto come nostalgia di un momento veritativo primigenio, di una sorta di età dell'oro.

Ma forse nemmeno è saggio rimettere ogni volta in discussione i confini, su cui si è costruita la storia dell'amicizia (e dell'inimicizia) fra movimenti cristiani; così come quella delle differenze nella loro comune

---

automatica – senza processo – di «coloro che pubblicamente contrastano o disattendono le istruzioni dottrinali e pastorali delle legittime autorità ecclesiastiche!» (M.P. *Iusti iudicis* 28.06.1988 di Giovanni Paolo II, art. 6, § 2). Basterebbe questa manipolatrice, sistematica strategia di asservimento per concludere, quanto al regime della difesa davanti ai dicasteri ecclesiastici (Segnatura non esclusa), con le pacate espressioni lapidarie, usate da un giurista cattolico, granitico come Leopoldo Elia – mezzo secolo fa – nel motivare la sentenza di incostituzionalità dell'art. 34 del Concordato lateranense, a proposito del procedimento di dispensa *super rato* e non consumato: «non potersi riconoscere un giudice e un giudizio»!!

umanità redenta. Di qui l'incertezza tra correre il rischio di un incontro reso più arduo dalla confusione delle lingue, o trarre dal patrimonio di esperienze contraddittorie e dolorose 'cose nuove ed antiche'.

Per fare un bilancio di ciò che la prassi posttridentina lascia alla Chiesa romana, non tutto si risolve nell'antinomia libertà-disciplina; ed esistono certamente maniere di gran lunga diverse di declinare in maggiore equilibrio il rapporto tra i due termini. Il punto critico della loro dialettica si situa infatti nel rispetto vicendevole dell'altrui autonomia responsabile<sup>54</sup>: nodo culturale odierno dei significanti più prossimi all'antico concetto di diritto naturale.

Se dunque, alla luce di quanto finora si è, per sommi capi, ricordato, volessimo tentare uno sforzo ricostruttivo di un'esperienza millenaria che si è fatta tradizione – che conserva la grandezza di una tradizione – fare ancora una volta sintesi su ciò che della tradizione occidentale è sommamente caratterizzante – la sintesi cioè tra evangelo e diritto romano *canonice comptum*<sup>55</sup> – non è un'alternativa da scartare: anche di contro a ricorrenti pretese saccenti di presunta superiorità vicendevolmente rivendicata tra modelli da troppo tempo in concorrenza, fino al segno di invocare su di essi la decisiva variante di deviarne l'incessante dialettica sui binari della 'fine della storia'.

Nel nostro caso, accantonare senz'altro le controllate innovazioni del concilio Vaticano II non sembra misura compatibile con una prudente condotta della *politica* cristiana; valendo piuttosto la pena di un estremo tentativo di valorizzarne l'innegabile investimento correttivo, da parte di quel concilio, in una direzione di libertà e di creatività umana. Si è, tuttavia, già rilevato come l'ostacolo maggiore ad ulteriori sviluppi di una

---

<sup>54</sup> Del resto, in tempi vicini all'uscita del processo matrimoniale novellato da Francesco I, era stato pur detto che «la Chiesa è tenuta a rendere testimonianza di una cultura processuale... che possa fecondare, ma anche arricchirsi dei valori che integrano il concetto di 'giusto processo', categoria comune ad altri sistemi processuali nei quali è d'obbligo presumere vi sia un identico anelito di giustizia, indipendente da esplicite opzioni di fede». Così M.J. ARROBA CONDE, *Le proposte di snellimento dei processi matrimoniali nel recente Sinodo* (in *Sistema matrimoniale canonico in Synodo*, a cura di L. Savarese, Urbaniana University. Press, Città del Vaticano, 2015, p. 62).

<sup>55</sup> Ma per un'ancor più remota attribuzione istintiva -tipicamente romana - di dignità divinatoria all'attività dei giuristi in quanto tale, si ricordi qui (ben prima della divinizzazione orientaleggiante dell'imperatore) la attribuzione ulpianea a Celso dell'opinione, evocante a proposito dei *responsa prudentium* la sfera numinosa del sacro, in concordanza proprio con la quale « quis nos sacerdotes appellat: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemus, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes» (D. 1. 1. 1 pr.).

tale dinamica si situi proprio all'interno del cuore gerarchico del cattolicesimo politico: un centro rimasto, nonostante tutto, culturalmente (ma pure strutturalmente) troppo ancorato alla forma postridentina di questo. Forma, alla quale la vuota boria e l'ottusa tracotanza degli 'addetti ai lavori' di un sistema assolutista non intendono assolutamente rinunciare.

Di qui la necessità di determinare col tempo riassetto nuovi, tali da dislocare in senso non antipapista, ma neppure anticonciliare le forze cattoliche decisive; riassetto da perseguire, nella transizione, favorendo pure, frattanto, indifferibili misure di inciviltà nelle forme di governo delle istituzioni canoniche attualmente in vigore e, al tempo stesso, reagendo a minacce di centri intransigenti volti a ribadire la durezza, astratta e legalistica, senza preoccupazione equitativa alcuna. Donde la necessità che ogni giurista occidentale tenti di immedesimarsi nelle difficoltà anche teorico-ideologiche di un impegno dei canonisti in tale direzione<sup>56</sup>, oltre ogni dire desiderabile.

---

<sup>56</sup> Deplorevole, su tale terreno, il sistematico diniego di giustizia opposto, dalla nostra giurisprudenza amministrativa, ai tentativi di ottenere che l'autorità scolastica accolga meno supinamente il ritiro del nulla osta rilasciato dai vescovi agli insegnanti della religione cattolica nelle scuole; ritiro cui uniformarsi comunque, per quanto immotivato e spesso usato come copertura di un comportamento discriminatorio anticanonico. Di contro, un più severo approfondimento istruttorio delle ragioni retrostanti, sotto il profilo dell'interpretazione (novellata dagli accordi di revisione del 1984) dell'art. 23 cpv. del Trattato lateranense, potrebbe indurre gli ordinari competenti a una più cauta ponderazione degli effetti della c.d. revoca del nulla osta, da loro rilasciato al docente prima della sua immissione nel servizio pubblico. Nella manifesta collisione della discrezionalità assegnata a un provvedimento di tal genere (pur in costanza di sintomi evidenti di sviamento di potere) con la tutela costituzionale del lavoro in tutte le sue forme va rintracciata la radice di una qualche potestà scolastica di sindacato istruttorio sulle modalità con cui l'interessato ha esercitato – o potuto esercitare – un diritto di difesa congruente con la gravità del provvedimento stesso. Ne verrebbe fuori facilmente sia l'inesistenza di una qualsiasi tutela giudiziaria opponibile per sviamento di potere ai provvedimenti canonici in genere, e sia quella d'un minimo di rispetto del diritto ad un'adeguata difesa tecnica (anche infraprocedimentale) dell'eventuale ricorrente, nella predetta sede di contenzioso amministrativo prestatata; difesa tanto più necessaria laddove, come spesso accade, la revoca vescovile nemmeno sia stata preceduta da preavviso, o da contestazione di eventuali addebiti motivanti. Una circolare ministeriale, o regionale in tal senso, integrativamente accettata dalla controparte concordataria (anche a livello di conferenza episcopale territoriale) potrebbe forse avviare una più equilibrata fase di ponderazione procedimentale del tutto in vista di un provvedimento caducativo che fosse proposto a carico del docente dal suo *status*, nel conflitto tra l'interesse del vescovo e quello della comunità educante; la quale potrebbe far valere così anche il proprio interesse a veder mantenuto in servizio un insegnante forse fruttuosamente inserito nel progetto pedagogico della scuola, con possibile pregiudizio, altrimenti, per il buon andamento di questa. Oltre tutto, non sarebbe utile

Come sopra si è mostrato, il terreno del processo canonico mostra in proposito elementi di una contraddizione fondamentale tra principi forgiati all'epoca in cui la Chiesa era forza traente decisiva nella civiltà europea – agli albori della *Magna charta libertatum* – e deroghe successive agli stessi, affermatesi nella temperie dell'assolutismo col pretesto di sopraggiunte situazioni di stato di necessità, o addirittura di mera *utilitas Ecclesiae*: entrambe spesso, oltre tutto, di incerto confine, non di rado dettato talora dall'opportunità politica e segnate dal frequente sacrificio delle prerogative della difesa, a scapito della modalità inquisitoria di processi speciali, magari in voga da ambo le parti in confronto, sul terreno delle guerre di religione europee. Si pone quindi l'impellente necessità di verificare oggi – in campo cattolico – la ragionevolezza di queste deroghe, divenute forse ormai *enutritivae peccati*; e bisognose quindi di un decisivo riordino; a partire non più da un asserito stato di eccezione, ma da un integrale rispetto – non oltre rinviabile – di quelli che la modernità ha definito diritti 'inviolabili' dell'uomo e del cittadino. Da ritenersi non meno sacri della *potestas* troppo spesso invocata a sopprimerli: in quanto espressione irrinunciabile di quella che sempre più chiaramente viene oggi a configurarsi come un vero e proprio *status* di cittadinanza ecclesiale<sup>57</sup>.

Vettore decisivo di uno sviluppo riformatore di tal genere sembra essere, anzitutto, l'esaltazione degli elementi a favore del protagonismo della privata soggettività sia nel processo ordinario che in quello amministrativo, quali fattori attuativi irrinunciabili dei valori che (quasi rispondendo ad una fisiologia vitale) ogni ordinamento incessantemente tende a selezionare nel corso del processo storico, sotto lo stimolo critico dell'approfondimento giurisprudenziale che la loro attuazione tenda ad incontrare, e se del caso a sollecitare in senso progressivo. A partire dal principio antico, nella temperie postridentina forse desueto – ed in quella codificatoria sistematicamente del tutto negletto – della *approbatio utentium*, esercitata sulla legge pontificia dalla comunità destinataria di quest'ultima. Un principio che, come è stato ben detto,

---

– alla luce del principio di imparzialità – l'invito amichevole del direttore d'istituto, sentito l'organo collegiale competente, rivolto all'autorità vescovile per ammonirla al rispetto di un diritto fondamentale del cittadino di cui si paventi, in forma indiretta, una violazione per sé incostituzionale?

<sup>57</sup> Per alcuni piuttosto remoti rilievi in merito, forse mai ripresi da altri autori, cfr. il mio *Forma e sostanza dell'identità cristiana. Riflessioni preliminari sull'utilizzo del termine 'cittadinanza' nel diritto ecclesiale* («Diritto e religioni», 1-2/2006)

sembra incrociare il circolo percorso sia dal consenso popolare verso la legge ragionevole, sia dell'*approbatio principis* nei confronti della consuetudine parimenti ragionevole, sottolineando la reciprocità analogica delle due situazioni: un principio in altri tempi sovente ricordato<sup>58</sup>, *opportune et importune*, da un maestro tanto pacato quanto rimpianto, come Luigi De Luca.

Oltre che (ennesima) prova della fallibilità *in gubernando* dei pontefici romani, la pronta sensibilità imprudente di Giovanni Paolo II all'adulazione di teologie cortigiane<sup>59</sup>, come quella espostagli da Eugenio Corecco nel consigliargli la soppressione del progetto di istituzione dei tribunali amministrativi, già inserito all'interno del progetto di quello che sarebbe divenuto il CIC del 1983, gli va – sul piano morale – addebitato con forza dai giuristi (la cui generale opinione in proposito venne d'un tratto improvvisamente disattesa), come massima obiezione di principio alla sua precipitosa canonizzazione.

La verità è che a cotali diatribe inutili nemmeno per caso avrebbe dovuto prestarsi udienza, senza la pronta, ospitale accoglienza del 'cerchio magico' di connazionali incompetenti, cui il papa polacco – del

---

<sup>58</sup> Cfr. L. DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti*, in «Studia gratiana», Bologna, 1955, III, p. 194 ss.; ID., *La nozione di legge nel decreto di Graziano: legalità o assolutismo?*, ivi, 1967, I, p. 409 (nota); ID., 'Populus fidelium' e formazione storica dell'ordinamento della Chiesa, in *Studi in onore di M. Magliocchetti*, Roma, 1975, p. 417 ss. Un filone di interesse, questo, dall'A. a lungo coltivato, in parallelo con quello per un automatismo attribuito alla nozione dei diritti umani (*a priori* per lui canonizzabile), tale quindi da postularsi, forse con apparente semplicismo, come già vigente in virtù dell'equità canonica non scritta: tesi che potrebbe sembrare più audace di alcune ben note, eleganti distinzioni in proposito (avanzate da Javier Hervada con più cauta gradualità); ma per la quale basterà, *ex multis*, tener presente l'appassionata perorazione critica di DE LUCA, *The subjects of the people of God* svolta sui diritti della persona, a proposito soprattutto della relazione Beyer e nel nome della *simplicitas canonica*, in occasione dello storico «Incontro fra canonici di Oriente e di Occidente» tenutosi a Bari nell'autunno 1991 (cfr. *Atti*, vol. I, ed. Cacucci, Bari, 1994, p. 581 ss.). Che dire al riguardo? Forse, la verità è che le costituzioni non mutano con l'opinione pur egemonica delle *élites*, e in fondo neppure per violenta instaurazione coattiva di un nuovo ordine, provocando quella che lo Schmitt descriveva (in *Ex captivitate salus*) come riduzione all'impotenza dei ceti dirigenti di una società; ma solo allorché dei profondi sommovimenti di opinione abbiano finito per portare man mano in superficie – come direbbero i teologi – un nuovo e diffuso *sensus fidei*, coinvolgendo nel loro mutarsi graduale l'orientamento dei sentimenti diffusi di doverosità: fatto-fonte, quest'ultimo, che solo ai giuristi, con buona pace dei guardasigilli di turno (chierici, o meno), è affidato il compito di autenticare ad un certo punto con certezza, di fronte al modificarsi evolutivo della coscienza sociale profonda.

<sup>59</sup> Assimilabili alle gustose stilette rosminiane, già richiamate *supra*, alle note 36 e 41.

tutto alieno da interessi giuridici – aveva affidato il compito di chiuderlo in un dorato isolamento, aperto solo alla sovrintendenza dottrinale del card. Ratzinger (anche Lui tutt’altro che infallibile, specialmente nella materia che ne occupa). Sta di fatto che la sindacabilità degli atti del potere esecutivo di fronte ad un giudice imparziale non è questione pertinente alla storia delle dottrine teologiche, in quanto interamente contenuta – come il problema della liceità o meno dei roghi e delle torture dell’Inquisizione – nella storia politica di quell’Occidente umanista e moderno, che quei roghi e quelle torture ha poi per sempre riprovato e respinto. E tanto questo è vero, che non è stato facile – dopo l’esito dell’immane conflitto bellico sollevato nel Novecento da tre regimi tirannici – pervenire ad un graduale superamento, perfino in Occidente, del ‘dogma’ della insindacabilità giudiziaria di quel potere; come, negli anni ’70 del Novecento, un maestro incontestato di quell’area disciplinare infaticabilmente<sup>60</sup>, nella scuola e nel foro, non cessava di

---

<sup>60</sup> «Solo in Inghilterra e in Germania è stata superata la soluzione ambigua, con la piena attribuzione ad un giudice giudiziario della controversia tra amministrazione e privati, e con una ormai sostanziale emarginazione delle misure costituite dai ricorsi amministrativi. In molti altri Paesi europei rimane invece la soluzione ambigua, e tra essi è l’Italia, che la ha ambigua in grado supremo». Sono queste osservazioni preziose, quelle vergate personalmente da Massimo Severo Giannini, condivise con colleghi e allievi, in un testo a sua cura di Av.Vv., *La giustizia amministrativa*, ed. Jandi Sapi, Roma, 1972, p. 2; nel quale prosegue, rilevando che, di fronte alle cennate soluzioni più moderne «la dottrina meno recente assunse un atteggiamento dapprima giustificativo. Alla base di essa era il principio politico dei liberali conservatori, che non convenisse diminuire i poteri del governo, assoggettandone l’attività a troppi controlli giurisdizionali. Secondo questa dottrina governo e amministrazione costituivano un organismo unitario, a cui doveva riconoscersi la potestà di risolvere in via propria controversie attinenti strettamente all’esercizio della attività governativo-amministrativa. Era questa una prosecuzione della tesi settecentesca dell’autodichia del potere governativo» (M.S. GIANNINI, *Discorso storico generale*, in *La giustizia amministrativa*, cit.). Lascio qui ai miei colleghi amministrativisti-canonisti stabilire, a loro volta, se il progetto originario del CIC del 1983 fosse da inquadrare su questo sfondo, ovvero se si ispirasse piuttosto alla formula di una giustizia nei confronti dell’amministrazione, propria dei liberali democratici «che, invocando il principio della divisione dei poteri, contestavano che legittimamente potesse sottrarsi al giudice giudiziario una competenza così importante, come quella delle controversie tra amministrazioni pubbliche e private». Gli sconsiderati suggerimenti pervenuti a Giovanni Paolo II alla vigilia della promulgazione del CIC del 1983 finirono, evidentemente, per riportare senza rimedio quest’ultimo all’idea settecentesca dell’autodichia, seppure mascherata da un rinvio all’autotutela gerarchica (vanificata questa, d’altronde, e ad ogni livello, dalla libertà assoluta, consentita al superiore, di serbare totale e inattiva noncuranza nei confronti del reclamo interposto dalle parti private).

insegnare, di fronte ad una legislazione e ad una giurisprudenza troppo pavide e compiacenti.

Ora, se ritardi del genere erano constatabili, nella cultura del diritto pubblico dominante durante l'evoluzione novecentesca di un ordinamento a monarchia costituzionale graziosamente elargito un secolo prima ai popoli del regno di Sardegna da S.M. Carlo Alberto di Savoia Carignano, quante più incertezze e perplessità non dovrebbe incontrare l'evolversi sinodale di un altro regno italico, che per otto secoli – tra il *Dictatus papae* e il concilio Vaticano I – non ha mai desistito dal qualificare come *dominus mundi* il proprio sovrano, seppure – ed anzi *a fortiori* – perché dotato di sovranità spirituale? Non è forse questo il segno del profondo sopravvivere di una attiva totalità pensante, riflesso della «vivente spiritualità della comunione tra i singoli reciprocamente congiunti... e alla cui potenza essi sono necessariamente soggetti... determinando la prospettiva storicamente condizionata delle loro valutazioni»<sup>61</sup>, e con essa anticipandone il superamento?

---

<sup>61</sup> E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (ed. a cura di G. Crifò), Giuffrè, Milano, 1990, p. 33. Laddove viene pure sottolineato come, a proposito del vivente scambio tra novità e tradizione, il circolo di reciprocità che tra queste si crea è fonte di vicendevole vitale alimento fra quanti partecipano a questo processo di comunicazione; proponendo il dato «di una spiritualità vivente ed attuale, che si trasmette per tradizione continua e viva... da concepirsi non come un'oggettività irriducibilmente contrapposta al soggetto pensante, ma come vita della sua stessa vita» (ivi, p. 35). Un dato, che i due termini costituisce in una sorta di simbiosi, nel cui circolo può accadere sovente che elementi, accettati un tempo con certezza, con pari certezza vengano poi abbandonati.

Antonio Carratta

*L'eredità bettiana nel diritto processuale civile*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Betti processualista (e non ‘di complemento’) – 3. La funzione pubblicistica del processo – 4. La ricostruzione del diritto di azione (in senso astratto) – 5. L'azione in senso astratto e le condizioni dell'azione: legittimazione e interesse ad agire – 6. La «ragione fatta valere» come oggetto del processo – 7. «Ragione» e identificazione dell'azione – 8. Il doppio oggetto del processo – 9. Il giudicato e l'estensione dei suoi effetti soggettivi in base al «rapporto di subordinazione» – 10. Considerazioni conclusive

1. *Premessa*

Il rapporto che Emilio Betti ebbe con lo studio del processo civile (sia romano che contemporaneo) non fu né occasionale, né meramente superficiale, perché fin dagli anni giovanili costante fu una certa attrazione che egli manifestò nei confronti delle tematiche processuali, ritenendo che «la considerazione del lato processuale dei fenomeni giuridici ... può contribuire, assai più di quello che si soglia credere, alla risoluzione di difficili e fondamentali problemi di diritto sostanziale»<sup>1</sup>.

Se ne accostò non solo e non tanto per il particolare interesse personale, che nutrì fin da subito per la materia e che egli attribuì al magistrale corso di lezioni di Gino Segrè del 1911-1912 all'Università di Parma<sup>2</sup>, ma anche perché ebbe la preoccupazione di superare «la tendenza a fare dello studio romanistico un *hortus conclusus*, appartato dallo studio

---

<sup>1</sup> E. BETTI, *Prefazione a La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1919, p. III ss.

<sup>2</sup> *Ibidem*, dove, parlando della «considerazione del lato processuale dei fenomeni giuridici», Betti aggiunge anche che «è dovere riconoscere che il primo incitamento alla meditazione del presente studio venne all'autore da alcune acutissime osservazioni lette in un Corso di lezioni di diritto romano tenuto nell'anno accademico 1911-1912 nella R. Università di Parma dall'insigne giurista che egli ebbe l'onore d'aver Maestro: Gino Segrè».

delle altre discipline giuridiche»<sup>3</sup> ed a combattere con forza quella che egli icasticamente definì «barbarie della specializzazione»<sup>4</sup>.

Del resto, coltivò in maniera costante tale interesse, nel corso della sua esperienza scientifica e didattica, assolutamente convinto com'era che – stando a quello che scrisse nelle sue *Notazioni autobiografiche* – lo studio dei temi del processo civile gli sarebbe servito come «palestra di una vasta opera di autoeducazione giuridica»<sup>5</sup>, che l'avrebbe portato a colmare «le lacune lasciate dallo studio disorganico delle singole materie» e ad afferrare «l'unità del fenomeno giuridico nelle varie discipline»<sup>6</sup>.

## 2. *Betti processualità (e non 'di complemento')*

C'è, tuttavia, un episodio che segna l'inizio di questo sodalizio. È lo stesso Betti a ricordare come nel corso di un incontro avvenuto «una sera d'aprile del 1916» Vittorio Scialoja lo avesse esortato ad «esercitarsi nel procedimento logico di applicazione delle norme e dei principi giuridici concreti, unico modo per attendere la vita degli istituti nel suo reale funzionamento»<sup>7</sup>. E siccome «la vocazione già nettamente rivelata

---

<sup>3</sup> E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, ried. a cura di E. Mura, Padova, 2014, p. 19. V. anche ID., *Diritto romano e dogmatica odierna*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», 1928, p. 129 ss., dove esprime la preoccupazione che la romanistica diventi un «*bortus conclusus* riservato alle bizzarre fantasie di un cenacolo di belli ingegni, specialisti di interpolazioni». Anche nella *Prefazione* a *D. 42, I, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922 (= Roma 2021), Betti sottolinea come la trattazione «tenta di appagare entrambe le esigenze che ogni sistema deve soddisfare; e cioè: a) armonico coordinamento dei vari criteri sistematici ad un punto di vista unitario; b) idoneità del punto di vista scelto a spiegare per mezzo dei vari criteri i singoli casi» (*ivi*, p. III s.).

<sup>44</sup> BETTI, *Postilla alle Notazioni autobiografiche*, cit. nt. 3, p. 51 s., prendendola a prestito da Ortega y Gasset (*La ribellione delle masse*, p. 101 ss.), che parlava di «barbarie dello specialismo». V. anche BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, rist., Padova, 1947, p. XIII, dove denuncia i pericoli della «eccessiva specializzazione».

<sup>5</sup> BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit. nt. 3, p. 19.

<sup>6</sup> *Ibidem*. Osserva P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in «Quaderni fiorentini», VII, *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, Milano, 1978, p. 3, che l'interesse di B. anche per «altre sponde culturali» non è manifestazione di eclettismo o di enciclopedismo, in quanto «più che d'una testimonianza di sicumera e di orgoglio, si trattava di un'ansia di verifica e, in fondo, d'una testimonianza di umiltà».

<sup>7</sup> BETTI, *Prefazione*, in *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti* (Camerino, 1921), ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, p. 716, in nota 1; v. anche ID., *Notazioni autobiografiche*, cit. nt. 3, p. 21 s. In

nei lavori romanistici lo portava allo studio del diritto processuale, fu a questa parte del diritto vigente che egli rivolse di preferenza la propria attenzione», trovando una «sicura guida» nei *Principii* di Chiovenda «dalla lunga meditazione dei quali egli trasse vital nutrimento per la educazione del proprio criterio giuridico»<sup>8</sup>.

Aggiungerà nelle *Notazioni autobiografiche* che nello stesso lasso di tempo «da metà dicembre 1916 a metà gennaio 1917» ebbe modo di frequentare «a Roma la biblioteca del Chiovenda, in via A. Brunetti, 47», dedicandosi «allo studio del Briegleb e di altri autori introvabili altrove (es. Fr. Klein, Bülow)» e conversando «con l'austero e buon maestro»<sup>9</sup>.

Ed anche nella *Prefazione al Diritto processuale civile* noterà come la trattazione «si rifà ... ad uno studio scientifico del processo civile, che fu rivolto fin dal 1916 a problemi costruttivi fondamentali (sentenza di condanna, *praeceptum de solvendo* del processo romano-comune, genesi logica della sentenza, cosa giudicata, azione, presupposti processuali, domanda giudiziale, atti processuali di parte) e si venne estendendo man mano a svariate questioni di diritto positivo»<sup>10</sup>.

Non si può non rilevare, peraltro, che all'attenzione scientifica per i temi processuali si accompagnava anche il non meno fruttuoso impegno dal punto di vista didattico. Occorre ricordare, infatti, che già nell'anno accademico 1918-1919 all'Università di Camerino, dopo che il 17 novembre 1917 li aveva vinto la cattedra di Diritto romano, da subito decise di assumere anche l'insegnamento del Diritto processuale civile e che nel gennaio 1920 ebbe presso l'Università di Macerata sia l'incarico

---

proposito v. M. BRUTTI, *Emilio Betti*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XXXIV, Roma, 1988; L. FANIZZA, *Emilio Betti e la procedura civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 733 ss.; S. BOCCAGNA, *Emilio Betti processualista*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato (5-8 settembre 2018, Università degli studi di Camerino), a cura di G. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2019, p. 17; M.P. GASPERINI, *Emilio Betti processualista civile*, in *Emilio e Ugo Betti. Giustizia e teatro*, a cura di R. Favale e F. Mercogliano, Napoli, 2019, p. 99 ss.

<sup>8</sup> Sono sempre passi tratti dalla *Prefazione* alla monografia *Efficacia delle sentenze determinative*, cit. nt. 7, p. 7 s.

<sup>9</sup> BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit. nt. 3, p. 18, dove, in nota aggiunge anche che «aveva già familiari le trattazioni sistematiche del processo: Hellwig, Weismann, Pollak, R. Schmidt».

<sup>10</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1936, p. VIII.

delle Istituzioni romane sia quello di Diritto processuale civile<sup>11</sup>, insegnando queste materie – come annoterò – «con appassionato fervore, specialmente la seconda»<sup>12</sup> e facendo dell’insegnamento «palestra di una vasta opera di autoeducazione giuridica»<sup>13</sup>.

In effetti, Betti non fu certo un processualista ‘di complemento’, come ha ricordato anche Giuseppe Tarzia nell’ottantesimo anniversario della Facoltà giuridica milanese<sup>14</sup>. Diede alla materia dei contributi fondamentali, rivolti soprattutto all’analisi dei rapporti fra diritto sostanziale e processo. Per citare quelli più rilevanti si pensi a *Il concetto della obbligazione dal punto di vista dell’azione* del 1920; all’*Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati di alimenti* del 1921; al *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* del 1922; alla *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio* del 1929; a *Ragione e azione* del 1932.

Contributi, questi, che vennero ricondotti a vero e proprio sistema nelle lezioni che egli tenne presso l’Università di Milano negli anni accademici 1931-1935 e che vennero poi raccolti a formare il suo *Diritto processuale civile*, dapprima nell’edizione del 1933<sup>15</sup> e poi in quella definitiva del 1936<sup>16</sup>, arricchita della giurisprudenza, alla cui raccolta avevano collaborato Tullio Segre<sup>17</sup>, Enrico Allorio<sup>18</sup> e Felice Sternheim<sup>19</sup>, che si

<sup>11</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 3, p. 20. In proposito v. anche G. CRIFÒ, *Appunti sull’insegnamento maceratese di Emilio Betti*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Macerata», 1971, p. 45 s.

<sup>12</sup> BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 3, p. 20, dove aggiunge anche che «incoraggiato dall’interesse che l’insegnamento suscitava, tenne anche numerose esercitazioni su questioni controverse di diritto processuale, prendendone lo spunto dalla giurisprudenza e dai commentari».

<sup>13</sup> BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit. nt. 3, p. 19.

<sup>14</sup> G. TARZIA, *I processualisti civili*, in *Gli 80 anni della Facoltà di Giurisprudenza. Atti dell’incontro del 14 ottobre 2004*, a cura di R. Clerici, Milano, 2006, p. 76.

<sup>15</sup> BETTI, *Diritto procedurale civile. Appunti delle lezioni tenute nell’anno 1931-1932*, Milano, 1933. Il corso di lezioni «interessò nella scuola e anche fuori» (E. Betti, *Notazioni*, cit. nt. 3, p. 29).

<sup>16</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit. nt. 10.

<sup>17</sup> Laureatosi nel 1934 «con una dissertazione sui poteri del giudice d’appello e del giudice di rinvio» (BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 3, p. 30).

<sup>18</sup> Si laureò nel 1935 «con una tesi sulla cosa giudicata rispetto ai terzi poi pubblicata» (BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 3, p. 30). In proposito v. anche N. IRTI, *Enrico Allorio e la scuola bettiana*, in «Rivista di diritto processuale civile», 2000, p. 238 ss.

<sup>19</sup> Anch’egli si laureò nel 1935 con una tesi sui vizi della sentenza (BETTI, *Notazioni*, cit. nt. 3, p. 30).

erano laureati proprio in quegli anni con Betti, tutti con tesi su tematiche di Diritto processuale civile<sup>20</sup>.

Due, a me pare, sono i nuclei concettuali del pensiero bettiano in materia processualistica e con riferimento ai quali più marcate si avvertono ancora oggi le impronte del suo magistrale insegnamento: da un lato, l'idea della funzione pubblicistica del processo; dall'altro, il concetto di «ragione» come oggetto del giudizio (e quindi del giudicato).

### 3. *La funzione pubblicistica del processo*

In primo luogo, va evidenziata la profonda adesione di Betti all'idea della funzione pubblicistica del processo o, se si vuole, alla sua funzione sociale.

Non è un caso, anzitutto, che il suo manuale si apra proprio con il paragrafo dedicato alla *Funzione del processo civile entro l'ordine giuridico* e con la definizione del processo civile come «istituto destinato all'attuazione della legge per opera degli organi giurisdizionali in ordine ad un concreto interesse che si pretende da esso protetto»<sup>21</sup>. Nella cui definizione sono evidenti gli echi sia dell'impostazione dogmatica di Chiovenda<sup>22</sup>, ancor più evidenti nel richiamo ai principi di oralità, concentrazione e immediatezza nell'analisi dello svolgimento del rapporto processuale<sup>23</sup>, sia, soprattutto, della tesi della funzione strumentale del processo di Adolf Wach.

Ed anzi, proprio per esplicitare quest'impostazione di fondo che connota la sua «logica del processo civile»<sup>24</sup> egli chiarisce che «da formula "attuazione della legge" (ossia del diritto obbiettivo) ci sembra da

<sup>20</sup> Così come, alcuni anni dopo, si laureerà con una tesi in Diritto processuale civile anche Natalino Irti.

<sup>21</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 1.

<sup>22</sup> V., in particolare, G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in «Rivista giuridica e sociale», 1907, p. 88, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, rist., Milano, 1993, p. 379 ss., dove la puntualizzazione del giudice quale organo pubblico a cui è demandata la funzione di «accertare e attuare la volontà della legge»; ID., *Principii di diritto processuale civile*, rist. anastatica con prefazione di V. Andrioli, Napoli, 1980, p. 91. In proposito rinvio ad A. CARRATTA, *La funzione sociale del processo, fra XX e XXI secolo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2017, p. 583 ss.

<sup>23</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 240 ss.

<sup>24</sup> BETTI, *Prefazione a Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. VII.

preferire (Wach) all'altra – “difesa di diritti soggettivi” – per l'equivoco in cui quest'ultima può far cadere, di credere cioè che il processo civile funzioni nell'interesse della parti in conflitto». Piuttosto, proprio partendo dall'idea della funzione pubblicistica del processo civile, ben si comprende la puntualizzazione secondo cui «l'interesse delle parti non è che un mezzo, mercé il quale si raggiunge la finalità del processo, in quanto l'interesse privato in conflitto è messo a profitto quale congegno propulsore per soddisfare l'interesse pubblico all'attuazione della legge per la composizione del conflitto»<sup>25</sup>. E dunque, mentre lo scopo di ciascuna delle parti in causa è di aver ragione, «la finalità del processo, invece, è di dar ragione a chi l'ha effettivamente»<sup>26</sup>; ciò che non risponde affatto ad un «interesse privato delle parti», ma ad un «interesse pubblico della società intera»<sup>27</sup>. Si tratta di un'affermazione che, sebbene oggi appaia ormai indiscutibile, all'inizio del '900 costituiva un punto di profonda rottura con la tradizione.

Né, peraltro, la finalità di dare attuazione al diritto obiettivo prescinde dall'altra finalità che accompagna il processo civile, «consistente nel mantenimento e nell'incremento di un dato ordine sociale»<sup>28</sup>, e quindi nell'esigenza di comporre la lite sorta e di superare la resistenza del soggetto passivo. Questo perché, nel comporre la lite o nel superare la resistenza del soggetto passivo, l'organo giurisdizionale «attua quella che, nella valutazione della legge, è la giusta composizione o rimozione del conflitto d'interessi sottostante alla lite o determinante la resistenza»<sup>29</sup>. E, a dimostrazione della stretta relazione che egli vedeva fra diritto sostanziale e processo, vale richiamare la circostanza che, in vista del concorso bandito dall'Università di Camerino agli inizi di marzo del 1916, aveva pensato di preparare proprio «uno studio sulle relazioni tra forza e diritto, tra processo e diritto sostanziale, che avrebbe dovuto servire da prolusione al corso [di Diritto romano] che contava di poter presto iniziare»<sup>30</sup>, ma che non poté utilizzare perché, come noto, in quel concorso «non fu designato un vincitore».

---

<sup>25</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 5.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 8.

<sup>29</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 12.

<sup>30</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 16.

#### 4. *La ricostruzione del diritto d'azione (in senso astratto)*

Assumendo l'impostazione di fondo della funzione pubblicistica del processo, inevitabili dovevano essere le conseguenze sul piano dogmatico rispetto alla costruzione dell'azione e delle sue condizioni. Sebbene più netti emergano qui gli aspetti di originalità del pensiero bettiano e la sua influenza sulla riflessione successiva.

Betti, infatti, concepisce l'azione come un diritto di natura squisitamente processuale, slegato dal rapporto giuridico sostanziale, da far valere nei confronti della controparte, consistente nel potere giuridico di provocare, appunto, l'attuazione giurisdizionale della legge in ordine ad una determinata ragione da far valere in giudizio. E dunque, considera l'azione come un diritto astratto, sia pure non generico, bensì determinato e riferito a una fattispecie concreta, solo affermata. In effetti, puntualizza che

l'azione è un diritto processuale, coordinato come diritto-mezzo ad una determinata ragione da fare valere in giudizio, individualizzato da tale ragione e da un interesse ad ottenere il riconoscimento mediante una pronuncia o una misura giurisdizionale<sup>31</sup>.

In questo senso, il diritto d'azione deve dirsi indipendente dall'effettiva esistenza della concreta situazione giuridica soggettiva e concepito, dunque, in via del tutto astratta. Egli chiarisce, infatti, che

«l'azione è ... un potere processuale *autonomo*, distinto e assolutamente inconfondibile col potere ch'è il momento formale del diritto subiettivo sostanziale» e che il potere giuridico insito nel diritto subiettivo sta al diritto d'azione come un potere *primario* ... a un potere *secondario*. Dove quello non arriva, sottentra questo; questo ha una funzione sussidiaria ed eventuale, in linea subordinata alla inefficacia di quello. In breve, i due poteri stanno tra loro in relazione di *alternatività subordinata* (non di alternatività indipendente) e di concorrenza successiva<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 84. Per una ricostruzione non molto dissimile v. G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 242 e p. 325 ss.

<sup>32</sup> BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Diritto sostanziale e processo*, con presentazione di N. Irti, Milano, 2006, p. 25 s., testo e ampia nota 20.

Certamente, il concetto di azione che egli preferisce si avvicina molto all'*actio* romana, come emerge chiaramente dal fatto che la concepisca come potere nei confronti dell'avversario (in ciò, peraltro, riprendendo anche l'insegnamento chiovendiano)<sup>33</sup>. Egli osserva, infatti, che «come diritto anteriore al processo, l'azione non può avere per soggetto passivo che l'avversario, ossia quegli che risulta passivamente legittimato da una determinata situazione giuridica di diritto privato o pubblico»<sup>34</sup> e che «questa è anche la concezione che se ne è avuta in diritto romano classico»<sup>35</sup>.

L'esigenza di coordinare funzione pubblica dell'azione e interesse individuale della parte che la esercita lo induce a non accogliere la tesi della *Rechtsschutzanspruch* di Wach<sup>36</sup>, Laband, Stein<sup>37</sup>, Hellwig<sup>38</sup>, Schmidt<sup>39</sup>, ossia dell'azione come diritto esercitato nei confronti dello Stato<sup>40</sup>. Questa tesi – rileva Betti – non considera che attraverso la tutela giurisdizionale lo Stato non adempie ad un'«obbligazione specifica cui sia correlativa una pretesa (diritto di pretendere) da parte di un soggetto di pari grado», ma «un compito generico, una funzione di sovranità, che risponde non già ad un interesse privato delle parti, aspiranti alla tutela, ma ad un interesse pubblico della società intera (l'interesse a che sia data ragione a chi l'ha in realtà)»<sup>41</sup>; funzione che lo stesso Stato assolve mediante gli organi giurisdizionali messi in moto dall'esercizio di una domanda (anche infondata)<sup>42</sup>. E dunque, considerare lo Stato come

<sup>33</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 71 e p. 78; ID., *Ragione e azione*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1932, p. 223 ss.; ID., *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 214, in nota, dove il rilievo per cui «la possibilità legale che il cittadino ha di adire gli organi giurisdizionali è semplicemente una *condizione* del diritto d'azione di fronte all'avversario».

<sup>34</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 40.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> A. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrecht*, I, Leipzig, 1885, p. 19 ss.

<sup>37</sup> F. STEIN, *Urkunden und Wechselprozess*, Leipzig, 1887, p. 45 ss.

<sup>38</sup> K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrecht*, I, Leipzig, 1912, p. 291 ss., spec. p. 293 ss.; ID., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, I, Leipzig, 1903, p. 147 s.

<sup>39</sup> R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, Leipzig, 1898, p. 16.

<sup>40</sup> V. anche CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi*, cit. nt. 22, I, p. 51 ss. e p. 65 ss.; ID., *Principii*, cit. nt. 22, p. 54 ss.;

<sup>41</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 75.

<sup>42</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 76.

soggetto passivo costituisce «un'anticipazione illogica, un *usteron proteron*: un diritto verso lo Stato a sentenza favorevole si acquista, se mai, dopo che l'azione sia stata esercitata e spiegata in giudizio, o, in genere, si acquista per la prima volta entro il processo»<sup>43</sup>.

Ciò che – come osserverà più tardi Enrico Tullio Liebman – appare «illogico e contraddittorio» dal momento che il fondamento di questo potere di azione si rinviene nella legge processuale, che indubitabilmente rientra nel diritto pubblico<sup>44</sup>.

Ma, al di là di questo peculiare aspetto, che sarà inevitabilmente destinato ad essere superato dalla successiva riflessione<sup>45</sup>, assolutamente innovativa si presenta l'idea che il diritto di azione sia distinto e astratto dalla situazione sostanziale che si intenda tutelare in giudizio. In cui si rinvergono chiaramente le tracce dell'insegnamento chiovendiano dell'azione come potere giuridico autonomo, un diritto potestativo, attraverso il quale il titolare può, mediante la domanda giudiziale, produrre a carico dell'avversario l'attuazione della legge generale ed astratta. Vale a dire che le norme processuali che conferiscono poteri o impongono oneri alle parti od obblighi agli organi giurisdizionali, assumono come ipotesi di fatto, oggetto di loro previsione, non già l'esistenza effettiva di una concreta situazione di diritto sostanziale, ma semplicemente l'affermazione di essa in giudizio, in ordine all'aspirazione a che il giudice la riconosca come gli vien prospettata, e provveda in conseguenza.

Anche in questo caso siamo alla presenza di conclusioni ineccepibili nell'attuale ricostruzione del concetto di azione in senso astratto, ma che evidentemente tali non erano nel contesto storico degli anni '30 del secolo scorso. Non va trascurato, infatti, che proprio i primi decenni del '900 sono anni nei quali il dibattito fra azione «concreta» e azione «astratta», la distinzione pandettistica fra *Klage* e *Anspruch*<sup>46</sup>, si manifesterà

<sup>43</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 40.

<sup>44</sup> E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in «Rivista trimestrale di diritto. e procedura civile», 1950, p. 60.

<sup>45</sup> Nel senso che l'azione vada intesa come diritto ad un provvedimento di merito nei confronti dell'organo giurisdizionale: v., in particolare, LIEBMAN, *L'azione*, cit. nt. 44, p. 47 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 31 ss.; ID., voce *Azione (teoria moderna)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, II, Torino, 1958, p. 46 ss.; G.A. MICHELI, *Giurisdizione e azione (Premesse allo studio dell'azione nel processo civile)*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958, p. 491 ss.

<sup>46</sup> V. la polemica fra B. WINDSCHEID e Th. MUTHER in *Polemica intorno all'“actio” di Windscheid e Muther*, trad. it. a cura di E. Heinitz e G. Pugliese, Firenze, 1954. Per la ricostruzione dell'azione come potere che spetta a chiunque in buona fede ritenga di

in modo pieno proprio in Italia, dando vita a quello che Salvatore Satta definirà «un profondo rivolgimento di pensiero»<sup>47</sup>.

Né va trascurato il fatto che lo stesso Betti, che pure partiva da posizioni vicine alla nozione tradizionale dell'azione in senso concreto<sup>48</sup>,

---

avere diritto di ottenere un provvedimento giudiziale v. H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877, p. 9 ss.; da noi v. ALFR. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 87 ss.

<sup>47</sup> S. SATTA, *La dottrina del diritto processuale civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1992, p. 704. V. anche A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Novissimo Digesto italiano*, II, Torino, 1958, p. 29 ss. (ripubblicazione dell'identica voce del *Nuovo Digesto italiano*, II, Torino, 1937); G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit. nt. 31, p. 3 ss.; R. ORESTANO, voce *Azione in generale: a) Storia del problema*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 785 ss.; da ultimo, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 2018, p. 138 ss.

<sup>48</sup> Che emergono soprattutto dal contributo *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit. nt. 32, p. 34 ss., dove si legge che, ai fini dell'esercizio dell'azione, «non basta che l'interesse ad agire, la spettanza e l'esistenza del diritto vengano puramente affermati in giudizio: un vero diritto d'azione spetta in concreto soltanto quando essi *esistano effettivamente*» (corsivi nel testo) e che, di conseguenza, il diritto d'azione si configura come un potere processuale «sempre condizionato e individualizzato (come ogni diritto potestativo) da un rapporto giuridico preesistente o, in genere, da una determinata configurazione del diritto sostanziale privato o pubblico» (*ivi*, p. 38 s.). Nella stessa sede poi Betti puntualizza che la «relazione giuridica preesistente», dalla quale sarebbe «condizionato» il diritto potestativo di azione «è precisamente *quella specifica relazione di diritto sostanziale che costituisce la ragione dell'azione* e che è fatta valere in giudizio come il fondamento (sostanziale) della domanda giudiziale (*causa petendi*). In questo senso, nel senso cioè che dipende dalla *situazione giuridica concreta*, si usa chiamare il diritto d'azione un diritto “concreto”» (*ivi*, p. 39, in nota 30, dove anche il richiamo di K. HELLWIG, *System*, cit. nt. 38, p. 249: «*um die konkrete Rechtsklage, wie sie ist*»). Arrivando così a definire l'azione come «il potere giuridico secondario espresso dall'ordinamento processuale in ordine all'attuazione di una determinata norma concreta di diritto sostanziale (costituente la ragione dell'azione), in quanto è posta a disposizione dell'interessato: potere spettante a costui di fronte a un determinato soggetto passivo (avversario), di provocare – col porre in essere le condizioni richieste a tale uopo dall'ordinamento del processo – l'accertamento incontrovertibile in confronto di lui, o la realizzazione forzata a suo carico, di essa norma di diritto sostanziale, nelle forme processuali a ciò predisposte dallo stesso ordinamento giuridico» (*ivi*, p. 42).

Basti qui ricordare, peraltro, che lo stesso CHIOVENDA, *L'azione nel sistema*, in *Saggi*, I, cit. nt. 22, p. 3 ss., spec. p. 9 ss., p. 15 ss. e p. 20 ss.; ID., *Principii*, cit. nt. 22, p. 43 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli, 1960, p. 17 ss. e p. 59, riconduceva l'azione nell'ambito dell'elaborazione dei diritti potestativi e la configurava come diritto all'ottenimento del provvedimento favorevole.

progressivamente si avvicinerà<sup>49</sup> all'idea dell'azione come diritto di natura processuale, riconosciuto sulla base della mera affermazione di una «ragione» sostanziale, indipendentemente dal fatto che poi essa sia accertata come fondata<sup>50</sup>.

5. *L'azione in senso astratto e le condizioni dell'azione: legittimazione e interesse ad agire*

D'altro canto, alla concezione astratta dell'azione è inevitabilmente connessa la particolare ricostruzione delle due fondamentali condizioni dell'azione della legittimazione e dell'interesse ad agire. Anche su questo versante, infatti, è evidente che ad integrarle è sufficiente l'affermazione, anche laddove poi all'esito del processo la domanda dovesse risultare infondata nel merito.

Quanto alla legittimazione, in termini generali Betti rileva che essa

«è una posizione di competenza, caratterizzata o dal potere di porre in essere atti giuridici che abbiano un dato oggetto o dall'attitudine a risentirne gli effetti, in virtù di una relazione, in cui la parte si trova o si pone con l'oggetto dell'atto»<sup>51</sup>. Essa, perciò, «risulta da una specifica *posizione del soggetto rispetto agli interessi* che si tratta di regolare»<sup>52</sup>.

Trasferita in ambito processuale questa nozione consente di individuare «i legittimi contraddittori»<sup>53</sup> rispetto alla domanda avanzata in giudizio. Non basta, cioè, che una determinata azione sia esercitata da un soggetto qualsiasi e nei confronti di un soggetto qualsiasi. Occorre,

---

<sup>49</sup> A cominciare dalle *Osservazioni sul Progetto di Codice di Procedura Civile presentato dalla sottocommissione per la riforma del Codice*, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», II-III (1929), p. 121 ss.

<sup>50</sup> BETTI, *Ragione e azione*, cit. nt. 33, p. 205 ss.

<sup>51</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, ristampa corretta della 2ª ed., Torino, 1950, p. 211.

<sup>52</sup> BETTI, *Teoria*, cit. nt. 51, p. 221, corsivo nel testo. V. anche ID., *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 158, dove il rilievo che «la legittimazione ad agire e a contraddire è qualcosa di perfettamente parallelo, nel campo del processo, a quello che, nel campo del diritto sostanziale, fra i presupposti del negozio giuridico, è il potere di disporre e di obbligarsi».

<sup>53</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 157.

piuttosto, che «alla parte che prende l'iniziativa del processo (attore, appellante, etc.), spetti il potere-onere di agire in ordine alla ragione fatta valere, e che proprio alla parte contro la quale l'iniziativa del processo è presa (convenuto, appellato, etc.), spetti, a tenore di essa ragione, il correlativo potere-onere di contraddire»<sup>54</sup>. E questo porta a ritenere che «la legittimazione ad agire sia una condizione dell'azione e che quindi la relativa questione tocchi il merito»<sup>55</sup>. Al di là della qualificazione della decisione sulla legittimazione ad agire come decisione di merito invece che di rito, quel che è indubbio è che la legittimazione ad agire, in quanto condizione dell'azione, costituisce requisito imprescindibile per ottenere il provvedimento del merito e deve essere valutata «in astratto e in ipotesi, stando a quanto afferma l'attore nella domanda, e con riguardo esclusivo alle affermazioni enunciate, non già alla loro fondatezza in fatto»<sup>56</sup>.

E discorso non dissimile vale per l'interesse ad agire. Se per «interesse» in termini generali si intende

la «relazione di un soggetto (immaginato carente) con un bene o con una situazione prospettata siccome ad esso accessibili e valutati come idonei a colmarne la carenza»<sup>57</sup>, l'interesse ad agire in giudizio nasce – osserva Betti – «da uno stato di fatto contrario a diritto, che forma oggetto di valutazione da parte della legge processuale: stato di obiettiva incertezza nell'apprezzamento del rapporto o di inosservanza del vincolo giuridico, il quale fa sentire praticamente il bisogno di un intervento di organi giurisdizionali per eliminare l'incertezza o per superare la resistenza opposta o minacciata all'esercizio del diritto»<sup>58</sup>.

Proprio per questa ragione, esso varia a seconda del tipo di provvedimento giurisdizionale richiesto: dall'interesse per mero accertamento a quello per condanna, «secondo che il bisogno di tutela giurisdizionale»<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 158.

<sup>55</sup> *Ibidem*, in nota 64. V. anche ID., *Legittimazione ad agire e diritto sostanziale*, in «Giurisprudenza italiana», 1949, I, 1, 763 ss.

<sup>56</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 159. Negli stessi termini si esprimerà il suo allievo E. ALLORIO, *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 195 ss. V. anche A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 208 s.

<sup>57</sup> Così BETTI, voce *Interesse (teoria generale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 838; v. anche ID., *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 11.

<sup>58</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 80

zionale sia soltanto bisogno di certezza o anche bisogno di preparare la realizzazione del diritto insoddisfatto», all'interesse ad impugnare, «che nasce dal fatto processuale della soccombenza anche parziale»<sup>59</sup>.

Si tratta, dunque, di un interesse che ha «carattere formale, secondario (processuale) e autonomo rispetto a quell'interesse primario che è il momento materiale del diritto subiettivo». Tenendo ben presente che – aggiunge Betti –

“secondario”, nel suo concetto più ampio, non significa propriamente “accessorio” in contrapposto a “principale” o inserviente quale “mezzo” ad un “fine”, bensì significa “surrogatorio”, “sostitutivo”, veniente *in luogo* e, in un certo senso, anche *in aiuto* (onde sussidiario) di un qualcosa di *primario rimasto senza effetto* ... Onde per noi dire “interesse di carattere *secondario*” val quanto dire “interesse di carattere *processuale*”, ossia “interesse *protetto dall'ordinamento giuridico processuale*”<sup>60</sup>.

Considerazioni, queste, molto nette a favore dell'opportunità di tener fermo un concetto – come quello di interesse ad agire –, della cui utilità, invece, altri, anche a lui molto vicini, dubiteranno, ritenendo implicito l'interesse ad agire nella stessa domanda di tutela giurisdizionale, in quanto «la valutazione della presenza di un interesse ... è stata ... già fatta dal legislatore nel momento in cui egli ha predisposto ciascuna forma di protezione giuridica. Egli ha accordato la tutela proprio perché, *a priori*, ha riscontrato presente un interesse a ottenerla»<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 81.

<sup>60</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 27 s., in nota 22, dove anche la considerazione che «il merito di averne rilevato e dimostrato tale natura spetta ai processualisti tedeschi» (Hellwig, Stein, Weismann, Schimdt), i quali sono concordi «nel distinguere nettamente l'interesse ad agire tanto – da un lato – da quella ragione di diritto sostanziale che si fa valere e alla cui attuazione si tende, quanto – dall'altro lato – dai puri presupposti processuali-formali di valida costituzione del rapporto processuale (presupposti del processo). E sono sostanzialmente d'accordo nel concepire l'interesse ad agire come una condizione di natura *processuale* a cui è legata l'esistenza del diritto d'azione».

<sup>61</sup> È, come noto, l'impostazione seguita da E. ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica*, in «Jus», 1954, p. 549, il quale aggiunge, infatti, che «se l'effetto giuridico del processo meramente dichiarativo, del processo di condanna, del processo costitutivo è rispettivamente la formazione del giudicato, la costituzione del diritto a procedere *in executivis*, l'azione esecutiva, la trasformazione giuridica da raggiungersi *ope judicis*, allora è da ammettere che il prodursi di ciascuno di questi effetti giuridici è evidentemente oggetto d'uno spiccato interesse dell'attore»; in senso analogo anche E. GARBAGNATI, *Azione ed interesse, ivi*, 1955, p. 316 ss.

Quanto, poi, alla natura della decisione di rigetto della domanda per carenza di interesse ad agire, anche in questo caso s'intende «senza difficoltà» che essa «tocchi il merito»<sup>62</sup>.

#### 6. *La «ragione fatta valere» come oggetto del processo*

Il secondo nucleo concettuale della riflessione bettiana sul processo civile, come dicevo, è quello che riguarda l'oggetto del processo, che il Maestro camerte riassume nella formula «ragione fatta valere»<sup>63</sup> e che – egli rileva –

*«per la scienza del processo civile avrebbe, ove fosse sviluppato, una importanza costruttiva di primissimo ordine»*<sup>64</sup>.

Poiché – come rileverà Cernelutti in un noto saggio del 1950 – «le formule sono la veste dei concetti e bisogna badare a costruirle»<sup>65</sup>, Betti chiarisce che la ragione «non è un diritto, essa stessa, ma semplicemente il profilo del rapporto o stato di diritto sostanziale, in quanto affermato o messo in questione e così dedotto in giudizio»<sup>66</sup> a fondamento della domanda o, nel caso dell'azione esecutiva, la responsabilità del debitore per l'inadempimento<sup>67</sup>, ossia l'«anello di congiunzione tra il diritto

---

<sup>62</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 154.

<sup>63</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 68 ss. V. anche ID., *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 35, in nota 28: «la ragione dell'azione si suol chiamare ellitticamente “oggetto del giudizio (processo)”».

<sup>64</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 33, in nota 28.

<sup>65</sup> F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in «Rivista di diritto commerciale», 1950, p. 450 ss., spec. p. 452.

<sup>66</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 84; v. anche ID., *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in «Rivista di diritto commerciale», 1929, I, p. 544, dove parla della «ragione» come della «volontà di legge» che la parte «afferma divenuta concreta nel caso» (*ivi*, p. 546).

<sup>67</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 86 ss., dove la responsabilità viene definita «come la condizione creata ad un soggetto dalla *necessità giuridica di perdere* un bene della vita a titolo di *sanzione* in dipendenza causale da un evento determinato». Di conseguenza – egli osserva (*ivi*, p. 99) – «il soggetto attivo del rapporto è portatore di un'aspettativa di soddisfazione che grava sul bene; il soggetto passivo è portatore di un rischio: del rischio cioè di perdere il bene destinato alla soddisfazione dell'altro». Betto specifica, inoltre, che l'aspettativa di soddisfazione (correlata alla responsabilità) «mentre è parte integrante del diritto

subiettivo patrimoniale e l'azione di condanna e di esecuzione ad essa coordinata»<sup>68</sup>. Essa, cioè, costituisce il fondamento sostanziale della domanda o – per dirla con le parole del Maestro camerte –

«il profilo, sotto la cui specie viene presentata una concreta situazione di diritto dalla parte che inizia il processo, siccome idonea, in ipotesi – salva la prova dei fatti – a giustificare il provvedimento giurisdizionale richiesto»; quel profilo che viene sottoposto alla cognizione del giudice e forma l'oggetto del processo, del provvedimento di merito «e pertanto della cosa giudicata»<sup>69</sup>.

Ciò che è essenziale perché si possa dire che la parte faccia valere una «ragione» in giudizio, una *causa petendi* fondante<sup>70</sup>,

---

subiettivo privato, è, per ciò stesso, nettamente distinta dall'azione esecutiva. Questa è infatti il potere giuridico di promuovere la realizzazione forzata: potere coordinato bensì a quella aspettativa, ma autonomo e non confondibile con essa» (*ivi*, p. 56). Anche in questo caso, però, tra l'azione e il diritto soggettivo intercorre «un rapporto di *coordinazione*. Il diritto subiettivo quando venga a trovarsi nello stato di non soddisfacimento costituisce la premessa logica dell'azione di condanna, ossia, per l'appunto, la *ragione* di essa» (*ivi*, p. 46). V. anche ID., *Teoria generale delle obbligazioni. Struttura dei rapporti d'obbligazione*, II, Milano, 1953, p. 28 ss. In argomento, G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in «Quaderni fiorentini», VII, cit. nt. 6, p. 165 ss., spec. p. 251 ss.

<sup>68</sup> BETTI, *Il concetto*, cit. nt. 32, p. 56 ss., dove l'ulteriore puntualizzazione che «il potere giuridico inerente al diritto subiettivo patrimoniale presenta due atteggiamenti o facce. La prima faccia è una aspettativa di *realizzazione volontaria* ... e conta sulla volontà del soggetto passivo in modo ora positivo (cooperazione), ora meramente negativo (non ingerenza). la seconda faccia è un'aspettativa eventuale e sussidiaria di *realizzazione forzata* (= soddisfazione), la quale prescinde dalla volontà del soggetto passivo del rapporto giuridico». Conclusione, questa, che evidentemente riconduce anche la responsabilità all'ambito sostanziale; e ciò a differenza della ricostruzione che ne fa CARNELUTTI (*Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 221 ss.), che, invece, fa scaturire la responsabilità dall'inadempimento e la colloca, di conseguenza, in ambito processuale. Osserva N. IRTI, *Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno alla teoria dell'obbligazione)*, in *Diritto sostanziale e processo*, cit. nt. 32, p. XIV s., che «dove Betti costruisce l'obbligazione come sintesi di debito e responsabilità, e perciò piega il processo in servizio del diritto sostanziale, Carnelutti *sdoppia* il rapporto, assegnando il debito al diritto sostanziale, la responsabilità al diritto processuale: quello come relazione fra creditore e debitore, questo come relazione fra parti e giudice».

<sup>69</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 70 s.

<sup>70</sup> BETTI, *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 66, p. 544 s. dove il rilievo che «la ragione si presenta normalmente come il fondamento della domanda (*causa petendi*)». V. anche ID., *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 84 s.

non è che questa sia fondata in fatto, nel caso concreto – ciò che potrebbe anche non essere, e in ogni caso, all’inizio del processo, non consta –, ma è che essa sia, fondata in diritto, in astratto e in ipotesi, nel senso che la parte deve riferirsi, affermandola, a norme e principi di diritto esistenti, cioè ad un effettivo precetto astratto di legge<sup>71</sup>.

È la qualificazione data dalla parte al rapporto che individua la «ragione fatta valere»<sup>72</sup>, anche se poi non lo è mai il *nomen juris* che viene dato dalla parte ai fatti o al negozio fonte di tale rapporto. Nel formulare la domanda giudiziale, dunque, l’attore non può limitarsi ad allegare i fatti della causa senza connotarli giuridicamente e senza individuare il precetto normativo applicabile nel caso di specie. E mentre con riferimento ai rapporti di diritto reale e a quelli di diritto familiare e agli *status* «l’indicazione della cosa che è oggetto del diritto e della persona che ne è titolare, in una con la qualifica giuridica tipica del rapporto o dello stato di cui si tratta, è sufficiente ad indicare lo stato o il rapporto stesso», nei rapporti di obbligazione, come anche nei rapporti di diritto potestativo, «non basta l’indicazione dell’oggetto e dei soggetti e neppure la qualifica giuridica, ma occorre anche la designazione del fatto costitutivo»<sup>73</sup>. Distinzione, questa, nella quale è chiaramente delineata la contrapposizione, che poi sarà ampiamente ripresa ai fini dell’individuazione della domanda nuova e dei conseguenti limiti oggettivi di giudicato, fra diritti c.d. autodeterminati e diritti c.d. eterodeterminati.

#### 7. «Ragione» e identificazione dell’azione

Senonché, parlare di oggetto del processo e ricondurlo alla «ragione fatta valere» inevitabilmente porta ad affrontare il problema dell’identificazione dell’azione<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 70.

<sup>72</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 178 s., p. 305, in nota 4, e p. 313, in nota 15. Sulle operazioni di qualificazione giuridica v. anche ID., *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione in materia*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1924, II, p. 193 ss.

<sup>73</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 178 s.; ID., *Ragione e azione*, cit. nt. 33, p. 71 e p. 78.

<sup>74</sup> Come osserva A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al c.p.c.*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, p. 32, «parlare di

In effetti, se per «ragione» come oggetto della domanda giudiziale e del giudizio deve intendersi la pretesa della parte «fondata in diritto, in astratto e in ipotesi», e non la pretesa in concreto, è chiaro che, sul piano dell'identificazione delle azioni, Betti si muove nel perimetro della teoria c.d. dell'individuazione, ossia di quell'orientamento – predominante all'epoca<sup>75</sup> ed anche nel successivo sviluppo della riflessione intorno al tema – che non nega l'esistenza di un'interazione stretta, nella ricostruzione della *causa petendi* della domanda, fra il fatto storico allegato e il diritto oggettivo fondante del preteso diritto soggettivo e che anzi identifica la *causa petendi* – per usare le parole di Chiovenda – con il «fatto giuridico», ossia il fatto «da cui deriva l'esistenza, la modificazione o la cessazione di una volontà concreta di legge»<sup>76</sup>.

E anzi, proprio perché la «ragione» si correla all'«unilaterale apprezzamento» dei fatti materiali compiuto dall'attore nel formulare la sua domanda, circa la sussistenza o il modo di essere di un determinato rapporto o stato giuridico, si potrebbe arrivare a ritenere che, in fondo, l'oggetto del giudizio altro non sia che il «conflitto fra due apprezzamenti unilaterali» e che, dunque, la lite si riduca – come pure aveva sostenuto Carnelutti – a un conflitto di interessi composto dalla decisione del giudice. Anche se Betti è molto netto nell'escludere che la sua ricostruzione della «ragione» come oggetto del processo possa essere accostata al concetto carneluttiano di lite come conflitto di interessi composto nel rapporto giuridico di cui si discute. E opportunamente rileva che senza dubbio il conflitto «cade sul rapporto giuridico (litigioso); ha in esso il suo – ipotetico – oggetto, la sua materia; ma non è il rapporto giuridico»<sup>77</sup>.

---

identificazione dell'azione o di oggetto processuale è una variazione meramente nominalistica, che non intacca l'identità di problemi».

<sup>75</sup> V. anche CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 22, p. 278; ID., *Istituzioni*, cit. nt. 48, I, p. 326 ss.; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, p. 143 ss. e p. 169 ss., il quale osserva come solo la teoria della individuazione sia la più aderente al diritto positivo; v. anche ID., *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in «Giurisprudenza italiana», 1955, I, 1, 759 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove prove in appello*, Milano, 1916, p. 329 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, Napoli, 2018, p. 53 ss.

<sup>76</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 48, p. 5; v. anche ID., *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi*, I, cit. nt. 22, p. 162; ID., *Principii*, cit. nt. 22, p. 266.

<sup>77</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 65 s.

Non si può non notare, peraltro, come il diverso modo di intendere l'oggetto della lite dipenda proprio dal diverso modo di intendere la funzione del processo. Infatti, se per Betti, come abbiamo visto, la funzione del processo è quella di accertare ed affermare la volontà di legge nel caso concreto, e dunque risolvere il conflitto intorno al rapporto giuridico o allo stato giuridico, individuando quale sia il corretto precetto normativo applicabile, per Carnelutti, invece, il diritto sostanziale non va concepito «come qualcosa di separato e di trascendente rispetto al processo» e nella sentenza si ravvisa «un comando complementare destinato a determinare e a concretare esso stesso (del pari che il negozio giuridico) la volontà della legge, rimasta nella norma allo stato astratto e indeterminato»<sup>78</sup>.

#### 8. *Il doppio oggetto del processo*

Non meno rilevante, d'altro canto, appare la conclusione alla quale lo stesso Betti perviene a proposito del doppio oggetto del giudizio, di rito e di merito. Egli lo affronta nel tentativo di superare la concezione puramente «meritoria» del processo<sup>79</sup>. Ipotizza, cioè, che accanto all'oggetto sostanziale del processo (*sachlicher Streitgegenstand*) sia identificabile anche un oggetto processuale (*prozessualer Streitgegenstand*), che comprende la verifica dell'esistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione.

Nell'ambito di questa ricostruzione, la verifica degli elementi, che attengono alla corretta instaurazione del processo, deve avvenire prima che il giudice possa passare all'esame del merito, e questo in quanto costituiscono condizioni di decidibilità della causa nel merito. Ed infatti, egli riconosce che c'è «un processo (e un rapporto processuale) che si svolge avendo per oggetto il controllo dei presupposti necessari per una

---

<sup>78</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 66, dove pure si aggiunge che «dal canto nostro, ammettiamo senz'altro che l'apprezzamento unilaterale della parte è in sostanza ciò che il C. chiama l'applicazione, fatta dall'interessato, della norma giuridica al caso concreto (in contrapposto con l'accertamento, che è vincolante): applicazione, la cui divergenza da quella della controparte configura appunto la lite. Ma se tale apprezzamento o applicazione di parte ha carattere pratico ed è dominato e comandato dall'interesse della parte che lo fa, è anche chiaro che fra le due definizioni – conflitto di apprezzamenti e conflitto di interessi – vi è (salva la divergenza di principio testé rilevata) una sostanziale congruenza».

<sup>79</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, 111 s.

valida costituzione del rapporto processuale e per l'ammissibilità di una trattazione del merito e di un provvedimento sul merito»<sup>80</sup>. Sebbene, poi, aggiunga che l'esistenza di questo ulteriore oggetto del processo «non ha affatto come doveva, in passato, l'attenzione dei processualisti, fermi nel considerare quale oggetto esclusivo della discussione processuale il merito della causa – e propriamente la ragione fatta valere»<sup>81</sup>. Secondo Betti, tuttavia, questa convinzione sarebbe frutto di una «concezione erronea del nesso intercedente fra lo stadio *in iure* e lo stadio *in iudicio* del processo formulare romano», e cioè che il pretore romano *in iure* si sarebbe limitato a controllare i presupposti formali del processo, mentre dopo la *litis contestatio*, nel processo davanti al giudice, si sarebbe entrati nella trattazione del solo merito<sup>82</sup>.

Anche questo è un tema già presente nella letteratura processualistica del tempo<sup>83</sup> e che ampio sviluppo avrebbe avuto nella successiva riflessione intorno all'oggetto del giudizio, soprattutto nella dottrina tedesca<sup>84</sup>, ma anche nella nostra dottrina, sia pure in una sua parte minoritaria<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 113.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> V., in particolare, CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 22, p. 83 ss.; ID., *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, rist., Milano, 1993, p. 375 ss.; ID., *Istituzioni*, cit. nt. 48, I, p. 47 ss.; A. DIANA, *Dei rapporti processuali*, Milano, 1901 e in «*Monitore dei tribunali*», 1901, n. 9, p. 161 ss.; P. CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 1927, I, p. 219 ss.; nella dottrina tedesca, v. O. VON BÜLOW, *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts*, in «*Zeitschrift für Zivilprozess*», 1900, p. 201 ss.; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, p. 146 ss.

<sup>84</sup> A. BLOMEYER, *Beiträge zum Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin*, Berlin, 1955, p. 59, che parla di «*zwei untrennbar verbundenen Streitgegenständen*» («*dem Gegenstand der Prozessentscheidung und dem der Sachentscheidung*»); ID., *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963, p. 196 ss.; ID., *Arrest und einstweilige Verfügung*, in «*Zeitschrift für Zivilprozess*», 1952, p. 59 s., sul quale v. anche A. ATTARDI, *Processo e pretesa in una recente concezione dottrinale*, in «*Jus*», 1952, p. 416 ss.; ID., *L'interesse ad agire*, cit. nt. 56, p. 57 s.

<sup>85</sup> V., in proposito, A. ROMANO, *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, in «*Foro amministrativo*», 1957, I, p. 325 ss., spec. p. 340 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 77 ss., p. 128 ss., p. 157 ss., p. 163 ss. e p. 175 s.; ID., voce *Domanda giudiziale*, in *Digesto civile*, 1988, p. 52 ss.; ID., *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante su questioni di merito)*, in «*Rivista di diritto processuale civile*», 2009, p. 1149 ss.; ID., *Il "vecchio" rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari ma non tutti antichi) corollari*, in «*Corriere*

### 9. *Il giudicato e l'estensione dei suoi effetti soggettivi in base al «rapporto di subordinazione»*

La combinazione dei due nuclei concettuali della sistematica bettiana sul processo civile finora richiamati sfocia, quasi naturalmente direi, nella ricostruzione del tutto originale della cosa giudicata e dei suoi limiti soggettivi.

Certamente, partendo dalla funzione pubblicistica del processo Betti sottolinea – in maniera assolutamente coerente – che «come alla base della cosa giudicata sta una preclusione dei mezzi d'impugnativa (c.d. cosa giudicata formale), così nelle sue conseguenze sta una preclusione di tutte le questioni che erano logicamente pregiudiziali all'avvenuta decisione»<sup>86</sup>. Effetto che si è soliti designare – come noto – con la

---

giuridico», 2017, p. 267 ss.; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, p. 91 ss.; G. DELLA PIETRA, *La patologia della domanda giudiziale*, Roma, 2013, p. 15 ss. In giurisprudenza, nel senso dell'esistenza di un doppio oggetto di giudizio, Cass., sez. un., 10 maggio 2002, n. 6737, in «Foro italiano», 2002, I, c. 3393 ss.; Cass., sez. un. 9 ottobre 2008, n. 24883, in «Giurisprudenza italiana», 2009, p. 1459, con nota critica di chi scrive; Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019; Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523.

In senso contrario v. E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 110; N. PICARDI, *La successione processuale*, I, *Oggetto e limiti*, Milano, 1964, p. 38 ss. e p. 56 ss.; C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1966, p. 419 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al c.p.c.*, diretto da Allorio, I, 1, 1973, p. 1060; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 167 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, p. 348 ss.; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, 1990, p. 147 s. e p. 162; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino, 1996, p. 96; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, p. 159 ss.; ID., *Ammissibilità della domanda e accertamento giudiziale. Contro la teoria del doppio oggetto del processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, p. 55 ss.; M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione fra rito e merito*, Padova, 2002, 77 ss.; E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Torino, 2016, p. 22.

<sup>86</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 585; v. anche ID., voce *Regiudicata (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino, 1968, p. 228: «i limiti oggettivi della cosa giudicata materiale devono essere fissati avendo presenti questi due punti. Anzitutto che l'accertamento contenuto nella sentenza riguarda la questione principale oggetto del processo, se esista o meno la situazione giuridica fatta valere dall'attore, e non le questioni pregiudiziali (in senso lato) rispetto a quella oggetto del processo ... Ma l'essere il giudicato limitato alla sola questione oggetto del processo non significa – e questa è la seconda precisazione – che in un nuovo processo possano essere sollevate le questioni pregiudiziali, in quanto ciò avvenga al fine di rimettere in discussione

formula secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile<sup>87</sup>. Come egli osserva, «passata in giudicato la sentenza, le premesse logiche della decisione non hanno importanza se non in quanto occorra risalire al esse per identificare la ragione fatta valere o l'azione esperita, e così per determinare l'estensione della cosa giudicata»<sup>88</sup>.

Sennonché, al fine di stabilire i limiti soggettivi di questo fenomeno, egli non ha dubbi nel tirare in ballo ancora una volta la «ragione fatta valere in giudizio». E anzi, utilizza proprio la stretta correlazione fra «ragione» e limiti soggettivi del giudicato per smentire l'orientamento che allora cominciava a farsi strada e secondo il quale sarebbero i limiti oggettivi della cosa giudicata ad offrire il criterio per determinare anche quelli soggettivi<sup>89</sup>.

Certamente – egli osserva – «la sentenza, destinata com'è a comporre una lite sull'esistenza o sul modo di essere d'un rapporto giuridico, non potrebbe, per il suo stesso contenuto oggettivo, avere efficacia su altro rapporto che quello deciso» ed il relativo giudicato «non potrebbe regolare – se non di riflesso o per estensione – altri rapporti diversi delle stesse parti o rapporti di terzi»<sup>90</sup>. Ma, se riprendiamo il concetto di «ragione fatta valere in giudizio» quale oggetto del processo, è facile rilevare che «non v'è necessariamente coincidenza fra il rapporto giuridico cui si riferisce la controversia e la ragione sotto la cui specie la parte lo deduce in giudizio: ciò che importa un distacco più o meno sensibile fra la realtà del rapporto reso litigioso e l'oggetto del dibattito processuale e del giudicato»<sup>91</sup>.

Allo stesso tempo – proprio tenendo conto della «ragione» come oggetto del processo – non c'è «necessaria coincidenza fra i soggetti del rapporto litigioso e i soggetti legittimati ad agire e a contraddire, e meno

---

l'accertamento contenuto nella precedente sentenza: lo potranno ma se ed in quanto tale accertamento resti fermo».

<sup>87</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 48, I, p. 341 ss.; ID., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi*, II, cit. nt. 83, p. 235 ss. e p. 271 s.; BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 587.

<sup>88</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 584; ID., *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 66, p. 547 s. Ma v. già, in senso analogo, G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 48, I, p. 374.

<sup>89</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 604, testo e nota 38, dove richiama, a sostegno di tale orientamento, gli scritti di Mandelsohn-Bartoldy, Sperl, Carnelutti e Allorio.

<sup>90</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 605.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

ancora, fra quelli e gli effettivi soggetti della domanda, che sono le parti»<sup>92</sup>.

Si comprende bene, allora, perché egli ritenga più utile seguire la tesi secondo cui i limiti soggettivi del giudicato sarebbero governati «da due principi fondamentali, dialetticamente connessi fra loro»: uno negativo, in base al quale la decisione passata in giudicato «è giuridicamente irrilevante rispetto a terzi estranei al processo e alla ragione decisa»<sup>93</sup>; l'altro positivo, in base al quale la cosa giudicata «ha valore anche rispetto a determinati terzi, come cosa giudicata formata fra le parti»<sup>94</sup>.

È chiaro che dei due principi o canoni quello decisamente innovativo è il secondo, perché è per il manifestarsi di esso che possiamo avere la produzione degli effetti del giudicato anche nei confronti di soggetti che non hanno partecipato al processo, ma che sono in qualche modo collegati con la «ragione» fatta valere in giudizio.

In effetti, sebbene nel diritto romano il giudicato civile avesse efficacia solo per le parti (*res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*), in quanto compito del giudice era «di attuare il diritto quale regola concreta del rapporto litigioso e di questo rapporto esclusivamente»<sup>95</sup>, non si può affatto escludere che gli effetti di un atto possano prodursi nella sfera giuridica di un terzo, indipendentemente dalla volontà di costui e dell'autore dell'atto<sup>96</sup>. Condizione necessaria perché

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 606.

<sup>94</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt.10, p. 608; nello stesso senso ID., *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 66, p. 555 ss.

<sup>95</sup> BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi*, cit. nt. 3, p. 15 ss.

<sup>96</sup> BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi*, cit. nt. 3, p. 22 ss.; ID., *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 66, p. 555 ss. Ciò, ovviamente, seguendo il noto insegnamento di R. VON JHERING, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritten Personen*, in «*Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*», X(1871), p. 245 ss., spec. p. 248 ss, per il quale gli effetti riflessi non erano altro che «de ripercussioni che un fatto giuridico od economico avevano su una terza persona», a prescindere dalla volontà dell'autore del fatto e a prescindere dalla loro partecipazione alla realizzazione di tale fatto, quali effetti non tipici del medesimo fatto giuridico e al di là degli effetti diretti prodotti sulle parti.; v. anche ID., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig, 1865, p. 12. Allo stesso insegnamento, del resto, faranno capo anche F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 472 ss. e *ivi*, 1923, I, p. 62 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 78 ss.; P. CALMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Studi sul processo civile*, III, Padova, 1934, p. 131 ss.; E.T. LIEBMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, p. 145 ss.; ID., *Efficacia ed autorità*

ciò accada – secondo la ricostruzione bettiana – è che la posizione di questi terzi risulti «subordinata a quella di alcuna delle parti già in causa rispetto al rapporto già dedotto in giudizio»<sup>97</sup>. Ecco, dunque, l'anello di congiunzione fra i terzi e gli effetti del giudicato: la subordinazione che essi hanno rispetto al rapporto dedotto in giudizio come «ragione». Intendendo per tale un «ordine di precedenza fra due soggetti: ordine, in virtù del quale l'uno di essi vien prima e l'altro dopo, così che questo rileva da quello»<sup>98</sup>.

In questa direzione può essere apprezzato il suo fondamentale contributo alla progressiva affermazione del fenomeno degli effetti riflessi del giudicato. Ed infatti, col distinguere quattro categorie di terzi destinati a subire gli effetti della cosa giudicata altrui in virtù di nessi di subordinazione tra rapporti giuridici che li legano ad una delle parti del processo, egli arriva ad individuare due ipotesi di estensione degli effetti del giudicato *in via diretta* (quella della successione del terzo nel rapporto giuridico dedotto in giudizio e quella della sostituzione processuale della parte al terzo legittimo titolare del rapporto dedotto) e due *in via riflessa* (quella dei titolari di rapporti inscindibilmente connessi con il rapporto oggetto del processo e del giudicato e quella dei terzi titolari di rapporti dipendenti necessari da quello investito delle cosa giudicata)<sup>99</sup>.

Tesi, questa, che – sia pure su basi sistematiche ben diverse da quelle utilizzate dal Maestro camerte<sup>100</sup> – sarebbe stata ripresa e sviluppata da

---

*della sentenza*, Milano, 1935, p. 57 ss.; S. SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, p. 251 ss.

<sup>97</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 611.

<sup>98</sup> *Ibidem*. V. anche ID., *Trattato dei limiti soggettivi*, cit. nt. 3, p. 214 ss.; ID., *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 66, p. 557 ss.

<sup>99</sup> BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi*, cit. nt. 3, p. 216 ss.; ID., *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 66, p. 559 ss.

<sup>100</sup> Come egli stesso evidenzierà (BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 604, nelle note 38 e 39), Allorio seguì l'orientamento che «contro la ormai tradizionale impostazione del problema dei limiti soggettivi che ci viene dal diritto romano preferiva, invece, ricondurre «l'esigenza nell'orbita dei limiti oggettivi della cosa giudicata» e rinvenire in questi «un criterio di per sé sufficiente a determinare rispetto a chi essa abbia vigore» (*ivi*, p. 604). Osserva, in proposito, IRTI, *Enrico Allorio*, cit. nt. 18, p. 239, che «*La cosa giudicata rispetto ai terzi?* non è libro di scuola, ma *libro di dissenso*: non libro di sterile fedeltà, ma di vivace e ardita autonomia». (c.vi nel testo).

uno dei suoi allievi fin dall'inizio più promettenti<sup>101</sup>, attraverso l'evidenziazione che la trasmissione degli effetti della cosa giudicata in via riflessa ai rapporti dipendenti e ai suoi titolari non è nient'altro che la conseguenza della conformazione sostanziale che deriva dalla cosa giudicata impressa al rapporto pregiudiziale<sup>102</sup>.

In effetti, nonostante che Betti evidenzi come la formula «subordinazione di posizione giuridica», che egli utilizza, risulti «più comprensiva» della formula «pregiudizialità-dipendenza» utilizzata dal suo allievo, «in quanto abbraccia anche l'ipotesi che il terzo sia soggetto non di un rapporto diverso, ma dello stesso identico rapporto dedotto in giudizio ... e abbraccia altresì l'ipotesi che il terzo sia soggetto di un rapporto concorrente», ipotesi che opportunamente Allorio considera come estensione della cosa giudicata (e non di riflessione), è indubbio che la categoria degli effetti riflessi del giudicato affondi le sue radici nel concetto bettiano di subordinazione. Al di là delle differenze nominalistiche, infatti, è certo che sia per l'uno che per l'altro il propagarsi degli effetti riflessi dall'un rapporto all'altro (per via della connessione inscindibile o della dipendenza necessaria) «è qualcosa di necessario e di costante», in quanto deriva dalla «stessa struttura che i due rapporti giuridici [quello dedotto in giudizio e quello di cui è titolare il terzo] hanno a norma del diritto sostanziale»<sup>103</sup>. È questa particolare struttura sostanziale che determina e giustifica il prodursi degli effetti riflessi del giudicato:

il rapporto 'dedotto in giudizio' non può essere investito dalla cosa giudicata senza che anche il rapporto del terzo sottostia alla medesima decisione, e quindi assuma, per necessaria coerenza, un atteggiamento identico o, rispettivamente, un atteggiamento conforme e consequenziale<sup>104</sup>.

Che poi questo faccia emergere un problema di salvaguardia del principio del contraddittorio nei confronti dei terzi destinati a subire gli effetti riflessi del giudicato è fuori discussione, come poi chiarirà

---

<sup>101</sup> Il riferimento è, evidentemente, ad Enrico Allorio, che Betti inserirà «fra gli studenti che lo seguirono e si distinsero nelle relative esercitazioni» durante la permanenza presso l'Università di Milano negli anni fra il 1931 e il 1935.

<sup>102</sup> ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit. nt. 96, p. 111 ss.

<sup>103</sup> BETTI, *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 66, p. 559; ID., *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 615.

<sup>104</sup> BETTI, *Cosa giudicata e ragione*, cit. nt. 66, p. 560.

inequivocabilmente la Corte costituzionale nel 1971<sup>105</sup> e, sulle sue tracce, la dottrina processual-civilistica successiva (in particolare Proto Pisani<sup>106</sup>, Monteleone<sup>107</sup>, Luiso<sup>108</sup>, Trocker<sup>109</sup>). Problema, che, del resto, pure era ben presente allo stesso Betti, il quale già con riferimento al processo romano aveva rilevato – come detto – che il giudicato non veniva esteso anche a terzi proprio in ottemperanza al principio del contraddittorio<sup>110</sup> e, con specifico riferimento al prodursi degli effetti riflessi del giudicato sul rapporto pregiudiziale nei confronti del rapporto dipendente, sottolinea nel suo manuale (sia pure in nota) che questa «costituisce una esigenza *logica* piuttosto che pratica» destinata ad incontrare dei limiti allorché il rapporto dipendente abbia per soggetto un terzo, rimasto estraneo al precedente giudizio e quindi alla formazione di un giudicato che lo pregiudichi»<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> Corte cost., 22 marzo 1971, n. 55, in *Giur. cost.*, 1971, p. 577 ss., con nota di S. SATTA, *Limiti di estensione dell'art. 24 della Costituzione (a proposito della sentenza n. 55 del 1971)*.

<sup>106</sup> A. PROTO PISANI, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1971, p. 1216 ss.; ID., *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in «Foro italiano», 1985, I, 2385 ss.

<sup>107</sup> G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978.

<sup>108</sup> F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milano, 1981.

<sup>109</sup> N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1988, p. 35 ss.

<sup>110</sup> BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi*, cit. nt. 3, p. 15 ss.

<sup>111</sup> BETTI, *Diritto processuale civile*, cit. nt. 10, p. 615, in nota 49, dove, richiamando le norme specifiche che, per ragioni di ordine pratico, concedono «un potere di critica del giudicato, alla cui formazione non sia intervenuto (c. civ. 1497, 2015; cfr. c.p.p. 21)», aggiunge anche che tali norme «non hanno propriamente carattere eccezionale, ma sono indice dello *sfavore* con cui la legge ammette, in genere, la soggezione di un terzo alla cosa giud. altrui e della *cantela* con cui la circonda e ne circoscrive l'ambito» (c.vi nel testo). Faccio notare che l'art. 1497 c.c. del 1865 riguardava l'ipotesi che la sentenza avesse accolto la domanda per evizione e prevedeva espressamente che «la garanzia per causa di evizione cessa quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza passata in giudicato, senza chiamare in giudizio il venditore, se questi prova che vi erano sufficienti motivi per fra respingere la domanda». A sua volta, l'art. 2015 dello stesso codice prevedeva, a proposito degli effetti dell'ipoteca per il terzo possessore del bene ipotecato, che «il terzo possessore, che ha fatto trascrivere il suo contratto d'acquisto e che non fu parte nel giudizio in cui venne pronunziata la condanna del debitore, se questa è posteriore alla trascrizione, è ammesso ad opporre le eccezioni che non fossero state opposte dal debitore, purché non siano meramente personali al

10. *Considerazioni conclusive*

Come confido sia emerso dalle riflessioni che precedono, il contributo che Betti ha dato nella costruzione moderna della sistematica del processo civile è stato ampio e profondo. Non ha rinunciato affatto, nell'accostarsi a questo, ad affrontare i temi centrali di tale costruzione sistematica (dalla funzione del processo alla teoria dell'azione, dall'oggetto del processo agli effetti del giudicato e ai suoi limiti soggettivi) e ad offrire su questi temi i frutti 'succosi' della sua acuta analisi e della sua particolare abilità nella costruzione dei concetti. Gli esempi sono numerosi e significativi: dalla nozione di azione come diritto squisitamente processuale ad esercitare la domanda giudiziale a quello di condizioni dell'azione distinte dai presupposti processuali, al concetto di «ragione fatta valere in giudizio» distinto dal rapporto sostanziale, a quello di interesse ad agire come interesse processuale, al concetto di subordinazione come presupposto per la produzione degli effetti del giudicato anche nei confronti di terzi.

Ciò che ci consente anche di dire che il Maestro camerte continua a rappresentare, da processualista a tutti gli effetti (e non certo 'di complemento'), un interlocutore prezioso e imprescindibile per tutti coloro che – come egli stesso scrisse nella prefazione al *Trattato dei limiti soggettivi* – «all'infuori di anguste barriere di scuola e di unilaterali tendenze di metodo sentono per intima vocazione l'alta dignità del pensiero scientifico»<sup>112</sup>. E di aggiungere, in conclusione, che in quella sera d'aprile del 1916 Vittorio Scialoja ancora una volta aveva visto lungo.

---

medesimo. Può anche, in tutti i casi, opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna». Quanto, poi, all'art. 21 del c.p.p. del 1930 il riferimento era alle questioni pregiudiziali nel processo penale pendente decise dal giudice civile o amministrativo (art. 20) e stabiliva che «la sentenza del giudice civile o amministrativo che anteriormente o posteriormente all'inizio del procedimento penale ha deciso fra le stesse persone una delle controversie previste dall'art. 20, fa stato nel procedimento penale, quando abbia acquistato autorità di cosa giudicata e purché la legge non stabilisca limitazioni alla prova del diritto che era oggetto della controversia decisa con quella sentenza».

<sup>112</sup> Sono le parole conclusive della prefazione a *Trattato dei limiti soggettivi*, cit. nt. 3, p. IV.

Emilio Betti (1890-1968) dedicò ai temi del diritto processuale civile una parte importante della sua lunga e intensa attività di studioso. Ai 'misteri' del processo si accostò sia come 'romanista' sia come giurista positivo. Scrisse note a sentenza, saggi, voluminose monografie e persino un vero e proprio manuale (allo studio del processo, lo studioso camerte affiancò, infatti, anche l'insegnamento della procedura civile italiana in vari dei molti atenei in cui gli capitò di lavorare). Betti non fu dunque un semplice 'processualista' di complemento. Se dunque il giurista di Camerino fu un autentico 'processualista', in che misura le sue riflessioni possono ancora oggi dirsi significative, attuali, utili? A rispondere a queste domande sono stati chiamati studiosi di diversa provenienza scientifica ('romanisti', storici del diritto e, naturalmente, processualisti). L'attenzione è stata via via concentrata su vari dei molteplici argomenti toccati dallo studioso camerte in materia di diritto processuale. Il lettore avrà così modo di verificare che il lascito di Emilio Betti alla storia del processo antico e, più in generale, alla disciplina processualistica mantiene tuttora una valenza assai grande.

Il presente volume raccoglie contributi di: Antonio Carratta (Università Roma Tre); Giovanni Chiodi (Università di Milano-Bicocca); Augusto Chizzini (Università cattolica del Sacro Cuore di Milano); Tommaso dalla Massara (Università Roma Tre); Massimo Nardoza (Università di Cassino e del Lazio meridionale); Federico Pergami (Università commerciale 'Luigi Bocconi' Milano); Andrea Proto Pisani (Università di Firenze); Emanuele Stolfi (Università di Siena); Maria Grazia Torresi (Università di Trento); Francesco Zanchini di Castiglionchio (Università di Teramo).