

ELIO FAZZALARI

*Professore inc. di diritto processuale civile
nell'Università di Urbino*

NOTE IN TEMA DI DIRITTO E PROCESSO

INTRODUZIONE

Recenti, fondamentali contributi ⁽¹⁾ ripropongono, a me sembra in maniera perentoria, l'argomento dei rapporti fra diritto (sostanziale) e processo (civile).

Si pone, innanzitutto, una questione di fondo, la quale riguarda la esistenza medesima di uno dei termini del rapporto; meglio, la possibilità di distinguere le due sfere (quella sostanziale e quella processuale) e di coordinarle.

Infatti, com'è noto, a fronte della impostazione per così dire classica ⁽²⁾, la quale distingue fra i due mondi (quello del di-

(1) ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, pag. 247 e segg.; *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, pag. 154 e segg.; *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pag. 1 e segg.; *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pag. 1 e segg.; GARBACNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, pag. 316 e segg.; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova 1950, pag. 427 e segg.; *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano 1955, pag. 4 e segg., 31 e segg.; MICHELI, *Giurisdizione e azione (premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile)*, in *Riv. dir. proc.* 1956, pag. 107 e segg.; PUGLIESE, « *Res corporales* » e « *res incorporales* » e il problema del diritto soggettivo, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, III, Napoli 1953, pag. 323 e segg.; ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pag. 1009 e segg.; *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 249 e segg.; *Autonomia privato*, *ivi*, 1956, pag. 801 e segg.; e ora *Autonomia privata (appunti)*, Milano 1957; SATTI, *Diritto processuale civile*, Padova 1957, pag. 95 e segg.; *Il concetto di parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pag. 68 e segg.; SEGNÍ, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, VI, Bologna-Roma 1953, pagg. 226 e segg.

(2) Le citazioni possono sembrare superflue. Comunque, da noi, sulla scorta dell'insegnamento chiovendiano (*L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, pag. 3 e segg.; *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923, pag. 60 e segg.; *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1940, pag. 1 e segg.); REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano 1936, pag. 7 e segg.; *Diritto processuale civile*, I, Milano 1952,

ritto sostanziale, regolato dalle norme di diritto privato e operante attraverso la condotta dei privati; e quello del processo, regolato dalle norme processuali — *rectius*: giurisdizionali — e operante attraverso l'iniziativa del privato e l'attività del giudice) e configura il rapporto fra di essi come complementarietà del secondo rispetto al primo, si riaffaccia di tanto in tanto una tendenza monistica che nega la distinzione e tende, in prevalenza, a ridurre il diritto al momento della tutela giurisdizionale, l'ordinamento al processo.

Per quanto mi sembra e cercherò di spiegare, questa tendenza costituisce un ramo non valido e non vitale del moderno pensiero giuridico. I suoi esponenti sono, da noi (e non soltanto da noi), una netta minoranza rispetto a coloro che rivendicano la distinzione fra diritto e processo. Ma ciò non toglie che si tratti di voci assai autorevoli, espresse in costruzioni sistematiche di pregio: dove si coglie l'ansia di rivivere tutti i fenomeni, di « rimettere tutto in gioco », che è il destino e il tormento del processualista (*).

Nè è senza significato che i contributi, dei quali ho fatto cenno in apertura, sopravvengano a cinquant'anni di distanza dal saggio chiovendiano sull'azione (che costituisce certo l'atto

pag. 7 e segg.; SECNI, *op. loc. cit.*; LERMAN, *op. loc. cit.*; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, pag. 3 e segg.; RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, Padova 1927, pag. 201 e segg.; ROCCO Ugo, *L'autorità della cosa giudicata*, Roma 1917, pag. 116; *Corso di teoria e pratica del processo civile*, Napoli 1951, I, pag. 11 e segg.; ROCCO Alfredo, *La sentenza civile*, Torino 1906, pag. 133 e segg.; ZANUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*, I, Milano 1943, pag. 4 e segg.; MAJORCA, *L'oggetto dei diritti*, Milano 1939, pag. 156. Sul piano della speculazione filosofica, v. la classica opera del LOPEZ DE OÑATE (*La certezza del diritto*, Roma 1950, pag. 83 e segg.). Per la dottrina in lingua tedesca, v. per tutti: WACH (*Handbuch des Zivilprozessrechts*, Leipzig 1885, I); HELLWIG (*System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig 1906); WEISSMANN (*Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, I, Stuttgart 1903); OERTMANN (*Grundriss des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig 1927); SCHÜNKE (*Zivilprozessrecht*, Karlsruhe 1949).

(*) CAPOCASSI, *Intorno al processo (ricordando Chioventa)*, in *Riv. intern. filosofia del diritto*, 1938, pag. 254.

di nascita della scuola italiana ⁽⁴⁾ e in cui il dualismo fra diritto e processo è nettamente segnato), e che alcuni di essi siano offerti da chi — come il Satta, come l'Allorio — non si è certo staccato dall'insegnamento del Chiovenda prima di essersi formato sotto di esso e di averlo profondamente vissuto ⁽⁵⁾.

Non basta più, allora, considerare la calma sicurezza che i privatisti ostentano ⁽⁶⁾ di fronte a queste ricorrenti negazioni dell'oggetto del loro lavoro, paghi come essi sono della constatazione che il diritto sostanziale non dev'essere proprio un'ombra proiettata dal processo ⁽⁷⁾ se, a costituirlo, sono dedicate alcune migliaia di articoli di legge. Occorre, piuttosto, risalire all'origine, scoprire i motivi e le implicazioni del filone d'idee fondamentalmente contrarie alla distinzione fra il piano sostanziale e quello processuale, ed articolarne una critica quanto più possibile completa. Ed è questo un compito che spetta al processualista: non soltanto per quella vocazione che il compianto filosofo gli riconosceva, ma anche e soprattutto perchè è suo preciso obbligo ridimensionare il proprio oggetto, restituendo a... Cesare, cioè al diritto sostanziale, quanto gli appartiene.

Ma, una volta risolto questo problema di fondo, una volta rivendicata, cioè, la esistenza della norma sostanziale e la presenza dei due termini « diritto » e « processo », le difficoltà non si

⁽⁴⁾ CHIOVENDA, *L'azione cit.*, pagg. 6 e segg.; V. LERMAN, *Azione cit.*, pag. 423.

⁽⁵⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (Milano 1937) dell'ALLOISIO offre una teoria dei rapporti fra norma sostanziale e atto giurisdizionale (pag. 23), da ascrivere certamente alla impostazione tradizionale. Quanto al SATTA, è nota la traiettoria percorsa dal suo pensiero: dalla configurazione dell'azione come un potere d'invocar tutela non vincolato al fondamento sostanziale (in *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Teoria e pratica del processo*, Roma 1940, pag. 51, 53), alla definizione dell'azione stessa come potere per la tutela del diritto soggettivo (*Ultime tendenze nella teoria dell'azione*, in *Teoria cit.*, pagg. 229 e segg., 249 e segg.), fino alla recentissima riduzione del diritto all'azione, maturata durante lo svolgimento del classico manuale.

⁽⁶⁾ L'unica vivace reazione, indirizzata segnatamente contro le odierne vedute dell'Allorio, è quella del BARBERO (*Polemiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pag. 901 e segg.).

⁽⁷⁾ Come voleva il PEKELIS (*Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, pag. 90).

appianano, chè anzi ci si imbatte in questioni altrettanto gravi e discusse. Si tratta, infatti, di accertare se e come il processo si colleghi alla norma sostanziale (privata) preesistente: in che senso, sotto quale forma e nel concorso di quali circostanze questa norma costituisca il presupposto di quella attività.

In quest'ordine di idee, occorre innanzitutto prendere atto che tanto la norma sostanziale quanto quella processuale convergono verso il privato, somministrano, sotto forme e in momenti diversi (la norma sostanziale per prima, quella processuale soltanto ove la prima fallisca), tutela alla posizione del singolo, il quale ne beneficia e, di norma, ne dispone. Prendendo le mosse da tale ovvia constatazione, la questione sopra posta si articola nei due seguenti problemi:

il primo consistente nello stabilire come la norma sostanziale si specifichi in concrete situazioni soggettive, e, segnatamente, come si pervenga allo schema del diritto soggettivo sostanziale, nel quale la norma regolatrice dei rapporti privati ordina il suo contenuto, e che costituisce, secondo molteplici e convergenti indicazioni positive, parametro indispensabile per il compimento delle attività processuali;

quello ulteriore, consistente appunto nello stabilire se e sotto quale riflesso il processo abbia per presupposto il diritto soggettivo.

Anche a questi argomenti si sono di recente applicati molti e notevoli sforzi. Alla messa a fuoco del primo, ch'è quello del diritto soggettivo (sostanziale), i processualisti hanno anzi dato un cospicuo contributo^(*), fornendo con ciò ulteriore conferma della evidente impossibilità (peraltro non sempre avvertita dai cultori del diritto sostanziale) di coerenziare il diritto e il processo senza un previo e reciproco regolamento di confini.

Tuttavia, non mi pare che la più recente dottrina abbia at-

(*) GABBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, pag. 550 e segg.; 1942, pag. 212 e segg.; ALLONIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale* cit.

tinto sulla nozione (del diritto soggettivo) un minimo di concordia, chè anzi, nel pur lodevole intento di rivedere le basi stesse del problema e di correggere errori tradizionali, essa è spesso pervenuta a risultati che, quale ne sia l'intrinseco pregio, non soltanto sono fra loro divergenti, ma addirittura risultano non ragguagliabili. Basti accennare al dissidio fra chi configura il diritto come posizione attiva ⁽⁹⁾ e chi lo definisce come posizione inattiva ⁽¹⁰⁾; fra chi lo identifica con la posizione soggettiva semplice ⁽¹¹⁾ e chi lo presenta come complesso di posizioni ⁽¹²⁾, o parte di un rapporto ⁽¹³⁾; senza sottolineare per ora le autorevoli vedute che costruiscono il diritto soggettivo sul parametro del processo ⁽¹⁴⁾.

Donde la necessità di affrontare la complessa problematica dell'argomento, nel tentativo di scegliere, fra i filoni delle idee correnti, quelle che sono, o a me sembrano, le più valide.

Quanto, poi, al secondo problema, è noto come i rapporti fra il diritto soggettivo (sostanziale) e il processo vengano studiati da più punti di vista. Per lo più, ci si pone dall'angolo dell'azione (a sua volta intesa di solito come potere o facoltà di iniziare il giudizio): a questa prospettiva tradizionale accordano ancora la loro preferenza recentissimi e pregevoli contributi in argomento ⁽¹⁵⁾. Ma i rapporti *de quibus* sono anche indagati dall'angolo del provvedimento giurisdizionale di merito: di qui muove, ad esempio, il classico insegnamento che coordina la sentenza favorevole all'esistenza del diritto ⁽¹⁶⁾. Un ulteriore punto di vista è quello dell'« oggetto del processo » (*Streitgegenstand*): esso è molto caro alla dottrina tedesca, la quale, oggi

⁽⁹⁾ *Infra*, capitolo secondo, sub 2.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁾ *Infra*, capitolo secondo, sub 3.

⁽¹³⁾ *Infra*, capitolo secondo, sub 4.

⁽¹⁴⁾ *Infra*, capitolo primo, sub 7; capitolo secondo, sub 2.

⁽¹⁵⁾ MICHELLI, *Giurisdizione e azione cit.*; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano 1955.

⁽¹⁶⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, I, pag. 161 e segg.

più di prima⁽¹⁷⁾, animatamente discute se il rapporto sostanziale entri oppure no nel tema della controversia e del giudizio civili.

A mio sommosso avviso, queste prospettive sono anguste e, per ciò stesso, non feconde. Se non sbaglio, esse non riescono a cogliere tutto il processo, come realtà viva, come serie complessa di attività (la quale ha, sì, fra i suoi componenti l'atto introduttivo, la trattazione del merito, la sentenza, ma non è esaurita da essi), e, quindi, non consentono di approntare schemi e soluzioni che si attaglino a tutto il processo e non soltanto a parte di esso. Così, chi si pone dal punto di vista dell'azione e della domanda (nella quale, secondo le vedute correnti, si tradurrebbe il potere di azione al momento del suo concreto esercizio) da un canto oblitera le altre numerose posizioni di cui le parti (e non soltanto l'attore) sono titolari nel processo, nonchè le posizioni di cui è titolare l'ufficio, e il rapporto di mutua implicazione che intercorre fra queste e quelle⁽¹⁸⁾; dall'altro, s'imbatte, per quanto specificatamente attiene al tema dei rapporti col diritto sostanziale, nel dilemma dell'«astrattezza» e «concretezza», che è invece, per le ragioni che esporrò a suo luogo⁽¹⁹⁾, da rifiutare.

Mi pare, perciò, che i rapporti in esame vadano indagati lungo tutto l'arco del processo, cioè con riferimento a tutti gli atti (e le posizioni soggettive) della serie procedurale, e che, previamente, occorra sottolineare il vincolo che unisce nel processo le posizioni dell'attore, delle altre parti, dell'ufficio: il che val dire cogliere il processo nella sua unità e intierezza⁽²⁰⁾.

Questi i motivi e l'iter della indagine. Anche qui si tratta, dunque, non tanto di affrontare questioni nuove (nè del resto

(17) V. AA. citt. nel terzo capitolo, nota n. 26.

(18) V. *infra*, capitolo terzo, sub. I.

(19) V. *infra*, capitolo terzo, sub. 10.

(20) Un analogo punto di vista è scelto in epigrafe dal LIERMAN (*Azione cit.*, pag. 429), anche se poi l'A. si limita a considerare la posizione dell'attore.

sarebbe possibile, dal momento che la teoria generale del processo ha il vanto di avere, assai presto e correttamente, enucleato la maggior parte dei suoi problemi), quanto di mettere in ordine, *ut desint vires*, le... tessere del mosaico ⁽²¹⁾.

Ovviamente, queste note non vogliono nè possono esaurire il tema dei rapporti fra diritto e processo. Oltre alle questioni sopra enucleate, rimane, infatti, da stabilire se e come l'atto giurisdizionale, prese le mosse dalla esistenza del diritto, su di esso riversi i propri effetti; se, cioè, la sfera sostanziale non costituisca soltanto il presupposto dell'attività giurisdizionale, ma sia anche destinata a riceverne i risultati; se, insomma, l'atto giurisdizionale, lungi dall'esaurire la propria efficacia nel processo, si proietti, fuori di esso, sulle posizioni sostanziali. Il quale problema si pone non soltanto per i risultati dei processi di cognizione, bensì anche per quelli dei processi di esecuzione e cautelari.

Ma a questi ulteriori interrogativi mi propongo di rispondere in un successivo scritto, su di una linea che, per quanto segnatamente concerne l'efficacia della sentenza e la cosa giudicata, mi sono industriato di accennare in un precedente studio ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ È l'arguta espressione del REBENTI (*Il giudicato in punto di diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, cit., II, pag. 706).

⁽²²⁾ *Cosa giudicata e consuetudine di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pag. 1304 e segg.

CAPITOLO PRIMO

SOMMARIO: 1. La concezione windscheidiana dell'*actio*. — 2. Segue. — 3. Sue ripercussioni. — 4. ... sugli studi romanistici. — 5. ... in sede di teoria generale. — 6. Le tesi « monistiche » nella dottrina italiana. — 7. Segue. La teoria dell'Allorio. — 8. Segue. La teoria del Satta. — 9. Segue. La teoria del Romano (Salvatore). — 10. Critica. — 11. Segue. — 12. Diritto e processo nell'ordinamento romano. — 13. Diritto e processo nell'ordinamento italiano vigente. — 14. Conclusione.

1. Chi voglia individuare lo stipite comune delle varie correnti che scorgono nel processo il momento in cui la norma si concreta, il punto fermo da cui l'ordinamento si svolge, deve senza dubbio risalire al saggio windscheidiano sull'*actio* ⁽¹⁾.

Vero è che il Windscheid segnò puntualmente i confini della concezione propugnata in quel saggio, riferendola al diritto romano, ed escludendo che essa trovasse rispondenza nell'ordinamento contemporaneo ⁽²⁾; vero è inoltre che, nel proclamare che l'ordinamento romano era un sistema di azioni, egli utilizzava un concetto di azione invischiato col diritto sostanziale ⁽³⁾ e, come vedremo, inficiato di notevole arbitrio; ma tutto questo non ha impedito che quella concezione svolgesse, anche fuori del significato e dei limiti originari, una influenza incalcolabile, non soltanto nell'ambito degli studi romanistici, ma anche e soprattutto in sede di teoria generale: vuoi in ordine ai rapporti fra diritto e processo, vuoi in ordine alla problematica delle situazioni soggettive di diritto sostanziale, dove

⁽¹⁾ WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856.

⁽²⁾ *Op. cit.*, pag. 3.

⁽³⁾ *Op. cit.*, pag. 3 e segg.; 223 e segg.

il pseudoconcetto di « pretesa » ha sempre dato non poco filo da torcere ⁽⁴⁾.

Quando Windscheid licenziò « *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* », correva l'insegnamento del Savigny ⁽⁵⁾, secondo il quale l'azione è il diritto alla tutela giudiziaria, derivante dalla violazione di un altro diritto. Tale impostazione, in sè esatta, veniva tuttavia accompagnata da svolgimenti non altrettanto accettabili: da un canto, sull'erroneo assunto che l'azione fosse largita anche prima e a prescindere dalla lesione del diritto, si giungeva a distinguere *actio* e *actio iam nata* (a seguito della lesione) ⁽⁶⁾; dall'altro (e proprio perchè si perdeva la cesura, il punto di passaggio fra diritto sostanziale e *actio*, costituito dalla lesione) l'azione veniva configurata come parte, aspetto del diritto sostanziale ⁽⁷⁾.

È agevole constatare, oggi, come la pretesa distinzione fra *actio* e *actio iam nata* fosse del tutto priva di fondamento. Già essa si rivela intimamente contraddittoria nella sua proposizione: assumendo che la facoltà di agire in giudizio insorga (« nasca ») dopo la violazione del diritto, che solo allora l'*actio* si possa considerare « nata », si toglie, in una con ogni importanza pratica, qualsiasi validità logica all'altro termine della distinzione, all'*actio (non iam nata)*. Ma, anche fuori da questo dilemma, non si riesce a trovare il fondamento logico dell'*actio (non iam nata)*, di questa facoltà che si avrebbe prima della violazione,

⁽⁴⁾ V. *infra*, capitolo secondo, sub 2.

⁽⁵⁾ *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin 1841, par. 204, 205.

⁽⁶⁾ PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig 1888, par. 51. Cfr. anche WÄCHTER, *Württembergisches Privatrecht*, cit. da Windscheid (pag. 2, nota 4).

⁽⁷⁾ PUCHTA, *op. loc. cit.*; ARNDTS, *Trattato delle Pandette* (traduz. it.), Bologna 1878, I, § 36; v. anche BÖCKING (*Pandekten*) e KIRKULFF (*Theorie des gemeinen Civilrechts*) cit. da Windscheid (pag. 2, nota 5). Non era, però, mancato chi sottolineasse il profilo processuale dell'azione e la sua direzione verso lo Stato; HASSE, *Über das Wesen der Actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der « in personam und in rem actio »*, in *Rhein. Museum*, VI, 1834, pag. 2 e segg.

ma che avrebbe pur sempre bisogno, per tradursi in atto, del tramite della lesione.

Si tratta, in verità, di una superfetazione, maturata nell'ambito di una errata ricostruzione dell'ordinamento romano, cioè muovendo dall'assunto (che si ritroverà ribadito e sviluppato nella opera del Windscheid) che l'*actio* del diritto classico fosse una posizione sostanziale, largita dal magistrato, segnata in via edittale, a prescindere dalla costanza della lesione. Assunto infondato, come avremo modo di chiarire più oltre⁽⁸⁾: qui basti rilevare che proprio l'editto pretorio non importava la elargizione immediata (cioè al momento stesso dell'emanazione dell'editto) della facoltà di agire in giudizio, bensì l'impegno dell'edificante a concedere tale facoltà in futuro⁽⁹⁾, appunto quando si fosse in concreto verificata la violazione del diritto.

2. Anche Windscheid, mentre assumeva di ragionare in termini di diritto romano, non sfuggì al pericolo, contro cui pretendeva di mettere in guardia⁽¹⁰⁾, di introdurre nel diritto romano una concezione del suo tempo: errore forse inevitabile⁽¹¹⁾, tanto più ai tempi del nostro, e di cui vi è traccia, sia

(8) *Infra*, sub 12.

(9) Cfr. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, pagg. 14 e segg.

(10) WINDSCHEID, *op. cit.*, pagg. 1, 2.

(11) Le considerazioni del BETTI (*Teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1955, pagg. 16, 574, 575; *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giuridico* 99 (1928), pag. 129 e segg.: 100 (1928), pag. 27 e segg.) sul carattere prospettico e storicamente condizionato della ricognizione di un diritto storico sembrano sostanzialmente esatte: ma soltanto nel senso che, lo voglia o no, lo storiografo è purtroppo uno specchio storico, che inevitabilmente si pone dal punto di vista del suo tempo e deforma l'esperienza che intende ricostruire. E non, invece, nel senso che lo storico debba deliberatamente applicare al suo oggetto le categorie dommatiche moderne: su questo punto non è senza ragione il vivace dissenso del DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo 1936, pag. 1 e segg.. Sul delicato problema v. anche: GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino 1943, pag. 34 e segg.; *I problemi dei diritti reali nella impostazione romana*, Torino 1944, pag. 18; PUGLIESE, *«Res corporales» cit.*, pag. 225 e segg.; GUARINO, *Una teoria generale dell'interpretazione*, in *Labeo*, I, 1955, pag. 301, 306.

pure involontaria, nel titolo della sua opera, non immune certo da contraddizione.

Dalla dommatica contemporanea Windscheid trasse il parametro da applicare al diritto romano. In termini di diritto moderno, egli enucleò, infatti, come posizione sostanziale (e non processuale) la facoltà di imporre la propria volontà in via giudiziaria. Tale posizione egli distinse dal diritto⁽¹²⁾ ma collegò (sempre sul piano sostanziale) ad esso: e così al diritto di credito e a quello in cui si trasformerebbe, per effetto della violazione, il diritto reale⁽¹³⁾; affermò, inoltre, che tale posizione preesiste alla violazione del diritto cui è collegata.

Alla posizione *de qua* Windscheid volle imporre il nome di « pretesa » (*Anspruch*), dando così al termine, per la prima volta, un significato ben individuato⁽¹⁴⁾, per quanto inaccettabile e foriero di ulteriori interminabili complicazioni.

A fronte della « pretesa », infine, Windscheid collocò la posizione processuale, l'agire in giudizio, e ad essa riservò il nome di « azione »⁽¹⁵⁾.

Come si vede, in buona sostanza il grande pandettista restò fermo alle posizioni del suo tempo. Se, da un canto, proprio la parte meno rilevante ed apprezzata della sua opera, cioè gli accenni relativi all'agire in giudizio (di cui peraltro lo stesso Windscheid afferma di non volersi occupare⁽¹⁶⁾), segnano un sensibile progresso, in quanto mettono in risalto l'esistenza di una sfera processuale ben distinta da quella sostanziale, la teoria della pretesa ripropone, con altro nome, quella stessa inaccettabile posizione sostanziale, cioè quella facoltà connessa al diritto e non nascente dalla lesione, presentata, prima del nostro, col nome di *actio* (*non iam nata*) e sotto le mentite spoglie di retaggio del diritto classico.

(12) *Die Actio cit.*, pagg. 223, 224.

(13) *Op. cit.*, pag. 223.

(14) *Op. cit.*, pagg. 3, 228.

(15) *Op. cit.*, pag. 229.

(16) *Op. cit.*, pagg. 229, 230.

Contro il concetto windscheidiano di « pretesa » si appuntano, perciò, le stesse critiche sopra rivolte al malinteso concetto di « *actio* » sostanziale. In particolare, può aggiungersi (ed è rilievo che coinvolge l'origine e tutti gli ulteriori svolgimenti della teoria della « pretesa »), che questa *facoltà di pretendere*: è un *flatus vocis*, quando la si voglia costruire sul piano sostanziale e fuori del processo, dal momento che, fuori del processo, non si reperisce la condotta attiva in cui tale facoltà possa farsi consistere (e, difatti, come vedremo ⁽¹⁷⁾, gli ulteriori e più recenti svolgimenti della teoria della pretesa finiranno col presentarla come una mera posizione inattiva, dirimpeppata dell'obbligo altrui); è un inutile e inammissibile dopione dell'azione quando, nel tentativo di fornirla di un qualsiasi pratico contenuto, la si presenti, come Windscheid fece, come facoltà d'imporsi *in via giudiziaria*.

Utilizzando questi strumenti, imponendo cioè al diritto classico discutibili forme moderne, Windscheid giunse alla convinzione che, a differenza del diritto attuale, l'ordinamento romano facesse perno sulla « pretesa », cioè sulla facoltà di imporre la propria volontà in via giudiziaria (che egli battezzò, in termini di diritto romano e limitatamente ad esso, come « *actio* » ⁽¹⁸⁾); che quindi l'ordinamento romano fosse nient'altro che un sistema di « *Ansprüche* » (*actiones*) ⁽¹⁹⁾.

In definitiva, l'errore fondamentale della teoria windscheidiana consiste nell'aver inserito, nella sfera del diritto sostanziale, una realtà (cioè, come si è visto, la facoltà di chiedere la tutela giurisdizionale) appartenente, invece, alla sfera del processo. Tale inserzione è realizzata, *in termini di diritto moderno*, rompendo arbitrariamente in due il concetto di azione e collocando uno dei tronconi, col nome di « pretesa », sul piano sostanziale; *in termini di diritto romano*, identificando

(17) *Infra*, cap. II, § 2.

(18) *Die Actio*, pag. 3.

(19) *Ibidem*.

l'*actio* con la « pretesa » e imperniando su quest'ultima tutto l'ordinamento.

Questa, non è, del resto, la critica di tempi tecnicamente più progrediti, è bensì la sostanza della lezione del Muther⁽²⁰⁾, tanto più inascoltato del suo contraddittore quanto più acuto e lucido si rivelò il suo pensiero. (Argutamente è stato rilevato⁽²¹⁾ che Windscheid scrisse, poi, le Pandette e Muther no; che l'autorità del messaggio del primo ne risultò dilatata, la verità del messaggio del secondo offuscata).

3. La messa a punto che precede non sembrerà pleonastica a chi consideri le ripercussioni del pensiero windscheidiano, delle quali abbiamo fatto cenno in principio e troveremo traccia, nel corso di questo studio, in diversi settori.

Infatti, dalla parte del diritto civile, la teoria della pretesa è stata motivo di equivoci e di non poche complicazioni nel quadro della sistemazione delle situazioni giuridiche soggettive⁽²²⁾. Dalla parte del diritto processuale, la costruzione del Windscheid, se ha avuto il merito, già sottolineato, di segnare il profilo processuale della vera e propria azione, ha indubbiamente complicato (per non dire che vi abbia dato origine) il problema stesso della azione. Così, affatto isolata dal diritto sostanziale, l'azione windscheidiana (cioè l'agire in giudizio) ha finito assai presto⁽²³⁾ col metter capo alle concezioni più estreme dell'« astrattezza » dell'azione; d'altro canto, la pretesa (cioè la facoltà di pretendere in giudizio), anche se ripudiata come nozione a sè, distinta dall'azione, ha addirittura condotto a configurare l'azione come fenomeno appartenente al diritto

(20) MUTHER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, Erlangen 1857, pag. 36 e segg.

(21) Dal PUCLERSE, nella lucida *Introduzione alle opere del Windscheid e del Muther* (in *Polemica intorno all'actio*, Firenze 1954, pagg. XXI, XXII).

(22) V. *infra*, cap. II, sub 2.

(23) È del 1877 l'*Einlassungswang und Urtheilnorm* del DEGENKOLB; del 1880 il *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* del PLOSZ.

sostanziale, e, dove non è giunta a tanto, ha comunque esercitato notevole suggestione verso un profilo « concreto » dell'azione. Ma anche ciò vedremo meglio in prosieguo.

Sul piano, infine, dei rapporti fra diritto e processo, che è quello che in questo momento più interessa e sul quale ci fermeremo, l'affermazione che tutto l'ordinamento classico si basava sulle facoltà di pretendere la tutela giudiziaria ha esercitato, ora immediatamente, ora mediatamente, un forte impulso verso una *reductio* del diritto all'azione, e, più in generale, del fenomeno giuridico al momento della tutela, dell'ordinamento al processo.

La sensibilità storica di cui Windscheid si mostrò sempre dotato gli suggerì, giova ripeterlo, un netto *distinguo* fra il mondo romano e quello del suo tempo, per il quale ultimo egli ammise e ribadì la dicotomia fra diritto e processo⁽²⁴⁾; così come gl'impose, in prosieguo (e precisamente quando le estreme e inaccettabili conseguenze cui la condusse lo Schultze⁽²⁵⁾ gliene rivelarono la fragilità) un'attenuazione della sua tesi monistica anche relativamente al diritto romano⁽²⁶⁾. Tuttavia, l'originario avvertimento e il seguente *revirement* non hanno impedito che le sue idee, così dichiaratamente legate alla storia, dessero frutti addirittura sul terreno della teoria generale.

Insomma, se non si giungerà a dire che tutte le concezioni che riducono il diritto al processo siano rami dello stesso albero, non si vorrà tuttavia negare che, sia pure nel quadro di impostazioni generali fra loro differenti e attraverso esperienze diversissime, quelle concezioni si colleghino, a volte inconsapevolmente, al filone che mette capo al maestro di Greifswald.

(24) Cfr. *Die Actio cit.*, pag. 3.

(25) SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselziehung*, I, Freiburg und Tübingen, pag. 233 e segg.

(26) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1906 (IX ediz.), pag. 189 e segg.

4. Per cominciare dagli studi romanistici, una corrente assai notevole (anzi prevalente, almeno fino alle più recenti approfondite indagini, soprattutto di scuola italiana ⁽²⁷⁾), discende per via diretta dal Windscheid. La indipendenza del pretore dallo *ius civile* ⁽²⁸⁾, asserita dal nostro e posta a base della costruzione dell'*actio* come posizione sostanziale concessa dal magistrato, doveva condurre alla concezione dello Schultze, secondo la quale lo *ius civile* sarebbe privo di forza vincolante e il primo effettivo comando verrebbe posto in concreto dal magistrato mediante la concessione della formula (intesa come *Rechtszeugungsact*) ⁽²⁹⁾. In altri termini, il magistrato porrebbe il concreto e vincolante comando giuridico (*Rechtsbefehl*), specificazione dell'astratto e non vincolante precetto dello *ius civile* (*Rechtsinhalt*): il che val dire che soltanto nel processo l'ordinamento romano troverebbe il suo *ubi consistam*. L'eccesso di questa drastica riduzione del diritto al processo, affermata ben al di là dei poteri di disposizione del pretore, colpì, come si è detto, lo stesso Windscheid.

Inoltre, la identificazione, da quest'ultimo asserita, fra *actio* e « pretesa » e quindi la collocazione, assai appariscente, della pretesa sul piano sostanziale, doveva inevitabilmente portare allo scolorimento della nozione di diritto soggettivo e alla sua identificazione con la pretesa e, quindi, con l'*actio*. Cosicché, pur rilevando, come contenuto dell'*actio* (cioè della pretesa windscheidiana) un potere relativo alla tutela giudiziaria, si è venuta affermando la proposizione che il diritto romano in genere concedesse piuttosto azioni che non diritti ⁽³⁰⁾, e, correlati-

⁽²⁷⁾ Così dell'ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1954, pag. 15 e segg., 107 e segg.; BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, pag. 49 e segg., 67 e segg.; *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, pag. 5 e segg.; *Diritto romano, parte generale*, Padova 1935, pag. 440 e segg.; PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, pag. 18 e segg.; 343 e segg.

⁽²⁸⁾ Della quale si fece banditore anche il BRUNZ (*Zur römischen Rechtsgeschichte*, in *Krit. Vierteljahrsschrift*, XI, 1869, pag. 484 e segg.).

⁽²⁹⁾ SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess* cit., pag. 233 e segg.

⁽³⁰⁾ Cfr. STORÉ, « *Obligatio, obligare, obligari* », nei *testi della giurispru-*

vamente, si sono venuti riducendo all'*actio* il diritto di credito⁽²¹⁾ e addirittura il diritto reale⁽²²⁾: sino alla configurazione (in verità isolata⁽²³⁾) dell'*actio* come la più elementare espressione di diritto sostanziale, e cioè come manifestazione della libertà individuale.

Vero è che, a fianco di questo indirizzo, si è svolta un'altrettanto notevole corrente romanistica (dal Muther⁽²⁴⁾ al Bekker⁽²⁵⁾, al Siber⁽²⁶⁾, al Betti⁽²⁷⁾, all'Arangio-Ruiz⁽²⁸⁾, sino all'ormai classico « *Actio e diritto soggettivo* » del Pugliese⁽²⁹⁾), la quale ha rettamente distinto fra diritto e azione, rivendicando a quest'ultima l'autonomo profilo processuale.

Tuttavia, la riduzione del diritto al momento della tutela giudiziaria, operata dall'indirizzo in discorso relativamente all'ordinamento romano, sfociava, intanto, in una seducente costruzione di teoria generale: dico della concezione del Binder⁽⁴⁰⁾. Per il quale il diritto consiste nella tutela giurisdizionale; l'ordinamento s'incetra quindi in tale tutela e funziona proteggendo

denza classica e del tempo di Diocleziano, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milano 1930, III, pag. 517 e segg.; BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, in *Conferenza per il XIV centenario delle Pandette*, Milano 1931, pag. 135 e segg.; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, pag. 81 e segg.; 153 e segg.

(21) Cfr. RABEL, *Grundzüge des römischen Rechts*, in *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, I, 1915 (VII ediz.), pag. 455; WLASSAK, *Actio*, in *Real Encyclopädie der Klass. Altertumswissenschaft*, I, col. 303 e segg.; SEGRÉ, *op. loc. cit.*; FRESSE, *Der obrigkeitliche und der processuale Zwang im römischen Recht*, in *Atti del congresso intern. di dir. rom.*, II, Pavia 1935, pag. 441 e segg.

(22) Cfr. WENGER, *Praetor und Formel*, München 1926, pag. 12.

(23) La sostiene il BIONDI, *Diritto e processo cit.*, pag. 131 e segg.; *Prospettive romanistiche*, in *Public. Univ. Catt. Sacro Cuore*, XXXVII, Milano 1933, pag. 31 e segg.

(24) *Op. loc. cit.*

(25) *Über das Verhältnis von « Actio » zu « Obligatio »*, in *Zeitschr. für Rechtsgeschichte*, IX, 1879, pag. 365 e segg.

(26) *Römischen Privatrecht*, Berlin 1928, pag. 15.

(27) *Opp. loc. cit.*

(28) *Opp. loc. cit.*

(29) *Cit. nella nota n. 27.*

(40) *Prozess und Rechts*, Leipzig 1927.

do, mediante il processo, certi interessi che, prima del processo e a prescindere da esso, non avrebbero giuridica rilevanza ⁽⁴¹⁾.

Assunta come teoria generale, cioè come teoria che si pretende valida sul piano formale, a prescindere dal riferimento ad un dato ordinamento concreto, la concezione del Binder va incontro non soltanto alle critiche che si possono muovere (e che in appresso approfondiremo) all'indirizzo romanistico di cui rappresenta lo sbocco, ma anche alle obiezioni che svolgeremo più avanti circa la possibilità di presentare i rapporti fra diritto e processo *sub specie aeternitatis* ⁽⁴²⁾.

5. Ma, portato il discorso sulle costruzioni di teoria generale, occorre intanto dare qui conto di come dal pensiero windscheidiano, e a fianco del suo svolgimento nel campo romanistico, si sia sviluppata, proprio sul piano di quella teoria, una serie di vedute che, sia pure sotto diversi profili, riducono l'ordinamento alla tutela giurisdizionale, il diritto al processo.

Infatti, quasi contemporaneamente all'opera dello Schultze, e in concomitanza con essa, anche il Bülow ⁽⁴³⁾ assunse che la norma si concreta nel processo; nel senso che spetta al giudice di specificare e rendere operante nel caso concreto l'astratto precetto della norma sostanziale. Vedremo a suo luogo quali obiezioni si debbano muovere a questo modo di vedere e come sia logicamente impossibile conciliare la natura stessa della reazione giurisdizionale con l'asserita carenza, prima della specificazione operata dal giudice, di un comando sostanziale già specificato ed efficace in concreto fra le parti. Basti per ora osservare che, riducendo il compito del giudice alla posizione in concreto del comando sostanziale dettato in astratto dalla legge, non si tiene conto della varietà delle misure giurisdizionali, alcune delle qua-

⁽⁴¹⁾ *Op. cit.*, pag. 39 e segg.

⁽⁴²⁾ *Infr.*, sub II.

⁽⁴³⁾ *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885, pagg. 58 e segg.; *Klage und Urteil*, in *Zeitschrift für Civilprozess*, XXI, 1903, pag. 265 e segg.

li (si pensi alla sentenza costitutiva, ai provvedimenti cautelari, all'esecuzione forzata) non costituiscono di certo la mera ripetizione del comando posto dalla norma sostanziale, e non possono quindi presentarsi come accertamento e specificazione di questo ultimo ⁽⁴⁴⁾.

La dottrina bülowiana contiene, sia pure *in nuce*, la rappresentazione del processo di formazione graduale dell'ordinamento, che sarà poi propugnato come verità formale dalla scuola di Vienna ⁽⁴⁵⁾. Ovviamente, nel passaggio dall'angolo visuale della pandettistica (in cui manca la riduzione dell'ordinamento ad unità, perchè lo Stato sta fuori delle norme e le impone) a quello della dottrina normativa (la quale ha il merito di essersi posta per prima il problema dell'unità dell'ordinamento), il pensiero del Bülow e dei suoi epigoni ⁽⁴⁶⁾ subisce due ordini di sostanziali adattamenti. Nell'opera del Kelsen, infatti, da una parte, quel processo di formazione graduale, inserito nella visione unitaria dell'ordinamento (cioè nella sua dottrina generale dello Stato), risulta dilatato: non rappresenta più il rapporto fra la legge e la sentenza, bensì quello, più ricco e complesso, fra la *Grundnorm* e le norme poste, scendendo per li rami, dagli organi dello Stato, e quindi non soltanto dal giudice mediante la sentenza, ma financo dal privato (assunto come organo statale) mediante il negozio ⁽⁴⁷⁾. Dall'altra parte, e per quanto più particolarmente attiene ai rapporti fra diritto e processo, il Kelsen riserva anch'egli una posizione di preminenza al momento giurisdizionale, ma ciò fa rinunciando addirittura alla norma sostanziale: lo stato non regolerebbe direttamente i rapporti *inter privatos*, non porrebbe, innanzitutto, ai privati la norma sostan-

⁽⁴⁴⁾ V. anche, in argomento, le interessanti osservazioni critiche del MANBIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano 1955, pag. 124, nota 19.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. MEUKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923, pag. 166 e segg.; KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, pag. 223 e segg.; e anche in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VII, pag. 233 e segg.

⁽⁴⁷⁾ KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, Roma 1932.

⁽⁴⁸⁾ Tra cui il DANZ, *Einführung in die Rechtsprechung*, 1912, pag. 76.

ziale, ma si limiterebbe a infliggere le sanzioni, a porre cioè per i giudici le norme che regolano le sanzioni, ottenendo così dai privati, ma solo per via indiretta, il rispetto di certi canoni di condotta meramente sociali e non giuridici ⁽⁴⁸⁾.

Già altrove ⁽⁴⁹⁾ ho sottolineato l'errore che sta alla radice della costruzione kelseniana e della dottrina « pura » del diritto. Vedremo più innanzi che, in particolare, la teoria della « *motivazione indiretta* » è inficiata da un insanabile vizio logico. Ma, per ora, preme di stabilire in che misura e attraverso quali mediazioni queste idee fondamentali (relative ai rapporti fra diritto e processo e recanti, in buona sostanza, la negazione del momento sostanziale e la riduzione dell'ordinamento al momento della tutela) abbiano trovato autorevoli voci anche da noi.

6. In proposito, giova preliminarmente avvertire che la riduzione del mondo sostanziale al processo non è espressa da noi in maniera esplicita e recisa, se non nello isolato tentativo del Pekelis ⁽⁵⁰⁾ e nelle più piene e recenti pagine dell'Allorio. In altre fonti, vi è forse minore coscienza o intenzione di approdare al lido dove tutto è processo e dove si perdono i contorni per non dire la costanza stessa del diritto sostanziale. Tuttavia, alla constatazione di questo risultato, a volte non dichiarato o non voluto, l'osservatore è tratto dalla logica stessa di certe costruzioni.

Il pensiero di Bülow è la remota matrice di quello del Calamandrei ⁽⁵¹⁾ e del Carnelutti ⁽⁵²⁾ (ai quali va aggiunto, più

⁽⁴⁸⁾ Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (traduz. it. di Reine Rechtslehre Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Milano 1952, pagg. 15, 19 e segg., 59.

⁽⁴⁹⁾ Ne *La giurisdizione volontaria (profilo sistematico)*, Padova 1953, pagg. 14, 15.

⁽⁵⁰⁾ *Op. cit.*, pag. 98.

⁽⁵¹⁾ V. *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, pag. 1 e segg.; *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, pag. 116 e segg.

⁽⁵²⁾ V. *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma 1956, pag. 75 e segg.;

recente, il Vocino⁽⁵³⁾). Due ingegni di predilezioni tanto diverse, i quali s'incontrano nella convinzione che il giudice specifichi la norma sostanziale, ponga, cioè, in concreto l'astratto imperativo contenuto nella legge. Ancor qui, nell'intento di spiegare il rapporto fra la norma e l'atto giurisdizionale, si finisce col relegare la prima in un astratto limbo, col non riconoscerle una specifica e concreta operatività *inter privatos* all'insorgere delle fattispecie concrete e prima del provvedimento giurisdizionale, e, quindi, in buona sostanza, col negarne la esistenza (almeno nei termini di regolamento della condotta, operante prima e a prescindere dal processo, in cui tale esistenza viene di solito considerata).

Tali estreme conseguenze contraddicono, peraltro, la natura stessa della giurisdizione, la quale — come, sotto vari profili, anche quei maestri ritengono⁽⁵⁴⁾ — non può intervenire se non su situazioni sostanziali già operanti e svolgentisi in concreto; e, forse, come si accennava in principio, non sono nemmeno chiaramente presenti al pensiero dei nostri. Basti considerare che, mentre la riduzione del diritto al processo chiamerebbe, di forza propria, la configurazione dell'azione come posizione di preminenza del soggetto per la tutela dei suoi interessi, cioè dell'azione «concreta» (e su questa linea si svolgono, come vedremo, il pensiero del Pekelis e ora anche quello del Satta⁽⁵⁵⁾), proprio il Carnelutti è il più reciso assertore dell'«astrattezza», cioè dell'azione come funzione pubblica, rivolta ad un qualsiasi risultato giurisdizionale⁽⁵⁶⁾.

Nell'ordine di idee qui discusso si svolge anche un motivo

pag. 75 e segg.; *Sistema di diritto processuale civile*, Padova 1936, pag. 270 e segg.; *Lezioni*, IV, Padova 1933 pag. 419 e segg.

(53) V. Sulla cosiddetta attuazione della legge nel processo di cognizione, in *Scritti giuridici in onore di Enrico Rodenti*, II, Milano 1951, pag. 612.

(54) CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova 1941, pag. 25 e segg.; CARNELUTTI, *Istituzioni cit.*, pag. 2 e segg.; 5 e segg.; *Sistema cit.*, I, pag. 14 e segg.

(55) *Infra*, sub 8.

(56) CARNELUTTI, *Sistema cit.*, I, pag. 383 e segg.

dominante dell'opera del Capograssi⁽²⁷⁾: anche per il quale è il giudice che traduce in *ordo* concreto l'astratto *jussus* della norma⁽²⁸⁾. Naturalmente il *pathos* che pervade tutta l'opera di questo filosofo conferisce ai motivi in discorso, da lui ripensati *sub specie aeternitatis*, accenti molto originali e spiega la influenza che essi hanno svolto e svolgono sul pensiero di molti giuristi: mi pare, tuttavia (l'ho già accennato e lo chiarirò in seguito) che i rapporti fra norma e processo non possano essere presentati in termini di assoluto e che una tale rappresentazione debba quindi cedere il passo e sia destinata a soccombere di fronte a contrarie inoppugnabili constatazioni di diritto positivo.

Anche la teoria del Pekelis⁽²⁹⁾ non è rimasta, come vedremo, priva di influenza sulla corrente di pensiero che stiamo esaminando: essa deve all'acutezza del contenuto e alla succosità della forma l'attenzione che si è guadagnata, al di là degli intrinseci pregi. Il maggiore dei quali consiste in ciò che il Pekelis è stato estremamente conscio della posizione che assumeva: la sua è, da noi, la prima negazione dichiarata e recisa della sfera sostanziale. Questa sarebbe niente più che un'« ombra » proiettata dal processo: tutto l'ordinamento si ridurrebbe al momento sanzionatorio in cui lo Stato, mosso dall'azione del cittadino, a sua volta agisce contro il violatore⁽³⁰⁾; il soggetto privato, perduta l'azione diretta, cioè la facoltà di autotutela, non avrebbe ormai che l'azione verso lo Stato, come diritto a pretendere l'applicazione di sanzioni⁽³¹⁾; l'azione verso lo Stato sarebbe l'unica apprezzabile posizione soggettiva di un ordinamento moderno, dal quale risulterebbe bandito il diritto soggettivo, anch'esso vuota e mera apparenza.

Malgrado gli spunti originali (specie in ordine alla spiega-

(27) *Op. cit.* pag. 253 e segg.; *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 7.

(28) *Intorno al processo cit.*, pag. 262.

(29) *Op. cit.*, pag. 96 e segg.

(30) *Ivi*, pag. 101.

(31) *Ivi*, pag. 96.

zione storica della formazione dell'azione verso lo Stato, negli Stati di diritto ⁽⁶²⁾, non v'è chi non colga, *ictu oculi*, l'origine e le implicazioni di una così tagliente teoria. La ispirano, in particolare, le idee del Binder e, più ancora, quelle del Kelsen (specie per la riduzione di tutto il fenomeno giuridico al momento sanzionatorio); per non sottolineare la reminiscenza di certi più audaci profili romanistici del Biondi ⁽⁶³⁾.

7. Senza dubbio più ricche e mature sono le recenti vedute dell'Allorio: le quali hanno innanzitutto il merito di richiamare, per la varietà e complessità del loro svolgimento, una più fervida attenzione sulla tendenza panprocessualistica, e quindi su di un punto centrale dei nostri studi.

La tesi dell'Allorio ⁽⁶⁴⁾, è molto netta: l'ordinamento statale («autoritario», nel linguaggio del nostro) s'incentra nel momento giurisdizionale; i giudici e non i privati sono destinatari delle norme.

Anche qui il richiamo al Kelsen è di rigore: ed ognuno sa, del resto, la grande parte avuta dalla dottrina normativa sugli sviluppi del pensiero dell'Allorio ⁽⁶⁵⁾. La concezione *de qua* è, quindi, innanzitutto coinvolta, insieme con le altre vedute di tipo kelseniano, in osservazioni più generali che saranno svolte in prosieguo. Qui si vogliono soltanto rilevare alcune non marginali peculiarità e alcuni contrasti presenti nell'opera alloriana.

L'Allorio ancora il momento giurisdizionale all'accertamento ⁽⁶⁶⁾, ripudiando la teoria kelseniana per la parte di essa che, come si è visto, fa perno sulla sanzione. In proposito, si potrebbe

⁽⁶²⁾ *Ivi*, pag. 101 e segg.

⁽⁶³⁾ *Diritto e processo cit.*, pag. 131 e segg.

⁽⁶⁴⁾ *Penalità degli ordinamenti giuridici cit.*

⁽⁶⁵⁾ Cfr. dal non più recentissimo *Saggio polemico sulla giurisdizione colonaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1948, pag. 487 e segg., all'ultimo *Nuove riflessioni critiche cit.*, specialmente nelle pagg. 62, 63.

⁽⁶⁶⁾ *Saggio polemico cit.*, pag. 500; *Osservazioni critiche sulla sanzione cit.*, pag. 9; *Nuove riflessioni cit.*, pag. 2, 67.

innanzitutto rilevare che non è legittimo proscrivere la sanzione dal sistema sul riflesso, in sè giusto, che sul piano formale non si possono distinguere dalle altre le norme sanzionatorie⁽⁴⁷⁾: in verità, per individuare i destinatari e legare la giurisdizione allo accertamento, lo stesso Allorio deve abbandonare il piano formale e porsi su quello del contenuto delle norme; ma, sul piano del contenuto, sanzione e accertamento hanno, in ipotesi, lo stesso diritto di cittadinanza, salvo, beninteso, la necessità di stabilire, sempre dalla parte del contenuto, se debba prevalere l'una o l'altro. Ma questi rilievi s'inseriscono in una più radicale critica, che qui non desidero svolgere, e che riguarda la confusione (presente in molte di queste teorie che aspirano all'assolutezza) fra il piano formale e quello contenutistico, nonchè la impossibilità di presentare, *sub specie aeternitatis*, realtà astratte dal contenuto delle norme e, perciò, necessariamente legate alla vita, a volte effimera, della norma positiva.

A parte ciò, la limitazione del momento giurisdizionale allo accertamento oblitera, come già si rilevava a proposito del pensiero bülowiano, la molteplicità di misure giurisdizionali somministrate dallo Stato moderno, e costringe a recidere almeno uno dei rami principali della giurisdizione, l'esecuzione forzata⁽⁴⁸⁾.

Un contrasto non facilmente sanabile è, poi, quello che si riscontra fra l'assioma che le norme si rivolgano ai giudici e la ammissione della esistenza di poteri di privati: serie dei quali costituirebbero il diritto soggettivo⁽⁴⁹⁾. Se non prendo abbaglio,

(47) Osservazioni critiche cit., pag. 15, 16.

(48) Saggio cit., pag. 510 e segg. Ma, come ho altrove rilevato (*Cosa giudicata e convalida di sfratto* cit., pag. 1321, nota), la esecuzione forzata presenta i caratteri della giurisdizionalità, quali è dato rilevare *ex positivo iure* (op. cit., pag. 1306, 1307): se questo è vero, non mi sembra pertinente il rimprovero (che l'ALTORIO — in *Osservazioni critiche*, cit., pag. 11 — rivolge al MANDRIOLI: del quale ultimo v. in argomento *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, pag. 2 segg. dell'estratto) di voler difendere aprioristicamente il carattere giurisdizionale del processo esecutivo; e, resta, invece, fermo e difficilmente superabile l'ostacolo che incontra la costruzione dell'insigne autore.

(49) *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento* cit., pag. 161 e segg.

questa configurazione del diritto soggettivo non soltanto non quadra con quell'assioma, dal momento che postula l'esistenza di posizioni di privati, certamente giuridiche e perciò conferite dalle norme, e quindi la destinazione di queste ultime, o di una parte di esse, ai privati; ma, a prescindere da ciò, nemmeno si concilia con la riduzione del diritto (e quanto meno del diritto privato) al momento giurisdizionale: coerenza alla quale esigerebbe che s'individuasse, come sola posizione soggettiva del privato, l'azione verso lo Stato (così il Pekelis) e non una serie di poteri, molti dei quali non rivolti allo Stato, ma fonti di rapporti intersubiettivi (⁷⁰).

Mi sembra, inoltre, che la configurazione alloriana del diritto soggettivo non vada esente da critica anche sotto un diverso profilo. Non risultando un criterio che unisca fra loro — all'interno e a prescindere dal processo — i poteri costituenti la costellazione « diritto », l'individuazione di questa viene legata all'accertamento, nel senso che vi sarebbe diritto soggettivo — cioè più poteri costituirebbero un diritto soggettivo — solo là dove la legge largisce la possibilità dell'accertamento giurisdizionale (⁷¹). Con ciò, l'Allorio cerca ovviamente di ricondurre nell'alveo della visione panprocessualistica la propria costruzione del diritto soggettivo (che da quell'alveo, come sopra rilevato, irrimediabilmente fuoriesce). Ma, come è già stato acutamente rilevato (⁷²), la tesi in esame postula la esistenza delle sole azioni nominate (il non folto gruppo delle quali potrebbe appunto essere assunto come *prius* logico rispetto al diritto), e oblitera la configurazione, *ex positivo iure*, dell'azione come mezzo di tutela generale del diritto soggettivo, e la conseguente constatazione che non è la

(⁷⁰) Così il potere di disposizione, quello di costituzione in mora, indicati dallo stesso ALLORIO (*Teoria cit.*, pagg. 161, 162).

(⁷¹) *Per una teoria cit.*, pag. 165.

(⁷²) PUGLIESE, *Facoltà e proprietà temporanea nella struttura dell'usufrutto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pag. 461, nota.

azione il parametro del diritto, ma il diritto è presupposto della azione ⁽⁷²⁾.

3. L'attuale pensiero del Satta ⁽⁷⁴⁾ merita un posto a sè, segnatamente per l'instancabile ricerca, cui esso muove, della concreta esperienza giuridica ⁽⁷³⁾: la stessa ansia che pervade gli studi del Capograssi, non a caso qui evocato e spesso richiamato nelle pagine sattiane ⁽⁷⁴⁾. In queste ultime sembrano confluire i motivi essenziali della corrente fin qui ripercorsa. La visione dell'ordinamento, nella quale il giudice concreta il precetto astratto, il giudizio specifica e rende operante la norma, richiama, sì, il messaggio bülowiano, ma sembra piuttosto filtrata attraverso le meditazioni del compianto filosofo italiano. Si aggiunga che, pur discorrendo di «giudizio», nella sostanza il Satta non incorre nell'errore di limitare la giurisdizione all'accertamento, giacchè sotto la insegna del giudizio esplicitamente ricomprende anche le altre attività giurisdizionali ⁽⁷⁵⁾.

D'altro canto, la configurazione dell'azione come perno della posizione del soggetto nel sistema e il conseguente scolorimento della nozione di diritto soggettivo, addirittura negato come momento di protezione giuridica e soppiantato dal concreto interesse materiale (destinato ad avere tutela solo nel processo e quindi per il tramite dell'azione), richiamano i motivi fondamentali del Binder e, più, specificatamente, l'acuta applicazione fattane in Italia dal Pekelis ⁽⁷⁶⁾. Tali motivi costituiscono, del resto, altrettante conferme e coerenti corollari del passaggio del maestro

⁽⁷²⁾ Cfr. PUGLIESE, *op. loc. cit.*; e già in *Introduzione cit.*, pag. XXX; LIEMAN, *L'azione cit.*, pag. 439.

⁽⁷³⁾ *Diritto processuale civile cit.*, pag. 96 e segg.; *Il concetto di parte cit.*, pag. 68 e segg.

⁽⁷⁴⁾ V. la prefazione alla quinta edizione del *Diritto processuale cit.*; nonché *Il concetto di parte cit.*, pag. 72.

⁽⁷⁵⁾ *Diritto processuale civ.*, pag. 8, nota.

⁽⁷⁶⁾ *Ivi*, pag. 7, nota.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. il richiamo al Pekelis contenuto nel *Diritto processuale cit.*, pag. 99. V. anche *Il concetto di parte cit.*, *loc. cit.*

genovese nella schiera di coloro che scorgono nel processo la chiave di volta dell'ordinamento giuridico.

Ancora qui, prescindendo per ora da obiezioni più essenziali⁽⁷⁹⁾, vien fatto di osservare subito che la negazione del diritto soggettivo quale prima cernita della congerie di interessi materiali concreti e prima forma di protezione di interessi prescelti (precedente e indipendente dall'azione) impone, per la determinazione di quali, nella ressa di concreti interessi, debbano avere tutela nel processo, la necessità di rifarsi al parametro delle azioni nominate. A meno che non si voglia ammettere, come non si può, che l'azione e il giudizio siano strumenti per la difesa di qualsiasi interesse.

9. Necessario è, infine, considerare, sempre dall'angolo in cui ci siamo posti, la recente originale costruzione del diritto privato proposta da Salvatore Romano⁽⁸⁰⁾. Utilizzando, con molta finezza, il principio della pluralità degli ordinamenti, egli assegna ai privati il compito di regolare i loro rapporti, di porre il loro diritto, di creare, insomma, la pluralità degli ordinamenti giuridici privati; mentre riserva allo Stato il compito di tutela di quel diritto privato⁽⁸¹⁾. Dal che si trae, per quanto qui interessa, la riduzione dell'ordinamento statale al momento della tutela giurisdizionale.

È peraltro interessante notare che, pur confluendo sotto questo profilo e forse inconsapevolmente, nell'alveo aperto dal pensiero kelseniano (che limita appunto l'attività dello Stato all'applicazione di sanzioni), il contributo del Romano ne costituisce anche il superamento: infatti, il Kelsen esclude le norme regolatrici delle condotte dei privati dal novero di quelle statuali

(79) *Infra*, sub 10 e 11.

(80) V. *opp. cit.* nella nota n. 1 dell'Introduzione.

(81) Romano Salvatore, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1020; *Ordinamenti giuridici cit.*, pag. 260 e segg.; *Autonomia cit.*, pag. 825 e segg. Una tesi analoga risulta già sostenuta dal CESARINI SCONZA (*Il diritto dei privati*, in *Riv. it. scienze giuridiche* 1929, pag. 43 e segg.).

ed è, quindi, costretto a negarne la giuridicità e a relegarle fra le norme sociali ⁽⁵²⁾, dal momento che fuori dell'ordinamento statale egli non vede diritto; il Romano, invece, può escludere quelle norme dall'ordinamento statale e rivendicarne ugualmente la giuridicità, in virtù della loro appartenenza agli ordinamenti giuridici privati.

Tuttavia, a parte le obiezioni che si possono muovere alla costruzione del Romano per quanto concerne la configurazione della pluralità degli ordinamenti privati ⁽⁵³⁾, anche la di lui distinzione fra una sfera sostanziale creata dai privati e una sfera di protezione giudiziaria somministrata dallo Stato non è accettabile, perchè, come vedremo, non corrisponde alla realtà positiva.

10. Nello *excursus* che precede si è cercato di rilevare man mano certe incertezze e contraddizioni che affiorano, *ab intus*, dalle teorie in discorso: a me sembra, infatti, che già una critica immanente, che si ponga cioè sul piano e ragioni nei termini che son propri delle vedute *de quibus*, consenta di coglierne i limiti.

Tale ordine di osservazioni mi pare si possa riepilogare e ribadire come segue.

La corrente per così dire kelseniana, la quale nega la esistenza nell'ordinamento statale della norma sostanziale, quale regola di condotta indirizzata ai privati, e fa ruotare l'ordinamento statale sul perno della sanzione, mi sembra inficiata da una intima contraddizione: il concetto stesso di sanzione postula, infatti, per imprescindibile necessità logica, la violazione di una norma primaria. È logicamente impossibile porre, da un canto, la condotta sanzionata fuori dell'ordinamento statale, indifferente per quest'ultimo (cioè da esso non valutata), e, dall'altro, invece, applicare la sanzione: non si può considerare indifferente (per lo ordinamento statale) l'attività del danneggiatore e im-

⁽⁵²⁾ Kelsen, *Teoria generale cit.*, *loc. cit.*

⁽⁵³⁾ V. *infra*, sub 14.

porgli il risarcimento; così come non si può considerare indifferente l'omicidio e poi punire il reo.

E, difatti, ove si porga orecchio al dibattito che si svolge, fra i suoi cultori, intorno ad un diritto statutale positivamente sanzionatorio qual'è il diritto penale⁽⁸⁴⁾, si constata come nessuno neghi la esistenza di un precetto primario, operante prima e a prescindere dalla sanzione (*nullum crimen sine praevia lege poenali*), e come si faccia soltanto questione se tale precetto sia implicito nella stessa norma sanzionatoria, debba trarsi da essa⁽⁸⁵⁾, e sia piuttosto contenuto in altre separate norme⁽⁸⁶⁾.

Al limite, dunque, e ammettendo di restare sul suo piano, la teoria kelseniana della «motivazione indiretta» non potrebbe mai accettarsi nei termini in cui essa è proposta, e cioè come negazione della esistenza e rilevanza per l'ordinamento statutale di un precetto primario; bensì soltanto nel senso (diverso da quello propugnato dal Kelsen e dai suoi seguaci) che la norma sanzionatoria, mentre regola immediatamente la sanzione, somministra per implicito la indispensabile previa valutazione del comportamento sanzionato.

Fuori di questi limiti, non si scampa alla constatata contraddizione, neppure ammettendo, sì, l'esistenza di norme di valutazione della condotta, ma confinandole fuori dell'ordinamento statutale, come norme sociali o come norme rilevanti per ordinamenti diversi da quello statutale. Occorre sempre ammettere, in

(84) Cfr. CRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano 1947, pag. 233 e segg.; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, pagg. 57, 82, 89; RANIERI, *Manuale di diritto penale italiano*, Padova 1956; BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 1916, pagg. 58, 73; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1916, pagg. 31, 115; *Methodik der Gesetzgebung*, Berlin 1122, pag. 30; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Leipzig 1894, § 4; KOHLER, *Deutsches Strafrecht*, Lipsia 1917, pag. 94. Contra: MANZINI, *Trattato*, I, Torino 1926, pag. 56; Rocco Arturo, *Sul cosiddetto carattere sanzionatorio del diritto penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1910, IV, col. 53 e segg.; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911, pagg. 270, 330; FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, Monaco 1911, pag. 115.

(85) CRISPIGNI, *op. cit.*, pagg. 234, 235; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930, pag. 30.

(86) BINDING, *op. loc. cit.*

più, che tali norme siano ricondotte nell'ambito dell'ordinamento che irroga la sanzione, che esse abbiano rilevanza e vigore in tale ordinamento; che quest'ultimo insomma le recepisca: il che val dire ammettere, in senso all'ordinamento statutale, la norma sostanziale primaria.

Lo stesso discorso deve ripetersi anche per chi, come l'Allorio, mentre da un canto nega anch'egli che la norma statutale s'indirizzi ai privati e operi immediatamente nei loro rapporti, e incentra l'ordinamento sulla giurisdizione, dall'altro, come si è detto, non utilizza, per la definizione di quest'ultima, il concetto di sanzione e fonda la giurisdizione sull'accertamento⁽⁸⁷⁾.

Invero, lo stesso A. finisce con l'ammettere che l'accertamento (in cui la giurisdizione consisterebbe) non è un mero esercizio accademico, ma costituisce una reazione dell'ordinamento (« se esiste un contratto », esemplifica testualmente l'Allorio, « per il quale è prevista da parte di A una prestazione a B, e A, colpevolmente, non effettua la prestazione, il giudice, « sulla richiesta di B, condannerà A al risarcimento dei danni »⁽⁸⁸⁾): con la conseguenza che, una volta riconosciuto (come la fine sensibilità dell'Allorio gl'imponeva di fare) che tale è il meccanismo della norma secondaria (o giurisdizionale: per il nostro, « statutale » *tout-court*), non si può sfuggire, neppure qui, alla constatazione della necessità di una norma primaria, esplicita o implicita, alla quale ragguagliare il comportamento presupposto della reazione.

Quanto, poi, alla corrente che, in senso latissimo, chiameremmo bülowiana, essa nega, è vero, che la norma sostanziale si ponga come specifico e operante regolamento di concreti rapporti *inter privatos*, prima e a prescindere dal processo; e relega quella norma in un astratto empireo, dal quale soltanto la sentenza del giudice potrebbe trarla, specificandola e ponendola, come concreto precetto, nelle singole specie. Tuttavia, anche tale

(87) V. *Opp. locc. cit.* nella precedente nota n. 65.

(88) *Osservazioni critiche*, cit., pag. 20.

corrente ammette, anzi assume che presupposto dell'entrata in funzione del magistrato è la disobbedienza, la violazione dell'ordine prestabilito ⁽⁷⁸⁾.

Ma se questo è, riemerge ancor qui la contraddizione sopra rilevata: infatti, la disobbedienza postula un comando già efficace in concreto, che già si imponga cioè ad un determinato soggetto. Perchè sia configurabile la violazione dell'ordine, occorre che questo funzioni, prima e a prescindere dall'opera del magistrato, nel concreto rapporto, come regola di condotta specificata ed operante.

Senza contare che questo meccanismo di specificazione della norma astratta ad opera del giudice non è neppure ipotizzabile quante volte il giudice non replichi, in concreto, il comando posto dalla norma e disobbedito, ma ponga, invece, a sua volta altri comandi (così, ad es., la violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale mette capo al comando col quale il giudice dispone la separazione dei coniugi; l'inadempimento dell'obbligo contrattuale sfocia nella risoluzione del sinallagma).

11. Senonchè, a parte la critica immanente fin qui svolta, alle teorie in discorso si deve, a mio avviso, muovere una obiezione fondamentale, che, se non vado errato, le colpisce tutte alla radice.

Gli è che tali teorie, lungi dall'avere una qualsiasi validità sul piano formale (sul quale specialmente alcune di esse pretendono di porsi ⁽⁷⁹⁾), non trovano fondamento neppure sul piano positivo, perchè non corrispondono ai dati offerti dagli ordinamenti moderni, e segnatamente dal nostro.

Esse cadono, infatti, nell'errore di cui il più classico esempio è costituito dalla dottrina della scuola di Vienna ⁽⁸¹⁾: errore

⁽⁷⁸⁾ Cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, pag. 5 e segg.; *Sistema*, cit., I, pag. 14 e segg.; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., pag. 26; SATTA, *Diritto processuale*, cit., pag. 7; CAPOGHIANI, *opp. locc. cit.*

⁽⁷⁹⁾ Mi riferisco segnatamente alla teoria del KELSEN (*opp. locc. cit.*).

⁽⁸¹⁾ Su questo punto, v. anche *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 14 nota.

consistente nel rifiutare, da un canto, il riferimento ad un dato ordine positivo, nell'intento di muovere alla ricerca di verità assolute; e nell'usare, dall'altro, per questa ricerca, mezzi inadeguati, perchè non reperiti sul piano formale, ma liberamente astratti dal contenuto di singoli ordinamenti positivi. Donde la immancabile conseguenza, sopra lamentata, che esse non trovano il loro suggello sul piano assoluto delle forme, nè trovano l'*ubi consistam* su quello relativo del contenuto: sul quale ultimo è innanzitutto richiesta la deliberata e cosciente scelta (dell'ordinamento positivo, storico o vigente, al quale riferirsi) che queste teorie si rifiutano di compiere.

Di questo errore occorre, qui, rendersi conto più approfonditamente. Non mi sembra dubbio, innanzitutto, che sul piano delle forme assolute e costanti dell'esperienza giuridica, non è dato distinguere norme primarie e norme sanzionatorie, norme sostanziali e norme giurisdizionali, precetti e sanzioni⁽⁷²⁾. Per operare tale distinzione, occorre contemplare il contenuto delle norme e delle condotte regolate, occorre cioè passare sul piano del contenuto, riferirsi ad un singolo ordinamento positivo. Solo su questo terreno si possono scorgere norme e condotte primarie e, se ci sono, norme e condotte secondarie, concernenti cioè meccanismi che entrano in funzione in ausilio delle prime: riconoscibili per il loro contenuto (sanzioni in senso stretto⁽⁷³⁾) oppure per la loro posizione vicaria rispetto alle norme primarie, consistente nell'avere queste ultime come proprio presupposto. Solo su questo terreno, e cioè sul terreno del contenuto delle norme di un ordinamento positivo prescelto, si può porre e risolvere la questione se esistano soltanto norme sanzionatorie o soltanto norme primarie (sostanziali), o norme primarie e norme sanzionatorie.

(72) In ciò concordo — come ho rilevato — con F'ALLOBBIO (*Osservazioni critiche*, cit., pag. 15, 16).

(73) V. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, pag. 28; CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano 1949, pag. 7; e, ancora, ALLOBBIO, *Osservazioni critiche*, cit., loc. cit.

Questa ripetizione di familiari criteri di metodo non sembrerà un fuor d'opera all'accorto lettore sol che egli consideri come non poche delle correnti costruzioni di teoria generale sono inficiate dalla confusione fra i due piani: fra quello proprio della speculazione la quale ha il compito di forgiare le forme costanti del diritto ⁽²⁴⁾, e quello della dogmatica cui spetta di conoscere ed ordinare i molteplici e mutevoli contenuti di un dato ordinamento ⁽²⁵⁾. Come la speculazione deve prescindere da quei contenuti, così la dogmatica non può pretendere di astrarre da essi delle nozioni formali.

Donde l'insuccesso cui sono destinati i tentativi di attingere nozioni formali utilizzando, più o meno consapevolmente, i dati di questo o di quello o, più spesso, di svariati ordinamenti positivi. Si pensi alle definizioni pseudoformali, secondo cui sarebbe *giuridica* la norma munita di *sanzione* (intesa quest'ultima da alcuni in senso stretto ⁽²⁶⁾, da altri in senso più lato ⁽²⁷⁾, da altri addirittura, genericamente, come possibilità di reazione latente nell'ordinamento, o come notazione d'illiceità ⁽²⁸⁾). Si pensi, inoltre, alla definizione dell'ordinamento e alla rivendicazione della sua unità fondate sulle risultanze di uno o più ordinamenti positivi ⁽²⁹⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr. CAMMARATA, *Limiti fra formalismo e dogmatica*, Catania 1936, pagg. 36, 51, 52; ma già in *La positività del diritto e il valore pratico della norma di condotta*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Del Vecchio*, Modena 1930, I, pag. 45 e segg.

⁽²⁵⁾ Cfr. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941, pag. 63; sulla strumentalità della dogmatica v. anche ASCARELLI, *L'idea del codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi giuridici*, Milano 1949, pagg. 72, 73.

⁽²⁶⁾ JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1893; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, pag. 31 e segg.; Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, pag. 47; DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano 1948, pag. 219 e segg.

⁽²⁷⁾ JELLINEK G., *La dottrina generale dello Stato* (traduz. it.), Milano 1921, I, pagg. 605-611.

⁽²⁸⁾ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, pag. 24; LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova 1950, pag. 164; MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, pag. 10 e segg.

⁽²⁹⁾ Mi riferisco segnatamente alla *Stufenbautheorie* (cfr. Kelsen, *Allgemeine*

Invero, come ho cercato di chiarire in altra sede (alla quale mi permetto di rimandare il paziente lettore ⁽¹⁰⁰⁾), sul piano formale la giuridicità della norma consiste nel suo porsi come canone esclusivo di valutazione della condotta, cioè come termine della dialettica: *regola esclusiva* (i.e. assunta come tale) — *atto regolato*, in cui sta e si esaurisce la considerazione dell'esperienza *sub specie iuris* ⁽¹⁰¹⁾. (Non sul piano delle forme costanti, invece, ma solo in contingenti manifestazioni storiche, cioè in concreti ordinamenti positivi, è dato talvolta di rilevare un sistema di coazione a salvaguardia di certe leggi; sistema peraltro consistente, a sua volta, in norme la cui giuridicità non si può

Staatslehre, cit., pag. 233 e segg.; *La dottrina pura*, cit., pag. 81 e segg.). Vedi *infra*, nel testo.

⁽¹⁰⁰⁾ *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 8 e segg., nota n. 9.

⁽¹⁰¹⁾ Come ho rilevato (*La giurisdizione*, cit., *loc. cit.*), ancor prima che di fronte alle norme, il giurista si trova di fronte ad un'altra realtà, cioè di fronte ai fenomeni elementari in cui la esperienza si pone e si risolve: le concrete condotte (consistenti in azioni materiali: un omicidio, l'abbattimento di un albero; o da manifestazioni di volontà — intesa la locuzione nel suo significato empirico e non come definizione tecnica del negozio giuridico —; lo stato che ingiunge alcunchè ai cittadini, un padre che permette alcunchè al figlio).

Orbene, è chiaro che il concreto comportamento, costituente il fenomeno elementare che si offre alla rilevazione, si presenta senza attributi, cioè non come esperienza giuridica, ma come esperienza *tout court*; e che, perciò, il dommatico non può assumerlo ad oggetto del suo lavoro, se non dopo che ad esso siano state applicate le forme della valutazione giuridica, che esso si sia posto come termine operante nella dialettica del diritto: che esso venga, insomma, considerato *sub specie iuris*; in termini volgari, giuridicizzato.

Considerare l'esperienza dal punto di vista giuridico è ovviamente uno dei molteplici modi di considerarla e consiste nell'assumere un comportamento (salvo che nella consuetudine, una manifestazione di volontà: un comando o un permesso) come atto normativo, cioè come atto che pone la regola, e nel raggugliare a tale regola, assunta come esclusiva (i.e. come *forma necessaria di scelta*; CAMMARATA, *opp. locc. cit.*), un altro comportamento, traendo per quest'ultimo la qualifica giuridica che da quella regola gli discende: « lecito », « doveroso », « illecito ».

La definizione della norma come canone di valutazione è ormai accettata da molte autorevoli fonti: v. ALLORIO, *La pluralità*, cit., pag. 254 e segg.; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma 1938, pag. 32 e segg.; ACO, *Scienze giuridiche e diritto internazionale*, Milano 1950, pag. 34, 45; ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali Università Camerino*, IV, 1930, pag. 5 e segg., 12 e segg.; GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, Padova 1950, pag. 221 e segg.

dimostrare, nemmeno attraverso una vana *gymnastique à l'infini: quis custodiet custodem?*).

Ed ancora e soltanto sul piano formale, e quindi sempre prescindendo dalle contingenti manifestazioni positive, si può enucleare il concetto di ordinamento giuridico: che è l'insieme di condotte che concretano l'esperienza in una data società e in un dato momento storico, considerato *sub specie iuris*, cioè quale complesso di atti che si pongono in termini di *regole esclusive* e di *atti regolati* ⁽¹⁰²⁾. L'intima unità che pervade l'ordinamento, risiede, appunto, nella sua corrispondenza ad una società; nel rapporto di simultanea correlazione (non d'identità) ⁽¹⁰³⁾ fra il

⁽¹⁰²⁾ V. *La giurisdizione*, cit., pag. 12. Nel senso che l'ordinamento sia invece costituito soltanto dalle norme (cioè dalle regole) v., fra gli altri: FERRARA Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma 1921, pagg. 1-5; BALLADORE PALLIENI, *Diritto costituzionale*, Milano 1953, pagg. 5-6; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig 1895, pag. 19 e segg.; nonché la classica fonte rosminiana (ROSMINI, *Filosofia del diritto*, 1843, II, pagg. 9, 10).

⁽¹⁰³⁾ Da un canto, la ovvia corrispondenza fra ordinamento e società (si tratta della medesima esperienza, costituita appunto dalle concrete condotte) spiega come nella più celebre definizione dell'ordinamento (ROSMINI, *L'ordinamento*, cit., pag. 103 e segg.) sia posto l'accento sull'« istituzione », intesa come organizzazione sociale operata da norme, ma non esaurita in esse. Dall'altro, la necessaria distinzione fra ordinamento e società (distinzione dipendente dai diversi punti di vista in cui quella esperienza viene contemplata: l'uno che, riferendosi agli agenti, la definisce come pluralità di soggetti in stabile relazione fra loro: società; l'altro che, applicando all'esperienza le forme della valutazione giuridica, la presenta come ordinamento giuridico) indica il limite di tale definizione, in quanto essa identifica senz'altro l'ordinamento con la società. I precedenti si trovano in: GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, cit., loc. cit.; THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar 1870, pag. X della prefazione; BEKKER, *Grundbegriffe der Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, Berlin und Leipzig 1910, pag. 27 e segg.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., pag. 29.

D'altra parte, ancora la innegabile simultanea corrispondenza fra ordinamento e società indica l'errore di chi configura l'organizzazione sociale come realtà pre-giuridica (HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris 1938, pagg. 23, 24; per una esauriente critica del metodo *c.d. realista* — la cui enunciazione si veda nel DUCUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901, pag. 21, 195 e segg. — v. FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma 1937, pag. 23 e segg.).

Infine, sulla socialità del diritto v., fra gli ultimi: LEVI, *Teoria*, cit., pag. 13 e segg.; CESARINI SPERZA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma 1945, pag. 84 e segg.

diritto e la società che esso realizza e che, in cambio, lo individua e distingue.

Si tocca, così, con mano l'errore che inficia la dottrina dello Stato del Kelsen⁽¹⁰⁴⁾ e della sua scuola. Benchè pretenda di attingere l'assolutezza, essa non si pone sul piano formale, ma da molti ordinamenti positivi arbitrariamente astrae (peraltro senza coscienza dei mezzi e dei limiti della comparazione giuridica), ed è allora condannata, nella vana ricerca dell'unità dell'ordinamento, a risalire a quella *Grundnorm* che, assunta come punto fermo da cui lo Stato si svolgerebbe grado a grado, rimane irrimediabilmente fuori dello Stato⁽¹⁰⁵⁾, chiede cioè, senza ricevere risposta, la spiegazione della propria giuridicità.

Inoltre, e con più stretta attinenza al nostro argomento, ci si avvede di quanto sia infondata la preoccupazione che sembra stare al fondo di buona parte delle visioni monistiche di cui ci stiamo occupando (e specialmente di quelle di ispirazione kelseniana): la preoccupazione di salvaguardare l'unità dell'ordinamento mediante la riduzione di esso al momento giurisdizionale e la negazione del momento sostanziale. In verità, temere che, ammettendo la presenza, in seno ad un dato ordinamento, di un insieme di regole sostanziali e di un insieme di norme processuali (complementari rispetto alle prime), si possa compromettere l'unità dell'ordinamento, significa ancora confondere il piano delle forme con quello del contenuto e non rendersi conto che sul primo e non sul secondo quell'unità va cercata e si trova.

12. Esclusa così ogni possibilità di considerare le teorie in discorso *sub specie aeternitatis*, occorre, dunque, riferirsi al contenuto di un dato ordinamento, nel quale soltanto è possibile cogliere la varietà di norme, di attività e di funzioni, della cui esistenza e distinzione è problema; e, intanto, operare la scelta dell'ordinamento positivo cui si voglia far riferimento.

(104) KELSEN, *Hauptprobleme*, cit.; nonché *opp. cit.* nelle note n. 99.

(105) V. in arg. le acute osservazioni del GUARINO Antonio, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli 1956, pag. 274 e segg.

È ovvio che tale scelta debba, almeno per noi, cadere sul nostro ordinamento positivo vigente e che il raffronto con i parametri offerti da quest'ultimo potrà fornire la sola risposta pertinente e definitiva.

Tuttavia, prima di procedere a tale raffronto, non mi pare privo d'interesse fermare l'attenzione — nei limiti consentiti in questa sede — su di un altro ordinamento positivo: dico dell'ordinamento romano, nelle sue varie fasi.

Tale diritto storico, nel cui seno appunto, come si è visto sopra, si vogliono reperire le origini della riduzione dell'ordinamento alla fase giurisdizionale, costituisce, da un canto, il miglior banco di prova di questa pretesa riduzione, e, dall'altro, se non vado errato, somministra la prima conferma della inaccettabilità di essa su di un terreno positivo.

Non c'è dubbio che gli operatori (l'interprete, il magistrato, il giurisperito) abbiano svolto un relevantissimo ruolo nel processo di formazione del diritto romano. Ma si tratta di vedere in che senso e in quali limiti.

Come ognuno sa, già in ordine allo *ius Quiritium* (che costituisce, nella *civitas* romana arcaica, il regolamento dei rapporti nel campo che oggi chiamiamo del diritto privato) si pone il problema dei rapporti fra *mores e iuris interpretatio*: discutendosi se lo *ius Quiritium* fosse costituito da un insieme di consuetudini⁽¹⁰⁶⁾ o se lo venissero man mano creando gli interpreti⁽¹⁰⁷⁾.

(106) V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 22 e segg.; GROSSO, *Premesse generali*, cit., pag. 64 e segg.; GUARINO, *op. cit.*, pag. 44 e segg.; PEROZZI, *Istituzioni*, Firenze 1906, I, pag. 80 e segg.; MITTIS, *Römisches Privatrecht*, I, Leipzig 1908, pagg. 23 e segg.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, München und Leipzig 1912; JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Privatrecht*, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949, § 2 e 13.

Com'è noto, il KASER (*Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in ZSS 59, pag. 52 e segg.) esclude la natura consuetudinaria del diritto arcaico e la riporta piuttosto ad un *ürromisches Naturrecht*.

(107) È la vecchia tesi del SUMNER MAINE (*Ancient Law*, 1811, pag. 2 e segg.), ripresentata, ovviamente con diversi argomenti e con ben altra forza di convinzione, dal DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Milano 1941, pag. 369 e segg.; Sin-

La esistenza di un nucleo di consuetudini governanti i rapporti *inter patres*, non mi pare possa revocarsi in dubbio, dal momento che, per quanto indietro si risalga, la costanza di una società implica pur sempre un insieme di norme in essa operanti e che la rendono tale. Tuttavia, non è senza rilievo che, a petto di questo nucleo di norme, stia il *pontifex* ⁽¹⁰⁸⁾, depositario della loro conoscenza in una società primitiva in cui diritto e religione, quali che effettivamente siano i rapporti fra essi, si implicano e condizionano a vicenda ⁽¹⁰⁹⁾. L'interprete applica quelle consuetudini nel caso concreto; ma, senza dubbio, sente anche viva l'esigenza del suo tempo, i graduali mutamenti della società in cui opera: ed è, quindi, portato ad applicare al caso concreto, a considerare come in esso già operante, la regola che non è ancora una consuetudine (che cioè non è ancora munita della *opinio iuris et necessitatis*), ma che si avvia a diventarlo.

Sul piano pratico, è vero, dunque, che l'interprete affretta la maturazione di nuove consuetudini: non che egli imponga nuove norme; sibbene fa sì che consuetudini *in fieri* si consolidino, in quanto la sua dichiarazione induce e consolida, appunto, quella *opinio iuris*. Ma da questo a dire che l'interprete crea il diritto mi pare ci passi: lungi dal porre una nuova norma per tutti e per il futuro, egli non la pone *ex novo* nemmeno nel

tesi storica del diritto romano, Roma 1948, pag. 138 e segg.; *Arcana Imperii*, Milano 1947-1948, pag. 137 e segg. Per i più recenti sviluppi v. KASER, in *Jura*, 1950, I, pag. 427 e segg.; *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, in *Labeo*, 1955, I, pag. 313 e segg.; e specialmente GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, pag. 25 e segg.

^(108,109) Sull'etimologia di *fas* e *ius* e sui loro rapporti v.: ORESTANO, *Dal ius al fas*, in *Bollettino Istituto Diritto Romano*, 1940 (46), pag. 194 e segg.; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., I, pag. 376 e segg.; GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., loc. cit.; BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di fas e ius*, in *Rivista Italiana Scienze Giuridiche* (N.S.), 1935; GUARINO ANTONIO, *op. cit.*, pag. 39 e segg.; DE MARTINO, *La giurisprudenza in diritto romano*, Padova 1937, pagg. 3 e segg.; WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1930, *sub voce*; EMONT-MILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1951, *sub voce*.

caso concreto, in quanto si limita a riconoscerla e dichiararla come già operante nella specie. Per definizione, la sua è opera di storico e non di legislatore.

Questa (che il *dictum* dell'interprete fosse inteso e debba intendersi come atto ricognitivo e non creativo) non è, del resto, convinzione dei nostri giorni, avvezzi a più sottili analisi⁽¹¹⁰⁾. Se non possiamo pretendere che i Romani si esprimessero come noi, dobbiamo, però, constatare che, quando applicarono la loro riflessione allo *ius Quiritium*, non esitarono a presentarlo come un insieme di *mores*, cioè di norme formatesi spontaneamente e gradualmente, e non per imposizione⁽¹¹¹⁾: segno manifestò che l'opera dell'interprete veniva da essi considerata come mera ricognizione di consuetudini e non come creazione di norme.

Sempre in tema di rapporti fra diritto e *interpretatio* nell'ordinamento arcaico romano, il discorso non cambia ove si badi più puntualmente all'*agere*: cioè al momento in cui l'interprete interviene per convalidare, indirizzare, controllare l'azione del privato, la di lui reazione all'illecito⁽¹¹²⁾. La combinata attività del privato che reagisce all'illecito (che attua cioè l'autotutela) e del sacerdote che lo assiste implica, infatti, il *prius* della norma sostanziale: anche qui ammettere la reazione del privato significa ammettere la previa esistenza di una norma (sostanziale), già operante e, poscia, violata nel caso concreto.

Altrettanto deve dirsi quando si guardi al rapporto fra diritto sostanziale e *iurisdictio*. E ciò, vuoi che questa funzione si distingua dall'*interpretatio* come quella che non consiste solo nel ragguagliare il caso concreto al diritto, ma anche nell'ema-

(110) Cfr. PUGLIESE, *Introduzione*, cit., pag. XXVI.

(111) GUARINO, *op. cit.*, pag. 45.

(112) Cfr. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., pag. 31 e segg., e AA. *lvi cit.*; GUARINO, *op. cit.*, pag. 72; *Il diritto e l'azione nella esperienza romana*, in *Studi in onore di Aranzio-Ruiz*, I, Napoli 1953, pag. 309 e segg.. Isolata è rimasta l'opinione del BIONDI, secondo cui l'*actio* non sarebbe altro che attività giuridicamente rilevante, in qualsiasi direzione si svolga (v. *op. loc. cit.* nella nota n. 33).

nazione della sentenza in una controversia (e si appoggi quindi all'*imperium* del rex) ⁽¹¹²⁾, vuoi che la si assimili alla *interpretatio* ⁽¹¹³⁾, almeno per la parte in cui quest'ultima riguarda l'*agere* (e, in tale ipotesi, sia che si assegni alla *iurisdictio* una puntuale data di nascita ⁽¹¹⁴⁾, sia che la si consideri come una istituzione arcaica, spontaneamente derivata dalla autorità del rex e poscia trasmessa al pretore ⁽¹¹⁵⁾).

La successiva comparsa delle leggi c.d. ottriate ⁽¹¹⁶⁾, frutto della evoluzione democratica che, verso la fine del VI sec., andò trasformando la *civitas* in *res publica*, offre ulteriore conferma della presenza, nell'ordinamento romano, di norme sostanziali. Per quanto si discuta ⁽¹¹⁷⁾, pare certo che le XII tavole, cristallizzazione di consuetudini operata da patrizi, contenessero un nucleo di norme di diritto privato, come quelle regolanti alcuni negozi fra patrizi e plebei ⁽¹¹⁸⁾: al diritto sostanziale costituito

⁽¹¹²⁾ WENGER, *Institutionem des römischen Zivilprozessrecht*, München 1925, pag. 38 e segg.; DÜLL, *Der Gütegedanke in römischen Zivilprozessrecht*, München 1931, pag. 22 e segg.; contra: LAURIA, *Jurisdictio*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, pag. 481 e segg.

⁽¹¹³⁾ KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen*, Berlin 1872, pag. 180 e segg.

⁽¹¹⁴⁾ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit.; PUGLIESE, *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare*, Milano-Venezia, 1945-1946, pag. 6 e segg.

⁽¹¹⁵⁾ GUARINO, *op. cit.*, pagg. 74-75.

⁽¹¹⁶⁾ Sul problema delle « dodici tavole » v.: BAYERA, *Contributo critico alla storia della Lex XII Tabularum*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, Palermo 1925, pag. 3 e segg.; TAÜBLER, *Untersuchungen zur Geschichte des Dezemvirats und der Zwölf Tafeln*, 1921; COLEMAN-NORTON, *The Twelve Tables*, 1950. Com'è noto, l'opinione tradizionale (storicità dei decemviri e della loro opera legislativa) è stata oggetto di serie critiche (specie da parte del CONREWALL LEWIS, *Untersuchungen über die Glaubwürdigkeit der altrömischen Geschichte* (traduz. tedesca dall'inglese), Hannover 1858-1863; del PAIS, *Storia critica di Roma*, II, Roma 1915, pagg. 293-301; del LAMBERT, *La question de l'authenticité des XII tables et les Annales Maximi*, in *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*, XXVI, 1902, pag. 247 e segg.; *L'histoire traditionnelle des XII tables et les critères d'inauthenticité des traditions en usage dans l'école de Mommsen*, in *Mélanges Appleton*, Liège 1903), ma anche di valide difese (v. BAYERA, *op. loc.*, cit.; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., I, pag. 257 e segg.; GIRARD, *L'histoire des XII tables*, in *Nouvelle revue*, cit., XXVI, 1902, pag. 301 e segg.).

⁽¹¹⁷⁾ DE FRANCISCI, *Storia*, cit., pag. 287 e segg. AA. *ivi* cit.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. GUARINO, *op. cit.*, pagg. 94, 95.

dalle consuetudini, si aggiunge, dunque, un altro nucleo. Senza contare che anche la parte più notevole delle XII tavole, la quale si limita a disporre sanzioni, presuppone, per imprescindibile esigenza logica, la previa valutazione della condotta (cui le sanzioni vengono applicate) e la sua inserzione nell'ordinamento.

Altrettanto deve ripetersi per le leggi comiziali che, a partire dalla metà del IV sec., vanno a costituire lo *ius publicum* (nell'accezione romana): nel ristretto ambito in cui incidono sul diritto che noi chiamiamo privato⁽¹²⁰⁾, esse apportano all'ordinamento nuove norme sostanziali.

Passando, poi, al periodo pre-classico, e a partire dalla fine del III sec., si assiste all'imponente fenomeno della formazione dello *ius honorarium*: il quale costituisce, come ognuno sa, il polo di attrazione di tutte le tesi che sostengono la riduzione dello ordinamento romano al processo. Senonchè, mi pare si debba escludere che lo *ius honorarium* sia un diritto meramente sanzionatorio, scompagnato da un piano sostanziale. Quale che sia la trasformazione subita dalla reazione all'illecito (ora svolgentesi ad opera o, almeno, sotto l'egida dello Stato)⁽¹²¹⁾, comunque, cioè, venga presentato in questo momento storico il rapporto fra l'azione del privato e il processo (si configuri ancora l'azione come un potere che si svolge fino all'esecuzione⁽¹²²⁾; oppure che metta capo alla *litis contestatio*⁽¹²³⁾), non c'è dubbio che quella reazione afferisca ad un precetto (sostanziale) che si considera già operante fra le parti e violato da una di esse.

Si tratterà del precetto dello *ius civile* (costituito dal vecchio *ius Quiritium* e dalle successive integrazioni), quante volte il

(120) V. l'elenco redatto dal ROTONDI (Giovanni), *Scritti giuridici*, I, Milano 1922, pag. 5.

(121) PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, pag. 325 e segg.; 343 e segg.

(122) Così PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 412 e segg.

(123) V. BEKKER, *Über das Verhältnis*, cit., pag. 371; ma già HASSE, *Über das Wesen der Actio, ihre Stellung in System des Privatrechts und über den Gegensatz der in personam und in rem actio cit.*, pag. 10 e segg.; MÜLLER, *op. cit.*, pag. 40.

pretore conceda l'*actio* a seguito della violazione di esso. (Di più: com'è stato acutamente osservato⁽¹²⁴⁾, anche quando il pretore inibisce la reazione, negando l'*actio*, il precetto dello *ius civile* rimane valido ed efficace in concreto).

Ma anche quando concede l'*actio* fuori dell'ambito dello *ius civile*, il pretore non può non presupporre un precetto sostanziale e la sua violazione, cui connettere appunto la reazione. Piuttosto, anche del pretore, e soprattutto di lui, si deve dire che, aperto alle esigenze del suo tempo (vieppiù cospicue per l'intervenuta evoluzione politica e sociale, e costituenti l'*humus* della sua equità⁽¹²⁵⁾), egli è portato a considerare e a dichiarare come norme già operanti nel caso concreto quelle che sono ancora consuetudini *in fieri*, punti d'incontro, labili e non ancora consolidati, della società in movimento. Se, dal punto di vista pratico, si può quindi parlare di una vera e propria rivelazione della norma da parte del magistrato, dal punto di vista logico e giuridico deve tenersi per fermo che anche egli si limita a fare opera di storico, assumendo la pregressa esistenza e operatività di una norma sostanziale.

Affermare che il decreto del pretore non crea diritto sostanziale (nè nel caso concreto, nè tanto meno, per il futuro e per la generalità⁽¹²⁶⁾), non significa certo sottovalutare la innegabile, determinante influenza delle decisioni del pretore sulla formazione di un diritto sostanziale nuovo rispetto allo *ius civile*; significa soltanto offrire, di tale influenza, un profilo che è, o a me sembra, più proprio. Gli è che il pretore affretta, con la sua opera, l'avvento della *opinio iuris atque necessitatis* intorno a condotte e rapporti consentanei ai nuovi tempi, affretta, cioè, la maturazione di nuove e più adatte consuetudini.

Quanto poi all'editto, anche ad esso va negata, malgrado

(124) PUGLIESE, *Introduzione*, cit., pag. XXVI.

(125) Cfr. PUGLIESE, *Actio*, cit., pag. 105.

(126) GUARINO, *op. cit.*, pag. 143. Sul valore « creativo » dell'atto magistrale, nell'ambito dello *ius honorarium* v. le osservazioni del PUGLIESE, *Actio*, cit., pag. 132 e segg.; *Introduzione*, cit., pagg. XXIX, XXX.

la forma astratta, l'efficacia di fonte di diritto per la generalità: vincolante che sia per l'edicante ⁽¹²⁷⁾, esso non è costituzionalmente legge ⁽¹²⁸⁾. Ma anche e specialmente l'editto è fonte di nuove consuetudini sostanziali; sotto due profili: in quanto ingenera o, quanto meno, consolida la consuetudine di tenere la condotta da considerarsi « lecita » o « doverosa » alla stregua della sanzione concessa dal pretore; e in quanto gradatamente ingenera addirittura la convinzione che quella condotta sia autorizzata o imposta dal pretore, e quindi dà origine alla consuetudine (che oggi diremmo costituzionale) di attribuire valore di legge all'editto stesso. (In tale ormai recepita convinzione, maturerà e sarà poscia attuata la codificazione dell'editto ⁽¹²⁹⁾).

In quest'ordine di idee, non è senza significato che il pensiero giuridico romano abbia preso a considerare il complesso di regole nuove come *ius honorarium* soltanto più tardi ⁽¹³⁰⁾, e cioè appunto quando si è trovato di fronte al consolidamento di nuove consuetudini.

A fianco del magistrato opera la giurisprudenza: se nei tempi arcaici l'interprete ha — come abbiamo visto — esercitato un ruolo essenziale nel processo di formazione dei *mores*, ora la giurisprudenza continua ad influire sensibilmente su quel processo, sollecitando, avallando, traendo a conseguenza l'opera del magistrato.

⁽¹²⁷⁾ Così WLASSAK, *Edict und Klageform*, Jena 1892, pag. 63; LEY-BRUHL, *La « denegatio actionis » sous la procédure formulaire*, in *Travaux et mémoires de l'Univ. de Lille*, 1924, pag. 70; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., II, 1, pag. 277; DE MARTINO, *op. cit.*, pag. 71 e segg. *Contra*: BIONDI, *Diritto e processo*, pag. 147 e segg.; GUARINO, *op. cit.*, pag. 144.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. DE FRANCISCI, *Storia*, cit., II, 1, pagg. 302, 303.

⁽¹²⁹⁾ V. per tutti KASER, *Zum Ediktsstil*, in *Festschrift für Schultz*, 1951, pag. 21 e segg.; PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des Hadrianischen Edictels als edictum perpetuum*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, pag. 1 segg. Isolata è l'opinione del GUARINO (*L'esaurimento del « ius honorarium » e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi in memoria di Albertario*, Milano 1953, I, pag. 627 e segg.), secondo la quale l'editto non sarebbe stato mai codificato.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, II, Leipzig 1888-1891, pag. 125; DE FRANCISCI, *op. loc. ult. cit.*

Durante il periodo classico, lo stesso fenomeno, per cui la autorità dell'edificante ingenera l'*opinio iuris et necessitatis*, si verifica, e con maggiore intensità, per gli atti del principe. A fianco delle vere e proprie leggi (*leges rogatae* ⁽¹³¹⁾), non solo gli editti, ma anche molti atti affatto privi di generalità ed astrattezza finiscono con l'esser considerati fonti di diritto in ragione dell'*auctoritas* del principe: finchè si perviene al principio, che ancor qui chiameremmo costituzionale, del « *quod principi placuit legis habet vigorem* » ⁽¹³²⁾ (principio che gli stessi imperatori sentirono, poi, il bisogno di mitigare, negando ai rescritti efficacia generale).

Mentre si compie la evoluzione costituzionale per cui la volontà del principe diventa, *tout court*, legge (e, per volere del principe, autorità di norme acquistano anche i *responsa* giurisprudenziali ⁽¹³³⁾), la distinzione fra diritto sostanziale e processo si fa sempre più evidente. Da una parte si allarga la materia del diritto privato: la arricchiscono leggi comiziali, prima, e, poi, senatoconsulti e costituzioni imperiali; la legge (sostanziale) dello stato entra financo nella cerchia della famiglia, già roccaforte della più evidente autonomia (per cui non a torto la famiglia agnaticia poteva ritenersi, prima d'ora, un ordinamento nell'ordinamento statale ⁽¹³⁴⁾). Dall'altra parte, e di fronte alle norme sostanziali, s'instaura il nuovo ordine processuale: la *cognitio extra ordinem*, che prende il posto della procedura formulare (già formidabile strumento nelle mani del pretore).

⁽¹³¹⁾ V. in arg. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912; KÜLLER, *Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig 1925, pag. 237 e segg.

⁽¹³²⁾ Cfr. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Roma 1937, pag. 31 e segg.; *Gli editti imperiali*, in *Bollettino istituto diritto romano*, XLIV (1936-37), pag. 219 e segg.

⁽¹³³⁾ Una ipotesi non accettata è quella del DE VISSCHER (*Le ius publicae respondendi*, in *Revue historique de droit français et étranger*, XVI, 1936, pag. 615), secondo la quale i *responsa* venivano addirittura sottoposti al principe perchè vi apponesse la sua *auctoritas*.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1939, pag. 149 e segg.; DE FRANCISCI, *Storia*, cit., I, pag. 139 e segg.; MALINOWSKI, *Soziologie der Familie*, in *Die Geisteswissenschaften*, I, 1914, fasc. 32 e segg.

Durante il periodo post-classico, il processo di monopolizzazione delle fonti del diritto da parte del monarca si completa. Si assiste, allora, al massimo sforzo di conservazione dell'imponente patrimonio giuridico, mediante un'opera di ricognizione e ricezione, prima lasciata a dottrinari, poscia avocata e attuata dal monarca (fino alle raccolte giustinianee).

Per quanto qui interessa, e com'è noto, le codificazioni fanno larghissimo posto alle regole sostanziali, le quali ormai governano tutto il diritto privato (la famiglia, per stare all'esempio più cospicuo, viene ora modellata dalla norma sul vincolo naturale e non su quello agnatizio). Nessun dubbio, quindi, intorno alla netta demarcazione fra la sfera sostanziale e quella del processo.

In definitiva, mi pare che anche nell'ordinamento romano si riscontri sempre la distinzione fra diritto e processo. A parte la costanza di fonti scritte (in sparuto numero, dapprima: leggi ottriate, leggi comiziali; poscia numerosissime: *senatus consulta*, *constitutiones*; e infine assorbenti: codificazioni) che, senza dubbio, contengono norme di diritto sostanziale, cioè dettano direttamente regole di condotta per i soggetti privati; a parte queste fonti, dicevo, nell'ordinamento romano il diritto sostanziale è presente anche e, durante un lunghissimo periodo, soprattutto attraverso consuetudini, cioè attraverso l'adesione dei soggetti, nello svolgimento dei loro traffici, a determinati canoni di comportamento.

Come l'interprete prima, il giurisperito poi, e particolarmente il magistrato (per quanto attiene allo *ius honorarium*) abbiano in pratica influito sulla formazione di queste consuetudini, enucleando quei canoni dalla coscienza del loro tempo, si è sopra cercato di spiegare. Ma, si ripete, l'influenza del giudicante (e non la sua soltanto) non autorizza a concludere nè che il diritto romano regolasse soltanto le sanzioni, senza fornire il previo indefettibile regolamento delle condotte dei cittadini;

nè che, rispetto alla norma sostanziale, il giudice svolgesse opera di legislatore anzichè quella sua propria di storico.

Del resto, ma senza mai assumere che l'operatore divenga fonte di diritto, nessuno nega che, fino ai tempi in cui lo stato moderno si è imposto con le codificazioni ed ha ridotto al minimo l'ambito della consuetudine, si sono svolti cicli di formazione e trasformazione del diritto sostanziale in cui il giudice e, in genere, l'operatore hanno avuto una funzione assai importante. Già al massimo sforzo di accentramento del monarca romano fa riscontro la forza centrifuga consistente nella formazione di consuetudini locali, generate dalle esigenze delle singole società provinciali e consolidate dalla pratica⁽¹²⁵⁾. In prosieguo, giudice, giurisperito, notaio financo, solleciti verso i bisogni del loro tempo, contribuiscono alle modificazioni consuetudinarie del diritto vigente; quindi, nuove codificazioni cercano di riordinare e bloccare le consuetudini; ma nuove esigenze, interpretate dalla pratica, aprono la via a consuetudini nuove; e così via.

13. Imperniando finalmente l'indagine sull'ordinamento statutale italiano vigente, chi non voglia chiudere gli occhi di fronte alla realtà vi scorge la più immediata ed esplicita smentita delle visioni monistiche fin qui in esame.

Basta infatti rifarsi ai paradigmi normativi delle condotte regolate (*rectius*: valutate) nel nostro ordinamento, per constatare come non siano previsti e disciplinati soltanto comportamenti di organi pubblici consistenti in sanzioni o in giudizi, bensì anche e innanzitutto comportamenti di organi non statuali, dello più svariato contenuto: in termini froebeliani, il godimento della *res*, il testamento, il pagamento della somma e, seguitando, tutta la miriade degli atti privati.

Risulta inoltre, a chi rilevi obiettivamente i fenomeni, che le norme regolatrici dei comportamenti privati entrano in fun-

⁽¹²⁵⁾ CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pag. 181 e segg.

zione nel caso concreto, si specificano in concrete valutazioni di concrete condotte, non al sopravvenire della sentenza, bensì all'insorgere di fattispecie che sono fissate dalle norme stesse e che consistono in fatti o atti (meri o negoziali) del più vario contenuto.

Nel caleidoscopio dell'ordinamento positivo si possono ovviamente distinguere: norme che regolano l'attività privata; norme che regolano l'attività di organi pubblici (del legislatore, dell'amministratore, etc. : insomma degli organi statuali, in senso stretto e non nella latissima e inaccettabile accezione kelseniana ⁽¹²⁶⁾); norme che regolano l'attività giurisdizionale.

Queste ultime presuppongono l'esistenza e l'operatività in concreto delle norme sostanziali; entrano in funzione là dove la norma sostanziale, specificatasi in concreto comando all'insorgere della fattispecie, non è stata rispettata. Non è il momento di indagare più a fondo il rapporto che intercorre fra i due tipi di norme; perchè a ciò saranno dedicate le altre parti di questa indagine. Per ora preme soltanto constatare che, nel nostro diritto, sfera sostanziale e sfera processuale coesistono, che quella, anzi, costituisce, rispetto a questa, un *prius* logico: donde le definizioni del processo come meccanismo che attua o che garantisce o che accerta o che sanziona le norme sostanziali operanti *inter privatos*. Checchè debba concludersi circa l'adeguatezza di questa o di quella delle definizioni *de quibus* ⁽¹²⁷⁾, va sottolineato che esse intendono appunto rilevare, sia pure con approssimative metafore, la constatazione positiva che il processo presuppone il diritto sostanziale: e non mi pare, perciò, sia fondata l'accusa di vuoto teleologismo, che ad esse viene rivolta da chi ⁽¹²⁸⁾ pretende di ridurre l'ordinamento statale al processo, e mediante la quale si vorrebbe respingerle in blocco.

Volendo tradurre siffatti rilievi nei convenzionali termini dei

⁽¹²⁶⁾ V. *retro*, nota n. 47.

⁽¹²⁷⁾ Sulla portata e i limiti di queste definizioni mi permetto di rimandare alla mia *Giurisdizione volontaria*, cit., pag. 161 e segg.

⁽¹²⁸⁾ Come l'ALLONIO, *Nuove riflessioni*, cit., pag. 63 e segg.

« destinatari », si dovrà ammettere che « destinatari » delle nostre norme statuali non sono soltanto i giudici; che, piuttosto, vi sono norme che s'indirizzano ad essi (le norme processuali, *rectius*: giurisdizionali); ma, anche e previamente, norme che s'indirizzano ai privati e norme che s'indirizzano ad altri organi pubblici.

Ma la distinzione delle norme statuali sotto il profilo dei soggetti alle quali esse si riferiscono va presentata in più esatti termini. Ognuno sa, infatti, come la nozione di « destinatario » della norma sia legata alla premessa imperativistica⁽¹³⁹⁾ e con essa sia posta in crisi⁽¹⁴⁰⁾ da quanti (e sono ormai molti⁽¹⁴¹⁾) correttamente configurano la norma piuttosto come canone di valutazione che come comando: talchè di « destinatari » può ora parlarsi soltanto per metafora. Tuttavia, non c'è dubbio che il problema della posizione del soggetto rispetto alla norma permane e non può essere proscritto come un pseudoproblema, in base all'infondato assunto che ogni norma si rivolga a tutti i soggetti⁽¹⁴²⁾.

(139,140) « *Das Gesamte Recht einer Gemeinschaft ist nichts als ein complex von Imperativen* »: THON, *op. cit.*, pag. 8. Da noi v. per tutti: CARNELUTTI, *Teoria*, cit., pag. 38. Senonchè, come già altrove ho rilevato, se si cerca una nozione costante e invariabile dalla norma giuridica (e tale gl'imperativisti pretendono sia quella da loro offerta), bisogna far ricorso al punto di vista formale, ch'è il solo che possa fornirla. Sarà allora agevole rendersi conto che gl'imperativisti da un canto non possono, come si è detto, rifarsi alla sanzione per arrivare alla giuridicità, e, dall'altra, ove pure spieghino accortamente il rapporto comando-atto comandato riconducendo la norma a motivo della volontà del destinatario del comando, devono fare i conti con la consuetudine. Vero è che quest'ultima, negli ordinamenti statuali moderni, è riconducibile al comando generale che la recepisce e le dà vigore (*Gestattungstheorie*). Senonchè, la consuetudine pretende anche una spiegazione come fonte autonoma di diritto: spiegazione che non potrebbe fornirsi sostenendo che la consuetudine è obbedita come se fosse un comando (cfr. Rocco U., *Sulla esistenza del problema dei destinatari delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di Redenti*, cit., II, pag. 277). Invece, posta la necessaria distinzione fra la norma (canone di valutazione) e l'atto che la pone (atto normativo), è agevole rilevare che, mentre nella maggior parte dei casi la regola da assumere come canone esclusivo di valutazione si trae da una volizione, nella consuetudine la regola si trae, invece, da una serie continua e costante di comportamenti omologhi, la quale serie ovviamente non costituisce una volizione.

(141) V. AA. *citt.* nella precedente nota n. 101.

(142) ROMANO SANTI, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Norme giu-*

La verità è, invece, che ogni attività, quale risulta in astratto prevista e valutata dalla norma, ha il proprio soggetto, pure indicato dalla norma; che, in altri termini, ogni norma, descrivendo un comportamento per collegarvi la valutazione, indica ovviamente fra gli altri elementi tipici di esso (contenuto, oggetto, causa, forma) anche e innanzitutto il soggetto (dove la possibilità logica d'imputare a questo soggetto la valutazione del comportamento, configurando così, per via di astrazione, le posizioni soggettive: facoltà, potere, dovere: ma su ciò *infra* ⁽¹⁴³⁾).

Sotto questo riflesso, riferendosi cioè, come si deve, al paradigma normativo della condotta e al soggetto in esso descritto, non può non ammettersi che ogni norma individui un determinato soggetto. Dalla costanza di questa indicazione astratta e tipica si trae che ogni norma riguarda una certa categoria di soggetti (quelli che vengono a trovarsi, in concreto, nelle condizioni descritte dalla norma), la quale può anche coincidere, ma non coincide sempre e necessariamente con la generalità dei soggetti. In questi più corretti termini, si potrà allora concludere che vi sono, nel nostro ordinamento, norme le quali indicano, come soggetto delle condotte da esse descritte e valutate, il giudice; altre norme che indicano il privato; altre norme ancora che indicano il legislatore, la pubblica amministrazione e così via.

Dal che riceve, poi, conforto l'avviso, già manifestato, secondo il quale non è possibile ritenere che la norma di diritto privato s'indirizzi al privato e, al tempo stesso, al giudice che deve garantirne il funzionamento; ritenere cioè che la norma *de qua* regoli, al tempo stesso, la condotta del privato e la sanzione ⁽¹⁴⁴⁾. Questo modo di vedere, non valido, come rilevammo,

ridiche (destinatari delle), Milano 1947, pag. 143. *Contra*: Rocco Ugo, *Sulla esistenza*, cit., pag. 234 e segg.

⁽¹⁴³⁾ V. Capitolo secondo, *sub* 1.

⁽¹⁴⁴⁾ È questo, invece, come ognuno sa, il pensiero fondamentale del Goldschmidt (*Zivilprozessrecht*, Berlin 1932, I, pag. 5). Ma v. anche Kire, *Doppelwirkungen in Recht*, in *Festschr. für Martiz*, 1911, pag. 212 e segg.; Niese, *Doppel-funktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen 1950, pag. 105. Nello stesso inaccettabile

in assoluto, non è neppure accettabile in connessione al dato ordinamento. Vi sono in questo, è vero, delle norme che regolano attività volte a garantire la pratica attuazione delle norme sostanziali; ma si tratta di norme distinte da queste ultime (dalle norme cioè che regolano la condotta dei privati, che si rivolgono per così dire ad essi); si tratta di norme che regolano l'attività dei giudici, che si rivolgono ai giudici. Non solo: ma non è neppure vero, nel nostro diritto positivo, che il meccanismo di garanzia sia previsto e si metta in moto per tutte le norme sostanziali; per cui l'affermazione che, almeno nel concreto ordinamento, la norma sostanziale sia assistita dalla sanzione, dal giudizio, insomma dalla garanzia giurisdizionale, deve accogliersi con beneficio d'inventario e solo in linea di larga massima.

14. In conclusione, all'interno del nostro ordinamento si riscontra il « dualismo » fra diritto e processo. Ed è questa l'unica risposta valida, perchè è la risposta del solo legittimato a profferirla: l'ordinamento positivo prescelto.

Del resto (e per quanto il rilievo sia superfluo, in conseguenza della scelta da noi operata), a tale conclusione dovrebbe pervenire anche chi si riferisse ad altri ordinamenti statuali vigenti, e precisamente a quelli che, come il nostro, sono proceduti per via di codificazioni e, mediante le stesse, hanno operato ancora più nettamente la distinzione fra il diritto sostanziale (privato) e quello processuale.

Non è, poi, nemmeno il caso di ripetere che il constatato dualismo non chiama in causa l'unità dell'ordinamento, la quale si coglie, come si è visto, su tutt'altro piano.

Piuttosto, accertata la statualità del diritto privato, è agevole infine segnare la portata e i limiti della c.d. *autonomia pri-*

ordine di idee, v. ora da noi: BAZZANO, *Polemiche sulla sanzione*, cit., pag. 902 e segg.; BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Ius*, 1955, pag. 223 e segg.; MANFROTTO, *Azione esecutiva*, cit., pag. 220 e segg.; *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Ius*, 1956, pag. 2 e segg. (dell'estratto). *Contra*: ALLONIO, *Osservazioni critiche*, cit., pag. 2 e segg.

vata. Come ognuno sa, tale autonomia viene spesso rivendicata come creazione del diritto da parte dei privati: dalla opinione, già presente nella corrente pandettistica, secondo la quale la volizione del privato si porrebbe essa stessa come norma rispetto agli atti che costituiscono le sue così dette conseguenze giuridiche, cioè come fonte dei propri effetti⁽¹⁴⁵⁾, fino alla cennata configurazione di una pluralità di ordinamenti giuridici, cioè di altrettante isole di diritto privato extrastatuale⁽¹⁴⁶⁾.

A mio avviso, questi modi di vedere possono trovare una giustificazione solo fuori dell'ambito del diritto statale, cioè considerando le manifestazioni di volontà dei privati fuori del rapporto con la legge dello Stato. Nessuno nega, infatti, che fuori di questo rapporto, la volizione del privato, assunta essa stessa come autonomo atto normativo, svolga la propria autonoma efficacia, ch'è quella di porsi come regola dell'altrui condotta: che, ad esempio, anche dove l'ordinamento statale determina l'efficacia del contratto, questo ha una sua propria forza vincolante, a prescindere dal crisma della legge⁽¹⁴⁷⁾. Su questo piano e lungo questa strada si può anche giungere ad enucleare degli ordina-

(145) Cfr. ZITELMANN, *Irrtum*, cit., pag. 115 e segg.; BIEBLING, *Juristische Prinzipienlehre*, cit., pag. 117 e segg.; STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, pag. XVI, 1 e segg.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Padova 1943, I, pag. 205. Per un non convincente diverso significato di autonomia con limiti, come soluzione intermedia, v. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1951, pag. 151 e segg.

(146) ROMANO Salvatore, *op. loc. cit.*

(147) Infatti, come già altrove ho rilevato (*La giurisdizione volontaria*, pag. 18 e segg.), di fronte alla questione se l'atto di volontà crei esso stesso i propri effetti, oppure se questi siano imposti da un'altra norma; se, in più correnti termini, l'atto di volontà si ponga come norma rispetto agli atti che costituiscono le sue cosiddette conseguenze giuridiche o se piuttosto tali atti siano regolati da altra norma, rispetto alla quale l'atto giuochi il ruolo di fattispecie, occorre innanzitutto distinguere a seconda che si voglia assumere l'atto *de quo* come norma, cioè avulso dalla relazione con altra norma, oppure in rapporto con quest'ultima; nel primo caso, la questione in parola si risolve sul piano formale, nel senso che l'atto, preso come norma, non può che essere fonte autonoma di diritto; nel secondo caso, la questione si sposta sul terreno del contenuto, va, cioè, risolta in un senso o nell'altro a seconda che le norme cui l'atto è raggugliato si limitino a comandarlo od autorizzarlo, oppure ne regolino anche gli effetti.

menti giuridici privati; sebbene su ciò nutrirei qualche dubbio: infatti, la recentissima impostazione del Romano mi pare postuli una nozione di ordinamento molto angusta (al limite, da un contratto nascerebbe un... ordinamento) e finisca con l'oblitterare proprio quella indefettibile correlazione dell'ordinamento con la società, che constitui l'idea centrale del grande maestro palermitano ⁽¹⁴⁸⁾.

Chi, invece, scelga di porsi dal punto di vista dell'ordinamento statale, si avvede subito che esso non si limita a riconoscere questo diritto dei privati o, addirittura, questi ordinamenti giuridici privati; ma fa qualche cosa di più e di diverso, in quanto regola con le proprie norme l'attività dei privati e ne determina l'efficacia ⁽¹⁴⁹⁾. Vero è che, nel regolare gli effetti della manifestazione di volontà dei privati, la norma statale spesso rimanda al contenuto della volizione medesima; senonchè, quale che sia la misura in cui tale meccanismo si attua, in esso l'atto di volontà del privato, oggetto del rinvio ricettizio, perde i propri attributi di norma rispetto alla legge statale recipiente, che sola

⁽¹⁴⁸⁾ Sulla relatività dell'« autonomia » privata v. VASSALLI Filippo, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano 1951, pag. 481 e segg.; ROMANO Santi, *op. loc. cit.* nella precedente nota n. 101.

⁽¹⁴⁹⁾ Anche questa è una constatazione *ex positivo iure*, il che val dire che essa è riferita all'ordinamento statale vigente (sebbene sia valida per la maggior parte degli ordinamenti statuali moderni). Il limite della teoria dominante (la quale correttamente ritiene che gli effetti sono prodotti dalla norma e non dal negozio: cfr. fra i molti, BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Torino 1943, pagg. 41, 63; BARRERO, *Sistema del diritto civile*, I, Milano 1949, pagg. 297, 298; *Contributo alla teoria della condizione*, Milano 1937, nota 14; TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano 1940, pag. 51) consiste appunto nel considerare l'efficacia eteronoma come dato logico costante, anzicchè come dato storico, cioè di diritto positivo.

Le vedute del Kelsen (*op. loc., cit.*), il quale configura il comando inferiore unicamente come atto comandato o autorizzato da quello superiore, per cui il primo e non il secondo regola la propria efficacia, e del MANICK (*Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin 1939, pag. 85 e segg.), che sostiene l'autocreazione degli effetti (*Selbgestaltung*), previa autorizzazione della legge (nello stesso ordine d'idee è CARROTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.d., pag. 61, 62), non corrispondono, invece, al diritto positivo.

li detiene e li conserva: così come accade quando la norma dello stato straniero è recepita dalla legge interna ⁽¹⁵⁰⁾.

Solo in questo senso (che il privato fornisca alla norma statale tutto o parte del suo contenuto, cioè modi e termini che quella norma, ed essa sola, s'incarica poi d'imporre ed, in effetti, impone) potrebbe parlarsi di autonomia privata. Ma — mi sembra — con non eccessiva proprietà: la nozione di « *autonomia* », infatti, meglio si attaglia per contraddistinguere il rapporto fra due ordinamenti, per cui uno di essi risulta appunto dotato di autonomia, in quanto l'altro lo riconosce e gli consente di svolgersi ed attuarsi come autonoma fonte di diritto ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. *La giurisdizione volontaria*, pag. 20 nota.

⁽¹⁵¹⁾ ROMANO SANTI, *Ordinamento*, cit., pag. 122 e segg.; GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano 1950, pag. 164 e segg.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1952, pag. 27.

CAPITOLO SECONDO

SOMMARIO: 1. Le posizioni soggettive. — 2. Le teorie correnti sul diritto soggettivo. — 3. Segue. — 4. Diritto soggettivo e rapporto giuridico. — 5. Impostazione del problema. — 6. Diritto reale. Rilevanza delle facoltà. — 7. Gli obblighi c.d. di astensione. — 8. Segue. — 9. La inerenza. — 10. Conclusione: immediatezza e assolutezza. Unificazione delle posizioni soggettive semplici: critica del parametro dell'interesse. — 11. Altri elementi unificatori. L'oggetto. — 12. Definizioni del diritto soggettivo. — 13. Oggetto del diritto. — 14. Scomponibilità dello schema del diritto soggettivo. — 15. Situazioni composite. Il procedimento. — 16. Riepilogo. Gli schemi offerti dal diritto positivo. — 17. Conferma ed applicazioni. Diritti assoluti. — 18. Segue. Diritti della personalità. Diritto all'integrità della sfera giuridica. — 19. Segue. Diritto di credito. Altri diritti e situazioni composite.

1. Se le considerazioni fin qui svolte sono esatte, e se è da accogliere la conclusione secondo cui diritto e processo costituiscono, nell'ordinamento positivo, sfere distinte e non riducibili ad unità, il primo passo da compiere, nell'indagine intorno ai loro rapporti, consiste — lo si accennava in principio — nello stabilire in che modo la norma sostanziale si specifichi nel diritto soggettivo. Il passo ulteriore consentirà di precisare come il diritto soggettivo si ponga quale presupposto dell'attività giurisdizionale.

In ordine alla specificazione della norma sostanziale in posizioni giuridiche soggettive, il lettore vorrà consentirmi di richiamare innanzitutto quanto ho già avuto modo di rilevare altrove ⁽¹⁾.

(1) *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 79 e segg. Peraltro, su di un tentativo, a mio avviso non del tutto riuscito, di configurare la posizione soggettiva per muovendo dall'assunto alloriano della norma indirizzata al solo giudice, v. *Costanzo, Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956, pag. 64 e segg.

Le posizioni soggettive rappresentano un risultato cui logicamente si perviene enucleando il soggetto dal modello normativo della condotta e imputando a lui la valutazione che la norma connette alla medesima: così, il soggetto del comportamento dalla norma valutato come possibile (*lecito*) risulta investito di un « potere », il soggetto del comportamento valutato come *doveroso* risulta investito di un « dovere » (2).

Potere e dovere costituiscono le posizioni soggettive formali, nel senso che sono attinte direttamente dalle forme dell'esperienza, a prescindere dal contenuto delle condotte valutate. Basandosi, invece, sul contenuto delle condotte, si rileva che il potere e il dovere possono consistere tanto in una attività materiale quanto in un negozio. Il che consente di distinguere due tipi di comportamento possibili e doverosi: mentre per i comportamenti doverosi tale distinzione non viene di solito segnata dall'uso di due termini, il comportamento possibile consistente

(2) Come ha rilevato nello scritto sopra citato non può, quindi, accogliersi la distinzione fra potere (come posizione soggettiva) e comportamento, secondo la quale il primo, invece di essere una derivazione logica del secondo, costituirebbe una forza attiva (di cui sarebbe investito un soggetto dall'ordinamento giuridico: MIELLE, *Principi* cit., pag. 58) distinta dai comportamenti, nei quali essa si estrinsecerebbe senza tuttavia esaurirsi.

Gli è che la norma, lungi dall'erogare siffatta energia, esaurisce il suo ruolo nella valutazione della condotta, dalla quale soltanto il dommatico può ricavare la posizione soggettiva.

Ad ogni descrizione e valutazione astratte (i.e. ad ogni norma) corrisponde una posizione soggettiva che da quella valutazione si trae e in essa si esaurisce. Vero è che, molte volte, la norma descrive e valuta un'attività continuativa o istantanea, ma ripetibile, talchè la valutazione e la relativa posizione soggettiva si attagliano a più comportamenti concreti; ma ciò non consente di postulare la inesauribilità del potere: a parte l'errore di prospettiva che consiste nello scendere dal piano della norma a quello dell'atto concreto, vi sono altrettante norme che descrivono e valutano una attività istantanea e non ripetibile, al cui concreto compimento il potere non può considerarsi sopravvissuto, a meno di non confonderlo con la capacità. La quale ultima non è, poi, nemmeno essa una forza concessa al soggetto dalla norma. Il fatto che, in pratica, alcuni requisiti del soggetto (i requisiti, appunto, di capacità), anziché essere ripetuti nello schema di ogni comportamento, vengono indicati in una unica formula legislativa valevole per tutti i comportamenti (ad esempio, l'art. 2 cod. civ.), non può far ritenere il contrario: tale formula altro non essendo che un frazione da riunire con le altre per la ricostruzione della norma che governa il singolo comportamento.

in attività materiale e la correlativa posizione del soggetto sogliono distinguersi dal *potere* (negoziale: *rechtliches Können*) col nome di *facoltà* (*rechtliches Dürfen*)⁽³⁾.

Facoltà, potere e dovere sono posizioni semplici. *In rerum natura*, cioè nella realtà dell'ordinamento positivo, la posizione semplice può forse⁽⁴⁾ comparire anche da sola (cioè non riunita in costellazione con altre: si pensi, per esempio, alla facoltà di occupare la *res nullius*, al potere di riconoscere il figlio naturale e così via); ma, per lo più, si presenta in aggregati: aggregati di facoltà e/o di poteri, aggregati di facoltà di un soggetto e di obblighi di altri soggetti, e così via.

Come è configurabile, in che cosa consiste, che cosa rappresenta nel quadro di questa realtà il diritto soggettivo?

Alla gravità del problema non poteva che corrispondere una varietà e complessità di soluzioni. Dal novero delle quali scarteremo senz'altro quelle che mirano a minimizzare se non a proscrivere la nozione *de qua* del sistema del diritto sostanziale⁽⁵⁾. Se è vero, e nessuno contesta, che prima del diritto soggettivo sta la norma, che la norma costituisce il fenomeno al quale ogni sforzo dogmatico deve applicarsi, non meno esatto è rilevare non solo che la norma si traduce in situazioni giuridiche soggettive, ma anche e soprattutto che nel nostro ordinamento la norma sostanziale converge verso il privato per erigere intorno a lui quella autonoma e peculiare protezione, che soltanto il diritto soggettivo può contrassegnare.

Porgendo, invece, orecchio alle risposte per così dire positive, cercheremo qui appresso di coglierne i vari motivi e di rappresentare, nei limiti consentiti, l'*iter* che la nozione di di-

(3) Cfr. fra gli altri, GARASCINATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Ius*, 1942, pagg. 226, 234; MIELLE, *Principi cit.*, pagg. 65, 66.

(4) V. *sub nota* n. 121.

(5) Kelsen, *Teoria generale cit.*, pag. 77 e segg.; *Allgemeine Staatslehre*, pag. 53 e segg.; Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932, pag. 138 e segg.; in *Archiv für die civilistische Praxis*, 122, pag. 176 e segg.; DUCUIT, *L'État cit.*, pag. 136 e segg.; PERKELIS, *op. loc. cit.*

ritto soggettivo ha seguito storicamente e percorre nel momento attuale.

2. Innanzitutto, e per quanto sembri ovvio ripeterlo, va superato il momento in cui il diritto soggettivo è configurato come realtà giusnaturalistica, come creatura solitaria che sta prima delle norme giuridiche sostanziali e segnatamente prescinde dall'ordine positivo dello Stato⁽⁶⁾. È questa la visione prevalente anche nella pandettistica del secolo scorso, e che soltanto una più esatta considerazione dell'oggetto della dogmatica, l'aver cioè prescelto come oggetto d'indagine la norma statale, ha fatto (definitivamente?) tramontare.

Incentrato l'esame sulle norme sostanziali del singolo ordinamento prescelto (giova avvertire che, purtroppo, non sempre la scelta è in tutti cosciente e da tutti dichiarata, e ciò a causa del ricorrente errore, già prima d'ora rilevato, di astrarre dati positivi da ordinamenti diversi), per alcuni il diritto soggettivo è la posizione o l'aggregato di posizioni soggettive attive, cioè che importino per il titolare del diritto la possibilità di compiere alcunchè di giuridicamente rilevante. In questa categoria vanno collocati tutti coloro⁽⁷⁾ che vedono nel diritto un potere

(6) In proposito, si leggano le acute considerazioni del MAJONCA, *L'oggetto dei diritti cit.*, pag. 12 e segg.

(7) Salvo le menzioni e specificazioni di cui appresso, v. ANCELOTTI, *La pretesa giuridica*, Padova 1952, pag. 82; ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo di diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, pag. 312 e segg.; BARRINO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.* 1939, IV, pag. 1 e segg.; *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1955, pag. 121; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1955, pag. 20; CESARINI SPORZA, *Il diritto soggettivo*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1947, pag. 181 e segg.; CARNELUTTI, *Teoria generale cit.*, pag. 118; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano 1929, pag. 18 e segg.; FERRARA Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma 1921, pag. 321; GARRAGNATI, *Diritto subiettivo cit.*, pag. 96; MANDEIOLI, *Azione cit.*, pag. 9 e segg.; MESSINEO, *Istituzioni di diritto privato*, I, Padova 1941, pag. 4; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano 1943, pag. 25 e segg.; GIANNINI Massimo Severo, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, pag. 264 e segg.; NICCOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, pag. 72; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1927, vol. I, pag. 80 e segg.; PU-

(salvo che questo potere non sia inteso come potere di promuovere la tutela a difesa della posizione soggettiva sostanziale, nel qual caso si entra in un altro ordine di risposte al nostro interrogativo: v. *infra*).

Senonchè, rispondere che il diritto soggettivo è una posizione attiva e si identifica, quindi, con la possibilità di compiere una attività materiale (facoltà) o con quella di compiere una attività negoziale (potere), significa ovviamente lasciar fuori dell'uscio il diritto di credito, chiaro essendo che la posizione del creditore non è una posizione attiva.

Per superare questa non lieve difficoltà (la stessa che suggerì ai classici di considerare il rapporto di credito sotto il riflesso dell'obbligo anzichè del diritto^(*)) si è portati a ritenere che il diritto soggettivo sia appunto la posizione inattiva di chi è dirimpeaio dell'obbligo altrui, destinatario dell'altrui comportamento doveroso^(?).

Ma anche questa risposta contrasta con le risultanze positive. Vi sono delle figure di diritto soggettivo, contemplate dalla nostra legge, le quali sfuggono a questa definizione: si pensi alla parte attiva del diritto di proprietà, cioè alle facoltà di godimento (delle quali sarà agevole in prosieguo rivendicare la rile-

GIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, pag. 22 e segg.; ROMANO SANTI, *Frammenti cit.*, voce *Diritti assoluti*, pag. 59 e segg.; SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano 1944, pagg. 89, 90; VASSALLI Giuliano, *La potestà punitiva*, Torino 1942, pag. 268; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it.), Torino 1902, I; BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der juristische Person*, in *Archiv für öff. Recht*, 1890, pagg. 169, 223; JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (traduz. it.), Milano 1912, pag. 49.

(*) v. PUGLIESE, *Actio cit.*, pag. 73 e segg. In arg. v. anche GUARINO Antonio, *Il diritto e l'azione cit.*, loc. cit.

(?) Sotto questo profilo io stesso inquadravo il diritto soggettivo in un precedente scritto (*La giurisdizione volontaria cit.*, pag. 85 e segg.). Ma vedi già MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Padova 1953, pag. 42 e segg.; PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato, Studi in occasione del centenario*, II, Roma 1932, *risoluzione amministrativa*, Milano 1956, pag. 76 e segg. pag. 141 e segg.; e ora CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giu-*

vanza) e, ove lo si ritenga inserito nello schema del diritto ⁽¹⁰⁾, al potere di disposizione.

Si cerca, allora, di superare altrimenti l'ostacolo del diritto di credito; e cioè si nega che il credito sia un diritto ⁽¹¹⁾, oppure si sostiene che anche il credito è una posizione attiva, mettendolo insieme al diritto reale sotto la nota e non certo felice insegna della « pretesa sostanziale »: il diritto consisterebbe nella pretesa, e questa nella facoltà di pretendere (diritto di credito) o nel potere di escludere (diritto reale) ⁽¹²⁾.

Senonchè, la pura e semplice proscrizione del credito dall'ambito del diritto soggettivo è manifestamente una soluzione di comodo, che, peraltro, contrasta col diritto positivo. A sua volta, la riproposizione del pseudoconcetto di pretesa non è accettabile, per le ragioni che cercammo di chiarire commentando la costruzione windscheidiana, e che si possono così riepilogare: o si conserva alla nozione di pretesa l'elemento fisionomico essenziale che essa aveva nel pensiero del Windscheid, e che consiste nel suo riferimento al processo e alla difesa giudiziaria, e allora la pretesa costituisce un inutile doppione dell'azione e non può essere inserita sul piano sostanziale e presentata come diritto soggettivo; oppure la si spoglia di quella originaria e pregnante caratteristica (di essere indirizzata alla tutela giudiziaria), e allora essa diventa un mero *status vocis*, priva di contenuto attivo. Così, dire che il creditore ha la facoltà di pretendere ha senso soltanto se vuol significare che egli ha la facoltà di pretendere nel processo; prima e a prescindere dal processo, il pretendere non è una facoltà, non è una posizione attiva, ma coincide con la mera aspettativa dell'adempimento dell'obbligo.

Insomma, percorrendo la strada non tanto incerta e vaga, quanto addirittura intransitabile, della « pretesa », s'incontra un

⁽¹⁰⁾ Ma su ciò *infra*, nella nota n. 107.

⁽¹¹⁾ È la nota tesi del BARBERO, *Diritto soggettivo cit.*, loc. cit.

⁽¹²⁾ NATOLI, *op. cit.*, pag. 97; BRANCA, *op. cit.*, pag. 20; VASSALLI Giuliano, *op. loc. cit.*; ANGELOTTI, *op. loc. cit.*

bivio. Imboccando uno dei rami, si perviene ad una nozione di pretesa come posizione inattiva, dirimpettaia dell'obbligo altrui⁽¹²⁾ (la stessa cui altri, come si è visto, riservano il nome di diritto soggettivo): ma ognuno vede l'inconveniente di una siffatta soluzione, il quale consiste non tanto nel fatto che essa snatura l'originaria nozione di pretesa (dal momento che anche questa ultima è arbitraria e inaccettabile), quanto nel fatto che essa accresce la confusione di lingue intorno a questo vuoto nome di « pretesa ».

Imboccando l'altro ramo, ci s'imbatte ineluttabilmente nell'azione, e si finisce col ridurre il diritto soggettivo all'azione⁽¹³⁾. Ora, a parte la necessità, precedentemente dimostrata, di tenere sempre distinta la posizione soggettiva sostanziale da quella processuale, è agevole obiettare che, anche dato e non concesso che si possa mettere l'azione al posto della posizione inattiva che sta dirimpetto all'obbligo altrui, che l'azione possa cioè venir presentata come la carica attiva spettante al creditore, l'azione stessa non può per alcun verso rappresentare o sostituire o assorbire, ai fini della ricostruzione del diritto soggettivo, la facoltà e il potere, cioè le posizioni attive di diritto sostanziale: così la facoltà di godimento e il potere di disposizione non sono in alcun modo riducibili all'azione giudiziaria.

Nè varrebbe, per superare l'obiezione, assumere che le facoltà non abbiano rilevanza giuridica⁽¹⁴⁾ e che tutto si risolva nell'obbligo e nel corrispondente potere di azione, cioè nell'ob-

(12) GARRACINATI, *Diritto soggettivo cit.*, II, pagg. 238, 239; GIANNINI M. S., *Lezioni cit.*, pag. 271; PUGLIESE, *Actio cit.*, pag. 244 e segg.; *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano diretto da Filippo Vassalli*, Torino 1954, pag. 44 e segg.; BARDIA, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milano 1951, pag. 46 e segg.; CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, pag. 626.

(13) È il risultato al quale sostanzialmente pervengono: SATTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 96 e segg.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Ius* 1952, pag. 20; ma v. anche ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1015 e, alle origini, THON, *Rechtsnorm cit.*, pag. 225 e segg.

(14) *Infra*, sub 6.

bligato di un soggetto e nel potere di un altro soggetto di fare attuare giurisdizionalmente tale obbligo. Come vedremo, la maggior parte dei diritti reali è costituita innanzitutto di facoltà, e, inoltre, anche chi nega la rilevanza della facoltà, deve poi sempre fare i conti col potere sostanziale, la cui esistenza è davvero insopprimibile.

Alle innegabili difficoltà che incontra la identificazione del diritto soggettivo con la posizione soggettiva semplice (facoltà o potere o posizione dirimpettaia dell'obbligo altrui) non sfugge un altro sottile tentativo⁽¹⁶⁾: il quale fa consistere il diritto soggettivo nella qualificazione di liceità che verrebbe attribuita dalla norma alla facoltà, al potere, al comportamento prescritto, e istituisce i rapporti *diritto-facoltà*, *diritto-potere*, *diritto-comportamento prescritto*⁽¹⁷⁾.

Così ragionando si postula l'esistenza di una doppia qualificazione normativa (e cioè di una prima qualificazione in virtù della quale si attingerebbero le nozioni di facoltà, potere e comportamento prescritto e di una ulteriore per cui facoltà, potere e dovere diventerebbero diritto soggettivo): quasi che vi fossero due norme, l'una che qualifica il comportamento e l'altra che definisce la posizione soggettiva. L'errore è evidente, non potendosi trovar traccia di tale doppia qualificazione nè sul piano formale (dove, come si è visto, si perviene soltanto alle nozioni di facoltà, di potere e di dovere), nè tanto meno sul terreno positivo.

3. Sempre per superare le difficoltà che si frappongono sulla strada della riduzione del diritto soggettivo alla posizione soggettiva semplice (facoltà, potere, posizione dirimpettaia dell'obbligo), altre risposte all'interrogativo che ci occupa si fondano sulla contemplazione degli aggregati di posizioni semplici

(16) GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna diritto pubblico*, 1949, Parte prima, pag. 233 e segg.

(17) *Ivi*, pagg. 246 e segg., 254.

che sono offerti dal nostro ordinamento: il diritto soggettivo viene, allora, presentato come l'insieme di posizioni soggettive semplici (¹⁸). Senonchè, di fronte alla necessità di enucleare il *quid* che tenga unite le posizioni semplici nell'aggregato (assunto come diritto soggettivo), che cioè individui e limiti quest'ultimo, taluno nemmeno l'avverte, limitandosi ad asserire che il diritto è la sintesi di quelle posizioni (¹⁹); altri, pur ponendosi il problema, non conduce la ricerca (dell'elemento unificatore) sul piano sostanziale, come pur si dovrebbe, ma suggerisce piuttosto un parametro processuale, quale l'assoggettabilità dell'aggregato all'accertamento giurisdizionale (²⁰). Ma, a tacere d'altro, tale parametro è, come si rilevò, inaccettabile, in quanto costringe il diritto soggettivo negli angusti limiti delle azioni nominate.

Altri ancora, sulla scorta della classica definizione jeringhiana, indicano, come elemento unificatore delle posizioni semplici in aggregato, l'interesse (²¹), inteso come relazione di ofelimità fra un soggetto e un bene: date posizioni semplici sarebbero tenute insieme da ciò che esse sono adibite dal diritto positivo alla tutela di uno stesso interesse; sarebbero cioè unificate dallo scopo comune. Ma, a parte i rilievi che svolgeremo in prosieguo intorno alla inammissibilità di questa impostazione teleologica, è agevole fin d'ora constatare come la imposizione, dall'esterno, di una forma metagiuridica, qual'è l'interesse, lascia insoluto il problema: che consiste pur sempre nella ricerca dell'elemento unificatore all'interno della norma giuridica sostanziale.

A fronte delle definizioni del diritto soggettivo come aggregato di posizioni giuridiche semplici, va subito registrato l'op-

(¹⁸) Cfr. GARRAGNATI, *Diritto cit.*, pag. 217 e segg.; PUGLIESE, *Usufrutto cit.*; BARELLI, *op. cit.*, pag. 20, 31; SPERDUTI, *op. cit.*, pag. 77 e segg., 84 e segg. Come si è rilevato (capitolo primo, sub 7), l'ALLOISIO configura il diritto come un aggregato di poteri: v. *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento*, pag. 161 e segg.

(¹⁹) BARELLI, *op. loc. cit.*

(²⁰) ALLOISIO, *op. loc. ult. cit.*

(²¹) Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto cit.*, pag. 48; CASSETTA, *op. loc. cit.*

posto avviso, secondo il quale l'insieme di posizioni semplici non è diritto soggettivo: con la conseguenza che il diritto risulta risospinto di bel nuovo verso la posizione soggettiva singola, mentre l'insieme di posizioni semplici viene utilizzato per la costruzione di una incerta nozione di *status* ⁽²²⁾. A questa ultima viene peraltro riservato un ambito di diversa ampiezza, a seconda che si comprendano nell'insieme soltanto le posizioni soggettive semplici di vantaggio (facoltà, poteri ⁽²³⁾), oppure anche i doveri facenti capo al soggetto delle prime (così facoltà, poteri, e doveri del proprietario formerebbero lo *status* nel quale s'identificherebbe la proprietà ⁽²⁴⁾).

Ora non si vuole negare che, nel nostro ordinamento, abbia rilevanza l'insieme di facoltà o di poteri e possa averla anche l'insieme di facoltà, poteri e doveri imputati ad un soggetto: vedremo, anzi, che il primo aggregato gioca un ruolo essenziale nella ricostruzione del diritto soggettivo. Qui si vuole soltanto osservare che è per lo meno assai improprio parlare, a questo proposito, di *status*, dal momento che il significato corrente e prevalente di tale termine è piuttosto quello di qualifica del soggetto, cioè di qualifica che individua, nel paradigma normativo, il soggetto della condotta valutata ⁽²⁵⁾.

4. Mentre le soluzioni fin qui descritte utilizzano correttamente, come unità minime da ricomporre nel quadro del diritto soggettivo, le posizioni semplici astratte dalla norma imputando

⁽²²⁾ BALLADORE-PALLIERI, *Diritto soggettivo* cit., pag. 28 e segg.

⁽²³⁾ Cfr. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, pag. 91 e segg.; CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., pag. 177; PEROZZI, *Introduzione* cit., pag. 46 e segg.

⁽²⁴⁾ BALLADORE-PALLIERI, *Diritto* cit., loc. cit.. In polemica con lui, BARBERO, *Guerra e pace del diritto soggettivo* in *Ius* 1952, pag. 325 e segg.. V. anche CASSARINO, *Le situazioni giuridiche* cit., pag. 194 e segg.

⁽²⁵⁾ Cfr. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1935, pag. 35; BRUTI, *Negozio giuridico* cit., pag. 6; ALLORIO, *La cosa giudicata* cit., pagg. 297, 301 e segg.; RANELLI, *Del concetto di status e delle sue applicazioni nel diritto processuale*, in *Studi senesi*, 1922-1925; D'ANGELO, *Il concetto giuridico di status*, in *Riv. it. scienze giuridiche* 1938, pag. 251 e segg.; MIELKE, *Principi* cit., pag. 65 e segg.

al soggetto della condotta la valutazione della medesima (e cioè la facoltà, il potere, il dovere), altre assumono come posizione giuridica semplice, come elemento base, il « rapporto giuridico »⁽²⁶⁾.

Quest'ultimo consisterebbe, nella sua più corrente accezione⁽²⁷⁾, nel rapporto di corrispondenza fra le posizioni di due soggetti: così fra il diritto e il dovere, il potere e la soggezione. Con la conseguenza che il ruolo preponderante per la ricostruzione dell'esperienza giuridica sarebbe svolto da tale rapporto e non dal diritto, confinato in uno dei possibili schemi (e cioè nello schema che lo contrappone al dovere).

Malgrado le gloriose origini pandettistiche e l'autorità di chi ancor oggi lo propugna⁽²⁸⁾, questo del rapporto giuridico è uno schema non valevole in assoluto e che non esaurisce, nè si attaglia a tutte le posizioni giuridiche soggettive. Mentre, infatti, è ancora possibile individuare, in corrispondenza del dovere, una posizione inattiva (salvo, poi, designarla col nome di « diritto », di « pretesa », o con un altro termine), non è destinato a successo qualsiasi tentativo di collocare la facoltà e il potere nello schema del rapporto, perchè manca la posizione soggettiva da

(26) Cfr. fra i molti ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino 1949, pag. 177 e segg.; CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., pag. 141 e segg.; BETTI, *Negozio giuridico* cit., pag. 7; ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1900, I, pag. 62; ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 1, Marburg 1928, pag. 153.

(27) La quale configura il « rapporto » come relazione fra soggetti dell'ordinamento. Affatto diversa è la nozione secondo la quale il « rapporto giuridico » correrebbe fra il soggetto e la norma (v. Kelsen, *Hauptprobleme* cit., pag. 705; WOLFF Hans, *Juristische Person und Staatsperson*, Berlin 1953, pag. 146; ma già CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subjettivo e pretesa*, Torino 1909, pag. 10 e segg.): senonchè, da un canto non sembra corretto forzare la terminologia tradizionale per contraddistinguere una realtà logicamente innegabile (i.e. il rapporto fra la valutazione della condotta e il vero soggetto: sul quale si basano, come si è visto, le posizioni giuridiche soggettive), ma per nessun verso ragguagliabile a quella che suole passare sotto il nome di « rapporto giuridico »; dall'altro, e ai fini della nostra indagine, la nozione kelseniana finisce, appunto, col riportare l'osservatore al parametro delle posizioni giuridiche soggettive semplici, cioè sul terreno delle soluzioni sopra riferite (sub 2 e 3).

(28) ALLARA, *op. loc. cit.*

contrapporre ad essi: la soggezione (peraltro di solito proposta come posizione dirimpettaia del potere e non anche della facoltà) lungi dal costituire una effettiva realtà, altro non è che una metafora ⁽²⁹⁾.

La verità è che, mentre la coppia « diritto (o pretesa)-dovere » (che è poi quella che fu constatata in origine e che suggerì la configurazione del rapporto giuridico) potrebbe essere giustificata dal rapporto di strumentalità che corre fra le due posizioni, in quanto il dovere è strumento per la realizzazione del diritto, facoltà e potere sono posizioni che non hanno bisogno, per realizzarsi, di una correlativa posizione altrui; la soggezione rappresenta, quindi, il risultato di un esercizio puramente esonerativo, qual'è quello della ricerca di simmetria fra posizioni, imposta appunto dal preconcetto del rapporto giuridico.

Non è senza motivo che l'odierno più autorevole assertore del rapporto giuridico tenti di costringere l'esperienza nella coppia « dovere-diritto » ⁽³⁰⁾. Tale limitazione non è, tuttavia, accettabile, perchè non è possibile espungere dal sistema potere e facoltà, a meno di non volere chiudere gli occhi di fronte alla miriade di norme che pongono tali posizioni e non quella di dovere (ma su ciò *infra*, sub 6).

Nè, d'altra parte, la nozione di rapporto giuridico appare più valida e feconda se questo è inteso, anzicchè come rapporto fra soggetti, come rapporto fra soggetto e oggetto ⁽³¹⁾. A parte la constatazione che così si snatura del tutto l'originario significato della nozione in parola, il preteso rapporto fra soggetto e cosa potrebbe, a sua volta, essere semmai applicato alla facoltà (e difatti ad esse è stato applicato, ai fini della ricostruzione del

⁽²⁹⁾ Cfr. *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 88, in nota.

⁽³⁰⁾ ALLARA, *op. loc. cit.*

⁽³¹⁾ ROMANO SANTI, *Dizionario* cit., pagg. 188 e 189; PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, I, Torino 1910, pag. 193; IHERING, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, Jena 1881-1896, II, pagg. 183, 184; NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel 1866, pag. 9 e segg.

diritto reale ⁽²²⁾, ma non anche alle altre posizioni semplici che l'esperienza sottopone all'osservatore.

5. Se questi sono la portata e i limiti delle soluzioni correnti, il problema del diritto soggettivo esige, come ogni altro, di essere affrontato sul terreno che gli è proprio, il che val dire con coscienza degli strumenti adatti alla sua risoluzione.

Anche la nozione di diritto soggettivo risente, purtroppo, della confusione fra il piano formale e quello del contenuto (del concreto ordinamento positivo); confusione che si spiega, seppur non si giustifichi, proprio con l'attenzione che il diritto soggettivo ha sempre richiamato su di sè, al punto di passare, senza esserlo, come una forma costante della esperienza. Occorre, invece, a mio avviso, tener innanzitutto presente che il diritto soggettivo non è una categoria formale; è, sì, una categoria generale, ma non sul piano della speculazione, bensì su quello della dommatica, e cioè in relazione, indefettibile e indissolubile, col contenuto di un dato ordinamento.

Le posizioni giuridiche soggettive formali (perchè astratte dalle forme costanti in cui la norma giuridica si presenta) sono, infatti, soltanto la facoltà, il potere, il dovere. Si tratta, quindi, di stabilire se e come un dato ordinamento operi la riduzione o unificazione di tali posizioni in schemi (concreti e contingenti come tutte le realtà positive e, tuttavia, contrassegnati da proprie unità e coerenza); e a quali di tali schemi si debba riservare, sempre *ex positivo iure*, il nome di diritto soggettivo.

Per questa indagine, che è ricerca e ricostruzione di categorie positive, mi sembra sia preferibile muovere i passi dalla categoria che si presenta come la più complessa. Dico di quella del diritto « reale »: se assumiamo, per esempio, la definizione della proprietà contenuta nel nostro codice, il diritto reale ap-

⁽²²⁾ ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, voce *Poteri e potestà*, pagg. 188, 189; ROMANO SALVATORE, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1020; *contra*: PENOZZI, *Istituzioni cit.*, pag. 608.

pare come schema comprensivo vuoi di facoltà (del proprietario), vuoi di doveri, imposti ai consociati, di astenersi da qualsiasi intrusione sul bene oggetto della proprietà.

Evidentemente, ove si sarà riusciti a dare una spiegazione del diritto soggettivo reale, essa rappresenterà un'ipotesi di lavoro da saggiare sulle altre figure di diritto soggettivo concretamente offerte dal nostro sistema⁽³³⁾: al termine del quale esame soltanto si potrà stabilire se quella spiegazione sia valida come categoria generale del dato ordinamento oppure esiga rettifiche e integrazioni.

6. Come ognuno sa, gran parte della dottrina ritiene che il diritto reale si componga delle facoltà del titolare sulla cosa (facendosi poi questione se vi entrino anche i poteri del titolare o se i poteri non possano ridursi a facoltà⁽³⁴⁾); nonchè dei doveri c.d. di astensione degli altri consociati. Donde le caratteristiche che distinguerebbero il diritto reale: l'*immediatezza* e l'*assolutezza*.

Senonchè, da una parte c'è chi assume che il diritto reale non contenga facoltà del titolare (e, in genere, che le facoltà non siano giuridicamente rilevanti), e sia, invece, composto soltanto da quei doveri di astensione⁽³⁵⁾; dall'altra, c'è chi assume il contrario, che cioè soltanto le facoltà del titolare costituiscano il diritto e che non possa comprendersi nel suo ambito l'astensione degli altri soggetti (la quale ultima andrebbe configurata come presidio della personalità del titolare, anzichè del diritto reale)⁽³⁶⁾.

Ora, la rilevanza della facoltà nell'ambito del diritto reale

(33) V. *infra*, sub 17.

(34) Ma su ciò *infra*, nota n. 107.

(35) Cfr. fra gli altri, ALLARA, *Le nozioni fondamentali cit.*, pag. 358 e segg.; PEROZZI, *Istituzioni cit.*, loc. ult. cit.; PUGLIESE, *Actio e diritto soggettivo*, pag. 54, nota, 256 nota; ma vedi ora *Usufrutto cit.*, pag. 46 e segg.

(36) ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, voce *Doveri e obblighi*, pag. 103; GIOVANNI, *L'obbligazione*, Milano 1941, pag. 81 e segg.

è negata da quanti pretendono, *in apicibus iuris*, di costringere il fenomeno giuridico nella forma del rapporto diritto-dovere⁽³⁷⁾. Applicando la quale al diritto in discorso, questo non può configurarsi se non come complesso di rapporti costituiti ciascuno da un dovere di astensione del consociato e dal corrispondente diritto del proprietario (o usufruttuario etc.)⁽³⁸⁾. Il godimento della cosa da parte del titolare non costituirebbe una posizione giuridicamente rilevante, ma piuttosto sarebbe una posizione indifferente aggirantesi nello spazio delimitato dagli obblighi di astensione imposti ai consociati⁽³⁹⁾: sarebbe, tutt'al più, un pallido riflesso, l'ombra di tali obblighi⁽⁴⁰⁾.

Si è già rilevato, sul piano formale, come la negazione della facoltà sia un errore, legato alla vecchia premessa imperativistica, secondo cui il diritto sarebbe nient'altro che un insieme di comandi, fonte di doveri (senza contare che, quand'anche tale premessa fosse accolta, e si volesse ancora ritenere che la norma sia una volizione, anziché un canone di valutazione, niente imporrebbe di tener per certo che tale volizione sia sempre un comando e non possa consistere in un permesso, fonte di facoltà) e come, invece, la facoltà abbia, col potere, pieno diritto di cittadinanza fra le forme costanti del diritto, corrispondendo ad una delle possibili valutazioni normative (lecito, doveroso, illecito)⁽⁴¹⁾.

Ma tale rilievo non può che trovare conferma anche sul piano del contenuto: la negazione della facoltà come posizione

⁽³⁷⁻³⁸⁾ Cfr. ALLARA, *op. loc. cit.*; PEOZZI, *op. loc. cit.*

⁽³⁹⁾ Cfr. FERRARA Francesco, *Trattato cit.*, pag. 332; BALLADORE PALLIERI, *Diritto cit.*, pag. 10; PEOZZI, *Servitù e obbligazione in Scritti giuridici*, II, Milano 1943, pag. 330; DI STASO, *Diritto reale, servitù e obbligazione propter rem*, in *Riv. trim. dir. civ.* 1953, pag. 446.

⁽⁴⁰⁾ GROSSO, *I problemi cit.*, pag. 95; PUGLIESE, *op. loc. ult. cit.*; e ora CORTESE, *op. cit.*, pag. 242. Non mi sembra possibile il tentativo di costringere facoltà e obbligo di astensione nello schema del rapporto giuridico (del quale la prima costituirebbe il lato attivo, e il secondo il lato passivo: così invece UBERTAZZI, *Studi sui diritti reali nell'ordine internazionale*, Milano 1949, pag. 37).

⁽⁴¹⁾ V. *retro*, capitolo primo, sub 11.

giuridicamente rilevante è contraddetta dalle stesse norme positive, molte delle quali appunto, occupandosi di una data condotta (ecco la rilevanza giuridica della condotta stessa), ad essa ricollegano la valutazione di liceità. Con questo non si vuol certo negare che, anche rispetto ad un dato ordinamento, vi siano delle sfere di libertà di fatto, cioè delle condotte che nessuna norma prende in considerazione per descriverne il paradigma e per valutarle come lecite⁽⁴²⁾. Ma questa constatazione non esclude affatto l'altra, che cioè certe condotte siano, invece, prese in considerazione dalla norma sostanziale e da essa protette come facoltà⁽⁴³⁾: così è, per stare al diritto reale, delle condotte in che consiste il godimento della cosa.

Della distinzione fra attività libere, di fatto, e facoltà (cioè condotte normativamente descritte e valutate come lecite) si ha conferma proprio ove si ponga mente alla apposita rete di sicurezza di cui l'ordinamento circonda le facoltà e non anche le attività di fatto. Le libertà di fatto non sono protette immediatamente e direttamente, come posizioni astratte, come astratte possibilità di agire; soltanto quando si traducono in attività concrete, in concrete estrinsecazioni del corpo, esse beneficiano, ma sempre di riflesso, della protezione giuridica di cui è circondata la persona umana, e che consiste nel divieto, imposto alla generalità, di impingere nell'altrui sfera fisica, di impedire o ostacolare l'altrui attività materiale⁽⁴⁴⁾.

Invece, le facoltà, oltre a fruire di riflesso, allorché si traducano in attività concrete, della protezione accordata alla persona, sono immediatamente protette in quanto tali, cioè quali

(42) Cfr. ROMANO SANTI, *Dizionario*, voce *Poteri* cit., pag. 194; ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi* cit., pag. 1914; NATOLI, *Diritto* cit., pag. 64; CASSARINO, *op. cit.*, pag. 46 e segg.

(43) È l'opinione prevalente: v. GARBAGNATI, *Diritto* cit., pag. 234; PUGLIESE, *Facoltà e proprietà* cit., pag. 445 e segg.; GUARINO Giuseppe, *op. cit.*, pag. 247, nota; CASSARINO, *op. cit.*, pag. 46 e segg.; BARILE, *op. cit.*, pagg. 26, 27, 76; MAJORCA, *op. cit.*, pag. 43, 44; NATOLI, *op. cit.*, pag. 64.

(44) Ma su ciò *infra*, sub 18.

astratte possibilità di agire (di porsi in immediata relazione con la cosa); in altri termini, costituiscono, ancora prima e a prescindere dalla loro traduzione in atto, presupposto del divieto, imposto dalla norma alla generalità degli altri soggetti (i.e. a ciascuno di essi), di non intrudersi nella cosa (oggetto della facoltà): così la legge, non soltanto inibisce di contrastare fisicamente l'ingresso del proprietario nel fondo, ma anche e innanzitutto vieta ai terzi di ingredire nell'altrui immobile⁽⁴⁵⁾.

La distinzione in discorso era, del resto, già presente nel diritto classico, dove si traduceva nella diversa tutela processuale: *actio iniuriarum*, contro l'attentato alla persona (e quindi anche alla persona del titolare della facoltà, nel momento in cui concretamente la esercitava)⁽⁴⁶⁾, e *actio in rem* contro il terzo che, *invito domino*, agisse sulla cosa⁽⁴⁷⁾.

Quanto precede fornisce conferma, seppur ve ne sia bisogno, della rilevanza positiva della facoltà. Questa non può configurarsi come un pallido riflesso del divieto di astensione, in quanto costituisce il *prius* logico di quel divieto, e ne segna i limiti; senza contare che, come è stato acutamente rilevato⁽⁴⁸⁾, non si potrebbe operare la distinzione fra alcuni diritti reali se non sulla base delle facoltà che ne formano il nucleo e quindi postulando la previa rilevanza di queste ultime.

7. Anche l'opposto avviso, secondo cui avrebbero rilevanza, per la costruzione del diritto reale, soltanto le facoltà del titolare e non anche i doveri di astensione, da relegarsi, invece, nell'ambito della difesa della personalità⁽⁴⁹⁾, mi pare re-

(45) V. PUGLIESE, *Usufrutto cit.*, pagg. 56, 57; GROSSO, *Problemi cit.*, pagg. 143, 157; SPERDUTI, *op. cit.*, pag. 87; UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 45.

(46,47) Cfr. GROSSO, *op. cit.*, pag. 143. Sulla distinzione classica fra *actio in rem* e *actio in personam* v. *infra*, nota n. 72.

(48) ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, voce *Doveri e obblighi*, pagg. 101-102; ROMANO SALVATORE, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1020; BALLADORE PALLIHI, *Diritto cit.*, pag. 12; MAJORCA, *L'oggetto cit.*, pagg. 43, 44.

(49) V. *retro*, nota n. 36.

sistito dalle considerazioni sopra svolte, le quali hanno appunto cercato di chiarire che quei doveri costituiscono presidio peculiare delle facoltà di godimento in quanto tali.

Nè, per negare autonoma rilevanza agli obblighi di astensione dalla cosa, si può ripetere il vecchio sofisma secondo il quale, ammettendo quei doveri di tutti rispetto alla facoltà di uno, si finirebbe per imporre l'astensione financo ai selvaggi⁽²⁰⁾. Invero, la cerchia degli obbligati ad astenersi non è nè indeterminabile nè indeterminata, perchè è costituita da quella dei soggetti dell'ordinamento prescelto⁽²¹⁾, ognuno dei quali, tolto il titolare del diritto, deve appunto astenersi dalla cosa: l'ordinamento degli zulu governerà l'astensione dei suoi sottoposti, l'ordinamento italiano pretende l'astensione soltanto da coloro i quali vengano a cadere sotto la sua sfera d'imperio (e, per ipotesi, dallo stesso povero zulu, se venga in Italia e quivi attenti alla proprietà altrui).

Nè può lasciare perplessi la vastità della cerchia di quanti si trovano ad essere, per così dire, i destinatari del divieto in discorso: anche il divieto di uccidere si rivolge alla generalità dei soggetti; anche di tale divieto il singolo soggetto può non sentire l'immediata presenza e il peso quante volte si dedichi, come di norma, a meno cruenti occupazioni; ma questo divieto gli apparirà, anche in pratica, in tutta la sua possanza, a lui indirizzato e verso di lui immediatamente efficace, quando egli si troverà ad un passo dall'azione criminosa.

Quale sia, poi, la posizione del titolare delle facoltà di godimento rispetto agli altrui obblighi di astensione, se si tratti di altrettante « pretese » (intese come posizioni inattive), pure comprese nell'ambito del diritto reale⁽²²⁾, oppure si tratti di

(20) THON, *Rechtsnorm* cit., pag. 159; BERTI, *Diritto romano*, Padova 1935, pagg. 74, 75 nota. Contro quest'argomento: ROMANO SANTI, *Dizionario cit.*, voce *Doveri e obblighi*, pag. 56.

(21) Cfr. PUGLIESE, *Usufrutto* cit., pag. 52.

(22) PUGLIESE, *Usufrutto* cit., pag. 47 e segg.; BABILE, *op. loc. ult. cit.*; SECCUTI, *op. cit.*, sub 12.

un'unica posizione costituente per avventura essa proprio il diritto soggettivo, vedremo più innanzi ⁽²³⁾ quando cercheremo di renderci conto del *quid* che unisce i componenti dell'aggregato che stiamo convenzionalmente chiamando « diritto reale ». Qui basti soltanto rilevare che, come di fronte a qualsiasi obbligo, anche di fronte ai doveri di astensione il titolare non può che stare in posizione inattiva: per conseguenza, il preteso potere di escludere il terzo, che si vorrebbe enucleare come diripettaio di quei doveri, e presentare anzi come nucleo attivo del diritto reale (al posto delle facoltà sulla cosa) ⁽²⁴⁾, non ha diritto di cittadinanza nel sistema sostanziale (quivi esso costituisce una metafora, che richiama quel potere di pretendere in cui consiste la criticata e inaccettabile nozione di « pretesa »), ma può soltanto collocarsi sul piano processuale, dove s'identifica con il potere di promuovere l'attività giurisdizionale e si distingue, per ciò stesso, dal diritto reale.

3. Giova piuttosto fermarsi sul contenuto del c.d. dovere di *astensione* ⁽²⁵⁾.

A mio avviso, l'astensione dalla cosa oggetto dell'altrui facoltà costituisce un dovere per natura sua permanente e di vario contenuto: intendo dire che il paradigma normativo di questo dovere è comprensivo delle condotte necessarie e sufficienti per realizzare la astensione, cioè il rispetto dell'altrui relazione con la cosa; e quindi comprende non soltanto l'omissione consistente nel non intrudersi nella cosa altrui, ma anche la condotta consistente nell'interrompere la intrusione e, ove occorra, nel restituire la cosa.

In proposito, infatti, non direi che l'obbligo di restituzione

⁽²³⁾ V. *infra*, sub 12.

⁽²⁴⁾ Cfr. in particolare DI STASO, *op. cit.*, pag. 448; GNOSCO, *Problemi cit.*, pag. 95.

⁽²⁵⁾ V. in arg. anche CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.* 1915, I, pag. 553; PENOZZI, *Lezioni sulla proprietà*, Bologna 1924-1925, pag. 12; UNZER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Lipsia 1889, I 61.

sia una mera e fallace apparenza, che esso sia il riflesso della *actio jam nata* a seguito della violazione del dovere di astensione⁽²⁶⁾: non mi sembra dubbio, infatti, che, prima e a prescindere dal processo, la norma sostanziale imponga al terzo intruso di interrompere l'intrusione (il che potrà importare il rilascio dell'immobile o la riconsegna del mobile). Si tratta, semmai, di stabilire se tale obbligo sostanziale sia da ricondurre al c.d. dovere di astensione o non sia piuttosto, come da molti si ritiene⁽²⁷⁾, un obbligo distinto.

Ora, che lo spettro d'azione della norma che impone il dovere c.d. di astensione sia abbastanza vasto (e comunque tale da comprendere anche la restituzione)⁽²⁸⁾ sembrerà del tutto logico a chi si ponga non già dal punto di vista delle concrete condotte, dal quale omissione (astensione in senso stretto) e commissione (restituzione) appaiono ovviamente come entità distinte, bensì dal punto di vista della norma e, da questo angolo, costati come la imposizione di un divieto permanente (qual'è quello in discorso) si ripropone al soggetto durante tutto lo svolgimento dell'azione che egli compia in ispregio, e si traduce, ove occorra, anche in imposizione di una condotta restitutoria. A conferma di ciò, mi sembra di notevole pertinenza il richiamo, già da altri acutamente fatto⁽²⁹⁾, al reato permanente, *rectius* alla norma da cui discende la configurazione di tale reato: la quale si pone, appunto, come comando unico e costante, durante tutto l'*iter* della condotta criminosa.

Circa la natura degli obblighi di astensione, vale, poi, la pena di ricordare l'avviso secondo il quale si tratterebbe di un fascio di obbligazioni, costituente esso proprio il diritto reale⁽³⁰⁾.

(26) REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1955, pag. 77.

(27) V. GARRAGNATI, *Azione cit.*, pag. 321; ALLORIO, *Per una teoria cit.*, pag. 162; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, pag. 95 e segg.; ma v. già WINDSCHEID, *Actio cit.*, pag. 223.

(28) Così anche PEROZZI, *Servitù e obbligazioni cit.*, pag. 327.

(29) SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, Torino 1956, pag. 196.

(30) PEROZZI, *op. ult. cit.*, pag. 326 e segg.

Questa opinione, che parte anch'essa dalla svalutazione dell'elemento attivo del diritto reale, liquidato come una immagine «realistica» priva di effettiva consistenza⁽⁶¹⁾, cancella ogni confine fra diritto reale e obbligazione⁽⁶²⁾. Senonchè, a parte l'esigenza di rivendicare alla facoltà del titolare il posto che le compete nell'ambito del diritto reale, la riduzione di qualsiasi obbligo ad obbligazione non è accettabile, dal momento che l'obbligazione ha un suo parametro positivo nella patrimonialità⁽⁶³⁾. Nè giova osservare che l'obbligazione non potrebbe distinguersi dall'obbligo in ragione della sua patrimonialità, perchè, tutto sommato, ogni obbligo e, quanto meno, ogni violazione di obbligo sono valutabili pecuniariamente⁽⁶⁴⁾: così, si finisce col confondere l'obbligo con la ragione di danno che può conseguire alla sua violazione, e si oblitera, comunque, che all'interprete non è consentito di ripudiare quel parametro ma è, invece, imposto di applicarlo nel senso più stretto, al fine di coerenzare e distinguere, *ex positivo iure*, la categoria delle obbligazioni.

9. La caratteristica dell'assolutezza è contestata anche da chi assume che il titolare abbia di fronte non l'astensione di tutti i consociati, ma l'astensione di determinati soggetti. La tesi è, come ognuno sa, prospettata dal classico saggio dell'Arangio-Ruiz⁽⁶⁵⁾, dove appunto si sostiene che, nelle servitù, sia tenuto all'astensione soltanto il proprietario del fondo servente.

Messi sull'avviso dal rilievo che la limitazione in discorso non si attaglia al diritto di proprietà e segna perciò una inammissibile frattura fra questo e gli altri diritti reali, è agevole

(61) PEROZZI, *Istituzioni*, cit., pag. 608.

(62) PEROZZI, *Servitù e obbligazioni* cit., pag. 329 e segg.. Afferma il carattere meramente storico della distinzione fra diritto reale e diritto di credito anche il GUARINO (Giuseppe), *op. cit.*, pag. 316.

(63) V. per tutti GIORGIANNI, *L'obbligazione* cit., pag. 29 e segg.

(64) PEROZZI, *op. ult. cit.*, pag. 334.

(65) *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, in *Arch. giuridico*, X (1908). *Contra*: PUGLIESE, *L'usufrutto* cit., pag. 57.

rendersi conto che essa è la conseguenza della confusione, spesso ricorrente nella ricostruzione del diritto romano, fra il momento sostanziale e il momento processuale. Non c'è dubbio, infatti, che all'insorgere della violazione da parte di uno dei consociati e, quindi, al momento della proposizione dell'azione contro di lui, un obbligo (quello violato) ed un obbligato (l'attentatore) prendano spicco rispetto agli altri: ma questo non significa nè che, prima della violazione, non ci sia alcun obbligo altrui (e del resto questa contraddittoria illazione per la quale il diritto reale nascerebbe, anche sul piano sostanziale, solo dopo l'attentato, quale posizione corrispondente all'obbligo dell'attentatore⁽⁶⁶⁾, è respinta dallo stesso Arangio⁽⁶⁷⁾), nè che, prima o a prescindere dalla violazione, ci sia solo il dovere di astensione del proprietario servente e non anche quelli dei restanti consociati. Tant'è vero che soggetto all'azione del titolare può essere non soltanto quel proprietario servente, ma qualunque soggetto che, intrudendosi nel fondo servente, abbia ostacolato o turbato l'esercizio del diritto *in re aliena*.

I limiti di efficacia del giudicato, che l'Arangio chiama a sostegno della sua tesi⁽⁶⁸⁾, si spiegano non già restringendo la cerchia dei soggetti tenuti alla astensione, sibbene tenendo presente che nel processo non vengono dedotti tutti gli obblighi di astensione, ma viene dedotto e ribadito l'obbligo che è stato violato, e nei confronti del violatore. Ma su questo punto dovremo soffermarci più innanzi⁽⁶⁹⁾.

La tesi fin qui discussa è ripresa, con acuti sviluppi, da una dottrina più recente, secondo la quale non l'assolutezza, bensì l'*inerenza* sarebbe distintivo del diritto reale, nel senso che il titolare non si porrebbe di fronte agli altri consociati,

(66) Cfr. per tutti HOLD VON FERNEK, *Die Rechtaeidrigkeit* cit., I, pag. 228 e segg.

(67) V. *op. cit.*, pag. 362.

(68) V. *op. cit.*, pagg. 410, 413.

(69) Sub 13; capitolo terzo, sub 1.

ma soltanto di fronte a chi si trovi (o venga a trovarsi) in una relazione giuridica o di fatto con la cosa ⁽⁷⁰⁾.

Mi sembra qui calzante lo stesso ordine di critiche sopra svolte, e così meglio specificate. Secondo la dottrina in parola, l'*inerenza* al bene consiste nel passaggio dell'obbligo da un proprietario all'altro, insieme al fondo servente, cioè nel c.d. diritto di seguito verso tutti i successivi proprietari del fondo servente: il quale profilo distinguerebbe, appunto, il diritto reale limitato, specie quando esso non comprenda un nucleo di facoltà del titolare, ma soltanto obblighi d'altri (e così la servitù negativa dall'obbligazione: per es., la servitù *altius non tollendi* da una obbligazione di pari contenuto). Ora, quando si cerchi di adattare alla proprietà il criterio dell'«inerenza» si scopre la sua vera portata, si individua il piano su cui dev'essere posto e si constata che esso non soppianta la caratteristica dell'assolutezza.

Per raggugliare, infatti, la proprietà all'«inerenza» occorre configurarla come posizione di vantaggio rispetto a chi si ponga in relazione fisica col bene, rispetto, cioè, a colui che, in pratica, s'intrude nel bene. Ma, così facendo, ci si riferisce ancora qui al momento della violazione e del processo. Quando un soggetto, fra la generalità dei terzi tenuti all'astensione, viola il proprio dovere intrudendosi nel bene, egli diviene legittimato passivo rispetto alla reazione del proprietario usurpato: cioè, nel sistema primordiale, rispetto alla reazione fisica (*actio*) del proprietario ⁽⁷¹⁾; nel sistema statale, rispetto all'azione che, pur esercitata verso lo Stato, tiene soggetto il convenuto.

Assolutezza e inerenza non si contraddicono, quindi, (con la conseguenza che la seconda debba prendere il posto della prima), nè si possono confondere. Basta metterle ciascuna sul proprio piano: l'*assolutezza* va collocata sul piano sostanziale

⁽⁷⁰⁾ GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano 1940, pag. 163 e segg.; *Obbligazione cit.*, pag. 100 segg.

⁽⁷¹⁾ V. *retro*, capitolo primo, sub 12.

(ed è costituita dagli obblighi di astensione della generalità dei soggetti); la *inerenza* sta, invece, sul piano processuale, dove rappresenta la direzione dell'azione contro il singolo, determinato soggetto che abbia violato, in concreto, il dovere di astensione. L'*inerenza*, così come intesa dalla dottrina che la propone è, insomma, innegabilmente un contrassegno di realtà, ma dalla parte del processo, al momento della tutela⁽⁷⁵⁾.

10. Insomma, gli altrui doveri di astensione (dalla cosa) sono essenziali, *pari gradu* rispetto alle facoltà del titolare (sulla cosa), ai fini della costruzione del diritto reale.

(75) Da questa constatazione mi pare possano trarsi alcuni corollari. Essa consente di rilevare la portata e i limiti della distinzione classica fra *actio in personam* e *actio in rem*. L'*actio in rem*, come quella *in personam*, è rivolta (non potrebbe essere altrimenti) contro un soggetto (salva la questione se, rispetto ad essa, il convenuto avesse, nel diritto classico, la facoltà di rimanere *indefensus*: v. in arg. PUGLIESE, *Actio cit.*, pag. 355 e segg.; BETTI, *Diritto romano cit.*, pagg. 456, 552; ARU, *Il processo civile contumaciato*, Roma 1934, pag. 40 e segg.; WLISSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *Zeitsch. der Sav. Stift.*, 25 (1904), pag. 152 e segg.; WENGER, *Istituzioni cit.*, pag. 101 e segg.), e contro un soggetto determinato (*contra*: ALLOISIO, *Per una teoria cit.*, pag. 173): giacchè insorgendo al momento della violazione, essa non può che dirigersi contro l'attentatore. La qualificazione dell'*actio* in discorso come « *in rem* » non è, quindi, altro che una metafora per esprimere, appunto, che l'azione investe quello fra i consociati che venga a trovarsi in relazione con la cosa, cioè per sottolineare il profilo della « *inerenza* ».

Inoltre, se non vado errato, è solo sotto il profilo dell'*inerenza* che possono inquadriarsi, nel sistema vigente, l'ipoteca e il pegno (v. in arg.: CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova 1927, pag. 234; LIERMAN, *Il titolo esecutivo rispetto ai terzi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, pag. 146; CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova 1936, pag. 262 e segg.; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino 1956; *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano 1956; GOSLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano 1955; *Del pegno*, in *Commentario Scialoja Branca cit.*, VI, pag. 251 e segg.; MAIORCA, *Il pegno di cosa futura o di cosa altrui*, Milano 1933; COVIELLO L., *Delle ipoteche*, Napoli 1923; DI STASO, *Natura giuridica dell'ipoteca*, Milano 1953). Non importando più, come in antico, una facoltà sulla cosa (il possesso non è caratteristica necessaria nemmeno per il pegno), questi diritti consistono ormai o nel potere di promuovere la vendita da parte dello Stato (ipoteca), o nel potere di vendere la cosa in forme che realizzano una vera e propria autotutela (pegno): essi, finiscono, perciò, con l'appartenere al momento della tutela (cfr. CARNACINI, *op. cit.*, pag. 263 e A.A. *ivi cit.*), si muovono, appunto, sul piano in cui la « *realtà* » è contrassegnata dall'*inerenza* (e non dall'*assolutezza*).

Occorre, anzi, avvertire come il profilo dell'assolutezza consente d'inquadrare fra i diritti reali quelle situazioni in cui manca un nucleo di facoltà del titolare, e sono soltanto presenti i doveri di astensione della generalità. Dico delle servitù negative: nelle quali, appunto, il titolare del diritto non ha potere sul fondo servente, ma si avvantaggia dell'astensione imposta, relativamente ad esso e a un suo modo di essere, a tutti i consociati (⁷³) (fra cui, alla stessa stregua degli altri, il proprietario del fondo servente).

La rilevazione del fenomeno *ex positivo iure* sottopone, dunque, all'interprete un aggregato di posizioni semplici (facoltà del titolare e dovere di astensione dei terzi; oppure soltanto doveri di astensione).

Si tratta, ora, di vedere che cosa tiene unite queste posizioni semplici, che cosa consente di parlare di una unica situazione soggettiva, e come ne scaturisca la nozione di diritto soggettivo (reale).

Si è, già prima d'ora (⁷⁴), fatto cenno dell'indirizzo che pone l'interesse alla base del diritto soggettivo: la destinazione delle posizioni semplici componenti allo scopo di tutela di un certo interesse costituirebbe, infatti, l'elemento unificatore e identificatore dell'aggregato.

Contro questo indirizzo si appuntano ovviamente gli strali di quanti negano all'interesse qualsiasi rilevanza ai fini della ricostruzione del fenomeno giuridico (⁷⁵). Per stabilire, però, con

(⁷³) Cfr. GROSSO, *Problemi cit.*, pagg. 88, 90; GROSSO-DEJANA, *Le servitù prediali*, in *Trattato diritto civile*, Torino 1955, pag. 47 e segg.; BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano 1947, pag. 24.

(⁷⁴) V. AA. citt. nella nota n. 21.

(⁷⁵) Cfr. GARRAGNATI, *Diritto cit.*, II, pag. 223 e segg.; ALLORIO, *Saggio polemico cit.*, pag. 510; *La pluralità cit.*, pag. 251; *Nuove riflessioni cit.*, pag. 63 e segg.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto cit.*, pag. 17; CESARINI SPORZA, *Diritto cit.*, pag. 187; BARILE, *op. cit.*, pag. 33; FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria cit.*, pag. 30 e segg.: tutti preceduti ovviamente, dalla serrata critica kelseniana (*Hauptprobleme cit.*, pag. 574 e segg.; *Teoria generale cit.*, pag. 81). Ritengono che l'interesse sia un elemento pregiudiziale, tuttavia con rilevanza, quanto meno indiretta, nell'ambito del diritto: NICOTÒ, *L'adempimento cit.*, Milano 1936, pag. 72

una certa esattezza quale posto possa farsi all'interesse, occorre, secondo me, guardare le cose più da vicino. In tema d'interesse, ci s'imbatte innanzitutto in una non infrequente impostazione metodologica, secondo la quale l'oggetto di quella ricostruzione sarebbe costituito da un elemento per così dire sostanziale: l'interesse, e da un elemento formale: la qualificazione giuridica dell'interesse⁽⁷⁶⁾. Ma qui insorge il primo dissenso, giacchè non pare dubbio che oggetto della dottrina giuridica è non già il rapporto fra l'esperienza (cioè la realtà metagiuridica, in cui alligna l'interesse⁽⁷⁷⁾) e la qualificazione giuridica di essa, ma consiste, *tout court*, in questa qualificazione: il che val dire nella norma. Con la conseguenza che qualsiasi elemento di distinzione non può che cercarsi e trovarsi nella norma.

Perciò per identificare nell'interesse l'elemento che tiene uniti in aggregato facoltà e doveri, e distinguere in base ad esso il diritto soggettivo, occorrerebbe che l'interesse fosse presente nel paradigma di ciascuna di quelle condotte componenti l'aggregato. Il che non si verifica.

Come ho rilevato altrove⁽⁷⁸⁾, l'interesse compare nella descrizione normativa della condotta in casi determinati, ad esempio nel modello dell'attività discrezionale (nel quale il contenuto della condotta viene, appunto, indicato mediante la fissazione dell'interesse alla cui tutela l'agente deve ispirarsi⁽⁷⁹⁾); e in questi limiti, quando cioè la norma stessa operi la scelta e indichi un dato interesse canonizzandolo nel paradigma del com-

e segg.: MICHELI, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.* 1947, I, pag. 13 e segg., 25 e segg.; MANDRIOLI, *Azione cit.*, pagg. 20 e segg.

(76) È la classica impostazione jberinghiana (*L'esprit du droit romain*, Paris 1903, IV, pagg. 1328 e segg.). V. ora, fra gli altri, PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, pag. 123 e segg.; MAJONCA, *op. cit.*, pag. 147 e segg. 164; BARNINO, *Diritto soggettivo cit.*, pag. 26 e segg. (il quale peraltro ha, in seguito, finito con l'ammettere che l'interesse è solo il substrato del diritto: v. *Guerra e pace cit.*, pag. 334, nota).

(77) V. *La giurisdizione volontaria cit.*, loc. cit.

(78) *Ibid.*, pag. 32.

(79) V. *La giurisdizione volontaria*, pag. 80 e nota.

portamento, è possibile, e anzi si deve, tener conto dell'elemento *de quo* ⁽⁸⁰⁾. Ma vi sono altri e più numerosi casi in cui la descrizione normativa del comportamento non reca l'indicazione dello scopo: si pensi alla descrizione di tutti i doveri a contenuto vincolato, e così dei doveri di astensione *de quibus agitur*. Chi, malgrado ciò, pretende di assegnare uno scopo alla condotta descritta dalla norma, di porla cioè, in ogni caso, in relazione con un interesse, si abbandona all'arbitrio (ch'è proprio di ogni impostazione teleologica) di enucleare, dalla catena degli scopi — mezzo, che è sempre ricollegabile ad un'attività, questo o quello scopo, al di là di qualsiasi indicazione e conferma positiva.

Nè l'ostacolo (consistente nella assenza dell'interesse, quale elemento fisionomico della condotta, nei paradigma di un grandissimo numero di norme) può essere aggirato presentando l'interesse non tanto come *causa* (i.e. come scopo) della condotta descritta e regolata dalla norma, quanto come scopo della norma regolatrice. Da questo punto di vista, assai frequente ed assurdo anzi a regola di interpretazione ⁽⁸¹⁾, l'interesse appare come una sorta di scopo del legislatore, come quello che il le-

(80) L'ALLORIO (*Nuove riflessioni cit.*, pag. 56) mi rimprovera la contraddizione consistente, a suo avviso, in ciò che svolgo (ne *La giurisdizione volontaria*, loc. cit.) argomenti antiteleologici e poi ammetto (*ivi*, pag. 31) che «rilevando lo scopo, quando esso sia indicato dalla norma, come uno degli elementi o fisionomici dell'atto, l'osservatore non scivola già sul terreno infido del teleologismo, ma rimane ben legato al punto di vista strettamente ontologico... ch'è «il suo proprio». Se non prendo abbaglio, non c'è alcuna contraddizione. Come già spiegavo nel mio precedente scritto e come ho qui ribadito nel testo, non mi par dubbio che, se — e soltanto quando — il paradigma normativo della condotta indica lo scopo cui l'agente deve ispirarsi (cioè preferisce, per coerenza il contenuto della condotta, ancorarla ad uno scopo, lasciando all'agente possibilità di scelta in relazione ad esso: il che si verifica in tutti i casi di doveri *discrezionali* - v. *La giurisdizione cit.*, pag. 80 e segg.), l'interprete non solo può, ma deve mutuare quello scopo.

(81) Cfr. MAJONCA, *op. cit.*, pagg. 147, 148. Che il parametro dell'interesse possa essere utilizzato per l'interpretazione analogica della norma è ammesso perfino dall'ALLORIO, *Nuove riflessioni*, pag. 64. Lo segue MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 21.

gislatore avrebbe inteso di tutelare emanando la norma, concedendo cioè una facoltà o un potere o imponendo un dovere.

Ora, a meno di non volere, ancor qui, uscire dall'ambito della norma e delle indicazioni da essa fornite (assumendo uno scopo purchessia), per ragionare di scopo del legislatore occorre pur sempre rifarsi alle norme positive, e precisamente a quelle che regolano la condotta dell'organo legiferante. Ma, rispetto a tali norme, ritorna, *in terminis*, la constatazione sopra compiuta: anche il paradigma normativo della condotta del legislatore non reca sempre (direi, anzi, quasi mai) l'indicazione dell'interesse specifico canonizzato, la cui tutela si possa additare come suo scopo, come scopo dell'emanazione della norma. Gli è che, nel vasto ambito di competenza del legislatore, i pochi limiti sono più spesso segnati, anzichè dall'indicazione dell'interesse da tutelare, addirittura dalla determinazione del contenuto della condotta (quanto meno sotto forma di divieto d'impingere in certe materie e di contraddire certe altre leggi: ad es. quelle costituzionali).

In definitiva, ci si ponga di fronte alla condotta del privato oppure alla condotta del legislatore, si deve rilevare che l'interesse compare soltanto in alcune delle descrizioni normative di tali condotte e che, pertanto, esso non può essere assunto come parametro per la ricostruzione sistematica, e così neanche per la unificazione di più posizioni soggettive semplici in unico aggregato.

11. Rimane, quindi, da indagare se le posizioni soggettive semplici rilevate in ordine al diritto reale non presentino un elemento comune, diverso dall'interesse e sempre rilevabile dal loro paradigma normativo.

Su questo terreno, non mi pare accettabile l'avviso secondo il quale le posizioni semplici sarebbero tenute insieme da ciò che esse discendano da una stessa fonte, siano cioè effetti di una

unica fattispecie ⁽⁸²⁾. A parte il rilievo che ad una stessa fattispecie possono venir collegate posizioni eterogenee e non unificabili, può ben darsi che posizioni unificabili fra loro, e che poi in effetti si uniscono, discendano da fattispecie diverse (per es. alcune facoltà trapassano in virtù di un negozio, mentre altre, che vanno ad aggiungersi alle prime, sono trasmesse con un diverso successivo atto).

A mio avviso, invece, il parametro in base al quale si riuniscono le posizioni giuridiche semplici è costituito dall'*oggetto* ⁽⁸³⁾. Più posizioni semplici si collegano e formano insieme una posizione soggettiva complessa quando le condotte, in cui esse consistono, cadono sullo stesso oggetto, hanno in comune l'oggetto: così le facoltà del titolare e i doveri di astensione dei consociati si riuniscono in aggregato, perchè hanno in comune l'oggetto, cioè si svolgono sulla stessa *res*.

È appena il caso di sottolineare che l'oggetto è un elemento fisionomico della condotta, il quale si reperisce nel paradigma della facoltà, del potere, del dovere, insieme agli altri elementi costitutivi (soggetto, volontà, contenuto, forma) ⁽⁸⁴⁾.

Come e in che senso l'oggetto comune ad una data serie di posizioni semplici stia, poi, in rapporto col diritto soggettivo si vedrà più innanzi, quando si sarà preliminarmente chiarito il rapporto che corre fra l'aggregato di posizioni semplici e la nozione di diritto. Per ora basta constatare che la comunione di oggetto riunisce le posizioni semplici in aggregato.

Vedremo pure a suo luogo come l'oggetto comune delle posizioni semplici costituenti l'aggregato possa consistere, anzichè in una *res* materiale (com'è per il diritto reale), anche in una cosa immateriale ⁽⁸⁵⁾, o addirittura nel corpo umano ⁽⁸⁶⁾, e come

⁽⁸²⁾ Così NATOLI, *Diritto soggettivo* cit., pagg. 104, 126; ma v. già von THUN, *Allgemeine Teil* cit., I, pag. 160.

⁽⁸³⁾ Sostanzialmente conforme il BARTL, *op. cit.*, pagg. 31, 32, dal quale tuttavia dissento per gli sviluppi ulteriori (v. *infra*, sub 12).

⁽⁸⁴⁾ V. *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 22.

⁽⁸⁵⁾ V. *infra*, sub 17.

⁽⁸⁶⁾ V. *infra*, sub 18.

oggetto del potere sia non una cosa, bensì una situazione giuridica (così il potere di trasferire il proprio bene ha per oggetto il diritto di proprietà) ⁽⁸⁷⁾. Giova, anzi, fin d'ora osservare che, sotto questo profilo, una definizione unitaria dell'« oggetto » non può far riferimento alle sole cose materiali (naturalisticamente intese), ma deve comprendere tutte le possibili manifestazioni della realtà, viste come oggetto e assunte come tali dalla norma ⁽⁸⁸⁾: solo con questa avvertenza si può, a proposito dell'oggetto, parlare di « cosa » o di « bene » (termine, questo ultimo, forse preferibile, vuoi perchè è più appropriato rispetto agli oggetti immateriali, vuoi perchè, anche con riferimento alla cosa in senso fisico, coglie meglio la possibilità che essa sia assunta dalla norma in una o in un'altra delle sue possibili utilità) ⁽⁸⁹⁾.

12. Individuato nell'*oggetto* l'elemento unificatore di un insieme di posizioni giuridiche semplici, si tratta ora, sempre limitando il discorso al diritto reale, di stabilire quale relazione corra fra tale aggregato e il diritto soggettivo. In altri termini, dato e concesso che i diritti reali positivamente contemplati non si possono spiegare quando si semplifichi lo schema del diritto soggettivo ⁽⁹⁰⁾, e che la loro costruzione è legata alla identificazione di quegli aggregati, rimane da vedere che cosa effettivamente sia il diritto soggettivo (reale).

In proposito, si è già rilevato l'inammissibilità di una doppia qualificazione della condotta ⁽⁹¹⁾, per cui il diritto soggettivo si presenterebbe come una ulteriore qualificazione delle posizioni soggettive componenti.

⁽⁸⁷⁾ V. *infra*, nota n. 107.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. MAJORCA, *op. cit.*, pag. 15.

⁽⁸⁹⁾ V. del resto la disciplina positiva: art. 810 e segg. cod. civ.. Cfr. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1953, pag. 14 e segg.; PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1948, pag. 825 e segg.

⁽⁹⁰⁾ Così giustamente ALLORIO, *Per una teoria cit.*, pag. 164.

⁽⁹¹⁾ V. *retro*, sub 2.

Nè si può sostenere che il diritto non sia altro che il collegamento delle posizioni semplici (componenti l'aggregato) con un soggetto, si identifichi cioè con la titolarità di queste posizioni. A parte il rilievo che, in tal modo, si finirebbe col negare la esistenza del diritto soggettivo come situazione giuridica a sè, resterebbe comunque da spiegare come si possano direttamente collegare al titolare del diritto i doveri di astensione, cioè le posizioni soggettive (componenti l'aggregato) di cui sono già titolari altri soggetti. Tale collegamento non può difatti venir realizzato se non per il tramite di una nuova posizione distinta dalle posizioni giuridiche componenti, che possa a sua volta essere imputata ad un soggetto.

Lo stesso rilievo deve farsi in ordine all'avviso secondo il quale il diritto soggettivo consisterebbe *tout court* nell'aggregato delle posizioni semplici, sarebbe l'insieme o, se si preferisce, la sintesi di tali posizioni⁽²²⁾. Ove, infatti, non si distingua la situazione soggettiva « diritto » dalle posizioni semplici e dal loro aggregato, non si può che constatare uno *jato* fra i doveri dei terzi, componenti l'aggregato, e il titolare del diritto.

Vero è che, per superare quest'ostacolo, si sogliono configurare, *vis-à-vis* dei doveri di astensione, altrettante posizioni (inattive) del titolare del diritto e tali posizioni inattive (contrassegnate per lo più con l'improprio nome di « pretese ») si collocano poi nell'aggregato, insieme ai doveri di astensione e alle facoltà del titolare⁽²³⁾. Ma ognuno vede quanto tale costruzione sia faticosa, e come in questa pluralità di « pretese » si finisca col diluire e col perdere l'essenza del diritto soggettivo: giustificata appare, quindi, la perplessità di recente manifestata in argomento proprio da uno dei più acuti assertori di quello schema⁽²⁴⁾.

(22) Cfr. BARILE, *op. loc. cit.*

(23) V. PUGLIESE, *Usufrutto cit.*, pag. 56 e segg.; SPERDUTI, *op. cit.*, pag. 34 e segg.; BARILE, *op. cit.*, pag. 30, 31.

(24) PUGLIESE, « *Res corporales* » *cit.*, pag. 260.

Peraltro, ritenuta la necessità di distinguere fra le posizioni componenti l'aggregato e il diritto soggettivo, la distinzione non può operarsi presentando il diritto come un *prius* rispetto alle posizioni semplici, che ne costituirebbero mere conseguenze⁽⁹³⁾. È agevole, infatti, obiettare che la rilevazione dei fenomeni, non soltanto sul piano delle forme, bensì anche *ex positivo iure* offre innanzitutto, come elementi base, le posizioni soggettive semplici. Invero, pretendere che il diritto venga logicamente prima della facoltà e dei doveri componenti, significa rifarsi alla nozione pregiuridica dell'interesse, identificare il diritto con l'interesse: rispetto al quale soltanto, ma su di un piano che non è quello della dommatica giuridica (non è qui il caso di ripetere gli argomenti già svolti intorno all'interesse e alla sua rilevanza nel sistema), facoltà, poteri, doveri possono configurarsi come una conseguente articolata tutela.

Tutto sommato, mi pare che la soluzione più appropriata (in quanto permette, da un canto, di semplificare lo schema del diritto soggettivo, dilatato oltre misura dalla inserzione delle « pretese », e, dall'altro, di sfuggire agli scogli di un vieto teleologismo), sia quella di considerare il diritto soggettivo come un *posterius* rispetto alle posizioni semplici, un punto di riferimento, che la norma positiva fissa contemplando l'aggregato di quelle posizioni dalla parte del soggetto che, per loro mezzo, è posto in preminenza rispetto al *bene* (cioè rispetto all'oggetto di quelle posizioni).

A questo punto di riferimento segnato dalla norma vanno collegate, senza tuttavia confondersi con esso, le posizioni semplici attraverso le quali si realizza quella preminenza (così le facoltà del titolare e i doveri di astensione dei consociati).

Svolgendo il concetto in termini di situazione del titolare (del diritto), si potrà dire che il diritto, e quello « reale » per primo, è la posizione di preminenza (individuata dalla norma

⁽⁹³⁾ Cfr. NEUNER, *op. cit.*, pag. 51; *contra*: PUGLIESE, *Usufrutto*, *loc. cit.*; BARELLI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

positiva e che l'interprete dalla norma astrae) rispetto ad un *bene* (nell'accezione tecnica di *oggetto* del comportamento valutato); posizione realizzata mediante le facoltà del titolare e/o i doveri degli altri.

Anche se espresso in termini che richiamano una definizione di diritto soggettivo già prima d'ora proposta⁽²⁶⁾, il risultato qui attinto mi pare si sottragga all'accusa di apriorismo e genericità, ancora di recente rivolta a quella definizione⁽²⁷⁾ e in parte, forse, giustificata da ciò che i suoi proponenti non si sono dati carico di approfondire adeguatamente il rapporto fra i componenti l'aggregato e fra l'aggregato e il diritto.

Nè credo si possa obiettare che la definizione del diritto come preminenza su di un bene, cioè come relazione fra un soggetto e un bene, sia stretta parente di quello che identifica il diritto con l'interesse. Nessuno nega l'esistenza dell'interesse, e che la situazione di vantaggio di un soggetto rispetto ad un bene sia configurabile come un interesse: ma — qui è il punto (e giova ribadirlo, a costo di ripeterlo) — non sul piano giuridico, bensì su di un piano *lato sensu* economico, comunque metagiuridico.

In altri termini, la relazione *de qua* (fra un soggetto e un bene) potrà costituire un interesse dal punto di vista dell'economia, ma dal punto di vista giuridico essa è *diritto soggettivo*. In verità, tanto poco congruo è, *sub specie iuris*, definire il diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto, quanto sarebbe, sotto il profilo economico, definire l'interesse come... un diritto privo di protezione giuridica!

13. Anticipando i risultati della indagine, e salvi quindi gli sviluppi che seguiranno, mi sembra si possa subito affermare che la nozione di diritto ora offerta non si attagli soltanto ai

(26) GARBAGNATI, *Diritto* cit., pag. 217; MIELE, *Principi* cit., pag. 54 e segg.; BRANCA, *Istituzioni* cit., pag. 20; GIANNINI, *Lezioni* cit., pag. 263.

(27) Dal CASSARINO, *op. cit.*, pag. 97.

diritti reali, bensì costituisca una categoria generale del nostro ordinamento positivo.

Fra l'altro, come vedremo, essa consente di ricomporre (beninteso per quanto riguarda la loro struttura fondamentale e salve le differenze di contenuto) la frattura sempre operata fra diritto reale e diritto di credito: ponendo, infatti, il diritto al di fuori delle posizioni soggettive semplici, come punto di riferimento cui la norma ricollega facoltà, poteri e doveri, non soltanto il diritto di credito, ma anche il diritto reale e qualsiasi diritto è una posizione inattiva che chiama, come strumenti per la sua realizzazione, le posizioni semplici (le facoltà e/o i poteri del titolare e/o i doveri degli altri).

Non basta. Chiarita la nozione di diritto soggettivo, e la posizione vicaria che rispetto ad esso assumono le posizioni semplici, risulta evidente in che senso si possa parlare di *oggetto del diritto* ⁽⁸⁵⁾. Il bene è, innanzitutto e più propriamente, oggetto delle posizioni semplici (facoltà, potere, dovere), rappresenta la parte di realtà (materiale o immateriale) su cui praticamente incidono tali condotte; perciò, solo seguendo l'*iter* attraverso il quale le posizioni semplici sono dalla norma collegate ad un punto di riferimento esterno ad esse (dove siede, sovrano, il titolare del diritto), il bene può essere messo in relazione col diritto stesso ed essere presentato come suo « oggetto » ⁽⁸⁶⁾: ma si tratta ovviamente di una relazione logica che, per tradursi in pratica (per diventare cioè effettiva incidenza sul bene), abbisogna del tramite delle posizioni semplici (e così della facoltà del titolare e/o del dovere del terzo).

Ci si rende, allora, conto dell'errore in cui incorrono quanti

⁽⁸⁵⁾ L'elaborazione dell'« oggetto del diritto » come categoria generale è esigenza man mano più sentita. V., fra gli altri: MAJORCA, *op. cit.*; *La cosa in senso giuridico*, Torino 1937; CARNELUTTI, *Teoria generale*, pag. 186; PUGLIATTI, *Istituti cit.*, pag. 239; NICOLÒ, *L'adempimento cit.*, pag. 77 e segg.; CANNIAN, *Nozioni cit.*, pag. 219; BARASSI, *I diritti reali*, Milano 1943, pag. 116; BARBERO, *Sistema cit.*, I, pag. 204 e segg.; MIELE, *op. cit.*, pag. 93.

⁽⁸⁶⁾ Ciò è di solito avvertito con riferimento al diritto di credito, e non anche al diritto reale: cfr. MAJORCA, *Diritto cit.*, pag. 75.

pretendono di individuare l'oggetto del diritto soggettivo senza passare per il tramite delle posizioni giuridiche semplici. Chi distingue fra oggetto del diritto reale e oggetto del diritto di credito, identificando il primo con la *res* e il secondo con la *prestazione* ⁽¹⁰⁰⁾, trascura che si può parlare di « oggetto del diritto » solo riferendosi: per il *diritto reale*, all'oggetto delle facoltà e dei doveri di astensione, e quindi alla *res*; per il *diritto di credito*, all'oggetto del dovere che, come vedremo, compone tale diritto, e quindi, ancora, alla cosa e non alla prestazione.

Mi sembrano, perciò, nel giusto coloro che escludono ogni differenza di oggetto fra i due tipi di diritto; e precisamente, non già coloro che operano l'unificazione profilando la prestazione come un « bene » ⁽¹⁰¹⁾, sibbene coloro che, in argomento, negano rilievo alla prestazione e lo assegnano alla cosa ⁽¹⁰²⁾.

14. Sempre come corollario della configurazione del diritto soggettivo sopra offerto, mi sembra si debba sottolineare che essa presenta il duplice vantaggio di conservare, da un canto, a ciascuna delle posizioni collegate al diritto la propria autonomia, e di consentire, dall'altro, la riduzione al minimo dell'aggregato di posizioni semplici facenti capo al diritto, senza che si perda la nozione di quest'ultimo.

In altri termini, lo schema secondo il quale il diritto, come

⁽¹⁰⁰⁾ BABILE, *op. loc. cit.*; ALLARA, *Nozioni cit.*, pag. 194; BARRINO, *op. loc. cit.*; POLACCO, *Delle obbligazioni*, Roma 1921, pag. 184. A maggior ragione, non credo accettabile l'opinione del MENCIONI (*L'oggetto dell'obbligazione*, in *Ius*, 1952, pag. 156), secondo il quale l'oggetto dell'obbligazione sarebbe costituito dal suo « scopo ».

⁽¹⁰¹⁾ NICOLÒ, *op. loc. cit.* Nè, per superare la pretesa distinzione fra l'oggetto del diritto reale e quello dell'obbligazione, si può accedere all'opinione del FERRARA (Francesco) (*Trattato cit.*, pag. 440), secondo il quale oggetto del diritto sarebbe sempre la persona dell'obbligato; o mutuare la rinuncia dello STOLFI (Giuseppe) (*Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, pag. 15) che nega la possibilità di configurare l'oggetto nei casi dove non scorge immediatamente la *res*.

⁽¹⁰²⁾ GARRAGNATI, *Diritto cit.*, I, pag. 553; CARNELUTTI, *Diritto e processo cit.*, pag. 229; ROCCO Alfredo, *Studi sulla teoria generale del fallimento*, in *Riv. dir. comm.* 1910, I, pag. 674.

punto di riferimento fissato dalla norma, si differenzia dalle posizioni soggettive che ad esso fanno capo, consente di scomporre l'aggregato delle posizioni semplici facenti capo al diritto e di formare schemi più semplici, nei quali a quel punto di riferimento (i.e. al diritto soggettivo) facciano capo soltanto alcune o, per avventura, una soltanto delle posizioni componenti l'aggregato: senza che con ciò venga meno il diritto, che si debba rinunciare alla costanza del diritto. Così, enucleando dall'aggregato una delle facoltà o uno dei doveri componenti, e collegandolo al diritto (il che val dire contemplandolo dalla parte del soggetto che ne beneficia, che viene cioè messo dalla norma in posizione di preminenza rispetto al bene oggetto di quella facoltà o di quel dovere), lo schema di quest'ultimo si riduce ai minimi termini, senza perdersi.

Se non sbaglio, questo procedimento logico fornisce, fra l'altro, una esauriente spiegazione della c.d. *elasticità* del diritto del proprietario ⁽¹⁰³⁾. Lo stesso procedimento consente anche, come meglio vedremo in seguito ⁽¹⁰⁴⁾, di dedurre nel processo, anzichè lo schema completo del diritto reale (e quindi il diritto con tutte le facoltà e i doveri facenti capo ad esso), uno schema ridotto. Così, nella revindica, il diritto di proprietà è dedotto in giudizio nello schema più semplice: e precisamente lo schema in cui al diritto risulta collegato il singolo dovere di astensione, cioè il dovere di chi, fra i consociati, si è reso colpevole dell'intrusione nel bene.

È vero che in questo schema (in cui al diritto fa capo un solo dovere, e non i doveri di tutti i consociati) il diritto di proprietà si presenta nella sua direzione *erga... unum* e non *erga omnes*, sotto il profilo della relatività anzichè sotto quello dell'assolutezza: ma questa riduzione, che si pensa impedisca di ritenere che il diritto di proprietà sia dedotto in giudizio e che

⁽¹⁰³⁾ V. per tutti, BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, Milano 1941 pag. 22 e AA. *ivi cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ *Infra*, capitolo terzo, sub 3.

suggerisce a molti la configurazione di un diritto (di credito, cioè relativo) alla restituzione della cosa (da dedursi, esso sì, nel giudizio di revindica⁽¹⁰⁵⁾), mi sembra si spieghi puntualmente con la constatazione della scomponibilità del diritto reale in schemi via via più ridotti e semplici.

Sempre a questo proposito, si è già chiarito come il dovere c.d. di astensione facente capo al diritto di proprietà comprenda, nel suo paradigma normativo, tanto il comportamento omissivo quanto il comportamento commissivo⁽¹⁰⁶⁾. Comunque, se, malgrado quel chiarimento, si volesse ancora ritenere che il dovere di por fine alla violazione e di restituire si distingua dall'astensione, tale dovere, lungi dal far capo, come si vorrebbe, ad un nuovo e distinto diritto, dovrebbe pur sempre riportarsi al diritto di proprietà, della cui realizzazione costituirebbe strumento, alla stessa stregua dei doveri di astensione.

15. Prima di saggiare i risultati fin qui raggiunti sulle varie categorie di diritti che, oltre quelli reali, sono offerti dal nostro ordinamento, è forse il caso di accennare che, se il diritto è lo schema in cui più frequentemente le norme positive ordinano le posizioni dei soggetti, dal contenuto delle stesse norme è dato astrarre anche altre combinazioni, di struttura e portata diverse, ma non prive di rilievo.

Limitandoci necessariamente a qualche accenno: già nel campo dei diritti reali (ma, beninteso, non soltanto in esso), è configurabile una situazione composita costituita dal diritto soggettivo e dal potere di disposizione. Se, come riterrei, il potere di disposizione non può rientrare nell'ambito del diritto soggettivo⁽¹⁰⁷⁾, con la conseguenza che diritto e potere

(105) V. AA. citt. nella nota n. 57.

(106) V. retro, sub 8.

(107) Come ognuno sa, questo potere (a volte indicato come « facoltà » di disposizione; v. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale* cit., pag. 89 e segg.; *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, pag. 133 e segg.; NAROLI, *Diritto* cit., pag. 126 e segg.), viene, da alcune autorevoli fonti, compreso nell'ambito del

di disposizione costituiscono entità distinte, è, tuttavia, indubbio che essi siano legati da ciò che il diritto soggettivo è presupposto del potere di disposizione, sotto un duplice riflesso: innan-

diritto soggettivo, cioè nell'aggregato di posizioni semplici che ad esso fanno capo (PUGLIATI, *op. loc. cit.*; NATOLI, *ibidem*; RAVÀ, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche*, Padova 1926, pagg. 147, 148, e ora, anche ALLORIO, *Per una teoria cit.*, pag. 162; v. anche BÜLOW, *Klage und Urteil*, Berlin 1903, pag. 21 e segg.; VON THUN, *Allgemeine Teil cit.*, I, pag. 160), mentre, da altre (v., sulla scorta della notissima opinione del THON, *Rechtsnorm cit.*, pag. 319 e segg.; CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, I, pagg. 268, 269; GARRACINATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, pagg. 93, 177 (nota); Azione cit., pag. 234; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano 1937, pag. 32 (nota); ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1018; BARASSI, *La proprietà cit.*, pag. 24 e segg.; BARIÈ, *op. cit.*, pag. 34; FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950, pag. 81; ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin 1899, pag. 556 e segg.; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, III, Leipzig 1909, pag. 278 e segg.) ne viene escluso, per essere configurato o come una manifestazione della capacità (v. FERRARA Francesco, *Trattato cit.*, I, pag. 327; ÜRTMANN, *Der Dinglichkeitsbegriff in Jhering's Jharb.* XXXI (1892), pag. 651), o come un potere autonomo (così CARIOTA FERRARA, *Negozi sul patrimonio altrui cit.*, pag. 37 e segg.).

A favore dell'inclusione del potere *de quo* nel diritto soggettivo non mi pare valga il richiamo all'art. 332 cod. civ., dal momento che esso si riferisce, per chiari segni, alla disposizione materiale (cfr. ROMANO Salvatore, *Aspetti soggettivi cit.*, pag. 1021) e non a quella giuridica. Senza contare che, a proposito del diritto di usufrutto, la stessa legge opera un netto *distinguo* fra il diritto e la sua disposizione. Ancora: catalogare quest'ultima fra le facoltà di godimento, come la forma estrema di esso (cfr. PUGLIATI, *Esecuzione cit.*, *loc. cit.*), è molto suggestivo, ma non mi pare corrisponda alla realtà: siffatto profilo si taglia, semmai, alla ipotesi, storicamente verificatasi, del potere di trasferimento che si confonde o s'identifica con la facoltà di consegnare la cosa, cioè con la *traditio*; ma non anche al potere di disposizione che, come quello regolato dall'ordinamento attuale, ha per oggetto non già la *res* (oggetto, invece, delle facoltà del titolare e degli altrui doveri di astensione), sibbene cade immediatamente sul diritto.

Nè, infine, è possibile comprendere il potere di disposizione nell'ambito del diritto, sotto il riflesso che esso sarebbe, alla stregua delle facoltà sulla cosa, strumento per la tutela di uno stesso interesse: per tutte le ragioni sopra esposte, l'elemento unificatore dell'aggregato di posizioni soggettive facenti capo al diritto va individuato nell'oggetto che esse hanno in comune, e non in un interesse, più o meno arbitrariamente scelto ed alla cui tutela quelle posizioni si pretendano indirizzate.

La verità è che il potere di disposizione non fa parte del diritto, giacchè lo presuppone, sotto il duplice riflesso indicato nel testo.

Se, da un canto, il potere di disposizione non rientra nell'ambito del diritto, dall'altro esso non può configurarsi come una mera manifestazione di libertà (così, invece, CICALA, *op. cit.*, pag. 514; FERRARA Massimo, *Il potere di disposizione*, Milano 1937, pag. 6) e nemmeno come emanazione della capacità di agire. Vero è che

zitutto, il diritto soggettivo compare nel paradigma normativo del potere come oggetto del medesimo; inoltre, e quante volte il potere spetti al titolare del diritto oggetto della disposizione, il diritto soggettivo incide in quel paradigma anche per altro verso, e cioè in quanto la titolarità del diritto costituisce una qualità individualizzante del soggetto del potere.

Un vincolo analogo è riscontrabile fra il diritto di proprietà e i doveri che incombono al proprietario in quanto tale: ancora qui la titolarità del diritto è la qualità individualizzante del soggetto di quei doveri. Non erroneamente, perciò, è stata configurata un'ulteriore situazione composita in cui risultano uniti quel diritto e quei doveri ⁽¹⁰⁰⁾: alla quale, però, per le ragioni rilevate più sopra, è quanto meno opinabile si possa asse-

l'esercizio di un potere, come concreta manifestazione di volontà, come attività materiale, è protetto alla stregua di qualsiasi attività corporea, come sono protette la libertà di camminare, quella di riunirsi, etc. (v. *infra*, sub 18); ma questo non toglie che il potere negoziale sia riconosciuto e protetto quale posizione astratta, prima e a prescindere dal suo concreto esercizio, dal suo porsi come attività materiale. E, sotto questo profilo, il potere di disposizione non può in alcun modo confondersi con le libertà di fatto.

Quando, poi, s'indaghino i rapporti tra il potere *de quo* e la capacità di agire, occorre tener presente che questa ultima non è né la fonte né la sintesi dei poteri negoziali concessi al soggetto maggiorenne. Essa non è altro che una qualità del soggetto di qualsiasi potere, qual'è dato reperire ed astrarre dal paradigma normativo: poiché è una qualità costante (cioè un minimo richiesto per tutti i poteri), lo ordinamento la indica una volta per tutte in una disposizione (l'art. 2 c.c.), la quale, lungi dal costituire la norma da cui discendono tutti i poteri, è soltanto una frazione di norma da riunirsi alle altre frazioni che regolano gli elementi (il contenuto, l'oggetto, la forma, la causa, e, magari, altre qualità del soggetto) di questo o di quest'altro potere (cfr. *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 83).

Il potere di disposizione è, dunque, come ogni altro, una autonoma posizione soggettiva, corrisponde cioè ad una condotta descritta e valutata da un'apposita norma. Non basta. Anche il potere di disposizione può essere raccolto con altri in aggregato: si pensi a più poteri di disposizione, di contenuto diverso (così il potere di trasferire, il potere di rinunciare etc.), ma aventi tutti come oggetto il medesimo diritto. E, ancora, anche i poteri di disposizione che cadono sullo stesso oggetto possono essere riferiti ad una posizione di preminenza sul bene (che è qui rappresentato dal diritto oggetto di disposizione), della cui realizzazione essi costituiscono gli strumenti; ed è, quindi, legittimo configurare un vero e proprio *diritto di disporre*.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. BALLADORE PALLIERI, *Diritto* cit., pag. 27, 28.

guare il nome di *status* ⁽¹⁰⁹⁾. Piuttosto non mi pare accettabile l'autorevole avviso secondo il quale la proprietà non sarebbe un diritto, bensì consisterebbe nella situazione composita or ora indicata ⁽¹¹⁰⁾. Innanzitutto e precipuamente, la proprietà è un diritto, è il « diritto di proprietà », al quale si riferiscono le facoltà dominicali e i doveri di astensione; soltanto per metafora, quindi, o, quanto meno, in senso molto improprio, il nome di « proprietà » può contraddistinguere anche la situazione composita in discorso.

Il richiamo al legame consistente in ciò che una posizione soggettiva è presupposto di un'altra suggerisce di far cenno anche dello schema in cui una pluralità di posizioni di un soggetto sono ordinate in sequenza, per modo che ogni posizione componente presuppone quella o quelle che la precedono e condiziona quella o quelle che la seguono: mi riferisco al procedimento ⁽¹¹¹⁾.

Ciò che lega, in questo schema, le posizioni del soggetto (e quindi gli atti concreti in cui esse, una volta esercitate, si traducono) consiste appunto nel vincolo per cui ciascuna è, al tempo stesso, conseguenza della precedente e presupposto della seguente (salvo, beninteso, le implicazioni e limitazioni derivanti dal concorso con le posizioni di altri soggetti ⁽¹¹²⁾), e non

⁽¹⁰⁹⁾ *Ivi*, pag. 29.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. l'ormai classico SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1941, pag. 35 e segg.; nonché BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1952, pag. 118 e segg.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, pag. 115 e segg.; GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Ius*, 1955, pag. 502 e segg. Sullo svolgimento della dottrina in lingua tedesca, v.: KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin 1910, pagg. 272 e segg.; 398 e segg.; JELLINEK W., *Der Gehörhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen 1918; KOLHER, *Grundlehren des deutschen und seine Wirkungsrecht*, Stuttgart und Berlin 1936, pag. 244 e segg.; MERKEL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin 1927, pag. 213; HEARNHATT, *Das Verwaltungsverfahren*, Wien 1932, pag. 8, 10; ANDERSEN, *Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe* (traduz. tedesca), Maheim 1927, pag. 143 e segg.

⁽¹¹²⁾ Cfr. BENVENUTI, *op. cit.*, pag. 129. Ma su ciò *infra*, capitolo terzo, sub 1.

già nel fatto che la legge assuma la serie procedurale come unica fattispecie (complessa), cioè come fonte di determinati effetti.

La identificazione fra procedimento e fattispecie complessa, propugnata nel primo stadio di elaborazione del concetto⁽¹¹²⁾ e affiorante ancora in recenti contributi (in cui il procedimento è configurato come « il farsi » della fattispecie⁽¹¹⁴⁾, come l'aspetto dinamico di essa⁽¹¹⁵⁾), mi pare infatti resistita, vuoi dalla constatazione che non sempre, e nemmeno sovente, entrano a far parte della fattispecie tutti gli atti della serie procedurale (accade, anzi, spesso che la legge ne lascia fuori gli atti preparatori: si pensi, ad esempio, al procedimento giurisdizionale⁽¹¹⁶⁾), vuoi soprattutto dal rilievo che procedimento e fattispecie, anche quando involgano la medesima realtà (cioè l'intera serie di atti), costituiscono sempre due differenti maniere di considerarla: ponendosi l'uno dal punto di vista dell'ordinata sequenza in cui le posizioni e gli atti sono collocati; e l'altra dal punto di vista della loro unificazione in ordine a determinati effetti.

La legge positiva contempla, inoltre, aggregati di posizioni ancora più complessi, nel senso che ordina le posizioni soggettive anche in schemi più comprensivi. Si tratta di vasti complessi di posizioni (diritti, doveri, poteri) facenti capo ad un soggetto (cioè soggettivamente connessi): di patrimoni o porzioni di patrimoni, che compaiono, come situazioni unitarie, in alcuni paradigmi normativi. Talvolta, infatti, i complessi *de quibus* fungono da soggetto della condotta descritta e valutata: nel qual caso si

(112) Cfr. FRUJI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi cit.*, I, pagg. 455 e segg.; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, pag. 184; BODDA, *La conversione degli atti amministrativi*, Milano 1935, pagg. 127 e segg.; JACCARINO, *Studi sulla motivazione (con speciale riguardo agli atti amministrativi)*, Roma 1933, pag. 28; LUCIFREDI, *Inammissibilità di un esercizio ex post della funzione consultiva*, in *Studi in onore di Vacchelli*, Milano 1938, pag. 286; CODACCI-PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano 1939, pag. 59.

(113) BENVENUTI, *op. cit.*, pag. 123.

(114) GALEOTTI, *op. cit.*, pag. 519. V. anche CONSO, *op. cit.*, pag. 121 e segg.

(116) Cfr. ALLODIO, *Diritto processuale tributario*, Milano 1942, pag. 365 e segg., 683; CARNELUTTI, *Sistema*, II, pag. 92; MIELI, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, pag. 338.

constata che la norma ha addirittura ipostatizzato il patrimonio creando la persona giuridica (così la fondazione, la società di capitale). Tale altra i complessi compaiono, nella descrizione normativa di un comportamento, come oggetto del medesimo: scartando fin d'ora l'avviso che l'*hereditas* costituisca oggetto di facoltà dominicali dell'erede (¹¹⁷), si pensi, invece, al diritto che, secondo un'autorevole dottrina (¹¹⁸), l'imprenditore avrebbe sull'azienda, intesa appunto come *universitas iurium*. Altre volte ancora, i complessi patrimoniali sono considerati unitariamente dalla norma, ma non come soggetti, nè come oggetti, sibbene come presupposti di compiti e funzioni: si pensi al patrimonio del fallito (¹¹⁹), all'eredità giacente (¹²⁰).

16. Rimane, dunque, da stabilire se gli schemi, fin qui enucleati conducendo l'indagine sui diritti reali, si attagliano alle altre categorie di diritti offerti dal nostro ordinamento.

La risposta affermativa che, anticipando il risultato, ho più sopra ritenuto di dare abbisogna ora di una dettagliata convalida. Per procurare la quale, mi sembra innanzitutto necessario spogliare gli schemi in discorso di ogni riferimento al contenuto proprio dei diritti reali, e riepilogarli sotto il profilo per così dire formale.

(¹¹⁷) Cfr., per tutti, NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Milano 1934, pag. 119 e segg.; STOLFI Giuseppe, *Concetto dell'erede*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti* cit., III, pag. 612 segg.

(¹¹⁸) NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, pag. 186 e segg.

(¹¹⁹) Cfr. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano 1956, pag. 63 e segg.

(¹²⁰) V. i più recenti BARBERO, *Sistema cit.*, II, pag. 877; BEDARELLI, *L'eredità giacente*, Milano 1948, pag. 93 e segg.; TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Messina 1950, pag. 77 e segg.; CONTURSI LIST, *L'accettazione dell'eredità e la eredità giacente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, pag. 315 e segg. In arg. v. anche FAZZALARI, *Autorizzazione a vendere beni di eredità e separate e autorizzazione a vendere beni del minore e in potestate*, in *Giurisprudenza it.*, 1957, IV, pag. 4 e segg. (dell'estratto).

A) Partendo dagli schemi più semplici, si riscontrano:

a) il *diritto* (i.e. la posizione di preminenza rispetto a un bene) *realizzato da una singola facoltà*. (È dubbio se tale schema si presenti *in rerum natura* — a suffragio si potrebbe indicare la facoltà di occupare la *res nullius* —; o se ad esso si pervenga soltanto riducendo logicamente uno schema più complesso — quello del diritto reale, per esempio —, cioè imputando al diritto soltanto una delle facoltà che ad esso fanno capo ⁽¹²¹⁾);

b) il *diritto realizzato da un obbligo altrui*. (Questo è, oltre che uno degli schemi semplici in cui può logicamente ridursi il diritto reale, lo schema in cui si presenta, *in rerum natura*, il diritto di credito);

c) il *diritto realizzato da un potere*. (Abbiamo già visto ⁽¹²²⁾, ad esempio, come sia configurabile il diritto di disporre, cioè la posizione di preminenza rispetto al bene — consistente nella situazione giuridica, oggetto della disposizione —, realizzata da un potere o da più poteri: il potere di trasferire un diritto, il potere di rinunciarvi, etc.).

Mi sembra che la posizione individuata da questi schemi meriti di essere indicata come « diritto semplice ». Gli stessi schemi propongono alcune distinzioni. Quella fra il diritto (semplice) cui si collega una facoltà e il diritto (semplice) cui si collega un potere, da segnare indicando l'un diritto come « *facoltativo* » ⁽¹²³⁾ e l'altro come « *potestativo* » ⁽¹²⁴⁾; nonché quella fra il diritto (semplice) cui è collegata una facoltà e un potere, e quello cui è collegato l'obbligo altrui: sotto il riflesso che il primo implica, come strumento della sua realizzazione, un'atti-

⁽¹²¹⁾ Così, infatti: PUGLIESE, « *Res corporales* » cit., pag. 256; BARRERO, *Sistema* cit., pag. 152.

⁽¹²²⁾ V. *retro*, nota n. 107.

⁽¹²³⁾ ROMANO SANTI, *Dizionario* cit., pag. 193.

⁽¹²⁴⁾ Con ciò rettifico l'opinione espressa ne *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 88, nota. Sulla tormentata categoria del diritto *potestativo*: v., a favore, ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, Leipzig 1898, II, pag. 36 e segg.; ENNEC-

vità del titolare, mentre il secondo richiede l'attività di un altro soggetto. Fermo il rilievo, già fatto, che il diritto è una posizione astratta logicamente, e perciò inattiva (o, meglio, una posizione alla quale nemmeno si attagliano gli attributi di « attiva » o « inattiva », che sono propri delle condotte), e riconoscendo quindi la improprietà terminologica, la distinzione in parola non può essere registrata se non assegnando, convenzionalmente, al primo diritto l'attributo di « attivo » e al secondo quello di « inattivo ».

B) Passando agli schemi più complessi, si rilevano:

a) il diritto realizzato da facoltà (del titolare) e da doveri (di tutti i consociati) (ad es. la proprietà);

b) il diritto realizzato soltanto dai doveri (di astensione) di tutti i consociati (tolto, beninteso, il titolare) (ad es. le servitù negative).

A questi schemi mi pare si attagliano il nome di « diritto complesso »⁽¹²³⁾ e le distinzioni seguenti.

Lo schema di cui *sub a*) si distingue da quella di cui *sub b*) in quanto comprende facoltà del titolare: è *attivo*, mentre l'altro è *inattivo*.

Entrambi (il diritto di cui *sub a*) e quello di cui *sub b*) si distinguono, poi, dal diritto realizzato da un singolo dovere (es. il credito), dal momento che ad essi sono collegati i doveri di *tutti* i consociati. Sotto tale profilo, i primi sono diritti « assoluti », il

CERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1889, pag. 600 e segg.; VON THUR, *Der allgemeine Teil* cit., Leipzig 1910, I, pag. 160 e segg.; LEONHARD, *Bürgerliches Recht*, Berlin 1932, pag. 1; MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Nuovo Digesto* cit., IV, pag. 872 e segg.; CHIOVENDA, *Istituzioni* cit., I, pag. 14 e segg.; NICOLÒ, *La vocazione ereditaria* cit., pag. 79 e segg.; CONTRI: ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit* cit., I, pag. 104; KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1904, I, pag. 150 e segg.; MANICK, *Die Privatautonomie*, Berlin 1935, pag. 87 e segg.; CARNELUTTI, *Systema* cit., pag. 54; CICALA, *Rapporto giuridico* cit., pag. 477 e segg.; COVIELLO, *Manuale* cit., pag. 30 e segg.; AULETTA, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, pag. 557.

(123) Cfr. fra gli altri: COVIELLO, *Manuale* cit., pag. 21; MAIORCA, *Proprietà e antigiridicità*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, pag. 5 e segg.; NATOLI, *op. cit.*, pag. 72.

secondo è « relativo ». Con quest'ultimo attributo non s'intende già, nè si potrebbe, indicare come caratteristica del tipo la determinatezza dell'obbligo e dell'obbligato, chè anche il dovere di astensione è, come si è visto, determinato e operante per ogni consociato; sibbene sottolineare la non assolutezza, il fatto che il diritto è realizzato con la cooperazione di un solo soggetto (o di alcuni soggetti) e non della generalità dei soggetti.

È, poi, appena il caso di ripetere quanto si è già avuto modo di chiarire: che, cioè, il diritto *complesso* è scomponibile in *ischemi semplici*, in cui, fermo il punto di riferimento fissato dalla norma (i.e. il diritto *soggettivo*), ad esso si imputano non tutte, ma alcune e anche una soltanto delle posizioni *semplici* componenti.

C) Vengono, poi, le *situazioni composite* di cui abbiamo fatto cenno *sub* 15), e che non è cui il caso di rielencare. Si tratta di schemi diversi e ancora più complessi rispetto a quelli del diritto *soggettivo*: insieme di diritti e poteri; di diritti e doveri; di diritti, poteri e doveri; considerati unitariamente dalla norma positiva, perchè legati, non già — come le posizioni *semplici* componenti il diritto — dalla comunione di oggetto, sibbene da altri vincoli di connessione e, al limite, dalla mera connessione *soggettiva*, cioè dall'aver in comune il soggetto (in base a questo parametro è, per esempio, unitariamente considerato il patrimonio del fallito).

L'attributo « *composito* » intende appunto sottolineare vuoi la eterogeneità delle posizioni che compongono gli schemi in discorso, vuoi la varietà dei vincoli che, in seno ad essi, possono unire quelle posizioni.

17. Prendendo finalmente in esame i fenomeni rilevabili fuori del campo dei diritti reali, è forse preferibile muovere i passi dalle figure che più si avvicinano ad essi.

Per cominciare, nello schema del *diritto (complesso) attivo ed assoluto* s'inquadrano perfettamente il diritto su parti del pro-

prio corpo e quelli su beni immateriali (come il nome, la ditta, il marchio, l'opera d'ingegno) ⁽¹²⁶⁾.

Si tratta di diritti *attivi*, perchè ad essi sono collegate facoltà di godimento del bene; ed *assoluti*, perchè sono realizzati anche dai doveri di astensione dal bene (e così dal dovere di non usare il nome altrui), imposti ai consociati.

Il fatto che i diritti in parola rientrano nello schema dei diritti attivi e assoluti spiega come, essendo questo lo schema normale del diritto reale, si sia giunti a pretendere che anch'essi siano diritti reali ⁽¹²⁷⁾. Così come, d'altra parte, il fatto che i diritti alla ditta e al marchio rientrano nello stesso schema del diritto al nome li ha fatti erroneamente trascinare, insieme a questo, nella categoria dei diritti della personalità ⁽¹²⁸⁾.

Nello stesso schema (del diritto complesso, attivo e assoluto), s'inquadrerebbe anche quel diritto soggettivo d'impresa (e cioè il diritto realizzato da facoltà e da doveri di astensione aventi ad oggetto la azienda, intesa come *universitas iurium*), sulla cui esistenza, di recente autorevolmente rivendicata, mi sembra però si debba nutrire qualche dubbio ⁽¹²⁹⁾. E si collocherebbe, del

⁽¹²⁶⁾ Cfr. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1956, e AA. *ivi cit.*; FERRARA Francesco, *La teoria giuridica della azienda*, Firenze 1945, pag. 147 e segg.; DE CUPIS, *Il diritto alla identità personale*, Parte prima, Milano 1949, pag. 15 e segg.; DE GREGORIO, *Il contratto di edizione*, Roma 1913, pag. 44 e segg.

⁽¹²⁷⁾ V. per tutti KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907, § 3 e 10; DE GREGORIO, *Il contratto di edizione cit.*, *loc. cit.*

⁽¹²⁸⁾ V. il GIERKE (*Deutsches Privatrecht cit.*, I, pag. 756 e segg.). Per una teoria intermedia che rivendica al diritto d'autore un profilo patrimoniale e uno personale v. per tutti ALLWELB, *Kommentar zu den Gesetzen vom 19 Juni 1901*, München 1902, pag. 22 e segg.; e da noi: PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d'autore*, Napoli-Torino 1927, pag. 58 e segg.; *Diritto d'autore*, Torino 1943, pag. 190 e segg.

⁽¹²⁹⁾ NICOLÒ, *Riflessioni cit.*, *loc. cit.* Non è qui possibile ripercorrere l'iter delle tormentate nozioni d'« impresa » e di « azienda ». Vorrei soltanto osservare che, scartata la definizione dell'impresa sotto il profilo soggettivo (secondo la quale essa consisterebbe nell'attività professionale dell'imprenditore: FERRARA junior, *La teoria giuridica dell'azienda cit.*, pag. 91; *contra*: NICOLÒ, *Riflessioni cit.*, pag. 183, 184), l'impresa si presenta come un patrimonio autonomo (alla stessa stregua dell'*hereditas*) (così SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in

pari, il diritto dell'erede sul patrimonio del *de cuius*, se la sua esistenza non fosse, non dico dubbia, ma addirittura da escludere (¹²⁰).

18. I c.d. diritti della personalità (¹²¹) mi pare, invece, trovino più esatta collocazione nello schema dei diritti *assoluti*,

Riv. dir. comm., 1912, II, pag. 376 e segg.; BEKKER, *System des heutigen Pandekten Rechts*, Weimar 1886, pag. 42, 43; VALERY, *Maison de commerce et fonds de commerce*, in *Annales de droit commercial*, 1902, pag. 209 e segg.). Tale patrimonio, se da una parte non assurge al rango di « soggetto » (così, invece, ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, Heidelberg 1887), dall'altro non sembra nemmeno degradato ad « oggetto » di diritto (a me parrebbe, infatti, che il trapasso dell'azienda s'inquadri meglio nello schema della successione nel patrimonio che non in quella del trasferimento del diritto sul patrimonio), se non forse nei casi di usufrutto e pegno sull'azienda (sebbene, anche qui, l'indicazione dell'art. 1010 cod. civ. sembrerebbe escludere l'usufrutto sul patrimonio e configurare un usufrutto su singoli beni: v. relazione al codice civ., n. 482; FERRARA JUNIOR, *Teoria cit.*, pag. 62; COVIELLO JUNIOR, *L'usufrutto di un patrimonio e la sua responsabilità per debiti*, Napoli 1936).

Se si nega che il patrimonio *de quo* possa costituire « oggetto » di diritto viene meno la possibilità di distinguere fra impresa e azienda (cfr. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Milano, pag. 337; non pare, invece, fondata l'opinione del GRECO — *Profilo dell'impresa economica nel nuovo codice civile*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, 77 (1942), pag. 48 e segg. (dell'estratto) — secondo la quale l'impresa sarebbe l'organizzazione delle persone e l'azienda quella dei beni); se lo si ammette, l'azienda si presenta appunto come una *universitas*: insorgendo a questo punto il dilemma se si tratti di una *universitas facti* (v., fra gli altri, VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, III, Milano 1929, pag. 4 e segg.; NAVARRINI, *Studi sull'azienda commerciale*, in *Archivio giuridico*, 1901, pag. 7 e segg.), o, come sembra più corretto, di una *universitas juris* (v. fra gli altri NICOLÒ, *op. loc. cit.*; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale cit.*, I, pagg. 184, 185), e potendosi giungere, nel vano tentativo di superarlo, alla inaccettabili teorie atomistiche (v. SCIALOJA, in *Foro it.*, 1883, I, col. 705 e segg.; BARASSI, in *Foro it.*, 1914, col. 316 e segg.).

(¹²⁰) V. nota n. 117.

(¹²¹) V. in arg. FERRARA FRANCESCO, *Trattato, cit.*, pag. 339; DEGNI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1939, pag. 162 e segg.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano 1942; FERRARA LUIGI, *Istituzioni di diritto privato*, I, Torino, 1939, pag. 142 e segg.; SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli 1945, pag. 29 e segg.; NATOLI, *op. cit.*, pag. 77; BARILE, *op. cit.*, pag. 46 e segg.; GALDEOTTI, *La libertà personale*, *Studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, in *Studi urbinati*, N.S., V, 1952-53, pag. 10 e segg. V., naturalmente, anche il fondatore della categoria, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig 1895, I, pag. 702 e segg.; nonché RESELBENCER, *Pandekten*, Leipzig 1893, § 50; KOHLER, *Das Autorrecht*

ma *inattivi*. Così, il diritto all'integrità del corpo è realizzato dai doveri di astensione, imposti a tutti i consociati ed aventi ad oggetto l'altrui sfera fisica. Ne risultano protetti non soltanto il corpo umano, ma tutte le attività corporali, nell'atto stesso del loro compimento: e quindi, sia le attività che costituiscono concreto esercizio di facoltà o di poteri (già concessi al soggetto da altra norma: ad es. la attività consistente nel coltivare il proprio fondo, nell'esprimere la propria volontà negoziale), sia le attività che non rappresentano l'esercizio di posizioni già riconosciute in astratto, che siano cioè manifestazioni della libertà di fatto, giuridicamente indifferenti⁽¹²²⁾; sia, infine, le attività civilmente illecite.

Il diritto *de quo* deve, a mio avviso, considerarsi *inattivo*, non perchè non possano configurarsi in astratto facoltà (del soggetto titolare) sul proprio corpo⁽¹²³⁾, ma perchè, in effetti, lo schema di questo diritto presenta, come strumento della sua realizzazione, soltanto gli altrui doveri⁽¹²⁴⁾: come è dato desumere appunto dalla constatazione che qui, a differenza che nei diritti

Eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre von Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht, JÜRGEN, *Jahrb.*, vol. XVIII (N.S., VI), pag. 129 e segg.; *Die Idee des geistigen Eigentums*, *Archiv für die civil Praxis*, LXXXII, pag. 156 e segg.; *Das Individualrecht als Namensrecht*, *Arch. für bürgerl. Recht*, V, pag. 110).

(122) Per la distinzione fra facoltà, potere e libertà di fatto, v. *retro*, sub 6.

(123) L'opinione secondo la quale il corpo non può essere « oggetto » è ormai ripudiata. Su ciò v., fra gli altri, CARLUCCI, *op. loc. cit.*; DEGNI, *op. cit.*, pag. 187; GALEOTTI, *op. loc. cit.* Nega ancora che il corpo possa essere « oggetto » il SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.* I doveri di astensione che, a mio avviso, costituiscono gli strumenti per la realizzazione dei diritti della personalità hanno, appunto, per « oggetto » il corpo umano e le sue manifestazioni.

(124) Cfr. BARILE, *op. cit.*, pag. 46. Scorgono, invece, in questi diritti il profilo del « godimento », da parte del soggetto, sul proprio corpo: CARLUCCI, *op. loc. cit.*; NATOLI, *op. loc. cit.*; GALEOTTI, *op. loc. cit.* Altri configurano come bene oggetto di godimento la vita, l'integrità, la libertà l'onore (così DEGNI, *op. cit.*, pag. 162; DE CUPIS, *I diritti della personalità cit.*, pag. 31 e segg.; *Il diritto alla identità personale cit.*, pag. 13 e segg.). Invero, la vita, la libertà, l'onore non sono *res*, ma interessi, costituiscono il presupposto (ma non sul piano giuridico) del diritto, e non il suo oggetto; e come interessi tutelati li presenta, infatti, un'auto-revoluzionaria dottrina (PUGLIATTI, *Gli istituti cit.*, loc. cit.): i motivi di dissenso da

reali, la norma non fa corrispondere i doveri di astensione alle facoltà del titolare, sibbene ad ogni e qualsiasi attività della persona, prescindendo dalla valutazione giuridica di essa.

Nè si potrebbe dedurre dalla costanza dei doveri di astensione la qualifica di liceità per gli atti materiali che essi proteggono⁽¹²⁵⁾: a parte il rilievo, già compiuto⁽¹²⁶⁾, che la facoltà non è, come alcuni pretendono⁽¹²⁷⁾, lo spazio lasciato in bianco dalle altrui astensioni, sibbene la conseguenza di una espressa valutazione normativa, si finirebbe per largire l'attributo di liceità anche ad atti che, pur coperti nel loro concreto svolgimento dalle astensioni *de quibus*, sono da considerare illeciti alla stregua di altra norma che espressamente li valuta.

Assoluto e inattivo è anche, ed a maggior ragione, il diritto alla integrità morale (o all'onore)⁽¹²⁸⁾. Anch'esso è realizzato mediante divieti imposti alla generalità dei soggetti e, ovviamente, senza concessione di facoltà al titolare.

Fra i diritti *inattivi assoluti* ritengo, infine, si debba riconoscere un posto a quel diritto all'integrità della propria sfera giuridica, che già altrove ho cercato di enucleare⁽¹²⁹⁾. Se non prendo abbaglio, si tratta del diritto realizzato attraverso l'imposizione alla generalità dei cittadini (i.e. a ciascuno di essi) del dovere di non contestare l'altrui patrimonio, negando l'esistenza di una posizione giuridica altrui che esista, o affermando la esistenza di una inesistente altrui posizione (e s'intende qui per

questa configurazione che applica al diritto il parametro dell'interesse sono esposti *retro*, sub 10.

⁽¹²⁵⁾ Non mi pare quindi si possano elevare al rango di diritto le libertà di fatto (come quella di desambulare, di riunirsi con altri etc.). *Contra*: GALZOTTI, *op. cit.*, pag. 15.

⁽¹²⁶⁾ V. *retro*, sub 6.

⁽¹²⁷⁾ V. *retro*, nota n. 39.

⁽¹²⁸⁾ Solitamente collocato a fianco del diritto all'integrità fisica: v. BARBERO, *op. cit.*, pag. 149; DEGENI, *op. cit.*, pag. 209; BRANCA, *op. cit.*, pag. 122.

⁽¹²⁹⁾ V. la mia *Cosa giudicata e consolidata di sfrutto cit.*, pag. 1313 e segg.; *La giurisdizione volontaria*, pagg. 131, 132. Un fugace accenno al diritto all'integrità del proprio patrimonio è fatto dall'INVERA (*Interesse e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, pag. 336), contro il quale si pronuncia il GARBAGNATI, *Azione cit.*, pag. 323.

patrimonio l'*universum ius*, cioè il complesso delle posizioni giuridiche facenti capo ad un soggetto, e quindi anche delle posizioni non apprezzabili pecuniariamente).

Il diritto in discorso mi pare abbia cittadinanza nel nostro ordinamento alla stessa stregua e sullo stesso fondamento del diritto all'integrità morale, da tutti ammesso. Storicamente, anzi, l'integrità della sfera giuridica della persona si accompagna a quella della sfera morale, ricevendo con essa la medesima tutela: nella rozza forma somministrata dai giudizi di giattanza⁽¹⁴⁰⁾.

Pur non pretendendo che il pensiero giuridico del tempo individuasse con chiarezza le posizioni sostanziali da porre a fondamento di tale tutela, è agevole, infatti, constatare che i giudizi provocatori (si facciano derivare dalla *lex diffamari*, ch'era il rimedio per respingere la contestazione di una particolare posizione giuridica, lo stato d'ingenuo⁽¹⁴¹⁾, o piuttosto dalle ordalie germaniche⁽¹⁴²⁾) erano apprestati contro le millanterie che colpissero vuoi l'onore, vuoi l'*integrità del patrimonio altrui*; miravano cioè a reprimere, mediante l'imposizione del perpetuo silenzio, il vanto che intaccasse la sfera morale della persona o anche la sua *sfera giuridica*⁽¹⁴³⁾.

Ancora. Come ognuno sa, proscritti dal rito dello stato italiano i giudizi provocatori (che pure erano sopravvissuti nei codici lombardo-veneto, estense, pontificio e sardo) e prima che si arrivasse ad ammettere il giudizio di accertamento, si è tuttavia continuato a colpire la infondata contestazione dell'altrui sfera giuridica, somministrando il risarcimento a' sensi dell'art. 1153 del vecchio codice civile: il che presuppone, per imprescindibile necessità logica, la presenza nel-

(140) V. in arg. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1933, pag. 3 e segg.; MENESTRINA, *Giudizio di giattanza*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VI, *sub voce*; OLIVIERI, *Giudizio di giattanza*, in *Digesto italiano*, *sub voce*.

(141) Cfr. OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 236.

(142) Cfr. MENESTRINA, *op. cit.*, pag. 260.

(143) OLIVIERI, *op. loc. cit.*; MENESTRINA, *op. loc. cit.*

l'ordinamento del dovere di non contestare l'altrui patrimonio (e della sua violazione), cui connettere la sanzione.

Senonchè, ammesso in prosieguo il giudizio di mero accertamento⁽¹⁴⁴⁾, la elaborazione dommatica di esso, anzichè raggiungere l'ultimo strato e mettere in luce il dovere in parola e il corrispondente diritto, si è arrestata, nella ricerca del presupposto sostanziale, alla singola posizione oggetto di contestazione: con la conseguenza che la dottrina, mentre ha potuto additare come *prius* dell'accertamento positivo il diritto contestato, si è, invece, rassegnata ad ammettere che l'accertamento negativo non presuppone un diritto, pervenendo infine alla conclusione che quella di accertamento è un'azione mera⁽¹⁴⁵⁾.

Come già altrove ho rilevato⁽¹⁴⁶⁾, mi pare invece che, individuando il presupposto sostanziale dell'accertamento nel dovere di non contestare l'altrui patrimonio (mediante la negazione di un'altrui esistente posizione o l'affermazione di una posizione che non esiste) e nel corrispondente diritto, si elimini la frattura e si compongano sotto un profilo unitario tanto l'accertamento positivo quanto quello negativo.

19. Il diritto di credito s'inquadra, invece, come si è già accennato, nello schema del diritto *inattivo* e *relativo*: *inattivo*, perchè la norma vi collega soltanto l'obbligo altrui; *relativo*, nel senso, sopra chiarito, che l'obbligo, strumento della realizzazione del credito, incombe ad uno o ad alcuni soggetti (obbligazioni divisibili, indivisibili, solidali) e non a tutti i consociati. Il diritto in discorso è, poi, semplice o complesso, a seconda che vi mettano capo uno o più obblighi altrui.

In argomento, è appena il caso di avvertire che il potere di

(144) Sul relativo svolgimento v. CHIOVENDA, *op. loc. cit.*; *Istituzioni cit.*, I, pag. 193 e segg.

(145) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, pag. 207 e segg.; SECNI, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. comm.* 1938, I, pag. 252; CALAMANDREI, *Istituzioni cit.*, I, pag. 47; BETTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 80.

(146) *Cosa giudicata cit.*, loc. cit.

disposizione (del credito), la facoltà di messa in mora e qualsiasi altra posizione attiva spettante al soggetto nella sua qualità di titolare del diritto di credito non entrano già nello schema di quest'ultimo⁽¹⁴⁷⁾, ma concorrono a costituire, insieme al diritto, un più vasto aggregato: cioè una situazione composita (del tipo di quella formata dal diritto reale e dal diritto di disporre) contrassegnata, non già — come il diritto soggettivo — dalla comunione di oggetto, sibbene dal vincolo che lega le posizioni componenti per essere l'una presupposto dell'altra.

Diritti *inattivi* e *relativi* sono, poi, quelli nascenti dal matrimonio: così il diritto al debito coniugale, ovviamente realizzato non da una facoltà del titolare sul corpo dell'altro coniuge, ma dell'obbligo di quest'ultimo di prestare il proprio corpo⁽¹⁴⁸⁾; il diritto alla fedeltà, all'assistenza.

Inattivi e *relativi* sono anche il diritto agli alimenti; il diritto del legatario (a meno che non si tratti di legato di specie: nel qual caso la posizione del legatario meglio rientra nello schema dello *ius in re*); nonchè quelli fra i diritti c.d. di partecipazione, che sono realizzati attraverso un obbligo della società (come il diritto al capitale; il diritto agli utili⁽¹⁴⁹⁾, etc.).

Peraltro, e per quanto già particolarmente attiene alla posizione del socio, giova rilevare che a lui fa capo una situazione composita (chi accettasse il linguaggio del Ballardore⁽¹⁵⁰⁾ potrebbe definirla come « *status del socio* »), nella quale concorrono, oltre ai diritti sopra indicati, anche i diritti (*potestativi*) di amministrazione e controllo (così il potere di voto, il potere ex articolo 2489 cod. civ., etc.⁽¹⁵¹⁾), nonchè i doveri del socio.

(147) Dove li colloca, invece, l'ALLENIO, *Per una teoria cit.*, pag. 162.

(148) Cfr. VASSALLI Filippo, *Del jus in corpus, del debitum coniugale e delle servitù d'amore, ovvero sia la dogmatica lubrica*, Roma 1944.

(149) V., fra gli altri, GRAZIANI, *Il diritto del socio agli utili*, in *Riv. dir. comm.* 1949, pag. 265 e segg.

(150) V. *retro*, sub 3.

(151) Cfr. PAVONE LA ROSA, *Diritto di voto e diritto di annullamento delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, pagg. 916, 917; in arg. v.

Non nello schema del diritto soggettivo, bensì sotto il profilo della situazione composita, mi pare, infine, si debba inquadrare anche la situazione del genitore esercente la patria potestà. La quale, infatti, risulta composta di diritti e di doveri; questi ultimi, per lo più, di contenuto discrezionale, e consistenti tanto in attività materiali, come quelli di correzione, quanto in manifestazioni di volontà, come quelli concernenti l'amministrazione dei beni.

anche FAZZALARI, *L'ordine di convocazione dell'assemblea e la sua reclamabilità*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, pag. 9 (dell'estratto).

CAPITOLO TERZO

SOMMARIO: 1. Coordinamento fra diritto soggettivo (sostanziale) e processo: enunciazione del problema. Procedimento, processo, fattispecie. — 2. Il processo di cognizione. — Suo coordinamento con il diritto soggettivo (sostanziale): la rilevanza della *causa petendi*. — 3. Il diritto soggettivo nel processo. Il diritto assoluto nel processo. — 4. Altri componenti della situazione sostanziale presupposta. — 5. Situazione sostanziale e legittimazione (delle parti) ad agire. Situazione sostanziale e legittimazione del giudice. — 6. La situazione sostanziale come «oggetto» del processo. — 7. La situazione sostanziale come realtà accertata. La sentenza di accoglimento. — 8. Il processo di esecuzione. Suo coordinamento con il diritto soggettivo (sostanziale). Il titolo esecutivo. Opposizione all'esecuzione. — 9. Il procedimento ingiunzionale: suo coordinamento col diritto soggettivo (sostanziale). I procedimenti cautelari: id. id. — 10. Conclusioni. «Astrattezza» e «concretezza» dell'azione. Critica. — 11. Conclusioni: sesto.

I. Si tratta ora di stabilire se e in che senso il processo è coordinato al diritto soggettivo (sostanziale).

Come s'è accennato nelle pagine introduttive, tale problema deve essere posto e risolto con riferimento a tutti gli atti della serie procedurale e non soltanto ad alcuni di essi (così, non alla sola domanda, nè alla sola sentenza): occorre, in altri termini, indagare se e in che modo il diritto sostanziale compaia e incida nel paradigma di quegli atti.

Nel corso di tale indagine, constateremo — con ciò anticipo le conclusioni ⁽¹⁾ — che il diritto sostanziale è presente in quel paradigma e v'incide come componente della situazione che legittima vuoi gli atti di parte, vuoi quelli dell'ufficio; e che di tale coordinamento (fra atti del processo e diritto) si possono cogliere più gradi, passandosi dall'asserzione del diritto, la quale

(1) V. *infra*, sub 10 e 11.

legittima gli atti preparatori delle parti e del giudice nel processo di cognizione, all'*accertamento* del diritto, che legittima, nel processo di cognizione, la sentenza di accoglimento, e, nel processo di esecuzione, tutta la serie procedurale.

Preme, intanto, di richiamare il legame che unisce gli atti *de quibus* (nonchè le previe posizioni soggettive ⁽²⁾) e consente di presentarli in uno schema unitario: qual'è appunto lo schema del processo.

Quest'ultimo si compone, in astratto, di una serie di posizioni soggettive (i doveri dell'ufficio, le facoltà e i poteri di ciascuna delle parti) e, in concreto, di una serie di atti (dell'ufficio, dell'attore, del convenuto etc.): atti (e posizioni) legati dal vincolo di procedimento, cioè dal fatto che la norma li colloca in ordinata sequenza, di guisa che ognuno di essi presuppone il precedente (o i precedenti) ed è presupposto del seguente (o dei seguenti).

In proposito, mi permetto di rimandare ai rilievi svolti nel precedente capitolo ⁽³⁾. Aggiungo che, a mio avviso, si può proficuamente utilizzare una distinzione proposta di recente ⁽⁴⁾, e puntualizzata sotto questo profilo: che il processo è uno schema più complesso del « procedimento », in quanto è costituito da più serie di atti (e posizioni soggettive), mutuamente implicate fra loro e ciascuna facente capo ad un soggetto (all'ufficio, all'attore, al convenuto, etc.).

La fecondità di tale distinzione mi sembra evidente sotto un duplice riflesso. Innanzitutto, essa sottolinea l'indefettibile concorso di più soggetti, quale deriva, nel rito giudiziario, dalla

⁽²⁾ Nel precedente capitolo (*sub* I) ho cercato di chiarire come si traggano dal paradigma normativo la valutazione della condotta e la posizione soggettiva. A quelle considerazioni mi permetto di rinviare.

⁽³⁾ V. *retro*, *sub* 15.

⁽⁴⁾ Cfr. BENVENUTI, *op. cit.*, pag. 130. La maggiore complessità del « processo » rispetto al « procedimento » è già rilevata dal CARNELUTTI (*Istituzioni cit.*, pag. 261 e segg.), ma nel senso della *consecutio* di più gradi di giudizio, visto ciascuno come un procedimento. Su questo punto v. anche CONSO, *I fatti cit.*, pag. 137 e segg., e AA. *ivi cit.*

par condicio dei contendenti e dalla costanza del loro contraddittorio⁽⁵⁾. Inoltre, e in quanto consente di enucleare relativamente a ciascuno dei soggetti del processo la serie di atti ad esso imputati, offre la possibilità di considerare e valutare, nel loro complesso e sotto un profilo unitario, le posizioni processuali di ogni partecipe.

Com'è stato acutamente rilevato⁽⁶⁾, infatti, di norma l'agente pubblico non è titolare di doveri isolati, bensì di situazioni soggettive complesse, che consistono in serie di doveri coordinati, e alle quali bene si attaglia il nome di « funzioni ». Così la *funzione* dell'organo giurisdizionale è situazione composta dall'insieme dei doveri del magistrato che la legge colloca nel processo.

Ma anche le posizioni processuali delle parti meritano di essere considerate unitariamente. Infatti, come rilevavo in principio, proprio in ordine alla posizione della parte, e segnatamente dell'attore, si fa maggiormente sentire la carenza di una prospettiva che ne colga lo svolgimento lungo tutto l'arco del processo, senza tuttavia smarrirne l'unità.

Aver concentrato l'attenzione su di una soltanto delle molteplici posizioni dell'attore nel processo, e cioè sulla possibilità di mettere in moto il giudizio (configurata come potere o come facoltà, a seconda che la si consideri fonte dell'obbligo di emanare il provvedimento favorevole o un qualsiasi provvedimento di merito) e sulla domanda (che di quella posizione è il pratico esercizio) costituisce, a mio sommesso avviso, il limite delle correnti teorie dell'azione⁽⁷⁾.

(5) BENVENUTI, *op. loc. cit.*

(6) *Ivi*, pagg. 121, 128.

(7) Non mi sembra il caso di ripercorrere qui la lunga e nota sequela delle fonti in argomento: una esauriente rassegna delle quali è in FURVO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze 1942, pagg. 295-299. Sui corsi e ricorsi della tormentata nozione e sui suoi recenti sviluppi mi permetto di rimandare a: CALAMANDREI, *Relatività del concetto di azione*, in *Studi*, V, Padova 1947, pag. 8 e segg.; SECNI, *Alcuni orientamenti nella dottrina processuale germanica*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, pag. 77 e segg.; LIEBMAN, *L'azione cit.*,

Tale polarizzazione, che è ovviamente un residuo, sia pure inconsapevole, della originaria e vischiosa confusione fra diritto soggettivo e azione, ha anzi svolto influenza negativa non soltanto sul dibattito concernente l'azione⁽⁸⁾, ma talvolta addirittura sull'andamento dei nostri studi, suggerendo un angolo visuale inadeguato per la contemplazione del processo e dei suoi rapporti col diritto sostanziale.

A me pare, invece, che l'azione possa essere definita soltanto ponendosi di fronte ad un più ampio quadro: cioè tenendo conto anche delle altre molteplici posizioni soggettive (di cui l'attore è munito nel processo e che sono tutte di pari rango ai fini della ricostruzione sistematica) e cogliendo il vincolo che le unisce. Da questo culmine, l'azione si presenta come una *situazione soggettiva composita*, cioè come l'insieme dei poteri, delle facoltà e dei doveri dell'attore nel processo; insieme individuato e ridotto ad unità (alla stessa stregua della *funzione* del magistrato, cioè dell'insieme dei suoi doveri) dal vincolo che coordina quei poteri, quelle facoltà e quei doveri nel procedimento, per essere ciascuno, direttamente o indirettamente, conseguenza di un altro e presupposto di un altro ancora⁽⁹⁾.

Ma in identico schema mi sembra vadano sistemate anche le molteplici posizioni del convenuto (i suoi poteri, le sue facoltà, i suoi doveri), nonché quelle di qualsiasi altra parte.

Solo così, se non vado errato, si riesce a cogliere, da un canto, il profilo unitario, senza perdere, dall'altro, il profilo dinamico della condotta processuale della parte: la quale non si limita a chiedere il provvedimento giurisdizionale, ma svolge,

pagg. 432-445; MICHELI, *La giurisdizione* cit., pagg. 168-131; ALLONIO, *Pluralità* cit., pagg. 265, 266; FURNO, *op. loc. cit.*

(8) Come vedremo più innanzi (*infra*, sub 10) il dibattito intorno alla natura « concreta » o « astratta » dell'azione pare ormai giunto ad un punto morto: a mio avviso, i termini stessi del dilemma vanno sottoposti a critica.

(9) In proposito, si vedano le osservazioni svolte nel precedente capitolo, sub 15.

lungo tutta la parabola del processo, la varia e complessa attività che a quel provvedimento adduce⁽¹⁰⁾.

La individuazione dello schema più vasto (il processo) e la constatazione della sua scomponibilità in schemi più ridotti, ciascuno dei quali comprende le posizioni processuali di uno dei soggetti del processo (del giudice: *funzione giurisdizionale*; dell'attore: *azione*; del convenuto, etc.) forniscono gli indispensabili paradigmi per lo studio dei rapporti fra diritto e processo.

Vedremo fra breve come il diritto sostanziale possa e debba considerarsi presupposto dell'intero processo, costituendo il parametro al quale la legge riferisce vuoi l'azione, vuoi la posizione (composita) processuale di ciascuna delle altre parti, vuoi la funzione del giudice. Qui preme rilevare l'interesse che, ai fini dell'indagine *de qua*, presenta una ulteriore distinzione, ribadita nel corso del precedente capitolo⁽¹¹⁾: dico della distinzione fra procedimento e fattispecie. Anche nel processo civile, non tutti gli atti della serie procedurale integrano la fattispecie giurisdizionale, cioè la fonte degli effetti sostanziali in vista dei

(10) Un richiamo alla complessità della posizione processuale della parte si trova anche in CARNELUTTI, *Sistema cit.*, I, pag. 360 e segg.; *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, pag. 106; e ora nel saggio del MICHELL, *Giurisdizione e azione cit.*, pag. 131.

Com'è noto, il profilo dinamico del processo è stato acutamente rilevato dal GOLDSCHMIDT (*Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925; lo segue ora NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen 1950, pag. 57 e segg.), e ciò costituisce un merito insigne della sua opera. La cui parte caduca consiste, invece, nell'aver guardato la dinamica del processo nello specchio del rapporto dedotto in lite, nell'averla cioè considerata, anziché come progressione delle attività processuali, come sequenza delle « situazioni » in cui vengono a trovarsi il rapporto sostanziale e i suoi soggetti, durante lo svolgimento di quelle attività: il che significa (ha ragione il LIEDMAN, *L'opera scientifica di G. Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale*, *Riv. dir. proc.*, 1950, pag. 328; v. in argomento anche COMENO, *Le situazioni soggettive cit.*, pag. 19 e segg.) prospettare una teoria della *res in iudicium deducta* e lasciare nell'ombra il processo. Inoltre, la dottrina in discorso è, come ho rilevato nel primo capitolo (nota n. 44), inficiata dall'inaccettabile assunto che ne costituisce la base: secondo il quale la norma sostanziale contiene oltre al precetto per l'attività privata, quello per l'attività giurisdizionale.

(11) V. sub 15.

quali il processo si svolge⁽¹²⁾. Gli è che la legge ricollega tali effetti ad una parte soltanto degli atti *de quibus*: così a quelli che, nella fase decisoria, perfezionano l'atto composto finale (i.e. la sentenza di merito); nonchè a quelli che rappresentano requisiti di efficacia di quest'ultimo (così la scadenza del termine per l'impugnativa)⁽¹³⁾; ma non anche agli atti preparatori (quelli in cui si concreta l'esercizio dell'azione, quelli che realizzano la posizione processuale del convenuto, quelli in cui si traduce la funzione del giudice).

Fermo che il profilo del procedimento offre una corretta sistemazione degli atti preparatori, collegandoli fra loro e con l'atto finale, la distinzione di cui sopra serve a spiegare la possibilità (della quale ho fatto cenno in epigrafe e darò conto in prosieguo) che fra il diritto sostanziale e gli atti preparatori sussista un grado di coordinamento diverso rispetto a quello che intercorre fra lo stesso e il provvedimento finale.

A sua volta, il cennato coordinamento degli atti preparatori (fra cui è il complesso che costituisce l'azione) al diritto *asserito*⁽¹⁴⁾, ma non ancora accertato, consente di offrire una sistemazione valida tanto per l'ipotesi che il processo culmini con la sentenza di accoglimento, quanto per il caso che esso abbia termine con altro provvedimento; e di superare così la cesura segnata dalle teorie che, ancorando l'azione all'esistenza del diritto o (il che è lo stesso) inquadrandola dal punto di vista della sentenza di accoglimento, riducono a mero fatto l'attività processuale che si conclude con la sentenza di rigetto⁽¹⁵⁾. Riduzione, invero, inaccettabile, ove si tenga conto:

(12) V. AA. cit. nella nota n. 116 del secondo capitolo.

(13) Ove ci si riferisca, invece, ad effetti differenti da quelli sostanziali, s'individuerebbe ovviamente una fattispecie diversa: ad esempio, rispetto al potere d'impugnare e al dovere del giudice superiore di sostituire col proprio il provvedimento impugnato, sta una fattispecie fra i cui componenti non compare più il decorso del termine per l'appello e la mancata presentazione di esso.

(14) Su ciò *infra*, sub 2.

(15) In quest'ordine di idee v.: SATTA, *Diritto processuale civile* cit., pag. 93 e segg.; REDENTI, *Diritto processuale civile* cit., I, pagg. 51 e segg.; CALAMANDREI.

che non è possibile postulare la irrilevanza di quelle attività senza togliere validità all'atto finale cui mettono capo (e, così, alla sentenza di rigetto alla quale invece si deve riconoscere e, difatti, si riconosce piena efficacia e perfino autorità di giudicato);

che, constatata la giuridica rilevanza delle attività in discorso, non v'è altra scelta che considerarle «lecite» o «illecite»;

che la seconda qualificazione è respinta anche dai fautori delle teorie in esame⁽¹⁶⁾ ed è, in effetti, inibita dal nostro sistema positivo (in cui la condotta processuale può considerarsi illecita ed è fonte di responsabilità per la parte solo nei limiti dell'art. 96 cod. proc. civ.⁽¹⁷⁾);

che, pertanto, le attività *de quibus* devono ritenersi perfettamente lecite: donde appunto, la necessità di approntare uno schema che le comprenda e le spieghi.

2. I rapporti fra diritto e processo esigono di essere indagati non soltanto, come spesso si suole (si pensi, fra l'altro, alle numerose teorie elaborate in Germania intorno all'«oggetto» del processo di cognizione⁽¹⁸⁾) con riferimento al processo di cognizione, bensì anche agli altri tipi di processo (non ultimo il processo cautelare) offerti dall'ordinamento positivo.

Istituzioni cit., I, pag. 126; HELLWIG, *Klagerrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig 1905, pag. 25 e segg.

⁽¹⁶⁾ *Contra*: BARBERO, *Sistema cit.*, I, pag. 135 e segg. Invero anche nell'opera del CHIOVENDA c'è qualche accenno alla illegittimità della domanda infondata (cfr. *Azione*, in *Saggi*, cit., pag. 19); ma esso è decisamente contraddetto, specie dalla costruzione chiovendiana della condanna alle spese, da lui configurata come conseguenza obiettiva della soccombenza (*La condanna alle spese giudiziali*, Roma 1935, pag. 173; *Istituzioni*, I, pag. 142).

⁽¹⁷⁾ Cfr. CHIOVENDA, *La condanna cit.*, loc. cit.; SATTA, *Diritto processuale civile cit.*, pag. 88 e segg.; CARNELUTTI, *Sistema*, I, pag. 435; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino 1955, pag. 341 e segg.; MINOLI, *La distribuzione delle spese fra le parti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, pag. 227; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, pag. 337 e segg.

⁽¹⁸⁾ V. la dottrina tedesca cit. nella Introduzione, e di cui *infra*.

Non c'è dubbio, peraltro, che, per complessità di struttura, nonchè per ricchezza e varietà di costruzioni dottrinali, il processo di cognizione fornisca le indicazioni più cospicue di quei rapporti e costituisca il primo banco di prova di qualsiasi teorica in argomento.

Come si è rilevato in epigrafe, mi pare che chiare e convergenti indicazioni positive (da trarsi come sempre dagli astratti paradigmi normativi) impongano di respingere la configurazione del processo di cognizione come uno strumento messo a disposizione di chiunque voglia adire il giudice, rivolgendogli una qualsiasi domanda; cioè come strumento che prescindendo, al tempo stesso, dai limiti, esterni ed interni, della giurisdizione e dalla situazione sostanziale preesistente⁽¹⁹⁾.

È vero che, in difetto di certi presupposti per lo svolgimento del processo, sono previste delle attività per così dire riparatorie, a seguito delle quali il processo può ordinatamente svolgersi: così la rinnovazione della citazione, la riassunzione della causa avanti al giudice competente, la integrazione del contraddittorio. Ma, se non sbaglio, proprio questo somministra la prova che lo svolgimento del processo non fa astrazione da ciò che si chiede al giudice e dalle ragioni per le quali si chiede.

Giova, piuttosto, chiarire come il sistema positivo attui il coordinamento.

Prescindendo dal caso limite della domanda che abbia come oggetto, anzichè un provvedimento giurisdizionale, una condotta che non sia per alcun verso raggugliabile ad esso (*exempli gratia*, la domanda che chieda al giudice, anzichè una sentenza, una prestazione materiale o un consiglio): nella quale ipotesi pare evidente che l'organo giurisdizionale possa, anzi debba, rifiutare il compimento di qualsiasi attività processuale; si constata, innanzitutto, come la indeterminatezza di oggetto della domanda conduca alla rilevazione, di ufficio, della sua nullità e

(19) V. *infra*, sub. 5

alla conseguente estinzione del processo, ove la parte non provveda alla rinnovazione.

Si passa, poi, alla domanda avente per oggetto un provvedimento giurisdizionale che non rientri fra i tipi nominati e definiti dalla norma (condanna, accertamento, costituzione), oppure decampi dall'ambito del potere (*rectius*: dovere) giurisdizionale (si pensi ai ricorrenti esempi della sentenza di divorzio, della sentenza di annullamento di un atto amministrativo, etc.). È pacifico che in questa ipotesi il processo di cognizione non possa percorrere il suo arco fino alla decisione di merito. Non direi, però, che si tratti ancora di nullità della citazione⁽²⁰⁾, dal momento che il precetto dell'art. 163 cod. proc. civ., n. 3, risulta qui adempiuto mediante la indicazione di un ben determinato provvedimento, e nemmeno accederei all'autorevole avviso⁽²¹⁾ secondo il quale il processo si chiuderebbe in sul nascere con una pronuncia di non luogo a procedere, a meno che si voglia, con tale locuzione, far riferimento alla pronuncia del difetto di giurisdizione. Se non sbaglio, nelle ipotesi in discorso ricorre, appunto, tale difetto e la relativa pronuncia costituisce, secondo il paradigma normativo, l'appropriato sbarramento.

Ma — e veniamo più specificatamente al nostro tema — altrettanto necessario, affinché possa svolgersi il processo, è il coordinamento della domanda con la situazione sostanziale preesistente. Il punto è assai delicato, vuoi perchè costituisce oggetto di un dibattito non mai concluso, specie fuori d'Italia, vuoi perchè esso riguarda l'ingresso del diritto soggettivo (sostanziale) nel processo.

È noto come si siano conteso il campo, in Germania, dopo l'entrata in vigore della Z.P.O. la «*Substantiierungstheorie*»⁽²²⁾

(20) Così, invece, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli 1945, pag. 6.

(21) Del REBENT, *Diritto processuale civile* cit., II, pag. 4.

(22) Fra i suoi fautori v. WEISSMANN, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Leipzig 1885, I, pag. 63 e segg.; STEIN-JONAS, *Kommentar zur Z.P.O.*, I, pag. 253, nota; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin 1932, pagg. 170-171.

e la « *Individualisierungstheorie* »⁽²³⁾: le quali, ammessa la rilevanza della allegazione di quella che nel nostro linguaggio (tradizionale, ma tuttora esatto ed efficace) passa sotto il nome di *causa petendi* (in Germania si parla, come ognuno sa, di *Klagegrund*) ai fini della determinazione della domanda, si distinguono per ciò che la prima ritiene sufficiente l'allegazione dei fatti costitutivi, la seconda considera necessaria l'indicazione del rapporto giuridico (sostanziale).

Trasferita in Italia, la controversia non è stata altrettanto animata, anche perchè il punto di vista della « individuazione » ha avuto dalla sua i più autorevoli processualisti⁽²⁴⁾. Mi pare, peraltro, che le contrapposte soluzioni siano poco o punto distanti e che, anzi, si possano giustapporre come due facce della stessa realtà: propugnare, infatti, l'allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti. Con la sola avvertenza, del resto pacificamente ritenuta⁽²⁵⁾, che il *nomen iuris* che

(23) Il suo primo assertore fu il WACH, *Vorträge über die Rechts Civilprozessordnung*, Bonn 1896, pag. 15 e segg. Lo seguono: DUCENKOLA, *Beiträge zum Zivilprozess*, Leipzig 1905, pag. 185; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, III, Leipzig 1909, pag. 5 e segg.; *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig 1912, pag. 309.

(24) CHIOVENDA, *Principi cit.*, pag. 278 e segg.; *Istituzioni cit.*, I, pag. 311 e segg.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova 1933, IV, pag. 2 e segg.; *Istituzioni cit.*, pag. 13 e segg.; BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma 1936, pag. 174 e segg.; ma già in *Rivista diritto commerciale*, 1929, I, pag. 544 e segg. V. anche HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova 1937, pag. 158 e segg. *Contra*: ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove in appello*, Milano 1916, pag. 329 e segg.

(25) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, 316; SATTA, *Diritto processuale civile cit.*, pag. 112; HEINITZ, *op. cit.*, pag. 150; ZANZUCCHI, *Diritto processuale cit.*, II, pag. 38; BETTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 311. In giurisprudenza cfr., fra le più recenti: Cass. 20 febbraio 1957 n. 621, in *Massimario Foro it.*, coll. 122, 123; Cass. 31 gennaio 1957 n. 353, *ivi*, col. 71; Cass. 14 aprile 1956 n. 1101, *ivi*, col. 209; Cass. 19 gennaio 1956, n. 165, *ivi*, col. 165; Cass. 18 maggio 1953, in *Giustizia civ.*, 1953, pag. 646.

L'attore sia per assegnare alla situazione giuridica sostanziale addotta non è vincolante per il giudice.

In Germania, invece, il dibattito intorno alla rilevanza e alla portata del *Klagegrund* è ancora vivo, essendo parte essenziale del problema dell'« oggetto » del processo che, ancora e vieppiù oggi, appassiona la scienza tedesca ⁽²⁶⁾.

Vedremo più avanti che il punto di vista dell'« oggetto » del processo costituisce una delle prospettive in cui possono essere inquadrati i rapporti fra diritto e processo, e così il rapporto, qui in discorso, fra lo svolgimento del processo e l'affermazione della situazione sostanziale. Preme, intanto, rilevare come alcune punte avanzate del moderno pensiero germanico stiano sacrificando all'altare dell'autonomia del processo i legami che pur sussistono fra la sfera processuale e quella sostanziale (distinte, ma non incomunicabili ⁽²⁷⁾). Di tale sacrificio costituiscono testimonianze, secondo me allarmanti, proprio alcune delle soluzioni, ivi offerte, del problema che ci occupa: così quella del Nikisch ⁽²⁸⁾, secondo il quale la situazione sostanziale non giocherebbe per l'individuazione della affermazione giuridica dell'attore (*Rechtsbehauptung*); quella dello Schwab ⁽²⁹⁾, per il quale la richiesta dell'attore (*Begehren*) starebbe da sola nel pro-

(26) Molti e recenti sono i contributi in argomento: NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen 1935; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe 1949; LENT, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *ZZP*, 1952 (65), pag. 315 e segg.; SCHWAR, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, München und Berlin 1954; BÖTTICHER, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1954; *Zur Lehre von Streitgegenstand im Eheprozess*, in *Festschrift für Leo Rosenberg*; BOTTERMANN, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1954; ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, München und Berlin 1954; POHLE, in *Juristische Rundschau*, 1954; BLOMEYER, *Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin*, 1955; WEDER, in *ZZP*, 1955; HABSCHIED, *Der Streitgegenstand in Zivilprozess und im Streiverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld 1956.

(27) Per un autorevolissimo richiamo alla realtà, v. REDENTI, *Il giudicato* cit., pag. 698, note 41, 41; SATTA, *Diritto processuale civile* cit., pag. 159, nota.

(28) *Op. cit.*, pag. 14 e segg.

(29) *Op. cit.*, pag. 191 e segg.

cesso senza il concorso del *Klagegrund*; quella del Bötticher⁽²⁰⁾, per il quale « oggetto » del processo è il *petitum*, individuato non in relazione al *Klagegrund*, ma con riferimento al fine; quella del Habscheid⁽²¹⁾, il quale, se ha il merito di riconoscere che l'affermazione dell'attore si concreta anche attraverso il suo fondamento, finisce poi con l'identificare quest'ultimo col vago concetto di « episodio della vita » (*Lebensvorgang*) da lui puntualizzato, ma senza apprezzabile beneficio, in quello di *Lebenssachverhalt*⁽²²⁾.

Non è senza significato che, contro queste impostazioni estreme⁽²³⁾, che rivendicano al processo la più assoluta delle indipendenze, si reagisca anche in Germania⁽²⁴⁾. Si pensi all'energico richiamo del Lent⁽²⁵⁾ alla teoria dell'individuazione, e all'attacco a fondo da lui condotto contro l'inutile nozione di *Lebensvorgang*: esattamente il Lent rileva che l'« episodio della vita » deve corrispondere, per acquistar rilievo, ad una fattispecie astratta, dalla quale si possa trarre una certa situazione giuridica⁽²⁶⁾. Si considerino anche i dissensi del Bottermann⁽²⁷⁾, del Weber⁽²⁸⁾, del Blomeyer⁽²⁹⁾, nonché l'acuta messa a punto

(20) *Op. cit.*, pag. 85 e segg.: 91 e segg.

(21) *Op. cit.*, pag. 184 e segg.

(22) *Op. cit.*, pag. 206 e segg.

(23) Alle quali sostanzialmente aderiscono anche il POHLE (*op. cit.*, pag. 436 e segg.) e il più recente ROSEMBERG (*op. cit.*, pag. 395).

(24) In Italia le impostazioni *de quibus* hanno avuto qualche eco, per lo più critica: v. CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, pag. 74; ALLORIO, in *Ius*, 1955, pagg. 168, 169; ma già precedentemente, SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica cit.*, pagg. 77, 78; ANDRIOLI, *Il principio del « ne bis in idem » e la dottrina del processo*, in *Annali triestini di diritto, economia e politica*, 1941, pagg. 263 e segg.; ATTARDI, in *Ius*, 1952, pag. 416. Sostanzialmente favorevole è, invece, la recentissima recensione del DE STEFANO allo Habscheid (*Der Streitgegenstand cit.*) in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, pag. 327 e segg.

(25) *Op. cit.*, pag. 438 e segg.

(26) *Op. cit.*, pag. 464 e segg.

(27) *Op. cit.*, pag. 196 e segg.

(28) *Op. cit.*, pag. 112.

(29) *Op. cit.*, pag. 71.

del nostro Heinitz (40).

In verità, senza certo sottovalutare il merito della moderna dottrina tedesca, e senza negare la modernità della tecnica (peraltro non scevra di qualche virtuosismo) che la parte migliore di essa appresta e adopera, mi pare che le posizioni da tempo consolidate in Italia in tema di coordinamento fra processo e situazione sostanziale preesistente corrispondano meglio alla realtà, quanto meno alle risultanze del nostro ordinamento positivo.

Infatti, sebbene la « esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda » non sia prescritta a pena di nullità della citazione (né riterrei che si possa superare il limite segnato dall'art. 163 cod. proc. civ., profilando la carenza di quella esposizione come causa di incertezza dell'oggetto, di cui al n. 3 di quella norma (41)), non c'è dubbio che, nel nostro sistema, l'allegazione della *causa petendi* sia indispensabile per lo svolgimento del processo di cognizione (42). Tale allegazione rappresenta, infatti, il parametro per la determinazione della giurisdizione, della competenza, della legittimazione ad agire: così, soltanto riferendosi alla *causa petendi*, e rilevando che la condanna della pubblica amministrazione è chiesta, anziché in base all'illegittimità dell'atto amministrativo, in base all'inopportunità di esso, il giudice può desumere il difetto di giurisdizione; soltanto riferendosi alla situazione sostanziale il giudice può disporre, *in limine litis*, l'integrazione del contraddittorio.

L'attiva partecipazione del giudice istruttore — consistente

(40) Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato, in *Giurisprudenza italiana*, 1955, I, 1, col. 775 e segg.

(41) Così, invece, ANDRIOLI, *Commento cit.*, II, pag. 9.

(42) Cfr. REBENTI, *Diritto processuale civile*, II, pag. 5; LIEBMAN, *Manuale cit.*, pagg. 72, 73; ANDRIOLI, *Commento cit.*, loc. cit.; BETTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 273 segg.; COSTA, *Manuale cit.*, pag. 242 e segg.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale cit.*, II, pag. 38. In giurisprudenza cfr. Cass. 30 giugno 1952, in *Giurisprudenza it.*, I, 1, col. 812; Cass. 16 gennaio 1952, in *Repertorio Foro it.*, 1952, voce *Procedimento in materia civile*, n. 254.

nella richiesta di chiarimenti, nell'ordine d'integrazione del contraddittorio, nella chiamata del terzo, nel sindacato circa la rilevanza e ammissibilità delle prove, nella rimessione al collegio perchè si pronunci sulla giurisdizione, sulla competenza, sulla legittimazione ad agire — s'impernia appunto sulla presenza della situazione sostanziale nel processo (beninteso allo stato di asserzione), provocandola o presupponendola. Nell'astratto paradigma normativo, queste attività garantiscono, meno rigidamente, ma non per questo con minore efficacia rispetto alla nullità della citazione, il coordinamento fra il processo e l'affermazione della situazione sostanziale preesistente.

3. Svilupperemo più innanzi il rilievo che l'allegazione della *causa petendi* è il parametro per la determinazione vuoi dei poteri (*rectius*: doveri) del giudice, vuoi dei poteri (e facoltà) delle parti. Preme, invece, di sottolineare subito che la allegazione della *causa petendi* alle soglie del processo, e comunque necessariamente prima che esso si addentri nella trattazione di merito, segna l'ingresso del diritto soggettivo (sostanziale) nel giudizio di cognizione.

Se è vero che l'attore allega dei fatti, ma non già qualsiasi « episodio della vita » bensì dei fatti che, rientrando nello schema di una norma, generano determinate conseguenze giuridiche, non pare dubbio che egli deduce i fatti costitutivi della situazione giuridica (sostanziale) preesistente e, innanzitutto, la fattispecie concreta da cui sia derivata la posizione di preminenza rispetto al bene: il che val dire il diritto soggettivo (sostanziale).

In limine, il diritto soggettivo è dedotto in giudizio allo stato di asserzione ⁽⁴³⁾ (meglio si direbbe di « pretesa » se il termi-

(43) La proposizione è enunciata con particolare vigore dal BETTI (*Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, pag. 205 e segg.; ma già ne *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, pag. 36 e segg.). In questo senso cfr. ora anche: MICHELI, *Giurisdizione e azione cit.*, pag. 126; MANDRIOLI, *Azione esecutiva cit.*, pag. 93 e segg.

ne non fosse — come invece è — pregno di varii e contraddittori significati ⁽⁴⁴⁾): vedremo come esso divenga, in seguito, oggetto della controversia e come finisca col presentarsi (nella ipotesi di sentenza di accoglimento) quale realtà accertata.

Ma, vi sia presente come realtà meramente affermata, come realtà oggetto di discussione, come realtà accertata (sono questi altrettanti punti di vista da cui va contemplata la presenza del diritto nel giudizio), in quale schema il diritto soggettivo compare nel processo?

Ovviamente, l'interrogativo è dei più gravi: quanto a difficoltà teorica, basti tener presente come sia sempre risultato arduo spiegare l'ingresso del diritto reale nel giudizio (al punto che si è finito col porre a base della revindica, non già il diritto reale, bensì un diritto di credito che sorgerebbe dalla sua violazione ⁽⁴⁵⁾); quanto ad utilità pratica, basti considerare che sullo schema *de quo*, si basa, come meglio vedremo, la determinazione dei *legitimi contradictores*.

A me sembra, se non sbaglio, che alcuni argomenti svolti nel precedente capitolo e le conclusioni che ivi si è cercato di attingere si appalesino utili proprio per la soluzione di questo problema.

Si è visto che il diritto soggettivo si presenta, per così dire *in rerum natura*, in uno dei seguenti schemi: diritto realizzato dalle facoltà del titolare e, correlativamente, dagli obblighi di astensione degli altri consociati ⁽⁴⁶⁾; diritto realizzato soltanto dagli obblighi di astensione ⁽⁴⁷⁾; diritto realizzato da un singolo obbligo ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ *Retra*, capitolo primo, sub 2; capitolo secondo, sub 2. Di « pretesa » come sinonimo di « affermazione » parlano il BETTI, *op. loc. cit.*; JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino 1942, pag. 109. Chi poi ha cercato di utilizzare non già il nome, ma il concetto stesso di « Anspruch » è pervenuto a risultati del tutto inaccettabili: v. GUASP, *La pretesa processuale*, in *Ius*, 1951, pag. 481 e segg.; 1952, pag. 101 e segg.; KLEINFELDER, *Der Begriff « Anspruch »*, in *Archiv für die civil. Praxis*, 16^e (1933), pag. 129 e segg.

⁽⁴⁵⁾ V. *retro*, capitolo secondo, sub 14.

⁽⁴⁶⁻⁴⁷⁻⁴⁸⁾ V. *retro*, capitolo secondo, sub 16.

Si è anche cercato di chiarire come lo schema più complesso (quello del diritto assoluto) possa essere scomposto e ridotto in ischemi semplici, nei quali al dato diritto (per es. quello di proprietà) venga riferita una soltanto delle posizioni componenti: per esempio, uno solo fra gli obblighi di astensione che costituiscono la cosiddetta rete di sicurezza⁽⁴⁹⁾.

Utilizzando siffatti risultati, mi pare appunto sia agevole spiegare, vuoi in che modo il diritto soggettivo, in genere, svolga il ruolo di presupposto della attività giurisdizionale; vuoi, e più specificatamente, come venga dedotto in giudizio il diritto assoluto.

Il diritto soggettivo viene dedotto in giudizio per ciò che esso è: quale punto di riferimento dell'obbligo di cui si lamenta la violazione. Tale punto di riferimento, fissato dalla norma sostanziale per indicare la direzione dell'obbligo, assolve la stessa funzione nel processo: dove, incardinato come presupposto della tutela giurisdizionale, in corrispondenza dell'obbligo violato, segna appunto la direzione di quella tutela, ne individua, cioè, il destinatario.

In altri termini: se è vero che il giudice non attua il diritto soggettivo (nel senso che non l'attua direttamente; e spoglio qui la parola da qualsiasi significato tecnico, usandola solo per richiamare vuoi la coattività della funzione giurisdizionale, vuoi la possibilità che essa si traduca, al limite, in attività materiale compiuta al posto del debitore), ma piuttosto attua l'obbligo; non è men vero che ciò fa in direzione del diritto: sul presupposto, dico, di una posizione di preminenza già cristallizzata dalla norma sostanziale e bisognosa di ulteriore tutela.

Come il diritto soggettivo in genere è dedotto in giudizio in corrispondenza dell'obbligo, cioè quale punto di riferimento del medesimo, nello stesso semplice schema vi compare anche il diritto assoluto. Quest'ultimo (e così il diritto reale) non entra nel processo con tutta la coorte delle facoltà e dei doveri di asten-

(49) V. *retro*, capitolo secondo, sub. 14.

sione adibiti alla sua realizzazione, bensì soltanto con uno, in relazione ad uno dei molteplici doveri di astensione che costituiscono strumenti della sua realizzazione: precisamente in relazione al dovere che non è stato adempiuto e al cui adempimento coattivo occorre, pertanto, provvedere.

Se questo è vero, non è difficile constatare i limiti di alcune pur autorevolissime vedute. Innanzitutto di quella⁽⁵⁰⁾ secondo la quale le facoltà collegate al diritto soggettivo reale scenderebbero sul terreno del processo: quivi esse susciterebbero l'attività giurisdizionale, come presupposto e oggetto della sentenza di accertamento⁽⁵¹⁾ (mentre, in sede di esecuzione, avrebbero addirittura virtù di realizzarsi da se medesime⁽⁵²⁾).

Mi sembra, invece, che la facoltà, come del resto il potere, non costituisca presupposto od oggetto immediato dell'attività giurisdizionale. Infatti, ove di una facoltà (o di un potere) sia contestata la esistenza, presupposto della sentenza di accertamento non è la facoltà (o il potere) contestato, bensì — come si è cercato di chiarire nel precedente capitolo⁽⁵³⁾ — quel diritto all'integrità della propria sfera patrimoniale di cui il titolare della facoltà è, come ogni soggetto, munito. Tale diritto viene dedotto in giudizio in relazione ad uno dei doveri che, secondo la legge sostanziale, sono adibiti alla sua realizzazione, e precisamente a quello, fra i doveri imposti a tutti i consociati, che è stato violato mediante la contestazione della data facoltà o del dato potere.

Neanche nella ipotesi che ne sia impedito l'esercizio (mediante intrusione nel bene che costituisce, ad esempio, oggetto

(50) SATTI, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1954, pag. 3 e segg.

(51) *Op. cit.*, pag. 7 e segg.; *Diritto processuale cit.*, pag. 214. Per una approfondita critica della teoria sattiana v.: ALLORIO, in *Ius*, 1950, pag. 340 e segg.; MICHELLI, *Dell'unità del concetto di esecuzione forzata*, in *Rivista di diritto processuale*, 1952, pag. 289 e segg. V. anche CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1951, pag. 93.

(52) *Op. cit.*, pag. 245 e segg.

(53) V. sub 18.

di proprietà) viene portata in giudizio la facoltà: in questo caso, è dedotto in lite il dovere c.d. di astensione (che incombe all'attentatore, come a qualsiasi altro consociato, e che questi ha violato), connesso, in ischema semplice, col diritto (di proprietà) al cui servizio è, insieme agli altri, adibito. (Infine, neppure in sede di esecuzione per consegna o rilascio la facoltà entra nel processo, nè, tanto meno, si realizza da sola: l'attività che vi si compie non è attività del privato titolare del diritto, bensì è, come nelle altre forme di esecuzione, attività di organo giurisdizionale⁽²⁴⁾; ed è attività immediatamente volta alla concreta materiale attuazione di quel dovere violato).

Sempre come corollario della tesi qui propugnata, mi pare si debba rilevare come (chiarito che il diritto reale è dedotto in giudizio nello schema semplice del diritto relativo, in cui al diritto risulta collegato un solo obbligo, e cioè quel dovere di astensione di cui si lamenta l'inadempimento) il frequente e in sè esatto rilievo che nel giudizio di revindica il diritto si presenta nello schema del diritto relativo ben si spiega: senza bisogno, tuttavia, di negare, come si suole⁽²⁵⁾, che si tratti del diritto reale e di configurare, all'uopo, un nuovo e distinto diritto di credito che, in quel giudizio, ne prenderebbe il posto. (Quanto, poi, agli altri argomenti addotti a conferma dell'esistenza di un siffatto diritto di credito, come quello desunto dalla pretesa portata negativa del dovere c.d. di astensione, mi permetto di rimandare il lettore alle considerazioni svolte nel precedente capitolo⁽²⁶⁾).

4. Si è rilevato che l'allegazione « dei fatti e degli elementi di diritto » costituisce il parametro per la determinazione dei doveri del giudice e dei poteri delle parti: ma il rilievo deve essere approfondito.

(24) Cfr. ALLORIO, *op. loc. ult. cit.*

(25) V. *retro*, capitolo secondo, sub 14 e AA. *ivi cit.* in nota.

(26) *Ibidem.*

Innanzitutto, l'allegazione *de qua* non può limitarsi al diritto e all'obbligo corrispondente (i.e. alla fattispecie concreta alla quale la norma ricollega l'uno e l'altro), ma deve estendersi ad altri elementi sostanziali:

la lesione del diritto, consistente nella violazione dell'obbligo che figura nello schema del diritto soggettivo dedotto in lite; cioè dell'obbligo che, dovendo — da solo o con altre posizioni soggettive — funzionare come strumento per la realizzazione di quel diritto, è praticamente mancato al compito;

e, nella ipotesi di legittimazione straordinaria⁽³⁷⁾, la fattispecie da cui deriva quest'ultima (ad es. la fattispecie da cui deriva la qualità di creditore, necessaria a' sensi dell'art. 2900 cod. civ.).

Per quanto concerne la lesione, la sua presenza nel processo (ancor qui come affermazione dell'attore, in principio; come oggetto di accertamento, poi; infine, come realtà accertata) non mi pare possa essere esclusa, com'è stato invece autorevolmente sostenuto⁽³⁸⁾, in base all'assunto che la esistenza (affermata, discussa, o provata) del diritto soggettivo implica logicamente lo inadempimento (così come l'adempimento implica la estinzione del diritto). Intanto nutrei seri dubbi sulla validità di tale assunto, soprattutto pensando al diritto all'altrui astensione, che

(37) GARRAGNATI, *La sostituzione processuale* cit., pag. 173 e segg. e AA. ivi cit. V. anche CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., I, pag. 122; REDENTI, *Profili* cit., pag. 379; ROCCO Ugo, *La legittimazione ad agire*, Roma 1929, pag. 60 e segg. Contro il concetto di sostituzione processuale si pronuncia il SATTA (*Diritto processuale* cit., pagg. 76, 109), secondo il quale la c.d. legittimazione anomala non presenterebbe alcuna anomalia essendo coordinata alla tutela di un interesse del legittimato (pag. 109). Tale spiegazione, in verità, non parrebbe convincente: la tutela giurisdizionale è coordinata al diritto soggettivo e non al mero interesse materiale; quand'anche, poi, si replichi che nelle ipotesi *de quibus* si tutela appunto il diritto del legittimato straordinario (*op. cit.*, pag. 76), è agevole constatare che vi sono casi di legittimazione straordinaria non coordinati alla titolarità di un diritto (da parte del legittimato in via straordinaria): si pensi alla legittimazione del pubblico ministero (cfr. GARRAGNATI, *Azione* cit., pag. 346).

(38) GARRAGNATI, *Azione* cit., pagg. 334, 335; ATTARDI, *Interesse* cit., pag. 65 e segg., 125 e segg.

è realizzato, non già *uno actu*, ma da un'omissione permanente⁽⁵⁹⁾, e sopravvive quindi all'adempimento istantaneo. Comunque, pur accettandolo, non mi pare che esso conduca alla proscrizione dell'inadempimento: al contrario, quest'ultimo finisce per essere inserito nella fattispecie stessa del diritto, cioè nel novero di quei fatti che occorre allegare (e poi provare) per pervenire alla dimostrazione del diritto soggettivo.

Sulla costante presenza della lesione (i.e. dell'inadempimento dell'obbligo) fra i presupposti sostanziali del processo, mi permetto di rinviare anche a quanto ho avuto modo di chiarire in altra sede⁽⁶⁰⁾. Gradirei aggiungere che le delucidazioni, che ho cercato di fornire qui circa i modi e i termini in cui il diritto soggettivo entra nel processo e secondo i quali il diritto è dedotto in giudizio *in corrispondenza dell'obbligo*, costituiscono, beninteso se ritenute convincenti, una ulteriore spiegazione e, al tempo stesso, una conferma di quella indefettibile presenza.

Vorrei anche rilevare come altre considerazioni e sistemazioni offerte nel corso di questa indagine suffraghino la tesi in discorso, potendosi validamente addurre contro le principali obiezioni. Per cominciare, non ha pregio l'argomento secondo il quale la tutela giurisdizionale del diritto reale, e segnatamente la revindica, non presupporrebbe la lesione, sul riflesso che presupposto immediato di tale tutela non sarebbe il diritto reale, bensì il diritto di credito, al quale appunto la lesione del primo metterebbe capo⁽⁶¹⁾. Ho, di contro, cercato di chiarire come il diritto reale entri nel giudizio di revindica e come ad esso debba ritenersi collegato uno dei doveri c.d. di astensione, inteso quest'ultimo nella sua esatta portata⁽⁶²⁾. Ma, ove pure si ammetta l'insorgere di un nuovo e distinto diritto (di credito) alla resti-

(59) V. capitolo secondo, sub 3.

(60) V. *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 131 e segg.

(61) *ATTARSI, op. cit.*, pag. 92 e segg.

(62) V. capitolo secondo, sub 3.

tuzione della cosa, ci s'imbatte pur sempre nella lesione, la quale consisterà in ciò che il corrispondente obbligo (di restituire, preesistente al processo e operante nei confronti dell'usurpatore) non sia stato adempiuto.

Nè mi pare sia fondata la ricorrente illazione che la lesione del diritto non sarebbe presupposto del processo di accertamento⁽⁶³⁾. Pure nel precedente capitolo⁽⁶⁴⁾ si è cercato di chiarire, e poc'anzi si è ribadito, che presupposto della sentenza *de qua* non è la posizione giuridica oggetto dell'accertamento, bensì il diritto (assoluto) alla integrità della sfera patrimoniale. Tale diritto è dedotto nel giudizio di accertamento (tanto positivo quanto negativo) in corrispondenza di quello, fra i doveri imposti ai consociati come strumenti della sua realizzazione, che risulti in pratica violato (mediante la contestazione della posizione che esiste o l'affermazione della posizione che non esiste).

Nemmeno in ordine alla sentenza costitutiva fa difetto il presupposto della lesione. Così, per stare ad esempi già offerti⁽⁶⁵⁾, la sentenza che costituisce il rapporto che sarebbe dovuto scaturire dal contratto definitivo presuppone la violazione dell'obbligo di prestare il consenso (e del corrispondente diritto) sorto dal *pactum de ineundo contractu*; la sentenza di separazione dei coniugi per colpa presuppone la violazione di uno degli obblighi imposti dalla legge a ciascuno dei coniugi⁽⁶⁶⁾.

(63) V., fra i più, CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., I, pag. 47; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 207 e segg.; BETTI, *Diritto processuale* cit., pag. 80; SECNI, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, pag. 252.

(64) V. sub 18.

(65) Ne *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 133.

(66) Quanto alla sentenza che annulla il negozio privato, mi viene obiettato (dall'ALLORIO, *Nuove riflessioni* cit., pag. 58) che essa non è necessariamente coordinata alla lesione. Mi permetterei di rilevare quanto segue. Senza dubbio, la sentenza *de qua* non è un provvedimento costitutivo necessario, ma soltanto eventuale. Ciò significa che i contraenti hanno, prima e a prescindere dal giudizio, potere di annullare il negozio. Di più: il contraente legittimato (cioè il soggetto passivo del dolo, della violenza, dell'errore, il minore incapace) può, anzi deve chiedere all'altro che presti il suo consenso all'annullamento, crean-

Se questi rilievi sono esatti, da essi mi pare tragga conforto la opinione classica ⁽⁵⁷⁾ che identifica nella lesione « l'interesse ad agire » (di cui ora all'art. 100 cod. proc. civ.). Ove, infatti, si escluda, per le ragioni sopra esposte, che la lesione manchi nel caso di condanna e di costituzione e che si traduca, nel caso di accertamento, nella situazione d'incertezza intorno al diritto ⁽⁵⁸⁾, il fatto che la norma richieda la presenza dell'« interesse » in tutti i casi non costituisce più ostacolo all'affermata identificazione, chè anzi somministra un ulteriore argomento in suo favore.

D'altronde, non mi pare accettabile il recentissimo avviso ⁽⁵⁹⁾, secondo il quale l'« interesse » *de quo* coinciderebbe con l'interesse materiale oggetto di tutela: la riconosciuta preesistenza del diritto soggettivo rispetto al processo, come vieta d'identificare il diritto con l'azione, così inibisce di collegare la tutela giurisdizionale, anzichè al diritto soggettivo, al concreto interesse materiale (che del diritto costituisce, ma non sul piano

dogli così l'obbligo di prestarlo. Allora, la lesione consisterà proprio nell'inadempimento dell'obbligo (di prestare il consenso), generato a carico di un contraente dall'esercizio del potere da parte dell'altro.

⁽⁵⁷⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, I, pagg. 166, 167; ANDRIOLI, *Commento cit.*, I, pagg. 261, 262; CALAMANDREI, *Istituzioni cit.*, pag. 140; ZANZUCCHI, *Diritto processuale cit.*, I, pag. 124; ROCCO Ugo, in *Corso, cit.*, I, pag. 270. *Contrat*: GARRAGNATI, *Azione cit.*, pag. 330. Per una recisa svalutazione della nozione d'interesse v. INVREA, *op. cit.*, pag. 320.

La prevalente giurisprudenza nutre la teoria accolta nel testo: cfr. Cass. 18 dicembre 1956 n. 4454, in *Massimario Foro it.*, 1956, col. 827; Cass. 16 giugno 1955, in *Massimario Foro it.*, 1955, col. 404; Cass. 21 ottobre 1954, in *Giustizia civile*, 1954, pag. 2061; Cass. 28 aprile 1954, in *Giurisprudenza it.*, 1955, I, 1, col. 196.

⁽⁵⁸⁾ Così, invece, GARRAGNATI, *Azione cit.*, pagg. 331, 332 e AA. *ivi cit.*: ATTARDI, *op. cit.*, pag. 158; e già REDENTI, *Profili cit.*, pag. 67; FURNO, *Del mero accertamento come sanzione*, in *Archivio giuridico*, CXX, pagg. 199, 203. In giurisprudenza cfr. Cass. 16 febbraio 1957 n. 570, in *Massimario Foro it.*, 1957, col. 113; Cass. 11 novembre 1955, in *Foro it.*, 1955, I, col. 1436; Cass. 21 ottobre 1954, in *Repertorio Foro it.*, 1954, voce *Azione*, n. 6.

⁽⁵⁹⁾ SATTA, *Diritto processuale cit.*, pagg. 68, 108, 109; ma v. già *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, col. 169 e segg.

giuridico⁽⁷⁰⁾, il substrato) e di utilizzare quest'ultimo a fini sistematici sussumendolo nello schema dell'art. 100.

Nè credo abbia pregio l'altrettanto recente tentativo⁽⁷¹⁾ di identificare l'«interesse ad agire» con la astratta possibilità di tutela della situazione sostanziale asserita dall'attore. Ove con ciò ci si riferisca alla c.d. possibilità giuridica del provvedimento richiesto, mi sembra agevole obiettare che tale possibilità non costituisce (come pur dovrebbe, per essere inquadrata nell'art. 100 cod. proc. civ.) un presupposto dell'azione, bensì — lo si è visto più sopra — della giurisdizione.

Ove, invece, si voglia profilare quella possibilità non come componente, sibbene come risultante della situazione sostanziale dell'attore, cioè come possibilità (desunta da quella situazione) di chiedere la tutela, si finisce per identificare e confondere l'interesse con la legittimazione ad agire⁽⁷²⁾: la quale consiste, appunto, come vedremo fra breve, nella titolarità dei poteri e delle facoltà processuali.

Senza contare che le teorie in esame devono poi fare i conti con la necessità di sistemare, negli schemi offerti dal diritto positivo, la lesione: la quale è pur sempre contemplata da quelle dottrine, se non per tutti i tipi di processo, almeno in ordine ad alcuni⁽⁷³⁾.

Come si è accennato, alla stregua degli altri componenti della situazione sostanziale preesistente, l'*interesse ad agire*, cioè la lesione, compare *in limine* allo stato di asserizione, e costituisce — come vedremo — un presupposto delle attività processuali. Poscia, e sempre che ne venga offerta la prova nel corso del processo, anche l'interesse assurge al rango di realtà accertata e funge da presupposto sostanziale (in linguaggio chioven-

(70) *Retro*, capitolo secondo, sub 10.

(71) MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 95 e segg., 202.

(72) Così, infatti, MANDRIOLI, *op. cit.*, pag. 96. Ma contro questa identificazione v. anche ATTARDI, *Interesse ad agire cit.*, pag. 207.

(73) Cfr. SATTA, *Diritto processuale cit.*, pagg. 7, 216; MANDRIOLI, *op. cit.*, pag. 6 e segg.

diano, « condizione ») della sentenza di condanna, di accertamento, etc. Ma su ciò *infra, sub. 7.*

Per quanto poi concerne l'allegazione della fattispecie da cui deriva il collegamento del legittimato in via straordinaria, non mi pare dubbio che anch'essa (come quella dei fatti costitutivi del diritto, e della lesione) debba esser compiuta *in limine litis*, dal momento che proprio sulla soglia del processo l'istruttore deve essere messo in grado di delibare la questione, ai fini dell'eventuale integrazione del contraddittorio (si pensi ancora all'ipotesi in cui il creditore abbia agito, a' sensi dell'articolo 2900 cod. civ., al posto del debitore, ma senza evocarlo in giudizio) o dell'eventuale rimessione al collegio in punto di legittimazione.

5. Dopo di che, non è difficile precisare in che consiste il coordinamento fra l'asserzione (dell'attore) relativa alla situazione sostanziale preesistente e la legittimazione delle parti ad agire; fra la stessa asserzione e il potere giurisdizionale.

Quanto alla legittimazione (delle parti) ad agire. Come è noto, in sede di teoria generale ⁽⁷⁴⁾ si parla di *legittimazione* sia per indicare la titolarità di un potere (o di una facoltà, o di un dovere) da parte di un soggetto (per cui si dice legittimato a tenere un certo comportamento il soggetto investito dalla norma di una di quelle situazioni giuridiche soggettive): legittimazione *attiva* ⁽⁷⁵⁾; sia per indicare la posizione del soggetto destinatario de-

(74) CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., pagg. 321, 322; ma già in *Teoria generale del reato*, Padova 1933, pag. 117 e segg., e in *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, pag. 165 e segg.; BETTI, *Diritto romano* cit., I, pag. 277; *Negozio giuridico* cit., pag. 354 e segg.; GARRAGNATI, *La sostituzione* cit., pagg. 136, 137; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali Università di Messina*, 1927, pag. 170 e segg.; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, pag. 184 e segg.; CARNOTA-FERRARA, *Il negozio sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova 1936, pag. 76 e segg.; MONACCLANI, *Azione e legittimazione*, Milano 1951, pag. 14 e segg.

(75) CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., loc. cit.; GARRAGNATI, *op. loc. cit.*

gli effetti di un comportamento: legittimazione *passiva* ⁽⁷⁶⁾. Nella stessa sede, particolare cura viene dedicata alla situazione *legittimante*, cioè alla situazione in cui il soggetto deve trovarsi per essere titolare di un potere o destinatario di effetti (nel che consiste appunto la situazione *legittimata*). Il concetto di legittimazione è stato anzi elaborato specialmente dal punto di vista della situazione legittimante, nell'intento di operare una distinzione fra la mera capacità e le altre e varie situazioni in cui il soggetto può comparire in questo o in quel paradigma normativo ⁽⁷⁷⁾.

Adoperando questi strumenti nell'ambito del processo, mi pare s'impingano le seguenti constatazioni.

La legittimazione *attiva* (delle parti) consiste nell'abilitazione delle parti stesse al compimento degli atti processuali, lungo tutto l'arco del processo fino alla sentenza di merito. Il problema della legittimazione attiva non si pone, infatti, per il solo attore, bensì, ovviamente e negli stessi termini, anche per la parte convenuta e per qualsiasi altra parte (necessaria o eventuale).

Gli è che, per compiere validamente quegli atti, non basta all'attore, nè al convenuto, nè alle altre parti la sola capacità (di agire) processuale, sibbene abbisogna il concorso, in *limine litis*, di una determinata situazione legittimante.

Questa è, appunto, costituita dalla situazione sostanziale asserita dall'attore: obbligo e diritto (cioè fattispecie costitutiva dei medesimi), interesse (i.e. lesione) e, nel caso di legittimazione straordinaria, fattispecie — convenzionale o legale — da cui deriva il collegamento. In altri termini, è sulla base della situazione sostanziale allegata dall'attore che si stabilisce, in *limine*, il contraddittorio: risultando legittimato ad agire il sog-

(76) CARNELUTTI, *ibidem*; BETTI, *Diritto romano cit.*, loc. cit.

(77) Sulla distinzione v. CARNELUTTI, *Teoria cit.*, pag. 320; *Teoria generale del reato cit.*, pag. 104 e segg.; *Legittimazione a comprare*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, pag. 504; BETTI, *Diritto romano cit.*, loc. cit.

getto che, alla stregua di quella situazione, risulti titolare del diritto e vittima della lesione (o, nell'ipotesi di legittimazione straordinaria, il soggetto che risulti in collegamento con quel titolare) e legittimato a contraddire il soggetto indicato come titolare dell'obbligo e autore della lesione (o il soggetto collegato, per negozio o per legge, a quel titolare).

Per via di analisi, si constata che tale situazione incide nel paradigma di tutti gli atti di parte, in quanto costituisce il parametro per la legittimazione dei rispettivi soggetti (⁷⁸). Con questa avvertenza si può anche mutuare l'espressione corrente che indica, in sintesi, come presupposto del processo ciò che è elemento di tutta la serie di atti processuali, e di ciascuno, ed accogliere l'autorevole avviso di chi (⁷⁹), sulla base della perentoria indicazione dell'art. 102, definisce ormai la legittimazione ad agire come « presupposto processuale ».

Se è vero quanto ho fin qui cercato di chiarire (che cioè la *legittimazione attiva della parte consiste nella titolarità dei poteri, delle facoltà e dei doveri processuali, cioè della situazione soggettiva composita costituita dall'insieme di tali posizioni semplici*; e che tale titolarità dipende dal collegamento con la situazione sostanziale addotta alle soglie del processo), risulta evidente il limite dell'autorevole dottrina secondo la quale la legittima-

(⁷⁸) In verità sono spesso configurati come « presupposti » della condotta le circostanze che la legge richiama in ordine al singolo elemento componente il modello (astratto) della condotta medesima (v. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* cit., pagg. 45 e segg., 121 e segg.; *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1952, pag. 67 e segg.; GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo* cit., pagg. 321 e segg.; CANDIAN, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1949, pag. 155): così, le circostanze richiamate dalla norma per qualificare il soggetto della condotta, i.e. le circostanze legittimanti (cfr. BETTI, *Negozio* cit., pag. 149 e segg. MONACCIANI, *op. loc. cit.* e AA. *ivi cit.*). Ciò non mi pare esatto. Ove, infatti, si ricostruisca il modello normativo dell'atto nella sua interezza (riconducendo, se necessario, ad unità i frammenti di norma nei quali gli elementi di quel modello sono sovente sparsi), ci si rende conto che le circostanze in discorso trovano posto in seno ad esso.

(⁷⁹) ANDRIOLA, *Commento* cit., I, 271. Per una più esatta specificazione del concetto v. la nota definizione del REDENTI, *Giudizio* cit., pag. 296.

zione ad agire consisterebbe nella titolarità del potere di azione, a sua volta inteso come potere di provocare la decisione di merito da parte del giudice ⁽⁸⁰⁾. Tale definizione pecca per difetto sotto un duplice riflesso: gli è che l'azione non consiste in un singolo potere, ma nell'insieme delle posizioni processuali facenti capo all'attore legittimato; la legittimazione, poi, non concerne soltanto la posizione dell'attore, ma quella di qualsiasi parte.

Inoltre non mi pare che la legittimazione ad agire possa configurarsi come uno dei presupposti dell'azione, insieme all'interesse e alla possibilità giuridica del provvedimento richiesto ⁽⁸¹⁾. A parte la constatazione, sopra ribadita ⁽⁸²⁾, che la possibilità giuridica del provvedimento attiene piuttosto alla giurisdizione (e solo per suo tramite può ripercuotersi sui poteri delle parti); e prescindendo anche dai rilievi or ora svolti (secondo i quali la legittimazione non riguarda soltanto la posizione processuale dello attore, ma anche quella di qualsiasi altra parte), la legittimazione ad agire è una risultante e non una componente della situazione sostanziale presupposta (diritto e obbligo, interesse, fattispecie da cui deriva la legittimazione straordinaria), e si identifica con l'abilitazione della parte al compimento di tutta la serie degli atti processuali.

Le considerazioni sopra svolte consentono, infine, di respingere la corrente contraddizione (già da altri acutamente posta in rilievo ⁽⁸³⁾) per cui s'indica come « attiva » la legittimazione dell'attore e come « passiva » quella del convenuto: tale linguaggio, ovviamente legato alla sorpassata configurazione dell'azione come potere indirizzato verso il convenuto (che dovrebbe subirla), non tiene conto che la legittimazione ad agire, come abilita-

⁽⁸⁰⁾ GARRAGNATI, *La sostituzione* cit., pag. 136; v. anche MONACCIANI, *Azione* cit., pag. 275 e segg.

⁽⁸¹⁾ Così, invece, LIEBMAN, *Azione* cit., pag. 448 e segg.; *Manuale* cit., pag. 42 e segg.

⁽⁸²⁾ V. retro, sub. 2.

⁽⁸³⁾ SATTA, *Diritto processuale* cit., pag. 109.

zione a compiere attività processuali, non può che essere attiva, quale che sia la parte cui si riferisce.

Di legittimazione *passiva* delle parti può, a mio avviso, anche parlarsi, ma in tutt'altro significato, per contraddistinguere anzi una realtà affatto diversa. Essa si ha quando le parti risultino, alla stregua della situazione legittimante di cui appresso, destinatarie degli effetti (processuali e/o sostanziali⁽⁸⁴⁾) della sentenza di condanna (o di accertamento, o costitutiva). Tale legittimazione corrisponde, *geometrico more*, alla legittimazione attiva dell'ufficio (cioè alla sua abilitazione ad emettere quella sentenza).

La situazione in base alla quale ufficio e parti sono legittimati rispettivamente ad emettere quel provvedimento (legittimazione *attiva*) e a subirne gli effetti (legittimazione *passiva*), non è più costituita dalla *affermazione* del diritto e dell'obbligo, della lesione, del collegamento col titolare del diritto o dell'obbligo, sibbene — come vedremo meglio più innanzi⁽⁸⁵⁾ — dalla effettiva esistenza, *rectius*; dalla certezza conseguita dal giudice, all'atto della ricognizione dei presupposti sostanziali della sentenza (in base alle prove *hinc et inde* fornite), intorno a quegli estremi sostanziali. In altri termini la intera situazione sostanziale preesistente, mentre costituisce *in limine*, allo stato di mera affermazione, presupposto per lo svolgimento del processo, rappresenta, alla fine, ma allo stato di realtà effettiva (*rectius*: accertata), presupposto della sentenza di accoglimento: cioè legittima il giudice a emanare il provvedimento e le parti a riceverne gli effetti.

Se la distinzione è esatta, si possono spiegare le contrapposte opinioni di chi⁽⁸⁶⁾ configura la legittimazione come presupposto del processo e di chi⁽⁸⁷⁾, invece, continua a considerarla come

(84) Il sostituto processuale, ad esempio, è destinatario dei soli effetti processuali della sentenza (cfr. GABBAGNATI, *La sostituzione cit.*, pag. 295 e segg. e AA. *ivi cit.*).

(85) V. *infra*, sub 7.

(86) ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

(87) CALAMANDREI, *Istituzioni cit.*, pag. 134. In arg. v. anche ALLORIO, *Per*

presupposto (in linguaggio chiovendiano: «condizione») della sentenza di accoglimento. La legittimazione attiva (delle parti) è senza dubbio un presupposto per lo svolgimento del processo (come risulta — lo si è rilevato — dalla indicazione dell'articolo 102). Quella passiva (delle parti), invece, si connette alla sentenza di accoglimento, in corrispondenza della legittimazione (attiva) del giudice alla emanazione di essa (e, in proposito, il giudice potrà tirare le somme soltanto nella fase decisoria, all'atto della ricognizione dei presupposti sostanziali).

Parimenti, si compone il contrasto fra chi configura la legittimazione come titolarità di poteri processuali⁽⁸⁸⁾ e chi la presenta come posizione del destinatario degli effetti della sentenza⁽⁸⁹⁾: ancor qui, infatti, le due definizioni corrispondono a due realtà (la legittimazione *attiva* delle parti e quella *passiva*), diverse quanto a contenuto e a presupposti.

Puntualizzato, così, il rapporto fra la situazione sostanziale affermata *in limine litis* e la legittimazione (delle parti) ad agire, rimane da precisare il coordinamento fra quella situazione e i poteri del giudice.

Come si è già rilevato, è alla stregua della situazione allegata dall'attore che si stabiliscono la costanza e il difetto della giurisdizione e della competenza rispetto al caso concreto⁽⁹⁰⁾. In più corretti termini, la allegazione di una situazione sostanziale che s'inquadri nei limiti esterni e interni della giurisdizione costituisce, in una con lo *status* di giudice e con la collocazione dell'ufficio in un determinato ambito di competenza, il presupposto dell'attività processuale del magistrato fino all'emanazione della sentenza di merito.

la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire, in *Giurisprudenza it.*, 1953, I, col. 962 e segg.

(88) O, quanto meno, dell'azione intesa come potere di promuovere il giudizio; cfr. AA. cit. nella nota n. 80.

(89) SECNI, *L'intervento adesivo*, in *Nuovo digesto italiano*, pag. 152.

(90) La stessa constatazione è opposta dal BOTTHERMANN (*op. loc. cit.*) allo Schwab.

È, poi, appena il caso di accennare che, se una tradizione di linguaggio e le conseguenti ragioni di opportunità non suggerissero di limitare alle parti il discorso della legittimazione, si potrebbe e dovrebbe parlare anche di legittimazione *attiva* del magistrato⁽²¹⁾: sia in ordine agli atti preparatori (o *lato sensu* istruttori), cioè come abilitazione del giudice al loro compimento, sia in ordine alla sentenza di condanna, di accertamento, di costituzione. (Peraltro, di legittimazione attiva del magistrato rispetto al dovere in che consistono tali sentenze, ho ritenuto più sopra di dover parlare, per contraddistinguere il *pendant* della legittimazione *passiva* delle parti).

6. Ho fin qui cercato di illustrare come e perchè la situazione sostanziale preesistente faccia il suo ingresso nel giudizio, *in limine*.

Ma la presenza di tale situazione nel processo può essere considerata da un ulteriore punto di vista. Gli è che, dedotta in giudizio, tale situazione costituisce, poi, il *thema decidendum*, l'oggetto della cognizione. Come ognuno sa, questa è anzi la prospettiva nella quale solitamente si pongono i processualisti tedeschi per studiare i rapporti fra diritto e processo: discutendosi, come si è visto⁽²²⁾, se l'oggetto del processo sia costituito dal solo *petitum* (*Antrag*), configurato a sua volta come richiesta o affermazione, o anche dal *Klagegrund*; e giungendosi, su questo terreno, a tesi estreme e già sopra ripudiate, come quelle del Nikisch⁽²³⁾ e dello Schwab⁽²⁴⁾.

Senza negare la legittimità teorica di questo punto di vista (che da noi, del resto, non ha avuto mai soverchia fortuna) mi pare si debba ammettere che esso non esaurisce l'*iter* del diritto sostanziale nel processo di cognizione, ma ne coglie solo

(21) Cfr. CARNELUCCI, *Istituzioni*, I, pag. 291; JAEGER, *Diritto processuale* cit., pag. 331 e segg.; Rocco Ugo, *Corso* cit., pag. 273.

(22) V. *retro*, *sub* 2.

(23) V. *retro*, nota 28.

(24) V. *retro*, nota n. 29.

un momento ⁽³³⁾: sotto questo riflesso, e nel tentativo di segnare la dinamica dei rapporti fra diritto e processo ⁽³⁴⁾, ho già accennato al diritto che diventa realtà accertata e quindi presupposto della sentenza di accoglimento.

In argomento basta, perciò, soggiungere che, nella fase preparatoria (o, se si preferisce, istruttoria) del processo *de quo*, l'attività dei *legitimi contradictores* e del giudice si polarizza intorno alla questione della esistenza del diritto e dell'obbligo sostanziale.

Più esattamente, poichè la questione relativa all'esistenza dell'obbligo e del corrispondente diritto soggettivo non esaurisce l'oggetto della cognizione, si dovrà dire che, assunta come ipotesi di lavoro la situazione sostanziale dedotta *in limine* (diritto e obbligo, interesse, collegamento fra il legittimato straordinario e il titolare del diritto o dell'obbligo), ad essa le parti e il giudice applicano i loro sforzi: i contraddittori per fornire al giudice gli elementi di convinzione, il giudice per raccogliarli.

Ma ciò che conta ai fini della presente indagine è che risulti confermato, anche per questo verso e relativamente a questo stadio del processo di cognizione, il suo coordinamento col diritto soggettivo.

7. Un ulteriore e non meno essenziale coordinamento è quello stabilito dalla norma fra la sentenza di accoglimento e l'ac-

(33) Senza contare l'errore che inficia questo punto di vista quando l'oggetto viene confuso e identificato con un preteso «scopo» del processo (così GUASP, *La pretesa cit.*, pag. 465).

(34) Non credo peraltro di meritare l'appunto, già rivolto al Goldschmidt, di studiare piuttosto la *res in iudicium deducta* che non il processo (v. *retro* nota n. 10). Gli è che, mentre il maestro tedesco si è proposto di offrire una teoria generale del processo, compito della presente indagine, è, invece, *si parva licet...* proprio quello di registrare la presenza del diritto sostanziale nel processo, nelle sue varie forme.

Sotto questo profilo, l'opera del Goldschmidt, sebbene criticabile nella impostazione (basata, come si è detto, sull'assunto di una doppia natura della norma sostanziale), offre contributi che non si possono trascurare. Di taluno di essi farò menzione in prosieguo.

certamento del diritto soggettivo e dell'obbligo. Infatti, nella fase decisoria, la situazione sostanziale preesistente può comparire come realtà *provata* (dalla parte) e *accertata* (dal giudice): in questo caso, ad essa corrisponde la sentenza di accoglimento.

Altrove ⁽⁸⁷⁾ ho rilevato che l'accertamento della situazione sostanziale presupposta non costituisce l'oggetto della sentenza, ma consiste appunto nella previa ricognizione dei presupposti sostanziali della sentenza; è un momento logico antecedente alla manifestazione di volontà (il provvedimento giurisdizionale) che il giudice emette dopo aver accertato la costanza di quei presupposti, e di tale manifestazione non fa parte, nè costituisce effetto.

Trattando degli altri tipi di processo, constateremo inoltre che, nel sistema positivo, sono contemplati più gradi di certezza, nel senso che la ricognizione *de qua* può basarsi su elementi di prova raccolti durante un'istruttoria approfondita e completa, e svolgersi nello schema del libero convincimento del giudice, oppure può eseguirsi in base a elementi di prova sommari o alla stregua di canoni di valutazione prestabiliti dalla legge. Nel processo che ora ci occupa, la ricognizione dei presupposti sostanziali è compiuta dopo istruttoria completa e, di norma, con libera critica delle risultanze di prova: vi si attinge, quindi, il più alto grado di *certezza*.

Ciò chiarito, non mi soffermerei sull'ovvia corrispondenza — beninteso ai fini della pronuncia del magistrato — fra realtà accertata e realtà esistente, se non fosse stato di recente affacciato il dubbio che *certezza* ed *esistenza* siano cose diverse ⁽⁸⁸⁾. Si tratta evidentemente d'intendersi. Certezza ed esistenza potranno distinguersi dal punto di vista logico; ma non sul piano del processo, e segnatamente del rapporto fra il giudizio e la realtà sostanziale: su questo piano certezza ed esistenza si equi-

⁽⁸⁷⁾ *Cosa giudicata* cit., pag. 1317 e segg.; ma v. già ne *La giurisdizione volontaria* cit., pag. 137.

⁽⁸⁸⁾ Così, invece, MANDRIOLI, *Azione* cit., pag. 242.

valgono, realtà accertata deve tenersi per realtà esistente; più esattamente, non si può che ragionare in termini di certezza (di convinzione, cioè, del magistrato), prescindendo dall'esistenza effettiva (⁹⁹).

Nè si opponga che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la convinzione di un giudice in punto di fatto può essere soppiantata dalla diversa convinzione di un altro (¹⁰⁰). Ciò costituisce, invece, la migliore riprova che il giudice, come del resto qualsiasi storico (¹⁰¹), è costretto a ragionare in termini di certezza. Ovviamente il passaggio in giudicato, lungi dal tradurre la certezza in esistenza effettiva, altro non fa che impedire ulteriori mutamenti di convinzione.

È, poi, appena il caso di ripetere che presupposto della sentenza di accoglimento non è soltanto l'accertamento del diritto e dell'obbligo, ma anche dell'interesse (i.e. della lesione) e del collegamento fra il legittimato in via straordinaria e il titolare del diritto o dell'obbligo. Come si è detto, infatti, la stessa situazione sostanziale preesistente (diritto e obbligo, lesione, effettivo collegamento col titolare del diritto o dell'obbligo), la quale, allo stato di asserzione, costituisce presupposto per lo svolgimento del processo, diviene, qualora assurga al rango di realtà accertata, presupposto della sentenza di accoglimento: legittima cioè il giudice ad emanarla e le parti a riceverne gli effetti (processuali e/o sostanziali).

La distinzione fra procedimento e fattispecie spiega, poi, come si è accennato, la diversità di disciplina positiva fra la sentenza di accoglimento e gli atti preparatori; e così il coordina-

(⁹⁹) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* cit., pag. 253 e segg.; *Teoria general del processo*, Barcellona, s.d., pag. 56 e segg. In arg. v. anche CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, pag. 167 e segg.

(¹⁰⁰) MANDRIOLI, *op. loc. cit.*

(¹⁰¹) CAPOCRASSI, *Intorno al processo*, loc. cit.; CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* cit., *op. cit.*

mento di questi ad una situazione sostanziale *asserita* e di quella ad una situazione sostanziale *accertata*.

3. Anche il processo di esecuzione è coordinato al diritto soggettivo sostanziale.

Di più. Mentre nel processo di cognizione gli atti delle parti e dell'ufficio hanno per presupposto un diritto allo stato di affermazione, e soltanto la sentenza di accoglimento presuppone la esistenza del diritto (*rectius*: l'accertamento della fattispecie da cui il diritto discende), nell'esecuzione forzata l'esistenza del diritto è presupposto non soltanto dell'atto satisfattivo ma di tutta la serie procedurale che vi conduce, dal pignoramento in avanti ⁽¹⁰²⁾.

Ancor qui, per esistenza del diritto s'intende non altro che la ricognizione, da parte del giudice, della fattispecie da cui discendono il diritto sostanziale e l'obbligo corrispondente. Come si è rilevato, il rango di realtà accertata è, almeno nel processo e in qualsiasi altra sede di ricostruzione storica, quanto di più si possa chiedere e possa essere offerto.

Peraltro, qui l'accertamento è meno pregnante di quello compiuto dal giudice nella fase decisoria del processo di cognizione, in quanto la ricognizione è compiuta dall'organo esecutivo in base ad un documento sottratto al suo libero apprezzamento critico e da mutarsi per ciò che esso, *prima facie*, dichiara.

Se non sbaglio, infatti, il titolo è, al tempo stesso, la fattispecie (il comportamento, l'atto assunto dalla legge come fattispecie) da cui discende il diritto sostanziale, e la prova della esistenza di tale fattispecie ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. ANDRIOLI, *Commento cit.*, III, pag. 4. *Contra*, e a favore della c.d. « astrattezza » dell'azione esecutiva: LIERMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma 1936, pag. 169; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario Scialoja-Branca cit.*, VI, pag. 375; CAENELUTTI, *Diritto e processo*; ROCCO Alfredo, *Il fallimento cit.*, pag. 34 e segg.; MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 248 e segg.

⁽¹⁰³⁾ V. in quest'ordine d'idee, GARRAGNATI, *Il concorso dei creditori cit.*, pag. 124 e segg.

Che il titolo esecutivo consista in un atto e non soltanto nel documento che lo contiene è constatazione ormai pacifica⁽¹⁹⁴⁾, non potendosi, del resto, concepire un documento senza la realtà documentata (chè, anzi, soltanto una sottile analisi logica consente di distinguere, a fini meramente descrittivi, i due elementi).

In verità, anche chi assegna al titolo esecutivo la natura di prova non esclude la costanza dell'atto, ma si limita a rilevare che, per la sistemazione del titolo esecutivo, s'impone il profilo della prova, dal momento che sotto l'altro profilo (quello dell'atto) non vi sarebbe omogeneità fra titoli giudiziali e titoli stragiudiziali, i primi consistendo in un accertamento, i secondi in un negozio⁽¹⁹⁵⁾.

Negherei, intanto, che la asserita non omogeneità fra i tipi di atti considerati dalla legge come titoli esecutivi inibisca, in sede dommatica, di distinguere e utilizzare i due profili: quello dello atto (che, nei titoli giudiziali, consiste nel comportamento del magistrato) e quello del documento in cui l'atto è cristallizzato. Comunque, mentre non sembrano riusciti i tentativi di recente compiuti per dimostrare che anche l'atto in cui consiste il titolo stragiudiziale è un accertamento⁽¹⁹⁶⁾, si deve, a mio sommesso avviso, ritenere piuttosto che tanto il titolo stragiudiziale quanto quello giudiziale consistano in manifestazioni di volontà.

Infatti. Il titolo stragiudiziale consiste in un negozio (il mutuo, l'emissione della cambiale, l'atto amministrativo), dal quale appunto scaturiscono (nel senso che la legge sostan-

(194) Cfr. LIEBMAN, *Le opposizioni cit.*, pag. 154 e segg.; GARRAGNATI, *Il concorso dei creditori cit.*, loc. cit.; FURNO, *Disegno sistematico cit.*, pagg. 31, 36, 67; *Contributo alla teoria della prova legale cit.*, pag. 161 e segg.. Per una diligente rassegna v. anche MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 330 e segg.

(195) Cfr. CARNELUTTI, *Titolo esecutivo*, in *Studi in onore di Cammeo*, I, pag. 212 e segg.; *Titolo esecutivo e scienza del processo*, in *Rivista dir. proc. civ.*, 1934, I, pag. 158.

(196) FURNO, *Prova legale cit.*, pag. 27 e segg.; *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze 1948; e ora MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 382 e segg.

ziale lo assume come fattispecie e ve li ricollega) l'obbligo e il corrispondente diritto, di cui si chiede l'attuazione forzata. E questo negozio (i.e. questa fattispecie negoziale da cui discendono l'obbligo e il diritto) è appunto rivestito di forma scritta, s'incorpora cioè in un documento (ecco il profilo documentale del titolo esecutivo); è assistito da una prova che la legge ritiene necessaria, ma anche sufficiente ai fini della ricognizione della fattispecie sostanziale (costituente titolo esecutivo) da parte dell'organo del processo di esecuzione (e, sotto questo riflesso, può ben parlarsi di *prova legale* ⁽¹⁰⁷⁾).

Ma anche l'atto che costituisce il titolo giudiziale è una dichiarazione di volontà. In altra sede ⁽¹⁰⁸⁾, ho cercato di chiarire come il provvedimento giurisdizionale non consista già in un accertamento della situazione sostanziale preesistente (né sotto il superatissimo profilo del giudizio logico, né sotto quello del comando di accertamento), sibbene in un comando sostanziale (*rectius*: una fattispecie *lato sensu* negoziale), il quale proietta i suoi effetti nel patrimonio delle parti, crea cioè (nel senso che la norma ve li ricollega) diritti e obblighi sostanziali per le parti; e come la sentenza di condanna, per tacere del decreto ingiuntivo e dell'ordinanza di convalida, lungi dall'essere un accertamento accompagnato da qualche cosa ⁽¹⁰⁹⁾, e per avventura dal comando rivolto agli organi dell'esecuzione ⁽¹¹⁰⁾, consi-

⁽¹⁰⁷⁾ CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, V, pag. 223 e segg.: *Titolo esecutivo*, cit., pag. 213 (v. anche JAEGER, *Diritto processuale cit.*, pag. 213). Catalogato fra le prove legali il documento che contiene il titolo, non mi sembra rilevante l'obiezione che, per parlare di « prova » in sùbiecta materia, occorrerebbe ammettere la libertà di convinzione dell'organo esecutivo, che invece fa difetto (così LIEMAN, *Le opposizioni cit.*, pag. 150, e ora MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 341).

⁽¹⁰⁸⁾ *Cosa giudicata cit.*, pag. 1311 e segg.: *La giurisdizione volontaria*, pag. 136 e segg.

⁽¹⁰⁹⁾ Cioè accompagnato dall'accertamento della sua eseguibilità (LIEMAN, *Le opposizioni cit.*, pag. 112) o da un comando rivolto al debitore: ROCCO Alfredo, *La sentenza cit.*, pag. 62 e segg.; ROCCO Ugo, *Corso cit.*, I, pag. 240; WEISSMANN, *Feststellungsklage*, Bonn 1879, pag. 124 e segg.

⁽¹¹⁰⁾ GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht cit.*, pag. 61; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 170; CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, pag. 34; HELLWIG ritiene, invece, che il

ste *tout court* in un comando (rivolto dal magistrato al soccombente), il quale ha contenuto omologo rispetto al comando sostanziale trasgredito e lo sostituisce. (Mentre — come si è detto — l'accertamento non fa parte del provvedimento, cioè della volizione che trova posto nel dispositivo, pur costituendone l'antecedente logico).

Alla stregua di questa configurazione, anche il titolo giudiziale è costituito dalla fattispecie (la sentenza) cui la legge ricollega il diritto sostanziale fatto valere nell'esecuzione ed anche il provvedimento giurisdizionale di merito è rivestito di forma scritta, è cioè assistito da una prova insindacabile dall'organo esecutivo: il quale deve ovviamente limitarsi a riconoscere la fattispecie alla stregua di quanto è dichiarato nel documento; cioè a verificare dall'esterno il *dictum* della sentenza.

Avendo, poi, più volte rilevato che di prova del diritto si può parlare e si parla solo nel senso di prova della fattispecie da cui il diritto discende, non riterrei calzante l'obiezione⁽¹¹¹⁾ secondo la quale non sarebbe possibile presentare il titolo esecutivo come prova del credito, giacchè si provano i fatti e non i diritti.

Il coordinamento dell'esecuzione col diritto soggettivo sostanziale mi pare, dunque, consista in ciò che il titolo esecutivo è appunto costituito dalla fattispecie (negoziale) che è fonte di quel diritto (cioè il negozio, l'atto amministrativo, il provvedimento giurisdizionale), dedotta *in limine* quale realtà documentata e, come tale, riconosciuta dall'organo giurisdizionale (i.e. *accertata*: come si è detto, l'accertamento consiste nella previa ricognizione, da parte di quell'organo, dei presupposti della sua condotta).

Il sistema delle opposizioni all'esecuzione, poi, lungi dal deporre contro l'asserito coordinamento del processo esecutivo

comando sia rivolto tanto al debitore quanto all'organo esecutivo (*System cit.*, pag. 39).

(111) FURNO, *Prova legale cit.*, pag. 25; MANDIOLI, *Azione cit.*, pag. 342.

col diritto sostanziale (*rectius*: con la ricognizione della fattispecie donde scaturisce il diritto) mi sembra somministri una decisiva conferma di tale coordinamento.

Com'è noto, si discute se la sentenza che accoglie l'opposizione sia costitutiva o di accertamento, se operi *ex nunc* o *ex tunc* ⁽¹¹²⁾. Ma, in proposito, mi pare si debba operare la seguente distinzione.

La sentenza in parola o *accerta la nullità* (o inesistenza, il che è lo stesso ⁽¹¹³⁾), del titolo esecutivo ⁽¹¹⁴⁾: ciò avviene nel caso in cui l'atto costituente il titolo non sia nel novero di quelli contemplati dalla legge (ad esempio sia una sentenza di primo grado non munita di clausola) o quando risulti la falsità del documento; oppure *annulla* l'atto che costituisce il titolo (così, nel caso di opposizione al titolo stragiudiziale mediante impugnativa del negozio), o lo *risolve*. (In questa ultima ipotesi vanno collocati anche quei provvedimenti che, pur non emessi in sede

⁽¹¹²⁾ Per la natura costitutiva e per l'efficacia *ex nunc* v. LIERMAN, *Le opposizioni* cit., pag. 274 e segg.; ROSENBERG, *Lehrbuch* cit., pag. 875; STEIN, *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, Tübingen 1913, pag. 22; PACENSTECHER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Bonn 1896, pag. 374; OERTMANN, *Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage*, in *Archiv für civil Praxis*, 107 (1911), pag. 234 e segg.; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, Leipzig 1924, pag. 492. Per la natura dichiarativa e per l'efficacia *ex tunc* v. CHIOVENDA, *Principi* cit., pag. 243; CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano 1926, pag. 5; SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Teoria e pratica del processo* cit., pag. 166; *Esecuzione forzata* cit., pag. 44 e segg.; FURNO, *Disegno sistematico* cit., pag. 166 e segg.; LANGREKENEN, *Der Urteilsanspruch*, Leipzig 1899; GEIB, *Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbefähigung*, München 1949, pag. 122. Nell'inaccettabile senso che l'accertamento operi *ex nunc*, v. MANDRIOLI, *Azione* cit., pag. 416 e segg.

⁽¹¹³⁾ Sulla impossibilità di distinguere « inesistenza » da « nullità », v. la mia *Giurisdizione volontaria* cit., pag. 94 e segg.

⁽¹¹⁴⁾ Se si ammetta che l'atto costituente il titolo è la fonte del diritto sostanziale fatto valere in *executivis* (v. nel testo), mi sembra non abbia più motivo la questione se la sentenza *de qua* svolga effetti sul diritto sostanziale (SATTA, *op. loc. ult. cit.*; FURNO, *Disegno* cit., pag. 65; SCHMIDT, *op. cit.*, pag. 1022; GEIB, *op. loc. cit.*) oppure sul titolo (LIERMAN, *op. cit.*, pag. 172; OERTMANN, *op. cit.*, pagg. 202 e segg.). In arg. v. anche MONTESANO, *Nullità della spedizione in forma esecutiva e distinzione fra opposizione di merito e opposizioni di forma all'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, pag. 236 e segg.

di opposizione, coinvolgono il titolo esecutivo: così il provvedimento di revoca della clausola di provvisoria esecuzione) ⁽¹¹⁵⁾.

Nella prima ipotesi, nella quale si accerta la inesistenza del titolo esecutivo, la sentenza non può, per natura sua, che operare *ex tunc* e travolgere gli atti compiuti ⁽¹¹⁶⁾, i quali risultano tutti inficiati dal constatato difetto di legittimazione. Nella seconda, invece, la sentenza opera *ex nunc*, interrompendo il processo esecutivo (se esso non è già concluso), ma lasciando salvi gli atti compiuti: infatti, mentre ulteriori atti risultano inibiti per il venir meno del presupposto legittimante (il titolo), quelli precedenti devono considerarsi validi perchè legittimati appunto, dal titolo, efficace fino all'annullamento.

Se queste constatazioni sono attendibili, si compone il cenno contrasto intorno alla natura della sentenza in discorso ed alla decorrenza della sua efficacia: la sentenza è di accertamento ed opera *ex tunc* quando si limita ad acclarare la nullità del titolo esecutivo; è costitutiva, ed opera *ex nunc*, quando, invece, annulla il titolo o lo risolve.

Inoltre, agevole mi sembra la risoluzione del problema degli effetti restitutori ⁽¹¹⁷⁾. Nell'ipotesi di inesistenza del titolo, il preteso creditore è obbligato a restituire la cosa o, in caso di avvenuta espropriazione, a rifonderne il valore; non solo, ma in-

⁽¹¹⁵⁾ Sulle portata e limiti dell'opposizione al titolo v., fra le più recenti: Cass. 7 maggio 1957 n. 1540, in *Massimario Foro it.*, col. 305; Cass. 15 marzo 1957 n. 869, *ivi*, col. 178; Cass. 22 febbraio 1957 n. 636, *ivi*, col. 125; Cass. 23 giugno 1956 n. 2255, in *Massimario Foro it.*, 1956, col. 413; Cass. 16 novembre 1955, in *Repertorio Foro it.*, 1955, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 50; Cass. 9 ottobre 1953, in *Giurisprudenza it.*, I, 1, col. 534.

⁽¹¹⁶⁾ Quanto alla posizione del terzo aggiudicatario, nonché al problema del coordinamento tra l'art. 617 cod. proc. civ. e l'art. 2929 cod. civ., v. ANDRIOLI, *Commento cit.*, III, pag. 260; MICHELI, *Dell'esecuzione forzata cit.*, pag. 509 e segg.

⁽¹¹⁷⁾ LIERMAN, *op. cit.*, pag. 277 e segg.; CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, pag. 228; JAEGER, *Diritto processuale cit.*, pag. 532; MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 427 e segg.

corre in una responsabilità obiettiva ⁽¹¹⁸⁾, per cui è tenuto a risarcire ogni e qualsiasi danno sofferto dall'esecutato.

Nell'ipotesi di annullamento, invece, il creditore procedente è obbligato a restituire soltanto il ricavato: per pretendere il maggior valore del bene espropriato e il risarcimento di ogni altro danno, l'esecutato dovrà provare la colpa o il dolo del precedente ⁽¹¹⁹⁾ (prova ovviamente agevolata, e assistita da presunzione — quanto meno *hominis* — nell'ipotesi di invalidità del negozio costituente il titolo).

Ma, infine e soprattutto, i profili sopra tracciati mi pare confermino, come si accennava, il coordinamento fra il processo *de quo* e il diritto di credito (la fattispecie costitutiva del diritto e la sua prova: i.e. il titolo esecutivo). Il regime delle opposizioni spiega, appunto, che, in mancanza del titolo, il processo non può svolgersi: infatti, il venir meno del titolo per effetto del suo annullamento paralizza l'esecuzione; l'accertamento della nullità (o inesistenza) del titolo lo travolge *ab initio*.

9. Se, per quanto concerne i rapporti col diritto sostanziale, il processo di esecuzione si differenzia da quello di cognizione, in quanto tutta la serie procedurale presuppone l'*accertamento del diritto* (nei modi e con l'intensità sopra chiariti), il processo di ingiunzione esibisce l'estremo opposto, giacchè tutta la serie di atti — *decreto ingiuntivo compreso* — può essere coordinata alla sola asserzione del diritto.

Infatti, a fianco del decreto ingiuntivo emesso sul presupposto del diritto di credito accertato (qui la ricognizione del diritto, che precede il provvedimento giurisdizionale, è contraddistinta dal tipo di prova al quale parte e magistrato sono vincolati a' sensi degli artt. 634, 635 cod. proc. civ.), la norma pre-

(118) Cfr. LIEBMAN, *op. cit.*, pag. 280; *contra* CARNELUTTI, *op. loc. cit.*; MANDIOLI, *op. loc. cit.*

(119) Il CARNELUTTI (*op. loc. cit.*) puntualizza la colpa nella prevedibilità dell'annullamento, secondo le regole della normale prudenza.

vede un decreto, quello relativo a crediti per onorari e spese professionali, nel cui paradigma non compare l'accertamento del diritto, sibbene la semplice asserzione del ricorrente (sia pure nelle forme di cui all'art. 636 cod. proc. civ.).

Secondo l'insegnamento chiovendiano⁽¹²⁰⁾, in questa ultima ipotesi l'asserzione del diritto dovrebbe essere accompagnata dall'estremo della « possibilità e plausibilità » delle prestazioni allegate come *causa petendi*.

Se non sbaglio, però, tale estremo è già insito nell'asserzione del diritto e non può considerarsi, a fini sistematici, un di più da giustapporre ad essa. Infatti, come si è più volte rilevato, l'affermazione del diritto consiste nell'allegazione dei fatti costitutivi, cioè non di qualsiasi « episodio della vita », ma di fatti che, rientrando nella fattispecie astratta, costituiscono la fonte del diritto fatto valere: nel caso che ci occupa, l'affermazione del diritto importerà, appunto, necessariamente l'allegazione di prestazioni astrattamente riconducibili nel novero (legale) di quelle professionali⁽¹²¹⁾.

Per ultimo, il processo cautelare offre, ai fini che qui interessano, un profilo analogo a quello tracciato per il processo di cognizione.

Ci si ponga, infatti, dall'angolo dell'azione⁽¹²²⁾, o del procedimento⁽¹²³⁾, o del provvedimento cautelare⁽¹²⁴⁾, ritornano,

(120) *Istituzioni*, I, pag. 242. V. anche CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio cit.*, pag. 74 e segg.

(121) V. in arg. LEONE, in *Giurisprudenza completa Cass.*, 1952, 2° quadr., pag. 854; SCROF, *Sull'onere della prova nell'opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di professionisti*, in *Giustizia civ.*, 1951, pag. 359. Il previo controllo degli organi professionali riguarda, di norma, appunto e soltanto questa corrispondenza e la congruità del quantum (cfr. Appello Bari 10 settembre 1951, in *Repertorio Foro it.*, 1952, voce *Ingiunzione*, n. 28).

(122) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pag. 250 e segg.

(123) CARNELUTTI, *Sistema cit.*, I, pag. 205 e segg., 322 e segg.; *Istituzioni*, I, pag. 43 e segg.

(124) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, pag. 143 e segg.

mutatis mutandis, le constatazioni già compiute. Gli atti di questo processo sono coordinati all'asserzione, *in limine*, della situazione sostanziale: la quale compone la situazione legittimante, incide cioè nel paradigma normativo di quegli atti. Invece, il provvedimento cautelare presuppone l'accertamento, da parte del giudice, della situazione *de qua*: qui, peraltro, la ricognizione è fatta superficialmente, in base a prove addotte e valutate sotto il profilo del *fumus*.

La certezza (intorno al diritto e all'obbligo sostanziali) è qui ridotta, dunque, al minore grado di intensità. Tuttavia, il nesso di coordinazione fra il provvedimento e il diritto sostanziale sussiste, e si presenta nello stesso schema di quello che unisce il diritto alla sentenza di accoglimento.

Se questo è vero, può essere superata l'*impasse* nella quale sembra chiusa la dottrina in tema di misure cautelari⁽¹²⁵⁾. Infatti, in considerazione del coordinamento fra diritto e cautela, nè l'azione, nè il procedimento, nè, tanto meno, il provvedimento cautelare possono considerarsi « astratti » (o « autonomi »: ma su ciò *infra*, sub 10). D'altra parte, non è necessario, per rivendicare alla cautela un presupposto sostanziale, nè presentare la misura cautelare come una anticipazione del provvedimento di merito⁽¹²⁶⁾, nel tentativo di connetterla, per questa via, al diritto sostanziale, nè fondare l'attività in discorso sul preteso diritto soggettivo (sostanziale) alla cautela⁽¹²⁷⁾.

Queste soluzioni mi sembrerebbero in sè inaccettabili: la prima, perchè nega la distinzione fra azione (e processo) caute-

(125) Cfr. REDENTI, cit., pag. 167; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano 1937, pag. 40; ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, pag. 19 e segg.; LANCELLOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, pag. 232 e segg.; DENTI, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi in memoria di Ciapessoni*, Pavia 1948, pag. 6 e segg.; MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 635 e segg. Per la dottrina tedesca v. SCHMIDT, *Lehrbuch cit.*, pag. 583; HEILWIG, *System cit.*, II, pag. 442; ROSEMBERG, *Lehrbuch cit.*, pag. 983 e segg.

(126) REDENTI, *op. loc. cit.*; SATTA, *op. loc. cit.*

(127) ALLORIO, *op. loc. cit.*

lare e azione (e processo) di cognizione, la quale invece risulta, in modo irrefutabile, dal diritto positivo ⁽¹²⁸⁾; la seconda, perchè la posizione soggettiva che si pretende configurare come diritto sostanziale alla cautela deve identificarsi (a meno che non ci si voglia ancor qui rassegnare alla presenza di un inutile doppione) col potere processuale di mettere in moto la procedura cautelare. Comunque, le soluzioni *de quibus* sono a mio avviso superflue, dal momento che presupposto della cautela è il diritto soggettivo (di credito, reale, etc.), e che, per stabilire il collegamento, non occorre il tramite del processo di cognizione.

10. Tirando le somme, mi pare si debba riconoscere che il processo civile, nei vari tipi ⁽¹²⁹⁾, è sempre coordinato al diritto sostanziale.

Di tale coordinamento si possono cogliere più gradi. Nel processo di cognizione, si passa dalla asserzione del diritto (*rectius*: della fattispecie donde promana l'obbligo e il corrispon-

⁽¹²⁸⁾ Cfr. SEGNI, *Sequestro giudiziale* cit., pag. 130.

⁽¹²⁹⁾ A mio avviso, la evidente varietà di tipi del processo civile (cognizione, esecuzione, cautela etc.: cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, pagg. 30, 279, 213 e segg., 249 e segg.; SEGNI, *Cognizione ed esecuzione*, in *Studi sassaresi*, 1938, pag. 610; *Commentario Scialoja-Branca*, VI, pag. 302 e segg.; REDENTI, *Diritto processuale civile* cit., I, pag. 91 e segg.; GARRAGNATI, *Il concorso dei creditori* cit., pag. 113) non può essere ridotta ad unità in base al parametro dello « scopo »: ciò vuoi per le ragioni addotte contro le visioni dichiaratamente teleologiche (su ciò v. *retro* capitolo secondo, *sub* 10), vuoi perchè tutto sommato, sotto il manto di queste configurazioni unitarie le differenze di quei tipi sussistono e, a fini sistematici, non possono che prevalere. Così, chi afferma che l'azione è un potere unico (in quanto mira all'attuazione della sanzione), mentre varie sarebbero le forme del suo esercizio (FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, pag. 166 e segg.; *Disegno sistematico* cit., pag. 24 e segg.; lo segue sostanzialmente il MANDRIOLI, *Azione* cit., pag. 169 e segg., 226 e segg., il quale peraltro, mentre si colloca dal punto di vista dell'azione, non rinuncia al tentativo di risolvere nella c.d. unità funzionale le differenze strutturali fra i processi) mi pare trascuri che la ammessa varietà di forme reagisce anche sull'azione, coerenziando, in corrispondenza di ogni tipo di procedimento, un tipo di azione (cioè un astratto potere di mettere in moto il procedimento) che si distingue dagli altri per taluno dei suoi elementi (per es. l'oggetto e la forma).

dente diritto) ⁽¹²⁰⁾ all'accertamento del diritto ⁽¹²¹⁾; la prima abilita i soggetti del processo al compimento delle attività processuali, incide cioè in ogni atto della serie procedurale, quale componente della situazione che legittima il soggetto ⁽¹²²⁾; il secondo (consistente nella ricognizione della fattispecie costitutiva, che il magistrato compie, nella fase decisoria e alla stregua delle prove raccolte, prima di emanare il provvedimento) compone la situazione che legittima la sentenza di accoglimento ⁽¹²³⁾.

Rispetto agli altri tipi di processo, il diritto funge da presupposto di tutta la serie di atti, non escluso quello finale: come realtà *accertata* (riconosciuta cioè dall'agente, prima del compimento dell'atto, alla stregua della prova somministrata dal titolo esecutivo), nel processo di esecuzione ⁽¹²⁴⁾; come realtà *asserita*, in certe forme di processo ingiunzionale ⁽¹²⁵⁾.

Ancora. Molteplici sono i gradi dell'accertamento del diritto. Si passa dalla ricognizione che si articola nell'apprezzamento critico delle prove e nel libero convincimento dell'agente: è il caso normale della ricognizione operata dal giudice prima di emanare la sentenza; a quella vincolata alle risultanze estrinseche del titolo esecutivo; dalla ricognizione che si basa su prove adeguate (o che presuppone, quanto meno la possibilità della parte di fornire tali prove): è il caso del processo di cognizione; a quella che si fonda su prove, approssimative e incomplete, allegate sotto il profilo del *fumus*.

Ma varie che siano le forme e l'intensità della sua presenza, il diritto compare nel paradigma normativo del processo: inteso quest'ultimo — come si è detto — quale serie di atti di più sog-

⁽¹²⁰⁾ V. *retro*, sub 4.

⁽¹²¹⁾ V. *retro*, sub 5.

⁽¹²²⁾ V. *retro*, sub 7.

⁽¹²³⁾ V. *retro*, sub 7.

⁽¹²⁴⁾ V. *retro*, sub 8.

⁽¹²⁵⁾ V. *retro*, sub 9.

getti (parti e organi pubblici) mutuamente implicati e ordinati in unica sequenza.

Ciò che conta, a mio sommesso avviso, è che il diritto soggettivo costituisce il parametro dei poteri processuali del giudice e delle parti. Si tratta ovviamente di un parametro logico, enucleato e applicato, cioè, per via di astrazione: non si dimentichi, del resto, che tanto il diritto soggettivo sostanziale quanto i poteri processuali sono, alla stregua di qualsiasi posizione giuridica soggettiva, delle realtà logiche, più esattamente degli schemi apprestati per ordinare il contenuto delle norme.

Il collegamento fra il diritto e quei poteri, la complementarietà del processo rispetto al diritto segnano, appunto, l'incontro fra quegli schemi, individuano, ferma la distinzione fra essi, le loro implicazioni: sotto questo riflesso non mi pare dubbio che, comunque sia presente (e quindi anche allo stato di asserzione e d'ipotesi), lo schema del diritto soggettivo sia indispensabile al processo, in quanto serve, da un canto, per presentare, per apprendere e per accertare la ragione e il torto, dall'altro, e in corrispondenza, per legittimare i protagonisti del rito civile alle relative attività processuali.

Richiamando anche gli argomenti che ad esse hanno condotto, credo che le constatazioni di cui sopra vadano così inserite nel quadro delle teorie correnti.

Se non sbaglio, esse impongono di superare i termini in cui suole porsi il problema dei rapporti fra diritto e processo, cioè i termini classici dell'«astrattezza» e «concretezza» della azione⁽¹²⁶⁾. L'iter della svalutazione di tale dilemma, già da altri⁽¹²⁷⁾, acutamente iniziato, mi pare si debba concludere come segue.

(126) Ripetere qui l'elenco dei fautori della «concretezza» e dell'«astrattezza» mi sembrerebbe un fuor d'opera. Per una esauriente rassegna delle contrapposte opinioni e sul più recente stato della questione rimando ancora a: SEGNI, CALAMANDREI, LIERMAN, MICHELLI, FURNO, *opp. locc. cit.* nella nota n. 7.

(127) FURNO, *op. cit.*, pag. 356.

A rigore, e secondo il corretto uso che se ne fa in ordine al negozio giuridico ⁽¹³⁸⁾, « astratto » e « concreto » sono attributi i quali segnano rispettivamente la presenza (dell'indicazione) della causa nella fattispecie (ecco perchè nel linguaggio privatistico si preferisce parlare di « causalità » piuttosto che di « concretezza », pur accettandosi l'equivalenza dei termini ⁽¹³⁹⁾) e la assenza di tale indicazione, cioè la c.d. riduzione analitica della fattispecie (astrazione della causa) ⁽¹⁴⁰⁾.

Mi pare risulti evidente che, nel loro retto significato, tali attributi non possano essere utilizzati ai fini che ci occupano. A parte il rilievo che l'azione non consiste soltanto nel potere di mettere in moto il processo, e quindi non si traduce nel solo atto introduttivo, bensì è composta da tutte le posizioni soggettive di cui l'attore è munito nel processo e si risolve, nel suo concreto esercizio, in tutta una serie di atti (dalla domanda introduttiva alla discussione innanzi al collegio); a parte questo rilievo, e quand'anche ci si riferisca, come si suole, ad uno soltanto degli atti della serie procedurale, cioè alla domanda giudiziale in cui

⁽¹³⁸⁾ V. BETTI, *Teoria cit.*, pagg. 119 e segg.; BARASSI, *Obbligazioni*, Milano 1948, II, pagg. 48 e segg.; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino 1912, I, pag. 158 e segg.; BARRERO, *op. cit.*, pag. 356; BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici*, Padova 1933; CAROTA-FERRARA, *op. cit.*, pag. 582 e segg.; DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Messina s.d., I, pag. 101 e segg.; DI GENNARO, *Contratti misti*, Padova 1933, pag. 33 e segg.; FERRARA F. jr., *La girata della cambiale*, Roma 1935, pagg. 280 e segg.; MALVAGNA, *Il problema della causa nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1934 pag. 233 e segg.; NICOLÒ, *L'adempimento cit.*, Milano 1936, pag. 287; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti della causa nei negozi giuridici*, in *La Dante Alighieri in memoria di G. Venezian*, Messina 1934, pag. 187 e segg.; RESSENTI, *La causa nel contratto secondo il nostro codice*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano 1951, pag. 282 e segg.; RUBINO, *Negozio indiretto*, Milano 1937 pag. 103 e segg.; SANTORO-PASTARELLI, *Istituzioni cit.*, pag. 85; SCIALOJA, *Negozi giuridici cit.*, pag. 91 e segg.; STOLFI, *op. cit.*, pag. 30 e segg.; TRABUCCHI, *Il dolo*, Padova 1937, pag. 145 OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pag. 44 e segg.; ENNECERUS, *Lehrbuch cit.*, I, pag. 344 e segg.; STAMPE, *Das Causa Problem des Civilrechts*, Greifswal 1904.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. MESSINEO, *Titoli di credito*, I, Padova 1934, pag. 141.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. BETTI, *Negozio cit.*, pag. 133; ASCARELLI, *L'astrattezza nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, pag. 393.

l'azione (intesa come potere di iniziativa) si tradurrebbe, non riterrei facilmente superabili le seguenti obiezioni.

Non in tutti i tipi di processo è dato di enucleare la domanda introduttiva (si pensi al processo esecutivo, il quale resiste per questo verso a qualsiasi sforzo tendente a ridurlo negli schemi della cognizione⁽¹⁴¹⁾); quindi il punto di riferimento per i descritti attributi non sussiste sempre.

Prescindendo da questa constatazione, la domanda giudiziale non può essere sempre configurata come un negozio, rispetto al quale giochi l'elemento « causa ». Nell'ipotesi di accoglimento si potrebbe (sia pure *ex post*), argomentare a favore della natura *lato sensu* negoziale⁽¹⁴²⁾, allegando, quale prova che la legge assume la domanda come fattispecie negoziale e vi collega effetti consentanei, la corrispondenza fra il contenuto della domanda (ch'è la richiesta della sentenza favorevole) e la sentenza di accoglimento, presentata a sua volta come effetto della domanda (previa gratuita elisione degli altri atti preparatori, i quali, invece, concorrono tutti alla formazione dell'atto finale). Senonchè, nell'ipotesi di rigetto la possibilità di presentare la domanda come un negozio è assolutamente esclusa, mancando la corrispondenza in parola. Il dilemma « astrattezza » o « concretezza » (*rectius*: « causalità ») non è, allora, riproponibile: infatti, proprio quando si proclama l'astrattezza della domanda, perchè non necessariamente coordinata all'accoglimento, si decampa dal terreno del negozio, sul quale soltanto è lecito discorrere di « causa » e, quindi, di « astrattezza » e « concretezza ».

D'altra parte, non è possibile fermare l'attenzione sulla sola domanda fondata, in quanto anche la domanda infondata (come, del resto, tutti gli atti che sfociano nella sentenza di rigetto) esige

(141) V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano 1953, pag. 12, 130; *Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, pagg. 125, 126, 129, 131.

(142) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni cit.*, II, pag. 266; CARNELUTTI, *Istituzioni cit.*, I, pag. 288; *Contra*: SATTI, *Diritto processuale cit.*, pag. 112.

— lo si diceva più indietro ⁽¹⁴²⁾ — di essere sistemata nello schema dell'azione. Comunque, deve escludersi che la domanda fondata sia un negozio « concreto » (*rectius*: « causale »), che cioè il suo paradigma normativo contenga il riferimento alla causa.

Infatti, secondo l'opinione prevalente ⁽¹⁴⁴⁾ (e, a mio avviso, corretta ⁽¹⁴⁵⁾) la causa è il primo della serie di motivi della condotta negoziale (collegati fra loro dal rapporto di mezzo a scopo), cioè quello più prossimo all'azione ⁽¹⁴⁶⁾: quale risulta dal paradigma normativo della condotta ⁽¹⁴⁷⁾. Se questo è, non v'ha dubbio che la domanda giudiziale non rechi menzione della causa, cioè dello scopo (*rectius*: motivo in senso logico) che ha dettato la condotta dell'agente, la volizione in cui la domanda (se si ammette in ipotesi la sua natura negoziale) consisterebbe. Chi ritenga il contrario, assumendo che « causa » (i.e. scopo) della domanda sia la sentenza favorevole, confonde fra « causa » ed « oggetto » della domanda: la sentenza favorevole, infatti, costituisce l'oggetto della domanda (è ciò che l'attore chiede, vuole); ma non la causa di essa (non è lo scopo per il quale l'attore chiede, vuole la sentenza).

Per questa via, insomma, e cioè ragionando in termini di negozio e di causa del negozio, tutto ciò che si può predicare

⁽¹⁴²⁾ V. *retro*, *sub* 1.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. BARASSI, CHERONI, BATTISTONI, DE RUGGIERO-MAROI, MALVAGNA, *opp. loc. cit.*

⁽¹⁴⁵⁾ V. *La giurisdizione volontaria cit.*, pag. 63 e segg.

⁽¹⁴⁶⁾ Questa locuzione sembra preferibile a quelle che designano la causa come il « motivo ultimo » o quello « immediatamente precedente l'azione ».

⁽¹⁴⁷⁾ Come altrove ho rilevato (*Giurisdizione cit.*, pag. 66), il costante riferimento al modello normativo e alla causa come elemento di esso, sottrae la nozione di causa enucleata nel quadro della rilevanza giuridica dei motivi alla corrente accusa, dei fattori della causa e.d. obiettiva, di non essere ancorata alla norma e di fluttuare nell'insondabile psicologia dell'individuo agente. Di più, la contrapposizione fra causa *obiettiva* e *subiettiva* è, a mio avviso, mal posta. È ovvio infatti, che l'osservazione del dommatico deve riguardare (per la causa, come per gli altri elementi) il modello normativo e che, anche partendo dall'atto reale, i motivi di questo (alla stregua di tutti gli altri elementi) vanno presi in considerazione in quanto rientrano nello schema della norma.

della domanda è che essa, quand'anche fondata, fa astrazione della causa.

Ora, a parte gli ostacoli di cui è costellata la strada che vi conduce, tale conclusione da un canto non conforta, chè anzi recisamente contraddice il collegamento che si pretende di cogliere fra sentenza di accoglimento e azione (i.e. domanda) « concreta »; dall'altro, e come si è preannunciato, non riveste interesse per la definizione dei rapporti fra il processo e il diritto sostanziale presupposto.

Se non è possibile discutere di « astrattezza » e « concretezza » dell'azione (i.e. della domanda) in punto di « causa », è, poi, per lo meno assai improprio parlarne in un diverso significato, cioè in funzione del coordinamento che si assume sussistere (« concretezza ») o meno (« astrattezza ») fra la domanda e il diritto sostanziale presupposto⁽¹⁴⁸⁾. Ammetto che, su tale strada, ci si possa richiamare ad un precedente di notevolissimo rilievo, costituito dalla dottrina dei titoli di credito, la quale, appunto, presenta in termini di « causalità » ed « astrattezza »⁽¹⁴⁹⁾ quello che è, in effetti, il coordinamento fra il titolo ed il rapporto fondamentale presupposto. Noto, tuttavia, che anche nella dottrina in parola si coglie il disagio e, nelle fonti più avvertite, la denuncia della improprietà di applicare quei termini anziché al rapporto fra l'atto e la causa (i.e. lo scopo), a quello fra l'atto e il suo presupposto⁽¹⁵⁰⁾.

(148) V. ora anche MANDRIOLI, *Azione cit.*, pag. 238.

(149) Cfr. BETTI, *Negozio cit.*, pag. 138; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 390, 401; MESSINEO, *Titoli di credito*, cit., I, pag. 140 e segg.; ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova 1951, pag. 100 e segg.; ARENA Andrea, *Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito*, Milano 1956, pag. 132 e segg.; FIORENTINO, *Dei titoli di credito*, in *Commentario Scialoja-Branca*, IV, pag. 41 e segg.

(150) V. BIGIARI, *La delegazione*, Padova 1940, pag. 299; BETTI, *op. loc. cit.*, nota n. 17; *Mananza di causa della girata cambiaria e prova testimoniale contro il tenore del titolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, pag. 158 e segg.; LA LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, 1923, n. 19, 26; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 401.

Non a torto, quindi, un'autorevole dottrina ⁽¹⁵¹⁾ sostituisce, in tema di rapporto fra azione e diritto, la nozione di « autonomia » a quella di « astrattezza ». Non saprei dire, però, fino a che punto sia consigliabile mutare il linguaggio tradizionale, il quale indica come « autonomia » (dell'azione) la più cospicua conquista dei nostri studi: la separazione concettuale fra la sfera del processo e quella del diritto, fra il diritto soggettivo e la azione (rivendicata appunto come posizione schiettamente e unicamente processuale).

Comunque, adoperando gli attributi « astratto » e « concreto » in questo diverso significato, non mi pare si possa predicare la causalità o astrattezza della domanda sulla base della effettiva esistenza o inesistenza del diritto presupposto. Ancora qui, a mio avviso, dovrebbe soccorrere come paradigma, in virtù dell'analogia or ora riscontrata, il regime dei titoli di credito: in esso il coordinamento fra l'atto e il rapporto fondamentale è correttamente presentato, non in termini di effettiva esistenza di tale rapporto, bensì in termini di *richiamo*, *indicazione* di esso nel titolo; talchè viene considerato « causale » il titolo che rechi menzione di quel rapporto, a prescindere dalla sua effettiva costanza ⁽¹⁵²⁾.

Sotto questo ineccepibile profilo, concorderei pienamente con l'autorevole avviso ⁽¹⁵³⁾ secondo il quale la domanda giudiziale deve considerarsi « causale » (i.e. « concreta »), in quanto il suo schema normativo comprende l'allegazione della situazione sostanziale presupposta (cioè della *causa petendi*), a prescindere dalla sua effettiva sussistenza.

⁽¹⁵¹⁾ MICHELI, *Dell'esecuzione forzata* cit., pag. 375.

⁽¹⁵²⁾ MESSINEO, *Titoli di credito* cit., I, pag. 154; FERRARA FRANCESCO junior, *La girata della cambiale* cit., pag. 300; ASCARELLI, *op. cit.*, pag. 390; FIORENTINO, *op. cit.*, pag. 44. *Contra*: FERRELLI, *Titoli di credito*, in *Trattato diritto civile*, Torino 1950, pagg. 85, 86.

⁽¹⁵³⁾ BETTI, *Ragione e azione* cit., pag. 219. In *arg. v.* CARNELUTTI, *Titolarità del diritto e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, pagg. 121, 122.

11. Le considerazioni svolte, se da un canto segnano i limiti direi costituzionali, delle correnti vedute in tema di « astrattezza » e « concretezza » dell'azione, mi pare aprano, dall'altro, la strada per riepilogare e concludere intorno al settore dei rapporti fra processo e diritto sostanziale fin qui esaminato, cioè intorno al ruolo di presupposto che il diritto svolge rispetto al processo.

Innanzitutto, da quest'angolo, il rapporto col diritto sostanziale non riguarda soltanto la domanda, ma tutti gli atti della serie procedurale: vuoi quelli in cui si concreta l'azione, cioè la situazione soggettiva (composita) dell'attore; vuoi quelli in cui si concreta la situazione processuale del convenuto; vuoi quelli in cui si traduce la *funzione* dell'ufficio ⁽¹⁵⁴⁾.

Come ho più sopra rilevato, la costante riduzione del nostro problema all'azione (a sua volta intesa come potere di mettere in moto il processo e individuata quindi, come atto concreto, nella domanda) non mi sembra giustificata nè feconda, derivando, a causa dell'ovvia vischiosità dei concetti tradizionali, dall'originaria ed errata collocazione dell'*actio* nell'ambito del diritto soggettivo (sostanziale).

Tali essendo i termini del rapporto: *diritto soggettivo (sostanziale)* e *atti del processo*, la questione consiste nello stabilire se questi siano o meno coordinati a quello.

La risposta affermativa, che sopra ho ritenuto di dover dare, non mi pare validamente contraddetta da quelle recenti indagini (della dottrina d'oltr'alpe) che rivendicano al processo la più completa indipendenza dalla situazione sostanziale preesistente ⁽¹⁵⁵⁾. Come si è visto, tali teorie, peraltro combattute anche in Germania, urtano contro irrefutabili indicazioni positive del nostro rito: secondo le quali la situazione sostanziale va dedotta *in limine*, a molteplici fini, ma segnatamente per la pre-

(154) V. retro, sub 1.

(155) V. retro, sub 2 e note nn. 28, 29, 30, 31.

via determinazione dei poteri delle parti e del giudice, i.e. come parametro delle rispettive legittimazioni.

Nè credo si possa negare il coordinamento fra il diritto e gli atti processuali che hanno per presupposto l'*asserzione* del diritto (nel senso, sopra chiarito, che l'allegazione della situazione sostanziale presupposta compone la loro fattispecie legittimante). Come è stato già acutamente rilevato in ordine alla domanda⁽¹²⁶⁾, dal punto di vista logico e sistematico il coordinamento fra l'atto e la situazione sostanziale sussiste quando e purchè il paradigma normativo dell'atto contempra il richiamo di quella situazione: ciò che appunto accade per l'atto processuale in genere, il cui schema indica sempre un soggetto legittimato sul parametro del rapporto sostanziale dedotto in lite⁽¹²⁷⁾.

Aggiungerei, anzi, che questa conclusione, se da un canto svincola l'azione (come, del resto, l'attività delle altre parti e del giudice) dal malinteso presupposto della *esistenza* del diritto, ed offre quindi uno schema adatto vuoi all'azione che sfocia nell'accoglimento vuoi a quella che mette capo al rigetto, dall'altro consente, se non sbaglio, di spiegare e sistemare il coordinamento fra il diritto (sostanziale) e le residue azioni nominate⁽¹²⁸⁾: coordinamento che indubbiamente sussiste e di cui non si può non tener conto⁽¹²⁹⁾, ma che, a mio avviso, va contemplato in termini di *asserzione* e non in termini di *esistenza* del diritto presupposto.

Meno che mai, infine, sarebbe possibile negare il coordinamento fra il diritto e gli atti che, come la sentenza di accoglimento e gli atti del processo esecutivo, presuppongono l'accerta-

(126) BETTI, *op. loc. ult. cit.*

(127) V. *retro*, sub 5.

(128) Esse costituiscono l'*arbor actionum* cui si riferisce il REDENTI (*Trasferimenti cit.*, pag. 75 e segg.; *Diritto processuale cit.*, pagg. 48, 49); ma ovviamente non possono considerarsi un numero chiuso (cfr. LIEBMAN, *Azioni cit.*, pag. 439; BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, Milano 1950, pag. 78; MENESTRINA, *Azione*, in *Enciclopedia italiana*, pag. 703).

(129) LIEBMAN, *op. loc. ult. cit.*

mento della situazione sostanziale, sotto il cennato riflesso che certezza del diritto non significa esistenza ⁽¹⁶⁰⁾. A parte il rilievo che si tratta ancor qui di un coordinamento logico e non pratico, e che come tale e in quanto tale esso deve essere assunto nel sistema, va richiamata in proposito la constatazione già compiuta: quali che siano l'intensità della certezza (e ciò in ragione delle prove utilizzate e dei limiti del loro apprezzamento da parte del giudice) e la sua modificabilità (per effetto di impugnazioni), il rango di realtà accertata rappresenta un limite invalicabile, contraddistingue la più elevata e pregnante presenza del diritto nel processo.

(160) V. MANDRIOLI cit. nella nota n. 98.

