

ANNO XXVI - 1957/58

NUOVA SERIE A - N. 10

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE



EDITORE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO



# STVDI VRBINATI

SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICHE

Anno XXVI

1957 - 1958

\*  
TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI  
\*

FRANCESCO FORTE

*Professore incaricato di Scienze delle Finanze e Diritto Finanziario  
nell'Università di Urbino*

ALCUNE OSSERVAZIONI SULLA PERSONALIZZAZIONE  
DELLE IMPOSTE REALI SUL REDDITO



SEZIONE I. — *Redditi di ricchezza mobile,  
di lavoro e di impresa.*

1.0.1. La tendenza alla personalizzazione delle imposte reali sul reddito che si era già sviluppata, sia pure con parecchie incertezze, prima dell'ultima guerra mondiale <sup>(1)</sup> ha assunto caratteri più definiti con le varie leggi che prendono il nome dalla « riforma Vanoni ». Ma anche oggi il processo di personalizzazione di queste imposte è ben lungi dall'essere completo.

Attualmente sono previste una detrazione fissa di L. 240.000

---

<sup>(1)</sup> Con le circolari ministeriali 22 dicembre 1933 n. 12580, 19 gennaio 1934 n. 600 e 25 maggio 1937 infatti, ai fini della ricchezza mobile, per le mercedi corrisposte agli operai da datori di lavoro diversi dallo stato, dalle province e dai comuni fu stabilito un minimo imponibile, dapprima di L. 600 per le paghe mensili, di L. 300 per le paghe quindicinali e di L. 150 per le settimanali e, successivamente di L. 720 mensili o, rispettivamente L. 360 e 180.

Dati i livelli salariali dell'epoca, ciò comportava l'esenzione per una gran parte degli operai dell'industria e dell'agricoltura. Il R.D.L. 15 ottobre 1936 n. 1879, dal canto suo, stabilì un minimo imponibile molto minore, ossia di L. 2.000 annue, per le mercedi corrisposte ad operai di stabilimenti governativi, delle province e dei comuni e dalle rispettive aziende autonome. Lo stesso minimo imponibile venne esteso anche ai redditi di ricchezza mobile di impresa, di lavoro autonomo e di lavoro impiegatizio. Per i redditi fra L. 2.000 e 2.500 aventi tale natura, fu concessa una serie di riduzioni graduali dell'imponibile, allo scopo di attenuare il salto fra l'esenzione assoluta e la tassazione integrale.

Durante la guerra, il minimo imponibile, per i redditi di lavoro dipendente, fu portato a L. 24.000. Il D.L.P. 27 giugno 1946 n. 87 elevò tale minimo a L. 80.000 e il D.L.C.P.S. 1 settembre 1947 n. 392 a L. 240.000. Quest'ultimo decreto stabilì inoltre in L. 36.000 il minimo imponibile per i redditi di ricchezza mobile di impresa e di lavoro autonomo.

Con il medesimo decreto si introdusse anche una importantissima innovazione: la detrazione fissa di L. 240.000 per i redditi di lavoro dipendente. In precedenza, come si è visto, si era agito nel campo dei minimi imponibili, ma non in quello delle detrazioni fisse alla base. Il decreto dell'1 settembre 1947 infine stabilì delle riduzioni di imponibile decrescenti da L. 25.000 a L. 10.000 per i redditi mobiliari, d'impresa e di lavoro autonomo, non superiori a L. 150.000.

ed una riduzione a metà dell'aliquota, sulle prime L. 720.000 calcolate al netto di tale detrazione, per i redditi di ricchezza mobile C<sub>2</sub>, C<sub>1</sub> e B persone fisiche<sup>(2)</sup>.

Le altre categorie di redditi reali, mobiliari ed immobiliari non fruiscono di queste agevolazioni. Nelle sezioni II e III cercheremo di esaminare sino a che punto ciò sia giustificabile. Ora discuteremo invece le varie limitazioni che l'applicazione dei benefici in questione subisce nelle stesse categorie di redditi mobiliari C<sub>2</sub>, C<sub>1</sub> e B persone fisiche.

1.0.2. L'unica limitazione che appare pienamente giustificata è quella consistente nella regola che sia la detrazione fissa come la riduzione a metà dell'aliquota competano, ad uno stesso contribuente, *una sola volta* per il totale dei redditi di ricchezza mobile delle varie categorie ammesse alla agevolazione, che egli abbia conseguito in un determinato esercizio. Uno stesso soggetto non può cumulare più di una detrazione fissa e di una riduzione di aliquota fruendone su redditi diversi: ciò sarebbe in contrasto con il principio di graduare l'imposta secondo l'ammontare del reddito totale del contribuente, che con l'attuale personalizzazione si vuol perseguire.

1.1.1. Una prima limitazione meritevole di critica dipende invece dalla norma che stabilisce l'indetraibilità dal reddito di

---

(2) Fu la legge 11 gennaio 1951 n. 25 che estese ai redditi mobiliari di impresa e di lavoro autonomo la detrazione fissa di L. 240.000. Un altro passo importante verso la personalizzazione venne compiuto con la L. 21 maggio 1952 n. 477 che stabilì la regola generale che per i redditi mobiliari di impresa e di lavoro autonomo dipendente, sino a un certo livello, l'aliquota dovesse essere dimezzata. Questa tecnica di personalizzazione si ricollega, entro certi limiti, al sistema delle riduzioni decrescenti adottato in precedenza per la prima parte dei redditi imponibili. Una prima esplicita applicazione del criterio dell'abbattimento dell'aliquota per i redditi sino a un certo livello si era avuto con il D.L. 1° aprile 1948 n. 300. Unificando le aliquote di ricchezza mobile per gli operai e gli impiegati, tale decreto infatti le fissò, per entrambe le categorie, al 4 % per la parte di retribuzione annua compresa fra 240 e 960 mila lire e all'8 % per la parte superiore.

categoria B e C, delle somme imputate a retribuzione del lavoro svolto, nell'esercizio del contribuente, dal coniuge e dai figli minori non emancipati (articolo 34 del Testo Unico delle Imposte Dirette).

Ora, poichè al capo-famiglia toccano, *una sola volta*, per tutti i redditi per cui è tassabile, la detrazione fissa e la riduzione di aliquota, egli perde la possibilità di godere, una seconda, una terza, una quarta volta, di tali agevolazioni sul reddito prodotto dal coniuge e dai figli che lavorano presso di lui.

Non è infrequente che la moglie e i figli del contribuente prestino, alle sue dipendenze, delle attività che, per la loro natura e per il loro orario, comporterebbero, se svolte presso terzi, per ciascuno di essi, una retribuzione annua non superiore alle L. 240.000. Tali somme dunque, se guadagnate presso terzi, sarebbero del tutto esenti, mentre normalmente non lo sono se vengono ottenute lavorando per l'esercizio del capo-famiglia.

1.1.2. Si può certo tentare di sostenere che è più equo commisurare l'aliquota al totale dei redditi percepiti dall'intero gruppo familiare, anzichè al reddito ottenuto dal singolo soggetto che ne fa parte. Ma, a parte il fatto che non mancano argomenti in contrario<sup>(3)</sup>, qualora si ritenesse preferibile il trattamento restrittivo non si vede perchè lo si dovrebbe accogliere solamente per i soggetti che lavorano nell'esercizio familiare, riservando invece il trattamento più generoso per coloro che lavorano presso terzi.

1.2.1. Una seconda criticabile limitazione consiste nel fatto che i benefici della personalizzazione in esame valgono solo per le aliquote dovute allo Stato. Per quelle dovute agli enti lo-

---

(3) Il problema è ampiamente dibattuto negli studi americani sull'imposta personale sul reddito specialmente per quel che concerne il cumulo dei redditi della moglie con quelli del marito. Cfr. per es. C. SHOUR, *Married Couples Compared with Single Persons under the Income Tax*, in GROVES, *Viewpoints in Public*

cali, lo sgravio è molto minore o addirittura nullo. Infatti sui redditi di ricchezza mobile categoria C<sub>1</sub> e B superiori a L. 240 mila si applicano l'imposta comunale sulle industrie e la sua addizionale provinciale ad aliquota piena, anche se il totale di questi redditi è inferiore a L. 960.000. L'imposta camerale infine non prevede riduzioni nè esenzioni per i redditi minimi.

1.2.2. È vero che le imposte comunali, provinciali, camerali sono autonome da quelle statali. Però l'argomento dell'autonomia non dovrebbe servire per giustificare una tassazione diretta locale la cui struttura ricalca quella statale in tutto tranne che nella personalizzazione. La personalizzazione dell'imposta sul reddito risponde ad una esigenza di carattere generale che appare valida tanto per le finanze dello Stato quanto per quelle locali.

1.3.1. Una terza limitazione meritevole di critica riguarda i redditi di categoria C<sub>2</sub>. Come è noto, per questi redditi la tassazione mobiliare avviene attualmente con il sistema della ritenuta diretta o con quello della tassazione alla sorgente con obbligo di rivalsa, secondo che si tratti di compensi pagati dalle amministrazioni statali o da altri datori di lavoro. Sia con l'uno che con l'altro sistema il prestatore d'opera subisce la trattenuta dell'imposta mobiliare sulla retribuzione, man mano che questa gli viene corrisposta: per la liquidazione di tale tributo il fisco si rivolge direttamente al datore di lavoro.

Finchè l'aliquota era rigidamente proporzionale, questo sistema funzionava assai facilmente, senza inconvenienti.

L'adozione delle misure di personalizzazione ha complicato le cose. Se infatti si volessero applicare perfettamente la detra-

---

*Finance*, H. Holt, New York, 1950, p. 200-208; W. VIKREV, *Agenda for Progressive Taxation*, Ronald Press Co., New York, 1947, Chapter X; J. F. DUE, *Government Finance*, Irwin, Homewood, Illinois, 1956, 190-193.

zione fissa e la riduzione a metà dell'aliquota, per ogni dipendente privato o pubblico, non si potrebbe più effettuare una tassazione alla « sorgente » di carattere definitivo: la somma trattenuta a ciascun lavoratore dal datore di lavoro, a titolo di imposta mobiliare, dovrebbe essere posta a conguaglio con la differenza di imposta che si determina in più o in meno, per i singoli lavoratori, in base alle loro diverse situazioni personali.

Non sarebbe perciò più possibile limitare l'accertamento dei redditi di  $C_2$  ai soli datori di lavoro. Occorrerebbe integrare tale accertamento con altri sia pure rapidi, a carico dei singoli prestatori d'opera. Ciò accrescerebbe il lavoro del fisco. Se l'Amministrazione delle imposte dirette disponesse di molto personale e fosse largamente meccanizzata non si tratterebbe di un grosso aggravio. Ma nelle presenti condizioni, un aumento di operazioni fiscali, anche elementari, nel settore delle imposte dirette, desta grandi preoccupazioni.

Così per i redditi di  $C_2$  si è preferito rinunciare ad una accurata applicazione del criterio della personalizzazione, in omaggio alla semplicità amministrativa.

1.3.2. Si è perciò stabilito che tanto la detrazione fissa come la riduzione a metà dell'aliquota, per i redditi di categoria  $C_2$ , vadano applicati, per ciascun periodo di paga « ragguagliato ad anno ». Questa espressione vuol significare che, nel caso di retribuzioni mensili, l'imposta viene liquidata mensilmente, concedendo una detrazione fissa di L. 20.000, ossia di un dedicesimo di L. 240.000 e un abbattimento a metà della aliquota sulle successive 60.000 lire, ossia su di un dodicesimo di L. 720.000. Nel caso di retribuzioni settimanali, l'imposta è liquidata settimanalmente, con una quota esente di L. 4600 ossia di un cinquantaduesimo di L. 240.000 e con un abbattimento a metà dell'aliquota sulle successive L. 13.850 ossia su di un cinquantaduesimo di L. 720.000, e così via.

Per conseguenza, un soggetto privo di ogni altro reddito

che inizia un lavoro dipendente a metà esercizio finanziario e percepisce, per i restanti mesi, L. 40.000 mensili, ossia un reddito complessivo, per tutto l'esercizio, di L. 240.000, anzichè venire esentato dall'imposta di ricchezza mobile, così come una integrale applicazione dei benefici della personalizzazione comporterebbe, deve pagarla su L. 120.000 con l'aliquota dimezzata. Un soggetto che inizia un lavoro dipendente a metà anno e consegue durante il successivo semestre, L. 160.000 mensili, con l'attuale sistema, anzichè pagare l'aliquota dimezzata su L. 120.000 mensili venendo esentato per il resto, deve pagare un'aliquota piena su L. 80.000 mensili ed una dimezzata sulle altre L. 60.000 mensili.

1.3.4. Ma la sperequazione è ancora più grave nei confronti di coloro che hanno una occupazione stagionale.

Un manovale edile che (caso non infrequente) lavori solo per otto mesi all'anno, percependo L. 30.000 mensili, anzichè andare totalmente esente, è tassato su L. 80.000 annue con l'aliquota del 4 %. Un lavorante agricolo specializzato che guadagna L. 70.000 mensili per cinque mesi all'anno, deve pagare il 4 % anzichè su L. 110.000 annue, su L. 250.000.

1.3.5. La stessa sperequazione si può produrre, sebbene per lo più con gravità minore, nei confronti di quei prestatori d'opera che ricevano, in talune occasioni, in aggiunta alla retribuzione normale liquidata loro dall'organismo da cui dipendono, anche dei compensi particolari, pagati da altri organismi per cui svolgono una attività straordinaria, che appare come un lavoro subordinato. Così un professore che dipende dalla Università A, dalla quale riceve L. 70.000 mensili e che non consegue nell'anno altri redditi, salvo L. 120.000 guadagnate « una tantum » per un corso svolto presso un ente B, su queste L. 120.000 non subisce la trattenuta dell'aliquota del 4 % (come gli toccherebbe, con una rigorosa applicazione dei benefici della personalizza-

zione, dato che, in tutto, il suo imponibile, al netto della detrazione fissa di L. 240.000, non supera le L. 720.000 annue) ma ottiene l'esenzione per le prime L. 20.000 e sopporta la trattenuta del 4 % per le successive L. 60.000 e quella dell'8 % per le ulteriori L. 40.000. Egli perciò, in definitiva, su queste L. 120.000 paga L. 5.600 invece che L. 4.800.

## SEZIONE II. — *Reddito di puro capitale di ricchezza mobile e di fabbricati.*

2.1.1. La personalizzazione, come si è visto, riguarda attualmente solo i redditi mobiliari di categoria C<sub>2</sub>, C<sub>1</sub>, B persone fisiche: non si estende alla ricchezza mobile categoria A<sup>(4)</sup>, all'imposta sui fabbricati, a quella fondiaria e a quella sui redditi agrari, nè alle relative addizionali applicate dagli enti locali. Si potrebbe cercare di difendere questo regime con l'argomento che è giusto concedere i benefici in questione solo ai redditi di lavoro e a quelli nella produzione dei quali il lavoro entri come componente essenziale, poichè sono solo questi i redditi meritevoli di un trattamento tributario di favore.

2.1.2. Innanzi tutto contro tale linea di difesa dello « statu quo » si può obiettare che oggi sono esclusi dalla personalizzazione non solo i redditi di puro capitale, ma anche i redditi agrari, che sono tipicamente redditi « misti » di capitale e di lavoro.

---

(4) Anche i redditi di ricchezza mobile cat. B degli enti collettivi sono esclusi dai benefici della personalizzazione: ciò si spiega tenendo conto che questa ha lo scopo di graduare il carico fiscale secondo le capacità contributive delle persone fisiche e non anche degli enti. Tuttavia si potrebbero forse trovare argomenti per sostenere che l'imposta reale, pagata alla fonte sui dividendi delle società per azioni, si trasferisce sui singoli azionisti e, quindi, in linea di principio, potrebbe essere personalizzata. Cfr. però, per problemi pratici, nota (7).

Quanto meno la personalizzazione andrebbe estesa all'imposta sui redditi agrari <sup>(5)</sup>.

2.1.3. Ma a noi sembra che in linea di principio non vi sia un serio motivo per non allargarla anche ai redditi di puro capitale, mobiliare od immobiliare.

Si può sostenere, è vero, che i redditi di capitale puro debbano essere tassati di più di quelli di lavoro perchè sono conseguiti senza sforzo e perchè più sicuri (sebbene quest'ultimo argomento, dopo le distruzioni e gli sconvolgimenti degli ultimi decenni, non appaia più tanto pacifico, sia nei riguardi delle proprietà edilizie e sia nei riguardi degli investimenti di capitali monetari a reddito fisso). Ma della natura più o meno capitalistica del reddito si tiene già conto nella differenziazione delle aliquote per i vari tipi di reddito. La concessione della detrazione fissa e della riduzione a metà dell'aliquota sui redditi di puro capitale per le persone con reddito modesto non comporterebbe affatto di tassarli con la stessa aliquota a cui vengono assoggettati i redditi  $C_1$ ,  $C_2$  o B; comporterebbe solo di discriminare il carico sui redditi di capitale dei bassi redditieri in confronto a quello sugli alti redditieri.

La personalizzazione della tassazione sul reddito è perfettamente compatibile con la discriminazione di aliquota per i vari tipi di reddito. Si tratta di tenere conto, nella costruzione dell'aliquota, di due condizioni: l'ammontare e la qualità del reddito, anzichè di una: solo l'ammontare o solo la qualità del reddito.

---

<sup>(5)</sup> Fra l'altro ciò permetterebbe di armonizzare il regime fiscale riservato ai redditi delle imprese agricole condotte dai coltivatori diretti, che sono tassati appunto con l'imposta sui redditi agrari, con il regime fiscale esistente per i redditi di impresa degli affittuari agricoli, che essendo colpiti con la ricchezza mobile categoria B godono già dei benefici della personalizzazione.

2.1.4. La discriminazione qualitativa delle aliquote per le imposte reali, in un Paese in cui, come in Italia, l'applicazione dell'imposta personale progressiva sul reddito incontra grosse difficoltà, può essere considerata come il sostituto della differenziazione del carico sul reddito complessivo<sup>(6)</sup>. Ma anche se si conviene di assegnare, transitoriamente, alle imposte reali tale compito surrogatorio, è bene evitare che il ripiego sia troppo grossolano. È dunque opportuno adattare il sistema di imposte reali il più possibile al disegno di progressività personale che con esso si intende di rimpiazzare, cercando di mitigare la tassazione dei redditi di capitale dei contribuenti modesti in confronto a quella dei contribuenti delle classi superiori. Ciò, beninteso, sin tanto che la concessione di tale mitigazioni non favorisca gli evasori.

Il pericolo che la estensione della personalizzazione, ai redditi di capitale, si risolva in un ingiustificato beneficio per gli evasori è importante nella ricchezza mobile categoria A.

2.2.1. Fra le voci principali di redditi tassabili in ricchezza mobile categoria A emergono gli interessi sulle obbligazioni private (quelle del debito pubblico, come è noto, sono esenti) e gli interessi sui depositi bancari.

Attualmente l'accertare l'identità dei percettori di questi interessi nella gran parte dei casi, è impossibile: le obbligazioni sono al portatore ed i depositi presso istituti di credito, sebbene nominativi, sono protetti dal segreto bancario.

La ricchezza mobile categoria A su tali interessi viene liquidata mediante tassazione alla fonte.

Ora, sinchè l'aliquota rimane proporzionale, al fisco non importa accertare, ai fini di questa imposta, l'identità dei percettori dei frutti delle obbligazioni: gli è sufficiente conoscere l'am-

---

(6) Analoga tesi è stata sostenuta per una imposta ordinaria sul patrimonio. Sebbene questo tributo svolgerebbe tale funzione in modo discutibile, tuttavia esso, anche sotto questo profilo, apparirebbe sempre più soddisfacente della discriminazione di aliquote delle imposte reali sui redditi. Cfr. COSCIANI, *La Riforma Tributaria*, Firenze, 1950, Cap. III.

montare di obbligazioni emesse da ciascuna società ed il loro tasso di interesse, ciò che risulta senza possibilità alcuna di evasione, da atti pubblici.

Nel caso di depositi bancari la questione può apparire un po' più discutibile. L'ammontare e la qualità dei depositi infatti non possono essere desunti da atti pubblici. Essi sono segnati su elenchi interni della banca, ma questa attualmente non è tenuta ad esibire tali elenchi al fisco (cfr. art. 40, 2° comma, del Testo Unico delle Imposte Dirette). Si può però cercare di sostenere che la banca non ha la convenienza di occultare degli interessi passivi in quanto, operando in tal modo, ridurrebbe le detrazioni per passività alle quali ha diritto sul proprio reddito di impresa. Questo, fra l'aliquota erariale e quelle degli enti minori, è assoggettato ad un carico notevolmente maggiore che non gli interessi passivi. Tuttavia va osservato che la banca, attraverso l'occultamento di una parte degli interessi passivi, può preparare gli elementi di appoggio per rendere plausibile al fisco una sottovalutazione delle sue attività, dato che normalmente fra il volume di affari passivi ed attivi vi è un certo rapporto: in realtà dunque la banca può avere tutta la convenienza a cercare di evadere all'imposta di ricchezza mobile categoria A sugli interessi.

Si tratta però di un margine di evasione che, in un sistema fiscale molto efficiente, è possibile contenere entro limiti sopportabili con l'accertamento di tutti gli altri elementi aziendali del singolo istituto di credito che non siano protetti dal segreto bancario.

2.2.2. Ma l'evasione potrebbe assumere proporzioni vastissime sia per gli interessi sulle obbligazioni come per quelli sui depositi bancari se si personalizzasse la loro tassazione mobiliare.

Infatti per potere estendere a questi redditi la detrazione fissa di L. 240.000 e la riduzione a metà dell'aliquota per le successive L. 720.000 bisognerebbe passare dall'attuale sistema

di tassazione alla fonte eseguita in via definitiva ad un sistema in cui il prelievo alla sorgente avesse solo il valore di un acconto, accompagnato dal conguaglio a livello personale nei confronti dei percettori degli interessi.

Se il fisco ignorasse i nominativi dei titolari delle obbligazioni e dei depositi bancari a molte persone sarebbe facile di godere indebitamente più di una volta della detrazione fissa e dell'abbattimento di aliquota sino a 720.000, facendo figurare come titolati degli interessi dei semplici « prestanome ». Con questo espediente, anche gli enti, che non hanno diritto ad alcuna agevolazione connessa alla personalizzazione, potrebbero riuscire a fruirne <sup>(7)</sup>.

2.2.3. Non è questo il luogo per discutere se l'adozione di una efficiente nominatività per le obbligazioni e se l'abolizione del segreto bancario siano o no opportuni. Ciò che qui ci interessa osservare è che, sin che perdurerà l'attuale situazione, la personalizzazione generale, nella tassazione dei redditi di ricchezza mobile categoria A, sarà inattuabile salvo che non ci si voglia rassegnare ad un larghissimo margine di frode che si aggiungerebbe alle già ampie zone di evasione od esenzione esistenti in questo settore. Al più, in seno alla categoria A, si potrebbe pensare alla concessione dei benefici della personalizzazione a favore di particolari tipi di proventi per i quali, data la natura dei rapporti, la frode non sarebbe possibile o sarebbe trascurabile: rendite pagate da Istituti di Assicurazione ed altri enti per vitalizi; rendite di assicurazioni sulla vita etc.

2.3.1. Nel campo dell'imposta sui fabbricati, le difficoltà di accertamento che abbiamo appena visto per i redditi di puro capitale mobiliare non sussistono. Infatti l'attuale sistema

---

(7) Considerazioni simili varrebbe anche per i dividendi azionari, qualora si pensasse di poter accogliere, in linea di principio, la tesi della personalizzazione anche per questi redditi sin quando perdurasse, per le azioni, l'attuale situazione di pressochè totale inefficienza del regime di nominatività.

di accertamento, pur con tutte le sue manchevolezze, è abbastanza efficiente per consentire l'individuazione dei proprietari degli edifici urbani e per determinare, sia pure sulla base di larghe medie, il reddito che ne ritraggono.

Si potrebbe però sostenere che l'esenzione venticinquennale dall'imposta sui fabbricati di nuova costruzione, esistente ormai dal 1928, rende meno forte, in questo settore, la causa della personalizzazione, poichè molti proprietari, grandi e piccoli, per tale via, oggi non pagano imposta sui fabbricati e le relative sovrainposte degli enti locali.

2.3.2. Ma per quel che concerne i proprietari dei *vecchi* fabbricati, si può rispondere, che essi, anche se avessero un tempo fruito dell'esenzione in questione, hanno sopportato lungamente, dal dopoguerra in poi, le dure conseguenze del blocco degli affitti.

Vi sono tutt'ora parecchie persone che percepiscono, da vecchie proprietà edilizie, un reddito che è modesto proprio a causa del blocco degli affitti e che sono sottoposte pienamente all'imposta sui fabbricati ed alle relative sovrainposte locali.

2.3.3. Per quel che concerne le case di nuova costruzione, la concessione della personalizzazione può essere consigliabile nel quadro di una sostanziale attenuazione delle agevolazioni attualmente in vigore a favore dello sviluppo edilizio. Se guadagnerà terreno, così come sembra <sup>(8)</sup> la tendenza a mettere un freno a tali benefici, la concessione della detrazione fissa per le prime L. 240.000 e della riduzione a metà per le successive 720.000, potrà rendere più sopportabile il passaggio al nuovo regime, che potrebbe altrimenti apparire severo, soprattutto per i piccoli proprietari.

---

(8) Di recente è stato presentato dal governo un disegno di legge tendente a prorogare sino al 1961 l'esenzione venticinquennale per le case di nuova costruzione ed a trasformarla poi, entro il 1970, attraverso un processo graduale di riduzione decennale.

2.3.4. Una categoria che attualmente può subire un considerevole danno, a causa della mancata personalizzazione dell'imposta sui fabbricati è quella dei titolari di piccole aziende commerciali o artigianali <sup>(9)</sup> che siano proprietari dei locali ove svolgono la propria attività.

I redditi edilizi di questi locali, a differenza di quelli degli opifici industriali, non sono considerati come elementi del reddito mobiliare che in essi si produce, ma come redditi immobiliari, tassati con l'imposta sui fabbricati. Essi sono pertanto esclusi dal beneficio della detrazione fissa e della riduzione a metà dell'aliquota che compete per le prime L. 960.000 del reddito di impresa.

È da considerare che spesso il reddito della piccola azienda artigiana deriva dal lavoro congiunto di un gruppo familiare e quindi subisce anche la sperequazione segnalata nel p.f. 1.1.1.

### SEZIONE III. — *Redditi fondiari ed agrari.*

3.1.1. Passiamo al problema della personalizzazione per i redditi agricoli.

Una prima obiezione che si potrebbe tentare di avanzare contro la estensione della personalizzazione a questo settore potrebbe essere quella che, oggi, il carico fiscale erariale sopportato dal reddito delle proprietà e delle imprese agricole è molto più basso di quello addossato alle altre classi di proprietà e di imprese.

Ma, innanzitutto, si può rispondere che, proprio questo, potrebbe essere un argomento a favore della personalizzazione.

---

<sup>(9)</sup> L'argomento può valere anche per i redditi degli studi professionali. Si noti che si deve trattare di esercizi che, astruendo dal fitto figurativo dei locali da essi occupati, diano un reddito inferiore a L. 960.000: solo allora infatti si può lamentare il danno della mancata estensione dei benefici della personalizzazione al fitto figurativo dei locali, tassato con l'imposta sui fabbricati.

Attuando la discriminazione quantitativa dei redditi, si possono inasprire le aliquote massime, senza causare i grossi inconvenienti che sorgono quando il carico è interamente proporzionale. L'esistenza di un sistema di tassazione rigidamente proporzionale costituisce non di rado la miglior difesa, per i grossi redditieri, contro le alte aliquote: allora infatti i gravi effetti prodotti da queste a danno dei redditieri marginali, possono venire addotti dai più ricchi per reclamare una mitigazione generale <sup>(10)</sup>.

3.1.2. Comunque se si considerano assieme alle aliquote erariali anche quelle comunali e provinciali, si può notare che in media il reddito fondiario sopporta già attualmente carichi paragonati a quelli nominalmente addossati ai redditi di ricchezza mobile categoria A. Il gettito dell'imposta erariale sui terreni, delle sovrimposte comunali e provinciali, della addizionale E.C.A. e degli aggi di riscossione fu, nel 1957, di 90 miliardi di lire. Il reddito dominicale, moltiplicando per 60 le stime catastali del 1938, poteva essere valutato per il 1957, in 480.000 miliardi <sup>(11)</sup>. Il prelievo totale di tributi fondiari costituiva dun-

<sup>(10)</sup> Cfr. COSCIANI, *La Riforma Tributaria*, La Nuova Italia, Firenze, 1950, p. 49-50.

<sup>(11)</sup> Il coefficiente ufficiale di rivalutazione dei redditi dominicali del 1938, impiegato ai fini della loro tassazione con l'imposta complementare è attualmente di 36 volte. Secondo l'ALBERTARIO, *La situazione tributaria dell'agricoltura italiana*, Roma, Failli 1958, p. 68, il coefficiente 36, stando alle risultanze dei calcoli da lui eseguiti in aziende tipiche, risulterebbe in non pochi casi adeguato; in complesso sarebbe attendibile un coefficiente compreso fra 36 e 54, pur tenendo conto dell'estrema cautela che occorre, data la varietà delle situazioni particolari. Il coefficiente di 60 da noi adottato si giustifica, sulla base dei dati presentati dall'ISTITUTO NAZIONALE DI ECONOMIA AGRARIA, nell'*Annuario della agricoltura italiana*, vol. 11, 1957, Roma 1958, p. 349; secondo tale fonte, nel 1956 il reddito fondiario poteva essere valutato per tutta l'Italia in 478,5 miliardi e nel 1957 in 463,5 (da notare però che nel reddito fondiario viene compresa secondo questo computo, anche la quota del reddito di impresa percepita dai proprietari che concedono il loro fondo a mezzadria e colonia).

Per semplicità, nel testo usiamo il termine « sovrimposte » comunali e provinciali per indicare non solo le « sovrimposte » propriamente dette, ma anche le relative « supercontribuzioni ».

que, nel 1957, il 18,7 % del reddito dominicale complessivo. L'aliquota per i redditi di R.M. categoria A, come è noto, è del 22 %.

Per il reddito agrario la situazione è un po' diversa. Il gettito dell'imposta sui redditi agrari, delle relative sovrimposte comunali e provinciali dell'addizionale ECA e degli aggi fu nel 1957 di 14,8 miliardi. Il reddito tassabile con l'imposta sui redditi agrari, moltiplicando per 70 le stime catastali del 1938 poteva essere valutato, per il 1957, in 186 miliardi <sup>(12)</sup>. Il prelievo totale era dunque attorno al 7 %. La concessione della personalizzazione, nel settore dei redditi agrari dei proprietari-coltivatori diretti dunque potrà giustificare qualche aumento d'aliquota.

3.1.3. Nel giudicare della pressione delle aliquote delle imposte sui redditi fondiario ed agrario bisogna tenere conto del fatto che in agricoltura non vi è la stessa possibilità di evasione che nel settore dei redditi degli esercizi commerciali, industriali, artigianali, professionali e nel settore dei redditi di puro capitale mobiliare. Il metodo di accertamento vigente in agricoltura impedisce infatti che il contribuente si sottragga all'obbligo dell'imposta occultando elementi di reddito imponibile od esagerando le spese e le passività deducibili.

3.2.1. Contro l'estensione della personalizzazione all'imposta fondiaria ed a quella sui redditi agrari si potrebbe però tentare di avanzare una seconda obiezione: si potrebbe soste-

---

(12) Ai fini della tassazione dei redditi agrari con l'imposta complementare, il reddito agrario catastale del 1938 viene rivalutato impiegando il coefficiente di 48 volte. Secondo l'Albertario potrebbe essere adeguato un coefficiente di 54 volte. Secondo l'Istituto nazionale di economia agraria (*op. cit., loc. cit.*) nel 1956 il reddito agrario fu di 208,2 miliardi, nel 1957 di 206,3. Si noti però che in questo reddito agrario è compresa anche la parte conseguita dagli affittuari che sono tassati con la ricchezza mobile cat. B, anziché con l'imposta sui redditi agrari.

nere che il metodo catastale, che vige per la determinazione di questi redditi, è un sistema di accertamento oggettivo, che mal si concilia con il riferimento a considerazioni riguardanti le condizioni del singolo contribuente. Si potrebbe quindi affermare che, sinchè si ritiene di dover conservare il catasto, la personalizzazione per l'imposta fondiaria ed agraria non dovrebbe essere introdotta. Ma l'Einaudi ha esaurientemente dimostrato che il problema della scelta del miglior metodo di accertamento della materia imponibile non va confuso con l'altro, ben diverso della ripartizione dell'imposta, sulla medesima materia imponibile: la scelta del metodo di accertamento catastale non implica affatto che si debba preferire una tassazione rigidamente proporzionale ad una progressiva <sup>(13)</sup>.

Del resto nell'ordinamento tributario italiano questo concetto è ormai largamente accolto. Infatti ai fini della determinazione dell'imponibile dell'imposta complementare e dell'imposta di famiglia, che sono tributi personali progressivi, per quel che concerne i redditi fondiari e agrari ci si avvale normalmente degli accertamenti catastali. Se il metodo catastale viene ritenuto compatibile con l'applicazione di una progressione continua quale quella accolta per l'imposta complementare o per l'imposta di famiglia, non si vede perchè non dovrebbe essere considerato compatibile con l'applicazione di una assai più moderata progressione per detrazione, quale è quella che si realizza applicando ai reddito globale la detrazione fissa di L. 240.000 e la riduzione a metà dell'aliquota per le successive L. 720.000 <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, Einaudi 1959 pag. 219 ss.

<sup>(14)</sup> Naturalmente anche nel caso della applicazione delle misure di personalizzazione da noi sostenute, il reddito dominicale e quello agrario andrebbero calcolati, sino a quando non si farà la revisione degli estimi, moltiplicando quello del 1938 per un certo coefficiente, così come si fa ai fini della complementare. Ma non è affatto detto che debbano essere mantenuti l'attuale coefficiente di 36 e quello di 48 volte impiegati per il reddito fondiario e, rispettivamente, per quello agrario, ai fini della complementare.

3.2.2. Anzi a noi sembra che l'applicazione di queste misure di personalizzazione possa risultare particolarmente consigliabile proprio quando si adotta l'accertamento catastale. Il sistema di tassare il reddito ordinario del soggetto di media diligenza può comportare infatti, per i contribuenti che si trovano al di sotto del livello medio e negli anni meno fortunati, un aggravio considerevole del carico fiscale. Ora la concessione della detrazione fissa e la riduzione di aliquota per la prima parte del reddito può evitare che tale gravame si riveli troppo aspro per i modesti redditi. Essa, in pari tempo, lascia persistere gli effetti di incentivo derivanti dal metodo catastale, eccetto che per i contribuenti che abbiano un reddito imponibile complessivo non eccedente le 240.000 lire.

3.2.3. Bisogna però dire che, dal punto di vista amministrativo, l'introduzione delle misure di personalizzazione per l'imposta fondiaria e per l'imposta sui redditi agrari, comporterebbe alcune complicazioni che il metodo catastale, con la sua oggettività, evita. Per potere effettuare l'applicazione della detrazione fissa e della riduzione d'aliquota infatti sarebbe necessario obbligare alla dichiarazione dei redditi tutti i soggetti tassati con l'imposta fondiaria e con quella sui redditi agrari salvo nel caso che il loro reddito complessivo non sia superiore a L. 240.000.

Attualmente i contribuenti dell'imposta fondiaria e di quella sui redditi agrari sono esonerati dalla dichiarazione dei redditi nel caso in cui il loro reddito complessivo non sia superiore al minimo imponibile dell'imposta complementare. Per conseguenza la personalizzazione delle imposte fondiaria ed agraria farebbe entrare nel novero dei soggetti obbligati alla dichiarazione quei contribuenti di tali imposte che abbiano un reddito globale compreso fra le lire 240.000 e le 540.000. Il lavoro dell'Amministrazione delle Imposte dirette dovrebbe dunque aumentare considerevolmente. Ma non ci sembra davvero che si

tratterebbe di un aggravio insopportabile dato che si tratterebbe di dichiarazioni facilmente controllabili. D'altro canto l'estensione della cerchia dei soggetti tassati in base a dichiarazione ha una importante funzione, per lo sviluppo della consapevolezza del dovere fiscale.

3.3.1. Una terza obiezione contro la personalizzazione dell'imposta fondiaria e di quella sui redditi agrari riguarda le difficoltà che si incontrerebbero nell'estenderla alle sovrimposte comunali e provinciali. Nel 1957, contro 8 miliardi prelevati dallo Stato a titolo di imposta fondiaria ve ne erano 31,8 raccolti dai comuni e 34 dalle province, come sovrimposte a tale tributo; contro 2 miliardi prelevati dallo Stato a titolo di imposta sui redditi agrari ve ne erano 4,9 raccolti dai comuni e altri 4,9 dalle province come sovrimposte. È dunque evidente che la personalizzazione avrebbe ben poco significato pratico se non fosse estesa alle sovrimposte comunali e provinciali.

Ma qui sorge un grosso problema. Nel caso di contribuenti che conseguissero redditi fondiari ed agrari in comuni diversi, che applicano differenti aliquote, su quali redditi si dovrebbero applicare le agevolazioni derivanti dall'applicazione della personalizzazione?

3.3.2. Per risolvere questo problema si potrebbero escogitare vari metodi. Con un primo sistema, si potrebbe annullare completamente l'autonomia degli enti locali in fatto di scelta del livello delle addizionali alla imposta fondiaria ed a quella sui redditi agrari. Così si potrebbe ammassare in un fondo centrale tutto il gettito riscosso a titolo di addizionali comunali e provinciali alle imposte in questione (modificate con l'applicazione delle misure di personalizzazione) per attribuire poi a ciascun comune ed a ciascuna provincia la quota che gli compete in relazione al valore della superficie imponibile con l'imposta fondiaria e con quella sui redditi agrari.

3.3.3. Qualora però si ritenesse che la autonomia degli enti locali in fatto di sovrimposte vada salvaguardata, si potrebbe ricorrere ad un secondo metodo, un po' più complesso del precedente. Il gettito raccolto con le sovrimposte dovrebbe ancora essere ammassato in un unico fondo nazionale. Ma il riparto fra i vari enti locali non andrebbe più compiuto semplicemente sulla base del valore degli imponibili che ciascun ente presenta. Tale valore dovrebbe essere ponderato per tenere conto per ogni ente locale, del livello delle aliquote che esso applica. Per semplificare i conteggi, sarebbe necessario imporre ai comuni ed alle provincie di scegliere solamente fra pochi livelli standard di aliquote. Questa restrizione sarebbe del resto consigliabile anche per altri motivi: infatti l'attuale ampia libertà degli enti locali nella fissazione delle aliquote delle supercontribuzioni provoca una serie di stridenti sperequazioni <sup>(15)</sup>.

3.3.4. Si potrebbe, infine, prospettare un terzo metodo: quello di concedere la personalizzazione non all'intero ammontare delle addizionali applicate dai vari ente locali ma solo a quella prima parte di esso che trova generale applicazione, in tutti i comuni o, rispettivamente, in tutte le provincie. Per questa prima parte si costituirebbe il fondo nazionale e si procederebbe al riparto delle somme ad esso affluite in ogni esercizio, secondo i criteri indicati nel pf. 3.3.2.

A favore di questo terzo metodo, sin tanto che non si vorrà estendere la personalizzazione vigente per i redditi di ricchezza mobile C<sub>1</sub> e B all'imposta comunale sulle industrie ed alla relativa addizionale provinciale, potrebbe deporre l'esigenza di una certa uniformità di trattamento fra i redditi industriali, commerciali, professionali, artigianali da un lato e quelli agrari e fondiari dall'altro lato.

3.4.1. Contro la personalizzazione dell'imposta fondiaria e di quella sui redditi agrari vi sono anche delle obiezioni, che

---

<sup>(15)</sup> Cfr. ALBERTARIO, *op. cit.*, p. 23 ss.

non riguardano tutti i redditi fondiari ed agrari ma solo alcuni di essi. Per quel che concerne i coltivatori diretti che impiegano sul fondo lavoro manuale proprio e di membri del proprio gruppo familiare, si potrebbe sostenere che la mancata concessione dei benefici della personalizzazione si giustifica tenendo conto del fatto che, in compenso, i redditi di lavoro manuale di cui si è detto sopra non sono tassati nè con l'imposta sui redditi agrari nè con quella di ricchezza mobile  $C_2$  <sup>(16)</sup>.

Vedremo fra poco che questo argomento può essere fortemente criticato poichè a favore dell'esenzione dei redditi di lavoro manuale dei coltivatori diretti esistono motivi autonomi, la cui considerazione lascia completamente impregiudicata la causa della personalizzazione.

Ora ci sembra opportuno porre in luce che, in ogni modo, la concessione della personalizzazione, secondo i criteri vigenti per la R.M.  $C_2$ ,  $C_1$  e B arrecherebbe ai coltivatori diretti manuali in molti casi alleggerimenti assai maggiori di quelli che derivano dalla esenzione dei redditi di lavoro manuale.

3.4.2. Nel caso di un fondo coltivato interamente da una sola persona l'esenzione del salario figurativo del lavoro manuale, grosso modo, può equivalere alla detrazione fissa di L. 240.000 che oggi non viene concessa a favore dei redditi agricoli. Ma i benefici della personalizzazione per la R.M.  $C_2$ ,  $C_1$  e B comprendono anche la riduzione a metà dell'aliquota per le eventuali successive L. 720.000.

3.4.3. Nel caso di un coltivatore diretto che impieghi, per la coltivazione dei fondi sia lavoro manuale proprio che lavoro manuale di altri membri del gruppo familiare facenti capo a

---

<sup>(16)</sup> L'imposta sui redditi agrari infatti ha per oggetto il reddito del capitale di esercizio e del lavoro direttivo impiegati nella coltivazione del fondo e nelle attività connesse di carattere agricolo (cfr. articolo 65 del Testo Unico delle Imposte Dirette), l'imposta di ricchezza mobile di categoria  $C_2$  d'altra parte — con il metodo della tassazione alla sorgente — colpisce solo quei frutti del lavoro che assumano la forma di stipendi, salari, indennità etc. per la prestazione di lavoro subordinato (cfr.: art. 85, 87 e 127 del Testo Unico delle Imposte Dirette).

lui, si può certo sostenere che l'esenzione del salario figurativo riguardante il lavoro prestato da queste altre persone può equivalere, grosso modo, alla riduzione a metà dell'aliquota che, in regime di personalizzazione competerebbe, per i redditi compresi fra le L. 240.000 esenti e le L. 960.000. Ma tale tesi può essere sostenuta solo se si muove dal criterio che la detrazione fissa per le prime L. 240.000 e la riduzione a metà dell'aliquota per i redditi successivi sino a L. 960.000 debbano spettare una sola volta, unicamente al capo-famiglia per il complesso del reddito proprio ed altrui di cui egli è contribuente. La conclusione cambia se si muove invece dal criterio che i benefici della personalizzazione debbano essere concessi integralmente ad ogni persona che produca un reddito, anche se tale reddito è tassato in testa al capo-famiglia ed è prodotto nell'azienda da lui diretta. Se si accoglie questo criterio l'attuale esenzione per i redditi di lavoro manuale potrà compensare solo la mancata detrazione fissa di L. 240.000, nei confronti del lavoro manuale di ogni membro della famiglia del coltivatore diretto. La mancata riduzione a metà dell'aliquota per i successivi redditi, sino a L. 960.000 totali per ogni persona che lavora, rimarrà senza compenso.

Occorre notare che le esigenze della coltivazione molto spesso inducono a tenere uniti su di un'unica proprietà agricola nuclei familiari più ampi di quelli che tendono, ad esempio, a formarsi nella vita cittadina. I gruppi familiari dei coltivatori diretti subiscono già un aggravio in sede di imposta complementare rispetto ai contribuenti che conseguono il loro reddito con attività extraagricole e possono quindi più agevolmente formare delle famiglie separate di più modeste dimensioni. L'aggravio è duplice. Da un lato infatti la maggior dimensione della famiglia rende meno facile che il reddito globale dei gruppi familiari dei coltivatori diretti sia al di sotto del minimo imponibile della complementare, anche se il guadagno di ogni membro della famiglia è in realtà, da solo, molto piccolo. Dall'altro lato

si produce una maggiorazione dell'aliquota di imposta complementare a causa del fatto che il coacervo dei redditi del gruppo familiare facenti capo al coltivatore diretto non può essere imputato ai diversi membri della famiglia che li producono.

3.4.4. L'esenzione per i redditi di lavoro manuale dei coltivatori diretti però, come abbiamo accennato, può essere giustificata sulla base di motivi autonomi, la cui considerazione lascia completamente impregiudicata la causa della personalizzazione.

È facile rilevare che spesso il reddito che i coltivatori diretti ricavano dalla attività propria e del gruppo familiare non supera la somma sufficiente per la pura sussistenza: un reddito cioè di quelli che, secondo gli economisti classici, costituisce il minimo salariale. Questo fenomeno non si presenta solo nelle aree ove l'agricoltura è più arretrata, ma anche, talvolta, in zone ove essa è notevolmente progredita. Infatti occorre tenere presente che in agricoltura vige, sostanzialmente, la legge dei rendimenti decrescenti: ora uno sfruttamento troppo intensivo dei fondi può portare al conseguimento di un reddito per addetto molto basso <sup>(17)</sup>.

I proprietari coltivatori diretti che, con i proventi dell'attività agricola, ottengono appena lo stretto necessario per vi-

---

<sup>(17)</sup> Ad esempio nelle Marche mentre il prodotto lordo per ettaro è dell'8 % superiore a quello medio nazionale, il prodotto netto è solo del 2 % superiore alla media nazionale, a causa dell'impiego particolarmente intenso di mezzi tecnici; il prodotto netto per addetto, a sua volta, è inferiore del 23 % a quello medio nazionale a causa dell'eccezionale densità delle forze di lavoro per unità di superficie coltivata. Cfr. il saggio del FUA sull'economia marchigiana.

La affermazione che in molti casi i nostri piccoli coltivatori diretti proprietari o, ancor più, mezzadri, non conseguano se non un reddito minimo di sussistenza è avvalorata da varie indagini. Si cfr. fra l'altro i dati contabili relativi ad aziende agrarie tipiche pubblicati nell'*Annuario* dell'Istituto Nazionale di Economia agraria cit. nel capitolo dedicato al reddito dell'agricoltura. Per quel che concerne la provincia di Pesaro-Urbino alcune ricerche effettuate per la sua tesi di laurea presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Urbino dal dottor Giuseppe Maria Bruscolini convalidano questa affermazione.

vere, spesso non sono in grado di remunerare completamente tutti i vari fattori produttivi: capitale fisso; capitale circolante ed attività imprenditoriale e lavoro subordinato. Qualcuno di questi fattori rimane senza compenso e, poichè le figure del proprietario, dell'imprenditore-capitalista e del prestatore d'opera si confondono in una sola unità economica, è impossibile stabilire, in astratto, se sia il fattore lavoro che non viene remunerato o sia il fattore imprenditoriale o sia la proprietà del capitale fisso. Quel che si può dire è che, in un sistema tendente all'equilibrio di piena occupazione, le situazioni di questo tipo non possono avere che carattere eccezionale e transitorio.

3.4.5. Nella nostra agricoltura invece si tratta di un fenomeno diffuso e permanente. La ragione di ciò sta nell'elevata riserva di disoccupazione strutturale che caratterizza la nostra economia. Nelle presenti condizioni parecchia gente ha la convenienza di coltivare un fondo, con il lavoro proprio e della famiglia, ricavandone un reddito netto inferiore a quello che la famiglia potrebbe mettere insieme se tutti i suoi membri in grado di lavorare potessero avere un impiego a pieno tempo come operai dell'industria od anche come braccianti agricoli.

Il fatto che molta gente, se non possedesse una impresa agricola non troverebbe lavoro per tutto l'anno o non lo troverebbe per tutti i membri validi della famiglia fa sì che il « costo di opportunità » del lavoro in agricoltura sia molto basso, rispetto al salario di mercato e tenda a volte anche ad avvicinarsi allo zero. Nel valore di mercato dei fondi costituenti piccole proprietà è spesso compreso un reddito di lavoro capitalizzato. Analogamente accade per il valore di mercato dei fitti di aziende agricole e per le quote pagate dai mezzadri ai proprietari. Spesso chi acquista un fondo o accetta di pagare un canone di affitto o una quota per mezzadria per essere conduttore di un fondo, in questo modo non compera puramente i servizi di qualche fattore produttivo, ma essenzialmente compera il diritto ad un posto di lavoro per sè e per qualche familiare.

3.4.6. Si può dunque sostenere che in parecchi casi, in una corretta valutazione fiscale le proprietà e le aziende agricole, non dovrebbero presentare un beneficio fondiario e, rispettivamente, un reddito agrario: questa rendita e questo profitto di impresa agricola compaiono solo a causa della insufficiente valutazione della remunerazione del fattore lavoro. Il reddito del lavoro manuale agricolo dei piccoli coltivatori diretti finisce in pratica ad essere tassato, almeno in parte, come reddito di puro capitale o come reddito di impresa.

3.4.7. In parte questa sperequazione potrebbe essere eliminata mediante una accurata revisione degli estimi catastali. Ma in parte essa, sin che si adotta il sistema catastale, è ineliminabile. Infatti è nella natura del catasto di colpire il reddito fondiario od agrario « medio » che può essere conseguito, su di una data particella, con una coltivazione di « media diligenza » svolta con il ricorso a mezzi di lavoro ordinari. Ora un terreno che, coltivato in una media o grande azienda, con notevole impiego di capitale e proporzionato impiego di lavoro e con ampio sfruttamento delle opportunità connesse alle « economie di scala », fornisce una rendita e un profitto, può non darli più od in misura molto ridotta, quando sia coltivato mediante piccole aziende, che sono dotate di minori capitali per ettaro, ricorrono in modo assai più intenso al lavoro e non possono sfruttare certe economie di scala, data la loro dimensione. Così il sistema catastale permette che figurino, per questi terreni, come redditi fondiari ed agrari, dei redditi che in realtà sono soprattutto di puro lavoro.

L'attuale esenzione per i redditi di lavoro manuale dei coltivatori diretti può servire per temperare le conseguenze di tale sperequazione <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Si noti che tale esenzione, mentre mitiga sensibilmente il carico fiscale per i piccoli coltivatori diretti, rispetto a quello che, in virtù del sistema catastale altrimenti si determinerebbe, non distrugge gli eventuali effetti di incentivo dipendenti dal criterio, proprio del catasto, di colpire il reddito medio ordinario, mandando esente quello superiore alla media.

3.5.1. Contro la concessione della personalizzazione, per quel che concerne i redditi dominicali di proprietari fondiari non coltivatori si potrebbe obiettare che essa può arrecare considerevoli danni all'efficienza della produzione, favorendo il permanere della piccola proprietà non coltivatrice. La funzione economica di questa, infatti, è molto dubbia. A favore di essa non si possono addurre nè gli argomenti che si portano per difendere la piccola proprietà coltivatrice (interesse ad uno sfruttamento razionale e ad un miglioramento duraturo dei fondi, stabilità sociale, assiduità nel lavoro, conoscenza immediata e diretta dei problemi della terra etc.) nè quelli che si portano per difendere la grande proprietà non coltivatrice (vantaggi della coltivazione su ampia scala e abbondanza di capitali da investire per effettuare miglioramenti fondiari anche a rendimento differito).

D'altro canto contro la piccola proprietà non coltivatrice si possono addurre sia le critiche che si rivolgono alla piccola proprietà coltivatrice (frazionamento colturale, insufficienza di mezzi per certe trasformazioni troppo costose o con rendimento a troppo lunga scadenza) e sia quelle che si rivolgono contro la proprietà non coltivatrice (conflitto di interessi fra proprietari ed affittuari; lontananza dei proprietari dai problemi quotidiani del fondo e delle persone che vivono su di esso).

3.5.2. Ora la concessione della detrazione fissa per le prime 270.000 lire e della riduzione a metà dell'aliquota per le successive 720.000, a favore dei proprietari non coltivatori, gioverebbe naturalmente sia ai piccoli, come ai medi ed ai grandi proprietari. Ma è facile notare che essa arrecherebbe un vantaggio proporzionalmente maggiore ai redditi complessivi dei proprietari più modesti: le misure di personalizzazione in questione infatti realizzano una forma di progressione per detrazione che comporta un annullamento dell'aliquota marginale per la prima parte del reddito, una considerevole riduzione per una parte successiva sino a L. 960.000. L'aliquota media perciò

è zero agli inizi, aumenta poi lentamente sino a L. 960.000 e sale in seguito rapidamente.

Per conseguenza se le ragioni di efficienza della produzione sconsigliano di agevolare i piccoli proprietari non coltivatori, la estensione delle misure di personalizzazione attualmente vigenti per la R.M. C e B a favore dei redditi dei puri proprietari agricoli dovrebbe apparire anche essa sconsigliabile. Ma, ripetiamo, questo argomento ha valore solo per la proprietà pura, non per quella di coltivatori diretti. Per questi gli argomenti a favore della personalizzazione appaiono ben difficilmente contrastabili.

SERIO GALEOTTI

*Professore straordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Urbino*

LA NUOVA COSTITUZIONE FRANCESE  
(*Appunti sulla recessione  
del principio democratico nella V<sup>a</sup> Repubblica*)

(\*) Il presente studio era già alle stampe (esso apparve già, in veste parzialmente diversa, nella *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1959, fasc. 4, II puntata) quando sopravvennero i fatti insurrezionali d'Algeri del 24 gennaio 1960, presto domati, dopo alcuni giorni d'incertezza, per la risoluta posizione assunta dal generale De Gaulle ed il massiccio schieramento dell'opinione pubblica e di tutti i partiti democratici della Francia metropolitana a fianco del Presidente della Repubblica.

Quegli eventi, in ogni caso, poco hanno aggiunto ai dati presi in considerazione in questo studio, e molto hanno confermato della particolare avvertenza espressa nelle premesse al medesimo. E non è quindi apparso necessario, salvo l'aggiunta di alcune note integrative e di esigue variazioni testuali, di immutare minimamente l'impostazione dello scritto.



## PREMESSE

1. *Fluidità della materia e carattere dello studio.* — Discorrere della nuova costituzione francese a quasi due anni dalla sua promulgazione <sup>(1)</sup> può sembrare, a tutta prima, una fatica alquanto tardiva. Ma, se si guarda al di là delle esigenze della pura informazione, bisogna, forse dire che non è ancora giunto il momento in cui questa nuova costituzione possa farsi oggetto di studio scientificamente sicuro come di una realtà ormai definita e (per quello che possa esserlo una realtà giuridica, di di-

---

<sup>(1)</sup> La nuova costituzione è stata promulgata il 4 ottobre 1958, dopo essere stata approvata dal *referendum* popolare del 28 settembre 1958.

Per il testo della costituzione francese, v. *Revue du droit public et de la science politique*, 1958, p. 932 ss., a cura di BERLIA (con la sinossi del progetto originario, di quello del *Comité consultatif*, e del testo definitivo); inoltre, v. *Revue française de la science politique*, IX (1959), n. 1 p. 193; per una traduzione italiana della costituzione francese e delle principali leggi organiche d'attuazione, v. *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, a cura della Camera dei deputati, 1958, n. 3, p. 115; v. anche l'appendice nell'opuscolo di NEGRI, *Verso la quinta Repubblica*, Pisa, 1958.

Per dare qui, senza pretesa di completezza, qualche indicazione della letteratura già apparsa sulla costituzione francese, cfr.: PRELOT, *Pour comprendre la nouvelle constitution*, Paris 1958; BASTID, *La nouvelle constitution de la France*, in *Bulletin interparlementaire*, Genève, 1958; BERLIA, *Chronique constitutionnelle française*, in *Rev. dr. publ. ecc.*, cit., 1958, p. 932 ss.; Id., *Le Président de la République dans la constitution de 1958*, in *Rev. dr. publ.*, 1959, p. 71 ss.; CHATELAIN, *La nouvelle constitution et le régime politique de la France*, Paris, 1959; DUVERGER, *La constitution de la V<sup>e</sup> République*, Paris, 1959; inoltre v., particolarmente importante per l'autorità dei collaboratori e la documentazione, la collana di studi di DEBRÉ-BURDEAU-DUVERGER-GOCUEL-MERLE-REMOND-WAHL, pubblicata nella *Revue française de la science politique*, cit.; ivi, anche per una ricca bibliografia (anche se non completa) francese e straniera, a p. 213 ss. Nella dottrina giuridica italiana, cfr., PREDIERI, *Una nuova vecchia costituzione*, in *Il ponte*, 1958, nn. 8-9, e MORTATI, *Società e Stato nella nuova costituzione francese*, in *Comunità*, 1959 (febbraio), p. 46 ss.

ritto costituzionale) come di una realtà stabilizzata. La fase attuale del nuovo ordinamento costituzionale, dominata dalla figura del generale De Gaulle, instauratore della nuova costituzione e tuttora detentore effettivo del timone politico del paese, non consente ancora di discernere con sicurezza se la nuova costituzione si traduca in qualcosa di più di una costituzione fatta *intuitu personae*, cioè in una realtà giuridica pienamente obbiettivata capace di una sua propria vita, separata e distinta dalla presenza della personalità d'eccezione dalla quale (come tosto vedremo) essa ha tratto e trae ancora, in gran parte, il suo odierno vigore. Inoltre, a parte la indeterminatezza che ancor permane in certi settori della costituzione (la materia relativa alla Comunità, ad es., attende ancora l'emanazione di altre leggi organiche per poter ricevere attuazione), sembra ancora troppo presto perchè di un ordinamento costituzionale originatosi nelle circostanze del maggio-giugno 1958, nel clima arroventato della sedizione militare e della minaccia della guerra civile, si possa dire compiuto il processo di soldificazione giuridica: le inquietudini e i fremiti sediziosi che la questione algerina non cessa di accendere nel sostrato politico e nell'apparato militare del paese, specie nel territorio algerino, rendono ancora insicuro quello stato di generalizzata accettazione dell'autorità costituita che è il segno e insieme l'ultimo fondamento della vigenza di un ordinamento giuridico.

Per tutto ciò, più che accingerci ad un'analisi compiuta e sistematica della nuova costituzione francese si cercherà qui di cogliere (guardando essenzialmente alle istituzioni della Repubblica e trascurando la normativa dedicata alla Comunità, che in certo modo eccede l'ambito logico di una costituzione statale) il senso e le direzioni fondamentali in cui il nuovo ordinamento ha trasformato, quasi rivolgendolo, il precedente sistema risultante dalla costituzione del 1946.

Ma un'ulteriore premessa sembra qui opportuna. È sempre difficile, nel considerare una costituzione nuova, attenersi

rigorosamente ai puri criteri dell'oggettività scientifica sfuggendo alle suggestioni delle proprie pregiudiziali o predilezioni politiche; ma questo compito si fa ancor più delicato quando si tratti della nuova costituzione francese, cioè della costituzione di un paese la cui storia, le cui vicende sono intimamente intrecciate a quelle dell'Europa e dell'Italia in particolare.

Intanto, parlare d'una nuova costituzione non è possibile senza risalire al suo processo instaurativo. E qui la qualificazione dei fatti e degli eventi per cui si è avviata l'iniziativa costituente e l'ordine nuovo si è imposto, estinguendo l'antico, oppure il giudizio sulla continuità dell'ordinamento già in vigore o sulla frattura che i nuovi eventi costituzionali abbiano prodotto definitivamente rispetto ad esso, finiscono sempre per risentire l'influsso della posizione, di favore o di sfavore, in cui l'osservatore si trovi rispetto ai due ordinamenti in contrasto. E chi (anche se straniero) può dirsi del tutto al riparo dal fascino o dall'avversione che possano ispirare uomini, principi, istituzioni dei due regimi in conflitto?

Per sfuggire a questo pericolo, o per ridurlo comunque al minimo, ci si propone di condurre qui il nostro esame esclusivamente secondo criteri scientifici, e più specificamente secondo criteri giuridici. Pertanto le qualificazioni che si daranno dei fatti e delle istituzioni in esame non potranno minimamente essere assunti come giudizi pratici, di adesione o di condanna rispetto ai fatti od alle istituzioni medesime, bensì solo come giudizi teoretici, fondati unicamente sulla constatazione che i dati in considerazione si riconducono a certi tipi o schemi della scienza politica o del diritto costituzionale generale, senza badare alla circostanza che essi siano male o bene accettati alla coscienza politica dominante nei paesi del mondo occidentale.



## I

## [IL PROCESSO INSTAURATIVO DELLA NUOVA COSTITUZIONE]

2. *Il ruolo del generale De Gaulle.* — Non si può intendere una costituzione (intenderla non solo nelle sue soluzioni normative, ma ancor più nei fondamenti e presupposti che quelle soluzioni hanno determinato, condizionandole poi nella loro concreta vigenza) senza gettare uno sguardo al suo processo instaurativo.

La costituzione è l'atto primigenio della sovranità e i modi e le procedure con cui viene posto tendono ad adeguarsi al principio di legittimazione che, in un dato ambiente sociale, viene assunto come fondamento dell'autorità e della obbligazione politica. Nei tempi e luoghi in cui come fondamento e giustificazione del potere domina il principio democratico si seguono nell'instaurare una nuova costituzione modalità e procedimenti onde tale atto fondamentale sia ricondotto, il meno indirettamente che è possibile, al popolo, sì ch'esso possa apparire emanazione della collettività dei governati. Il procedimento più comune in tali casi è quello dell'elezione di un'assemblea costituente sulla base del suffragio diretto di tutti i cittadini, con l'attribuzione alla stessa del compito di deliberare la nuova costituzione, o in via definitiva (come accadde per la costituzione italiana del 1948) o condizionatamente alla approvazione dei cittadini espressa mediante *referendum* (che fu il procedimento seguito per la costituzione francese del 1946).

Alla nuova costituzione francese si è giunti, invece, per vie diverse, per non dire opposte; con modalità e procedimenti che hanno segnato, se non la totale eclisse, certo una menomazione assai visibile dell'incidenza del principio democratico, come canone di legittimazione del nuovo ordinamento costituzionale.

Giova in proposito richiamare quel che s'ebbe occasione di osservare altra volta a proposito degli eventi costituzionali di Francia del maggio-giugno 1958. Pur con la conoscenza più particolare dei fatti che oggi si possiede, alla rappresentazione ed alla qualificazione giuridica che degli stessi ci parve di dare all'indomani del giugno 1958, poco vi è da aggiungere o mutare. Si può certo discutere su quale sia stato il momento in cui giuridicamente si è verificata la rottura del vecchio ordinamento, se questo momento si debba ravvisare nella c.d. legge costituzionale del 3 giugno, come noi sosteniamo <sup>(2)</sup>, ovvero nella legge d'investitura del 2 giugno, come altri ritiene <sup>(3)</sup> argomentando dalla situazione abnorme, di sedizione militare e di sommossa che avrebbe infirmato in radice ogni capacità di valida deliberazione dell'assemblea nazionale. Ma per una via o per l'altra si verrebbe pur sempre a riconoscere che quegli eventi fuoriscirono dal quadro normativo della costituzione del 1946, e, non trovando più in essa la fonte della loro validità, vennero a porsi come i primi atti instaurativi di un nuovo ordinamento, destinato a trovare la sua legittimazione *ex post*, nel fatto stesso del suo affermarsi. Il significato autentico di quelle vicende, dal punto di vista giuridico, fu dunque quello di segnare la fine della IV Repubblica facendo emergere il generale De Gaulle come il portatore di una decisione costituente. La circostanza assume un valore fondamentale e così rilevante ai fini della comprensione della nuova costituzione, ch'essa giustifica qualche particolare svolgimento.

Che si trattasse non di mera revisione costituzionale bensì di autentica potestà costituente già si è avuto occasione di dimostrare, nè giova qui ripeterci. I limiti prefissati alla riforma co-

---

<sup>(2)</sup> Cfr. il nostro studio, *La fine della IV Repubblica*, in *Vita e pensiero*, 1958, p. 639, e qui in 2<sup>a</sup> Appendice.

<sup>(3)</sup> Così, BERLIA, *Chronique const.*, cit., in *Rev. dr. publ. ecc.*, cit., 1958, p. 925.

stituzionale dalla legge costituzionale del 3 giugno non si traducevano certo in giuridiche limitazioni che vincolassero tale potestà, poichè (come appunto è proprio del potere costituente, che non tollera limiti fuori da quelli che esso stesso si pone) quelle altro non furono che indicazioni di massima degli orientamenti cui intendeva attenersi nell'esercizio della sua potestà costituente il generale De Gaulle e il governo da lui formato. D'altronde la circostanza che il nuovo testo si sia adeguato in modo assai insoddisfacente a quei limiti (ad es. la separazione tra esecutivo e legislativo sembra essere attuata solo a senso unico realizzandosi in realtà un'assoluta preminenza dell'esecutivo sia sul legislativo che sul giudiziario) ne riconferma, se pur ve ne fosse bisogno, questo carattere di autolimiti, privi di efficiente valore giuridico.

Quella assunta dal generale De Gaulle e dal suo governo era potestà costituente, potestà deliberativa, cioè una potestà di determinazione del contenuto della costituzione. Non si trattava di mera iniziativa costituente, ossia di una pura e semplice potestà di proporre un nuovo testo costituzionale all'approvazione del popolo, al quale, solo, fosse spettato di deliberare sovraneamente al riguardo. Intanto, la natura di collegio imperfetto, propria del corpo elettorale, offre ostacoli pressochè insuperabili ad estrarre dal popolo una pronuncia che appaia qualcosa di più di una decisione o di un rifiuto alla determinazione volitiva già effettuata da altri organi o soggetti; il che val quanto dire che il popolo si presta assai meglio a fungere da organo di controllo che da organo di deliberazione, capace cioè di esprimere una sua articolata determinazione precettiva. Ma ciò che più importa notare si è che in questo caso, come è stato quasi unanimemente riconosciuto, il *referendum* dell'ottobre 1958, per la singolare contingenza storica in cui interveniva (di prima consultazione popolare dopo le vicende costituzionali del giugno 1958) presentava in modo preponderante i caratteri di un plebiscito, piuttosto che quelli di un *referendum*, appariva cioè

un voto riguardante la persona del generale De Gaulle, la sua investitura al potere, più che la costituzione ch'egli presentava al suffragio popolare.

Il popolo non aveva qui (come viceversa ebbe nei *referendum* del 1946) la facoltà di scegliere tra più alternative (alludiamo al popolo della Francia metropolitana, non alle popolazioni dei territori d'oltremare per i quali il no poteva concretamente significare la secessione); in concreto, il no detto alla nuova costituzione significava il no al generale De Gaulle, era la più grave delle incognite, forse il salto nel caos, la riaccensione della insurrezione colla minaccia della guerra civile, scongiurata nel giugno dall'avvento al potere del generale. Il sì non era tanto l'approvazione del popolo ad un testo normativo che a malapena (data anche la rapidità e la scarsa pubblicità della sua elaborazione) poteva essere conosciuto e valutato da una ristretta *élite* di giuristi e di operatori politici, bensì era il plebiscito in favore del generale De Gaulle, l'atto di ratifica del suo accesso al potere, la fiducia manifestata, come solitamente accade nei plebisciti, dalla stragrande maggioranza dei cittadini per una persona acceduta al potere per altre vie da quelle consistenti in una libera scelta popolare.

3. *Nuovo principio di legittimazione del potere.* — Ma allora, il referendum dell'ottobre 1958, se si è risolto (e nella misura in cui di fatto si è risolto) in un plebiscito sull'autorità del generale De Gaulle, non può essere tratto a significare una autentica partecipazione popolare alla determinazione costituyente, nè vale pertanto a far apparire come emanazione del popolo un atto normativo che venne deliberato in effetti dal governo De Gaulle, con la partecipazione del tutto marginale<sup>(4)</sup> del comitato consultivo previsto nella legge del 3 giugno. Di conse-

---

(4) Si veda l'apporto marginale del *Comité consultatif* alla redazione del nuovo testo, attraverso il confronto del testo definitivo e del testo del Comitato, nella tabella sinottica pubblicata da BERLIA in *Rev. dr. publ.*, 1958, cit., p. 930 ss.

guenza è evidente che la nuova costituzione, in quanto non promana dal popolo e non si legittima propriamente in base al principio della sovranità popolare, deve trarre *aliunde* la sua validità. Per l'appunto essa la ripete essenzialmente dall'autorità del generale De Gaulle, il quale risulta dunque, come si è detto, il portatore autentico di una decisione (e non di una mera proposta) costituente. La nuova costituzione francese si è validamente instaurata in quanto derivava da una legittima autorità, che, insorta in via di fatto, si era stabilita in modo incontrastato e perciò giuridicamente efficace fin dagli eventi costituzionali del 2-3 giugno 1958.

Ora la circostanza che la decisione costituente si incentrasse effettivamente nelle mani del generale De Gaulle, sfuggendo in sostanza alle forze politiche dei partiti espresse da elezioni generali, assume un capitale rilievo per intendere la recessione o contrazione che il principio democratico subisce in essa, e ciò sia nel momento della legittimazione del potere, sia nel momento dell'organizzazione del potere stesso. A tale recessione ha fatto riscontro la correlativa espansione di un altro principio che, non potendosi dire democratico (almeno nel senso genuino di ricollegamento di tutto il potere ad elezioni libere e dirette di tutti i cittadini) dovrà dirsi più o meno largamente autoritario.

La recessione del principio democratico si rileva innanzitutto sotto il profilo del fondamento del potere. Dove, in quale principio l'autorità del generale De Gaulle (che, come s'è appena detto, assumeva una potestà costituente) trovava la sua giustificazione di fronte alla coscienza collettiva? Qual'era insomma il fondamento, il principio di legittimazione del potere ch'egli effettivamente, e perciò validamente, assumeva, e della obbedienza che subito e quasi generalmente gli veniva prestata? Tale fondamento non si rinveniva certo, e comunque non più interamente, nel principio democratico, della sovranità popo-

lare, nonostante che esso venisse ancor indicato nella c.d. legge costituzionale del 3 giugno 1958 come cardine a cui direttamente o indirettamente avrebbero dovuto riportarsi l'esecutivo e il legislativo, nella nuova costituzione (e nonostante le proclamazioni del preambolo e del titolo I del nuovo testo).

La salita al potere del generale De Gaulle è avvenuta infatti in contingenze e con modalità che, nonostante il concorso delle istanze costituzionali della IV Repubblica, nessuno vorrà descrivere come il risultato di un procedimento democratico, ossia di una libera scelta del governante da parte dei governati, implicante così l'accettazione del principio della sovranità popolare.

Il vero è che l'autorità del generale De Gaulle trovava il suo fondamento e la sua giustificazione dinanzi alla coscienza pubblica dei francesi nella personalità stessa del generale, in ciò che il suo nome aveva significato e significava per la Francia. Si trattava in altri termini di un'autorità intrinseca alla sua persona, non derivata o trasmessagli da altri, legata ad un uomo che per il suo passato, per avere in una drammatica svolta storica vittoriosamente impersonato le vitali esigenze della Francia, godeva di un prestigio indiscusso sui suoi concittadini, si direbbe di un valore rappresentativo autonomo, cui non occorre per farsi valere la designazione elettorale. Riemergeva così nel ritorno al potere del generale De Gaulle, come tante altre volte nella storia, quella giustificazione dell'autorità, quella legittimazione del potere che, per descriverla con qualche approssimazione, corrisponde ad una concezione autocratica del potere stesso, di contro a quella democratica della sovranità popolare. Ha titolo per governare, non tanto quegli che sia stato scelto dai governati, quanto il migliore, il più valoroso e insomma quegli che possenga sugli altri suoi concittadini (conquistati per le vie e nei modi che possono essere storicamente i più diversi) tanta forza o ascendente da farlo apparire come il « campione » il « salva-

tore della patria», come l'uomo naturalmente predestinato al potere e tale che il potere sembri, almeno nei momenti difficili, fatto per lui, immedesimarsi in lui <sup>(5)</sup>.

Questo, in fondo, il canone di legittimazione nuovo, e diverso rispetto a quello dell'ordinamento precedente, che l'autorità del generale De Gaulle e la nuova instaurazione costituzionale che per lui si compiva implicitamente sottendevano e consacravano accanto, e sopra, a quello democratico. È innegabile che l'approvazione del *referendum* costituzionale o più esattamente di un plebiscito sull'investitura al potere del generale De Gaulle abbia ricondotto il principio autocratico-aristocratico a combinarsi con quello democratico. Ma, come sempre ha dimostrato la storia, in casi come questo (in cui l'investitura dei governanti risulta sulla base di un procedimento misto, per fusione di due procedimenti corrispondenti a due principi antinomici) <sup>(6)</sup>, il ruolo e la parte che gioca il principio democratico è quella dello accessorio e non del principale: e *accessorium principale sequi-*

---

<sup>(5)</sup> Nelle *Memorie* del generale De Gaulle (trad. it.), Milano, 1959; e a puntate, sul *Corriere della sera*, novembre 1959, *passim*, è significativamente adombrata dall'a. questa concezione del proprio ruolo, questa giustificazione dell'autorità esercitata.

Sulla duplice legittimazione del potere che sarebbe propria della nuova costituzione francese, v. per spunti e considerazioni in senso analogo, DUVERGER, *Les institutions de la cinquième République*, in *Rev. sc. pol.* etc., 1959, cit., p. 110. Egualmente, pur sotto formole immaginose, sottolinea la duplicità di principi nella concezione del potere, propria della nuova costituzione, BURDEAU, *La conception du pouvoir selon la const. française du 4 oct. 1958*, in *Rev. sc. pol.* cit., p. 87 ss.; tale duplicità, secondo il B., si ravvisa nei diversi criteri di organizzazione del suffragio, adottati dalla nuova costituzione. Nell'elezione dell'Assemblea Nazionale s'esprimerebbe il popolo in concreto (*les hommes situés*), nell'elezione del Presidente della Repubblica e nel suffragio senatoriale s'esprimerebbe l'essere collettivo della nazione astratta, come insieme dei cittadini, la stificazioni, v. il già citato studio di DUVERGER, *ibidem*, p. 128 s.

quale è colta, a torto o a ragione, sul piano della vita locale. Contro queste giu-

<sup>(6)</sup> Per tale classificazione, circa i modi di scelta dei governanti, cfr. DUVERGER, *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*, Paris, 1948, pp. 45-47.

*tur*; non a caso anche qui il referendum-plebiscito sopraggiunge alla fine, segue e chiude gli atti promananti dall'autorità (quella di De Gaulle) che trova in sè stessa, e non nell'investitura dei governati, la ragione essenziale della sua legittimazione.

## II

## L'ORGANIZZAZIONE DEI POTERI NELLA NUOVA COSTITUZIONE

§ 1. *La nuova organizzazione in generale.*

4. *Generalità.* — Si è appena considerata la recessione del principio democratico durante il processo instaurativo della nuova costituzione, cioè nel momento stesso della legittimazione e della integrazione del potere statale. Ma lo stesso fenomeno di recessione appare ancora più avvertibile quando si passino a considerare le strutture istituzionali e normative della nuova costituzione francese. Dianzi la costituzione della IV Repubblica, accentuando quella che era già stata la tendenza evolutiva della terza, aveva incardinato il suo assetto istituzionale, con spiccata tendenza monistica, sull'organo della sovranità nazionale, cioè sull'Assemblea nazionale, eletta a suffragio diretto universale. Da essa s'irradiavano, o verso di essa gravitavano tutte le altre istituzioni attive o incidenti sul funzionamento del sistema (Governo, Presidente della Repubblica, *Comité constitutionnel*). Di tale preponderanza dell'Assemblea nazionale, naturale campo di contesa delle troppo frammentate forze politiche, aveva sofferto la IV Repubblica (per la instabilità governativa che ne derivava) ancor più endemicamente e con effetti ancor più infausti di quelli che s'erano prodotti sotto la terza.

Oggi la nuova costituzione, nel tentativo di curare a fondo questa piaga, pur nel quadro obbligato del regime parlamentare, capovolge addirittura il rapporto di forza dianzi esistente tra i maggiori centri costituzionali (Parlamento-Governo-Presidente della Repubblica) e fa gravitare il peso prevalente della organizzazione su istanze rispetto alle quali diviene remota la incidenza del corpo elettorale e dei partiti (le depredate forze del *systeme*, che pur sono le spontanee articolazioni organizzative

del popolo). Da un lato, essa riduce fortemente il peso ed il ruolo dell'Assemblea tratta direttamente dal suffragio popolare, sminuendo per tal via l'influenza dei partiti che appunto nell'assemblea avrebbero accesso al meccanismo costituzionale. Nè è senza significato che tali formazioni sociali vengano contraddistinte nella disposizione dell'art. 4 cost. solo per la funzione di « concorrere all'espressione del voto » mentre non si allude ad un loro concorso nella determinazione della politica nazionale (come invece si riconosce nell'art. 49 della nostra costituzione). E dall'altro lato, e correlativamente, il peso prevalente dell'organizzazione dei poteri viene spostato dal legislativo all'esecutivo, onde non solo si rafforza il Governo nei confronti del Parlamento ma si accresce altresì singolarmente, fino a farne la chiave di volta del nuovo sistema, l'istituzione del Presidente della Repubblica, la quale, peraltro, per il modo peculiare della sua formazione viene resa remota rispetto all'incidenza del principio democratico. D'altronde si potenziano funzioni di controllo giuridico o politico (come quelle attribuite al *Conseil constitutionnel* e al popolo in via di *referendum*) che incidono precipuamente sul Parlamento e sull'Assemblea nazionale in ispecie, risultando azionabili prevalentemente su sollecitazione dell'esecutivo e in particolar modo del Presidente della Repubblica.

Ma per vedere meglio come sia stato realizzato un così imponente spostamento di forze nella organizzazione dei poteri, occorre scendere, in qualche misura, all'analisi, e per meglio cogliere le differenze rispetto alla costituzione del 1946, giova seguire il senso stesso in cui s'è operata tale dislocazione di forza, cioè incominciare il nostro esame dal potere legislativo.

## § 2. *La menomazione del Potere Legislativo.*

5. *Aspetti strutturali.* — La tendenza, palesatasi sia sotto l'impero della costituzione del 1875 che di quella del 1946 a praticare il regime parlamentare in una forma prevalentemente

assembleare-convenzionale, viene combattuta dalla nuova costituzione innanzitutto in modo diretto, cioè mediante tutta una serie di imbrigliamenti strutturali e di decurtazioni funzionali apportati particolarmente a carico dell'Assemblea nazionale. Se è vero che molte delle innovazioni riguardano entrambe le Camere, è certo che, risultando il Senato nella nuova costituzione più forte di quanto non fosse il *Conseil de la République* nella precedente, le menomazioni si traducono, in ultima analisi, a danno dell'Assemblea derivata direttamente dal suffragio universale. Quest'abbassamento dell'istituto parlamentare è perseguito in varie direzioni.

Prima di tutto, nel funzionamento e nell'organizzazione:

a) i periodi di lavoro delle Camere appaiono severamente limitati poichè (art. 28) le sessioni ordinarie, due l'anno, vengono ridotte a una durata complessivamente non eccedente i cinque mesi circa; altrettanto si dica della facoltà del Parlamento e per esso dell'Assemblea nazionale di autoconvocarsi in sessione straordinaria (<sup>6-bis</sup>), la quale (art. 29) è gravosamente condizionata alla richiesta della maggioranza assoluta dei membri della stessa, con l'obbligo per di più di concordare sopra un ordine del giorno determinato. (Si vegga all'incontro, la corrispondente disposizione nella costituzione italiana, art. 62, che

---

(<sup>6-bis</sup>) Un caso recente ha posto in dubbio anche questa potestà delle Camere. Infatti il Presidente della Repubblica, in data 18 marzo 1960, ha rifiutato di convocare il Parlamento, pur sussistendo la domanda della speciale maggioranza dei membri dell'Assemblea nazionale. Il generale De Gaulle ha interpretato l'art. 30 (che stabilisce che le sessioni straordinarie sono aperte e chiuse con decreto del Presidente della Repubblica) come se esso conferisse al Capo dello Stato un potere discrezionale di accogliere o di respingere la domanda di convocazione in sessione straordinaria. Ma in tal modo si rende vano quanto sembra garantito dall'art. 29, dove l'uso del verbo « est reuni » pare disporre una conseguenza necessaria, non eventuale; questa del resto era l'interpretazione che concordemente si dava dell'analoga formola presente nella cost. del 1875 e del 1946. Cfr., in questi sensi, con citazioni dei lavori preparatori della vigente costituzione, DUVERGER, in *Le Monde*, 20-21 marzo 1960; per il testo della motivazione con cui De Gaulle rifiutava la convocazione, cfr., *Le Monde*, 19 marzo, e la trad. italiana in *Relazioni Internazionali*, 1960, n. 13. p. 401.

lascia sempre tale facoltà al presidente della Camera come pure ad un terzo dei membri; oltre che al Presidente della Repubblica col concorso del Governo;

b) inoltre, con innovazione apprezzabile dal punto di vista tecnico, vengono soppresse o limitate potestà tradizionalmente ricomprese nell'autonomia costituzionale di ciascuna Camera: il giudizio sulle elezioni contestate viene sottratto alle Camere ed attribuito al *Conseil constitutionnel* (art. 59); e ancora allo stesso organo è affidato (art. 61) il controllo preventivo di costituzionalità sul regolamento interno di ciascuna Camera;

c) infine, in tema di prerogative parlamentari la nuova costituzione attenua sensibilmente la prerogativa dell'immunità penale. Nella precedente costituzione (art. 22), conforme alla migliore tradizione del costituzionalismo, la prerogativa non poteva, per tutta la durata del mandato del parlamentare, essere sospesa se non dietro autorizzazione dell'assemblea cui lo stesso apparteneva. Oggi la nuova costituzione distingue i periodi di sessione da quelli fuori sessione (che sono di durata maggiore), attribuendo durante questi ultimi al *Bureau* di ciascuna Camera la potestà di deliberare l'autorizzazione a procedere. Si sminuisce così (sottraendo la decisione sulla sospensione della prerogativa al dibattito pubblico dell'assemblea per affidarla all'ufficio ristretto della presidenza, dove l'opposizione non avrà la stessa voce) una tradizionale garanzia dell'indipendenza delle funzioni del parlamentare, il quale si sentirà così meno protetto da possibili azioni intimidatorie o persecutorie da parte dell'esecutivo.

6. *Aspetti funzionali. A) Il potere di controllo politico.* — Ancora più sensibili risultano poi le innovazioni che toccano le funzioni che son proprie del Parlamento in un regime parlamentare. E cominciamo dalla funzione di controllo politico.

a) In primo luogo la nuova costituzione attinge ampiamente (e qui pure l'innovazione sembra doversi valutare in mo-

do positivo) alle tecniche caratteristiche del c.d. « parlamentarismo razionalizzato »: tra queste spiccano gli accorgimenti volti a disciplinare rigidamente, difficoltàandola in modo corrispondente, la manifestazione della sfiducia al Governo. Questa viene rigorosamente subordinata (art. 49) alla presentazione di una mozione firmata da almeno 1/10 dei componenti dell'Assemblea nazionale, ed alla votazione favorevole, che può intervenire solo ad un intervallo non minore di 48 ore dalla presentazione, della maggioranza assoluta dei componenti dell'Assemblea. Si stabilisce inoltre a carico dei firmatari della stessa, in caso di rigetto della mozione, l'estinzione del potere di ripresentarne altra durante la medesima sessione, salvo che per reagire alla posizione della questione di fiducia che il Governo abbia fatto sopra un testo presentato all'Assemblea. La disposizione è ingegnosa e, almeno nei limiti della sessione, sembra idonea a scoraggiare la presentazione di quelle mozioni di sfiducia che non abbiano una seria probabilità di essere accolte dalla maggioranza dell'Assemblea.

b) In secondo luogo, un'innovazione che tende energicamente ad impedire l'irrequietudine e la friabilità delle maggioranze parlamentari, causa prossima delle endemiche crisi di Governo, è la creazione dell'incompatibilità tra il mandato parlamentare e le funzioni ministeriali. Questa escogitazione (riferibile a quel che pare alla personale volontà del generale De Gaulle che, facendosi forte anche della popolarità della riforma, l'ha imposta alla riluttanza dei politici), introducendo nel quadro di un governo parlamentare un principio proprio del regime presidenziale, sminuisce e raffrena nei parlamentari la tentazione (che sotto la III e la IV Repubblica era, in certo modo, irresistibile) di provocare ricorrenti crisi ministeriali. Si abbattava il Governo — scrive con la consueta vivacità Duverger — « *pour faire de la place* »; « *ainsi on aboutissait à une rotation très rapide des postes des ministres* » ('). Per tal verso la riforma

(') Cfr. DUVERGER, *Les institutions de la cinquième République*, in *Rev. sc. pol.*, 1959, cit., p. 122.

può essere valutata come singolarmente idonea a raggiungere lo scopo che si propone, anche se essa potrà produrre altri inconvenienti d'ordine politico, come quello di attenuare ulteriormente i legami e l'influenza del Parlamento sul Governo, favorendo inoltre il reclutamento dei ministri tra gli alti funzionari ministeriali. Questa evoluzione, quantunque possa essere feconda sotto il profilo dell'efficienza tecnica, darebbe una caratteristica impronta presidenziale ad un Governo che, per altro verso, dispone di tutti i mezzi di interferenza e di influenza sulle assemblee che sono propri di un moderno efficiente governo parlamentare. Ma tant'è: di questo cumulo dei vantaggi per l'esecutivo dell'una o dell'altra forma di governo si dirà più sotto, nello sguardo conclusivo sulla forma di governo che questa costituzione realizza.

7. B) (Segue) *La funzione legislativa.* — Un'ulteriore direzione in cui con imprevedibile decisione si è perseguita la decompressione del ruolo del Parlamento concerne la funzione organica e tradizionale del Parlamento, quella legislativa.

a) Con innovazione singolare (ignota agli ordinamenti di uno Stato costituzionale unitario) la « legge » del Parlamento viene qui trasformata da fonte del diritto a competenza generale e tendenzialmente omnicomprendiva in una fonte a competenza speciale e tassativamente limitata sia dal punto di vista materiale sia, per talune materie, anche dal punto di vista della efficienza normativa. Invero (art. 34), per talune materie (diritti civili e garanzia delle libertà pubbliche; oneri imposti dalla difesa nazionale sui beni e sulle persone; la cittadinanza, lo stato e la capacità delle persone; il regime matrimoniale e delle successioni e donazioni; la determinazione dei reati, delle pene, della procedura penale, dell'amnistia; la creazione di nuove giurisdizioni e lo statuto dei magistrati; il regime tributario, ecc.) la legge avrà piena potestà di fissare le regole, ma per le altre materie, anch'esse enumerate (organizzazione generale della difesa nazionale; amministrazione delle collettività locali; l'inse-

gnamento, ecc.), la legge potrà fissare solo i principi fondamentali, cioè potrà tradursi solo in *loi-cadre*. A questa restrizione della « legge » fa riscontro una espansione, o per dir meglio, una vera e propria trasformazione del « regolamento ». Tutte le materie non espressamente « riservate » (art. 37) alla legge sono dalla costituzione abbandonate alla potestà regolamentare dell'esecutivo, con la previsione, per il caso di una preesistente disciplina della legge, di una generale delegificazione. In tal modo, il « regolamento », contro tutta la tradizione del costituzionalismo moderno, diviene la fonte ordinaria, normale di produzione giuridica, la sola che possieda una competenza naturale, illimitata in via di principio, tale appunto da richiedere, per essere limitata, una espressa riserva costituzionale a favore della « legge ». E ciò non basta: la nuova costituzione, circoscrivendo la legge entro un ambito materialmente limitato e sottraendo alla competenza di questa tutte le altre materie, che per ciò stesso sono contrassegnate d'un carattere regolamentare, innova e trasforma il rapporto, dianzi esistente, tra le due fonti giuridiche, che non è più, quanto alla materia, di concorrenza, ma diventa di separazione. Codesta separazione viene però stabilita assai più nettamente a carico della « legge » che del regolamento. La nuova costituzione si è data infatti più cura di apprestare rimedi contro l'esorbitanza della funzione legislativa nelle materie regolamentari, dando al Governo il potere di opporre immediatamente, durante lo stesso procedimento legislativo, l'irricevibilità della proposta di legge, e di eccitare in caso di rifiuto, il giudizio in via preventiva (art. 41) del *Conseil constitutionnel*; mentre, al contrario, l'esorbitanza del regolamento nella sfera riservata alla legge, a parte la più difficile accertabilità, sembra restare affidata essenzialmente ai mezzi tradizionali del controllo, in via successiva, previsto per la illegittimità degli atti amministrativi. Ma deve notarsi un'ultima conseguenza di siffatta trasformazione nel rapporto tra le due fonti giuridiche; se « legge » e « regolamento » sono fonti materialmente separate, gli atti dell'una e del-

l'altra non potranno nè incontrarsi, nè sovrapporsi. Essi si pongono allora, rispetto alla gerarchia delle fonti, come atti normativi fundamentalmente coordinati, senza possibilità (almeno nelle materie naturalmente regolamentari: arg. ex art. 38, comma 2°) che tra le due fonti venga in evidenza un rapporto di gerarchia. Non pare per nulla azzardata quindi l'osservazione <sup>(8)</sup> che i rapporti in cui la nuova costituzione francese pone « legge » e « regolamento » si allontanano da quelli tradizionalmente sussistenti tra le due fonti giuridiche dello stesso nome e s'avvicinano a quelli che esistono negli Stati federali o con decentramento legislativo regionale tra la legge dello Stato centrale e quella degli Stati membri o delle regioni. Si sovverte e si vanifica così quel principio della supremazia della legge e della subordinazione correlativa del regolamento, che dai tempi del *Bill of rights* e poi, più ampiamente, dal tempo della rivoluzione francese, era divenuto un principio fondamentale nella struttura dello Stato costituzionale e di diritto, tipico dell'occidente europeo. Questa profonda trasformazione nella disciplina di queste due fonti normative adduce a questo risultato: lungi dal rispettare la separazione dei poteri, la nuova costituzione sembra averla gravemente vulnerata, realizzandola solo a senso unico, a vantaggio dell'esecutivo. L'innovazione si risolve in effetti in una mutilazione della competenza tradizionalmente propria del Parlamento, e nella contestuale e correlativa attribuzione al potere esecutivo, sotto il vecchio nome di regolamento, di una potestà legislativa, la cui potenzialità di produzione giuridica non è inferiore, se pur ancor se ne distingue, da quella propria della « legge » <sup>(8-bis)</sup>.

b) Sempre nello stesso ordine di considerazioni e per cogliere altre peculiarità della nuova costituzione relative al siste-

---

<sup>(8)</sup> Cfr. DUVERGER, *op. cit.*, p. 120.

<sup>(8-bis)</sup> Sui rapporti tra legge e regolamento, nella nuova costituzione francese, cfr. SOTO, *La loi et le règlement dans la const. du 4 oct. 1958*, in *Rev. dr. publ.*, 1959, 240 ss. (con tendenza a valutare positivamente l'innovazione).

ma delle fonti del diritto vanno segnalati altri due istituti che si traducono anch'essi in limitazioni ulteriori della tradizionale funzione legislativa del Parlamento: quello delle leggi organiche e quello dell'efficacia superlegale delle convenzioni internazionali.

Quanto al primo, trattasi di innovazione di rilievo, poichè mentre in precedenza la qualifica di « organica » riferita alla legge alludeva e per di più in modo approssimativo, solo ad una connotazione materiale dell'atto legislativo in ragione di un suo contenuto attinente all'organizzazione o alla disciplina di fondo di un particolare istituto (<sup>3-ter</sup>), oggi essa allude ad una nuova distinta figura di atto legislativo in cui la peculiarità dell'oggetto si traduce nella specialità formale dell'atto. Per tutto un vasto elenco di materie, attinenti all'organizzazione ed al funzionamento dei pubblici poteri, la costituzione demanda infatti la disciplina destinata ad integrare e attuare i principi costituzionali ad una fonte legislativa speciale che ha nome di « legge organica », il cui procedimento formativo, più agevole di quello previsto per la revisione della costituzione, risulta però più aggravato rispetto a quello dell'ordinaria legislazione. In particolare, è degno di nota, oltre alla prescrizione di termini più rigorosi, di una speciale maggioranza (art. 46, ult. comma) l'ostacolo consistente nella necessità del controllo preventivo da parte del *Conseil constitutionnel*, al fine di accertare la conformità della legge organica alla costituzione. È ovvio che tali aggravamenti per legiferare su tali materie si traducono in altrettante limitazioni poste al legislatore.

Quanto al secondo istituto, relativo all'efficacia superlegale dei trattati e in genere delle convenzioni internazionali, esso era già stato introdotto nella costituzione del 1946; ma l'innovazione che il nuovo testo apporta alla disciplina di dettaglio si risolve,

---

(<sup>3-ter</sup>) Sulla nozione di legge organica prima della nuova costituzione, cfr. VEDEL, *Manuel élem. de Droit constitutionnel*, Paris, 1949, p. 494.

manco a dirlo, in un allargamento dei poteri dell'esecutivo e in una limitazione ulteriore di quelli del Parlamento. I trattati e gli accordi internazionali regolarmente ratificati o approvati posseggono un'efficacia superiore a quella delle leggi (art. 55; e art. 28 cost. del 1946), cosicchè, ratificato il trattato, si opererà non solo l'adattamento automatico dell'ordine interno alle norme internazionali pattizie, ma, quel che più conta, il legislatore non potrà disporre in difformità dalle stesse. La limitazione che ne discende per la competenza del legislatore ordinario non è meno reale per il fatto che per taluni trattati (quelli la cui ratifica è subordinata all'autorizzazione del Parlamento) essa dipende anche dal concorso delle Camere; invero una volta che, con la ratifica del trattato o l'approvazione dell'accordo, la limitazione si sia stabilita, la possibilità di rimuoverla oggi assai meno che nella precedente costituzione giace nella potestà del Parlamento. Nella nuova costituzione infatti (art. 55, ult. comma) il principio del valore superlegale del trattato è subordinato alla condizione che si verifichi « la sua applicazione ad opera dell'altra parte ». Se si raffronta ora questa generica clausola condizionale con la rigorosa procedura prescritta in proposito dall'art. 38 della cost. del 1946 (per cui la cessazione dell'efficacia del trattato era subordinata ad una regolare denuncia nelle vie diplomatiche, soggetta alla preventiva autorizzazione del Parlamento in tutti i casi in cui la ratifica era stata sottoposta ad autorizzazione parlamentare) ci si accorge come la nuova disciplina, diversamente dalla precedente, finisca per elargire alle istanze dell'esecutivo (Presidente della Repubblica e Governo), competenti in tema di rapporti internazionali, la libertà di sottrarsi, a propria discrezione, all'impero di quel limite. Per il Parlamento invece resterà fermo il valore superlegale delle convenzioni internazionali e quindi il divieto di legiferare in difformità dalle stesse fin tanto almeno che le istanze dell'esecutivo non facciano propria la valutazione parlamentare circa l'inosservanza della convenzione internazio-

nale. Anche su questo punto dunque la nuova disciplina sembra ridondare a detrazione dei poteri del Parlamento.

c) Bisogna ricordare infine che il depauperamento della funzione legislativa, e l'abbassamento conseguente del Parlamento, specie nella Camera più vicina alla collettività popolare, risultano ancora da una innovazione che colpisce prima che il corpo collegiale, il singolo parlamentare nei suoi poteri di attivazione e di partecipazione al procedimento legislativo in materia finanziaria. Ispirandosi all'evoluzione più feconda che la forma di governo parlamentare ha subito nel sistema inglese, la nuova costituzione francese ha sancito l'esclusione dell'iniziativa legislativa e del potere di emendamento da parte del singolo parlamentare ogni volta <sup>(\*)</sup> che la loro adozione avrebbe per conseguenza sia una riduzione delle entrate pubbliche sia la creazione o l'aggravio degli oneri pubblici. Questa misura, come altre di cui si dirà subito, rientra in quel complesso d'innovazioni che formano la parte forse più degna d'interesse della nuova costituzione francese. Sottraendo i singoli parlamentari ad una delle più facili tentazioni della demagogia, essa, più che segnare una decurtazione dei poteri del legislativo, rappresenta strumento particolarmente idoneo a rafforzare l'autonomia e l'efficienza dell'azione governativa.

8. *Il Senato contrappeso all'Assemblea nazionale.* — Per misurare infine compiutamente quanto si sia ridotta la posizione dell'Assemblea nazionale, conviene notare che oggi a quest'organo, strutturalmente isolato e severamente depauperato in sue tradizionali funzioni fa da contrappeso una Camera alta, come il Senato della nuova costituzione francese, la cui posizione relativa appare decisamente rafforzata rispetto a quella detenuta dal *Conseil de la République* nella costituzione del 1946.

---

(\*) E non più solo durante la discussione del bilancio, com'era in base all'art. 17 cost. del 1946.

Dal punto di vista strutturale, esso acquista, nella sua composizione, una stabilità assai più rilevante di quella goduta dai precedenti consiglieri; esso si rinnoverà ogni triennio ma solo per un terzo, laddove in precedenza il rinnovo triennale coinvolgeva la metà dei consiglieri, con la conseguenza che la durata normale dei mandati senatoriali diventa oggi di nove anni, contro i sei anni dei precedenti consiglieri della Repubblica; e ciò, si noti, a fronte della legislatura dell'Assemblea nazionale che ancora permane di cinque anni nell'ipotesi normale, ossia senza tener conto dell'evenienza, oggi più facile, dello scioglimento.

Il Senato eletto sostanzialmente come il *Conseil de la République*, con un complesso sistema elettorale a suffragio indiretto da parte dei rappresentanti dei consigli comunali e provinciali, rimarrà ancora, per il peso preponderante che nell'elezione viene attribuito ai comuni rurali a tutto scapito di quelli medi e delle grandi città, espressione delle forze più periferiche e conservatrici della vita politica.

Per converso, dal punto di vista funzionale, il suo peso si è visibilmente accresciuto rispetto a quello del *Conseil de la République* pur non consentendosi ad esso un'assoluta parità funzionale con l'Assemblea nazionale. Questa sola infatti ha il potere di provocare le dimissioni del Governo (art. 49), e quello di decidere in ultima istanza, ma sul presupposto di una volontà propulsiva del Governo, la sorte di un progetto di legge. Tuttavia, funzioni delicatissime (come l'autorizzazione alla dichiarazione di guerra (art. 35), la proroga oltre i dodici giorni dello stato d'assedio, l'autorizzazione (delegazione) al Governo a disporre entro un tempo limitato con decreto nelle materie riservate alla legge) sono attribuite nella nuova costituzione, ed a differenza della precedente, al Parlamento, con implicita parificazione funzionale tra le due Assemblee. Quanto alla funzione legislativa (oltre alla revisione della costituzione dove il ruolo delle due Assemblee è identico (art. 89)), il Senato, in linea di principio e salvo il ricorso alla commissione mista, interviene

paritariamente con l'Assemblea nazionale, in tutte le sue fasi (artt. 39, 40, 42, 43, 44, 45 cost.); in caso di conflitto tra le due Camere, il dissenso del Senato, può essere utilizzato dal primo ministro (unico arbitro, in base all'art. 45, a promuovere la commissione mista) come mezzo per paralizzare la volontà divergente dell'Assemblea nazionale; con analoga funzione, ossia come riserva di potere cui il Governo può attingere per far prevalere la propria volontà su quella dell'Assemblea nazionale, si atteggia l'intervento del Senato nella procedura per l'approvazione delle leggi finanziarie (art. 47).

### § 3. *L'espansione del Potere Esecutivo.*

9. *Il rafforzamento del Governo. A) Aspetti strutturali.* — Ma l'abbassamento del potere legislativo, oltre che dalle trasformazioni che lo toccano direttamente, deriva anche, e forse in maggior misura, da quelle che si traducono in un potenziamento globale del potere esecutivo, sia del Governo sia, soprattutto, del Presidente della Repubblica

Il Governo (cui la nuova costituzione dedica il titolo III, antepoendolo, a differenza della precedente, al Parlamento) esce dalla nuova sistemazione con una posizione singolarmente accresciuta e rafforzata nei suoi rapporti col Parlamento rispetto a quella che all'organo veniva fatta dalla costituzione del 1946; e ciò tanto sul piano strutturale, quanto su quello funzionale.

Sul piano strutturale ciò si rivela innanzitutto nella maggiore stabilità che viene assicurata all'istituto. Poichè la nuova costituzione non aveva altra scelta fuor da quella di un governo parlamentare (essendo ad essa preclusa la forma di governo presidenziale)<sup>(10)</sup>, è ovvio che essa dovesse sancire (art. 20) il principio distintivo di quest'ultima, stabilendo così la responsabilità

---

<sup>(10)</sup> Sulle ragioni che s'opponevano all'adozione del regime presidenziale, cfr. DEBRÉ, *La nouvelle constitution*, in *Rev. sc. pol.*, cit., p. 9 s.

politica del Governo verso l'Assemblea nazionale. Questa, adottando una mozione di censura o respingendo il programma o una dichiarazione di politica generale, o, infine, un testo su cui il primo ministro, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, abbia ritenuto di porre la fiducia (artt. 49-50), può costringere il Governo alle dimissioni. Ma, come s'è visto, sono stati introdotti potenti coefficienti di stabilità, da un lato, nella rigorosa disciplina della presentazione e della votazione della mozione di censura; dall'altro, nell'incompatibilità della carica parlamentare con le funzioni ministeriali e, infine, come si dirà tra poco, nell'attribuzione di un ampio potere di scioglimento autonomo dell'Assemblea al Presidente della Repubblica (art. 11).

Inoltre, e sempre sul piano strutturale, va notato lo sviluppo che il principio monocratico presenta su quello collegiale, nella organizzazione complessiva del Governo. Al Primo Ministro (ed è significativa questa nuova denominazione in luogo della precedente di « presidente del Consiglio dei ministri ») viene nella nuova costituzione assicurata una posizione di netta preminenza sugli altri membri del Governo. La sua nomina (art. 8) da parte del Presidente della Repubblica è distinta da quella dei ministri, i quali (con una disposizione analoga a quella esistente nella costituzione italiana) sono nominati, e fatti cessare dalle loro funzioni, dal Presidente della Repubblica solo sulla proposta del Primo Ministro. Ma tale preminenza risulta soprattutto dall'attribuzione diretta al primo ministro di competenze che altrove vengono attribuite collegialmente al Governo. Per l'art. 21, il primo ministro, oltre a dirigere l'azione del Governo, è responsabile della difesa nazionale; inoltre a lui spetta, ove occorra, di supplire il Presidente della Repubblica nella presidenza dei consigli e comitati superiori; assicura la esecuzione delle leggi, esercita il potere regolamentare, e nomina agli impieghi civili e militari. Gli altri ministri potranno esercitare taluni di questi poteri, ma solo su delega del Primo Ministro. Infine, egli solo ha numerose e penetranti potestà incidenti sul funziona-

mento dei lavori delle camere (artt. 29-33). Questa accentuazione della posizione del Primo Ministro può conferire indubbiamente al Governo una struttura unitaria ed una capacità di decisione e di efficienza pratica più spiccate di quelle che risultavano dall'assetto dell'organo nella precedente costituzione.

10. *B) (Segue) Aspetti funzionali.* — Ma ancora più rilevante è la crescita della posizione costituzionale del Governo, ravvisato come unico complesso organico, se la si consideri sotto il profilo funzionale.

*a)* Al Governo (più specificamente, al Primo Ministro) spetta l'esercizio del potere regolamentare; e s'è visto più sopra quale somma di potere normativo, e sostanzialmente legislativo, comporti questa potestà dopo la trasformazione profonda dei concetti di « legge » e di « regolamento », apportata dal nuovo sistema.

*b)* Ma la nuova costituzione va ancora più in là, consentendo che il Governo possa fruire della delegazione legislativa; anche su tal punto la nuova costituzione si distacca nettamente (ma l'innovazione costituisce tecnicamente un adeguamento alla realtà) dalle costituzioni della III e della IV Repubblica che, con divieto tacito o esplicito, avevano tentato inutilmente di proscrivere il fenomeno della legislazione delegata e della legislazione d'urgenza.

Che qui si tratti di delegazione non pare dubbio (questo termine è espressamente usato nell'art. 41, mentre l'art. 38, parlando di « autorizzazione » e di « legge di abilitazione » impiega una terminologia oscillante aperta alle varie costruzioni dottrinali della delegazione legislativa). Infatti, il Governo, questa volta nella sua configurazione collegiale, in base all'art. 38 può chiedere ed ottenere dal Parlamento, allo scopo di eseguire il suo programma, la facultizzazione a legiferare, entro un tempo limitato, anche nelle materie riservate alla legge, con proprie ordinanze da adottarsi dal Consiglio dei ministri, sentito il Con-

siglio di Stato. Tali provvedimenti, che entrano in vigore immediatamente dal giorno della pubblicazione, divengono inefficaci (*ex tunc*) se, prima del termine fissato dalla legge di abilitazione, il Governo non presenti alle Camere il progetto per la relativa legge di ratifica.

In apparenza, raffrontato con il corrispondente istituto previsto dall'art. 76 della costituzione italiana, la delegazione prevista dalla nuova costituzione francese sembra conferire al Governo una potestà meno consistente di quella che scaturisce dalla nostra delegazione legislativa; le ordinanze adottate in base alla legge di delegazione francese (simili in questo ai nostri decreti-legge) hanno un'efficacia risolutivamente condizionata al verificarsi entro il termine fissato di un evento successivo, laddove le nostre leggi delegate sono congegnate come incondizionatamente efficaci senza necessità che si avverino fatti successivi. Ma, a ben guardare, dall'art. 38 costituzione francese, il Governo risulta abilitato all'esercizio del potere legislativo in un modo più stabile e discrezionale di quanto non discenda dalla nostra delegazione legislativa. Intanto, la legge di abilitazione francese (arg. dall'art. 41) attribuisce al Governo una potestà che, per il tempo stabilito, il Parlamento non è più in grado di revocare; inoltre e soprattutto, alla potestà legislativa delegata qui non si fissa alcun limite, eccetto quello temporale (a differenza della nostra delegazione legislativa che soggiace, oltre a quello temporale, a definiti limiti materiali e direttivi). Quanto al condizionamento dell'efficacia prevista per le ordinanze-delegate secondo la costituzione francese, esso è più apparente che reale, traducendosi in effetti in una condizione risolutiva potestativa, posto che il suo avverarsi giace nella possibilità di determinazione del Governo. Si dissolve così anche la somiglianza tra codeste ordinanze ed i nostri decreti-legge, l'efficacia dei quali è veramente condizionata risolutivamente ad un evento estraneo, come appunto è il fatto della conversione in legge da parte delle Camere.

c) Infine il Governo si vede attribuiti dalla nuova costi-

tuzione tutta una serie di poteri che ne fanno la guida e il moderatore del lavoro legislativo. Con i poteri di impulso, di controllo e di decisione che gli sono attribuiti nello svolgersi del procedimento legislativo, il Governo può, favorendo le proprie proposte ed opponendosi o difficolando quelle d'iniziativa parlamentare a lui non accette, influenzare in modo decisivo il corso e i risultati della legislazione.

Il Primo Ministro esercita l'iniziativa legislativa, su deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato; i progetti di legge del Governo e le proposte dallo stesso accettate sono privilegiate ai fini della collocazione nell'ordine del giorno delle Assemblee, poichè godono della priorità, e nell'ordine fissato dal Governo, su quelle d'iniziativa parlamentare (art. 48); per converso, il Governo ha il potere di opporre l'irricevibilità (art. 42) alle proposte che, esulando dalle materie di riserva legislativa, invadono la sfera di competenza regolamentare; come pure a quelle che contraddicano ad una delegazione conferita al Governo, secondo l'art. 38, o che comportino variazioni nei carichi e nei mezzi finanziari (art. 40).

Inoltre la discussione dei progetti di legge, presso la Camera che per prima ne è investita, avviene sul testo presentato dal Governo (art. 42); ed è il Governo che, in concorrenza con l'Assemblea può chiedere l'invio di ogni progetto o proposta di legge, per l'esame, ad una commissione speciale, designata a questo scopo; in difetto di tale domanda, l'esame è fatto da una delle commissioni permanenti, di cui la nuova costituzione, a differenza della precedente, limita il numero a sei per assemblea (articolo 43).

Analogamente privilegiata è la posizione del Governo in relazione al potere di emendamento (art. 44). Innanzitutto il potere di emendamento è attribuito dalla nuova costituzione espressamente anche al Governo, oltre che al singolo parlamentare; ancora, il Governo può opporsi all'esame di ogni emendamento che non sia stato già sottoposto alla commissione; e, di più, il

Governo può provocare il voto dell'Assemblea su tutto o su parte del testo in discussione, ammettendo solo gli emendamenti da lui proposti o accettati; col che il potere di emendamento dei membri delle Camere viene severamente limitato.

Infine, in caso di conflitto legislativo tra le due Camere, il Governo diviene l'arbitro della prosecuzione del procedimento legislativo; solo il Primo Ministro infatti ha il potere di promuovere la commissione mista paritetica tra le due Camere che l'art. 45 abilita a proporre un testo comune; e, ancora, è solo il Governo che decide se il testo della commissione mista sia da sottoporre alle Camere oppure se, in difetto di accordo della stessa commissione, sia da chiedere o no, dopo una nuova lettura da parte delle due Camere, la deliberazione definitiva dell'Assemblea nazionale. Degli stessi poteri e, all'occorrenza, di poteri anche più vasti dispone il Governo in ordine alle leggi finanziarie. Anzi, ove scorra un certo termine (70 giorni) senza che il Parlamento si sia pronunciato, il Governo può con sua ordinanza emanare le disposizioni relative.

Questa cospicua concentrazione di poteri di disposizione sul procedimento legislativo che la nuova costituzione fa nel Governo (a parte la questione se ciò realizzi la separazione tra legislativo ed esecutivo promessa dalla legge costituzionale del 3 giugno 1958 o non invece il suo contrario), rappresenta, a giudizio anche degli osservatori più critici, la parte più moderna e interessante della nuova costituzione, quella più conforme alle esigenze attuali del governo parlamentare, quali si sono rivelate dalla feconda evoluzione che questa forma di governo ha ormai subito nel sistema britannico.

I compiti sempre più vasti che s'assegnano allo Stato nell'età nostra, richiedono un'azione di governo unitaria, capace di tradurre il programma politico con tempestività e coerenza nelle necessarie misure legislative. E tutto ciò esige che il Governo disponga ormai nello svolgersi del procedimento legislativo di poteri non dissimili da quelli che la nuova costituzione francese attribuisce a quest'organo.

11. *Il primato del Presidente della Repubblica.* - A) *le attribuzioni.* — Ma dove soprattutto s'avverte la trasformazione e quasi il capovolgimento che la nuova costituzione determina nel rapporto di forze sussistente tra i poteri è nell'istituto del Presidente della Repubblica.

Vediamone le attribuzioni per misurare poi, attraverso il rilievo dello scarso sistema di freni deducibile dagli aspetti strutturali dell'organo, la somma effettiva di potere che in esso si accentra.

Lasciamo da parte la descrizione programmatica del ruolo del presidente della Repubblica contenuta nell'art. 5 cost. (*Le Président de la République veille au respect de la constitution. Il assure par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Il est garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des accords de Communauté et des traités*). Essa preannuncia in certo modo, con formula più ampia e ricca di quelle analoghe usate per il capo dello Stato nelle costituzioni di una repubblica parlamentare, l'incremento dei poteri di quest'organo. Ma prescindendo dalla considerazione che queste enunciazioni, non diversamente da quelle analoghe di altri testi costituzionali, hanno valore giuridico solo nella misura in cui siano concretamente tradotte in attribuzioni corrispondenti, non sarà difficile accorgersi che la realtà delle competenze effettivamente attribuite a quest'organo sorpassa largamente, facendolo così venir meno, quel ruolo di tutore della costituzione, di garante della funzionalità del sistema e dell'indipendenza nazionale che, solo, parrebbe emergere dal citato art. 5.

a) Il Presidente della Repubblica dispone in primo luogo dei seguenti poteri che incidono nel momento organizzativo-strutturale di fondamentali organi costituzionali: 1) la nomina del Primo Ministro e la nomina e revoca, su proposta di questo, dei ministri (art. 8); 2) lo scioglimento dell'Assemblea nazionale, con i due soli limiti risultanti dal divieto di ricorrervi di

nuovo durante l'anno che segue le elezioni provocate dal primo (art. 12) e di procedervi durante l'esercizio da parte dello stesso Presidente della Repubblica dei poteri eccezionali previsti dall'art. 16; 3) la nomina di un terzo dei membri del *Conseil constitutionnel* (art. 56) e inoltre la nomina del presidente di questo organo al quale spetta voto decisivo in caso di parità; 4) infine, la designazione, secondo le norme fissate dalla legge organica (stabilita con ordinanza 58-1271 del 22 dicembre 1958, *Journ. off.*, 22 dicembre 1958, nn. 11.556-11.557) di tutti i nove membri non di diritto del *Conseil superieur de la magistrature*, mentre gli altri due membri di diritto sono lo stesso Presidente della Repubblica che presiede il Consiglio stesso e il ministro di grazia e giustizia. (Quest'ultima attribuzione segna chiaramente una involuzione rispetto alla costituzione del 1946, poichè essa sancisce la possibilità di un'influenza preminente dell'esecutivo nel governo della magistratura, lasciando tra l'altro insoddisfatta l'esigenza posta dalla c.d. legge costituzionale del 3 giugno 1958, che voleva assicurata la separazione del potere giudiziario dagli altri poteri).

b) Secondariamente il Presidente della Repubblica possiede altri e non meno importanti poteri che incidono sul momento funzionale degli stessi organi costituzionali; ciò avviene segnatamente nei confronti del Parlamento e del Governo, cioè per le funzioni attive e primarie della sovranità:

aa) nei confronti del Parlamento, il Presidente della Repubblica possiede, oltre alla tradizionale competenza della promulgazione della legge, poteri che lo inseriscono nel procedimento legislativo o della revisione costituzionale con funzioni di controllo che assumono eccezionale sviluppo e varietà di mezzi. Dal più tenue potere sospensivo consistente nel rinvio della legge con richiesta di riesame (art. 10) al potere più fortemente ostativo di deferire la legge al *Conseil constitutionnel* per il controllo preventivo di conformità alla Costituzione (articolo 61), dal potere di sottrarre alla deliberazione delle Ca-

mere ogni progetto di legge relativo all'organizzazione dei poteri pubblici o all'approvazione di accordi della Comunità od alla ratifica di un trattato per sottoporlo (art. 11) a *referendum* popolare, all'inverso potere di sottrarre al popolo l'approvazione definitiva della revisione costituzionale (art. 89) deliberata dalle Camere, per rimetterne la decisione finale al congresso delle due Camere riunite, deliberanti alla maggioranza di tre quindi, vi è tutta una gamma di poteri attraverso i quali viene assicurata al Presidente della Repubblica la possibilità di interferire sul corso del procedimento legislativo ordinario o di revisione della costituzione, controllando la funzione legislativa non solo dal profilo giuridico della conformità alla costituzione, ma integralmente, secondo proprie valutazioni d'ordine politico che lo inducano a favorire o a contrastare una certa legislazione.

Quanto al funzionamento delle Camere, in caso di sessione straordinaria, l'art. 30 cost. dispone che tali sessioni sono aperte e chiuse con decreto del Presidente della Repubblica. Questa attribuzione, che in base alla lettera e secondo l'interpretazione concordemente seguita nelle precedenti costituzioni parrebbe doversi configurare (almeno di fronte alla domanda avanzata dai membri dell'Assemblea nazionale) ad esercizio automatico e vincolato, è stata recentemente interpretata dal generale De Gaulle come se conferisse al Presidente della Repubblica un potere di *veto* rispetto alla domanda stessa. In tal modo al Presidente della Repubblica spetterebbe, circa il funzionamento in concreto delle assemblee parlamentari, un potere condizionante non dissimile da quello posseduto dal Monarca agli albori della monarchia costituzionale.

Infine, egli dispone di una sorta di generico potere monitorio nei confronti delle due Assemblee che, fuori sessione, vengono riunite appositamente a tale scopo, potendo egli comunicare con le stesse mediante messaggi, « che egli fa leggere e che non danno luogo ad alcun dibattito » (art. 18).

E si prescinde per ora dal considerare i riflessi che sulle funzioni del Parlamento discendono dall'esercizio dei poteri eccezionali spettanti al Presidente della Repubblica in base all'art. 16, cui si farà cenno più sotto;

*bb)* altri e naturalmente ancor più vasti poteri assicurano al Presidente della Repubblica interventi che incidono sulla funzione di governo.

Le attribuzioni tradizionali del capo dello Stato sono qui ripetute, ma con significative accentuazioni rispetto alla costituzione precedente. Egli presiede il Consiglio dei ministri e solo eccezionalmente può delegare tale funzione al primo ministro, e solo su un ordine del giorno predeterminato; firma le ordinanze e i decreti deliberati in Consiglio dei ministri (art. 15); nomina agli impieghi civili e militari dello Stato; è capo delle forze armate (e non semplicemente *prend le titre de chef des armées* come nell'art. 33 cost. 1946); presiede i consigli e comitati superiori della difesa nazionale; ha il potere di rappresentanza dello Stato, accreditando gli ambasciatori e ricevendo quelli accreditati dai paesi stranieri; negozia e ratifica i trattati (art. 52), e non più soltanto *signe et ratifie le traités*, come nell'art. 31 della precedente costituzione; ed è informato di ogni negoziato relativo ad accordi non sottoposti a ratifica (e non più semplicemente *est tenu informé des négociations internationales*) (art. 31 cit.).

12. *B)* (Segue) *Il ruolo di direzione politica dell'organo.* — Tuttavia l'ampiezza dei poteri e la posizione complessiva del Presidente della Repubblica non sarebbero ancora con ciò esattamente afferrati: fino a questo punto, potrebbe infatti dirsi valido, nonostante la potenziale carica politica di talune delle attribuzioni che si sono appena elencate, quel ruolo di imparziale garante dei supremi obbiettivi interessi dell'ordinamento al di fuori e al di sopra della funzione di direzione politica che appare ormai come tipico del capo dello Stato nelle moderne for-

me di governo parlamentare. Ma l'infrazione di questa configurazione e il suo pratico abbandono risultano nettamente nella nuova costituzione francese quando alle precedenti attribuzioni si aggiunga quella relevantissima prevista dall'art. 16 cost. e (fatto debito conto del riflesso che nella vita della Repubblica comporta la posizione che lo stesso Presidente riveste nella Comunità) si consideri il concreto esercizio dei poteri presidenziali alla luce della norma dell'art. 19, che delimita l'obbligo della controfirma governativa per gli atti del capo dello Stato.

a) Decisiva nella ricostruzione del ruolo che la nuova costituzione assegna al Presidente della Repubblica, è la norma dell'art. 16 cost. Per essa si configura a favore del capo dello Stato una sorta di *Diktaturgewalt*, paragonabile a quello che era previsto per lo stesso organo nella costituzione tedesca di Weimar dall'infausto art. 48 (l'uso del quale, congiuntamente con lo scioglimento reiterato, spianò la via al potere ad Hitler). Essa dispone che « quando le istituzioni della Repubblica, la indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali sono minacciati in modo grave ed immediato ed il funzionamento regolare dei poteri pubblici è interrotto », il Presidente della Repubblica ha il potere, superando l'ordine normale delle competenze degli altri organi costituzionali, di « adottare le misure richieste dalle circostanze ». È vero che prima dell'adozione di tali misure si prescrive che siano sentiti il primo ministro, i presidenti delle Assemblee, e il presidente del Consiglio costituzionale; ma trattandosi di parere obbligatorio, non vincolante, competente a stabilire se e quando ricorrano i presupposti di fatto dei poteri eccezionali è, in ultimo, solo il presidente della Repubblica. Ancora, è vero che il presidente deve informare la nazione mediante messaggio; che si pone poi il limite onde i provvedimenti « debbono essere ispirati dalla volontà di assicurare ai poteri pubblici nel minor tempo possibile i mezzi necessari per

provvedere ai loro compiti»; che « il Consiglio costituzionale è consultato in materia»; e che, infine, il Parlamento si riunisce in tali casi di pieno diritto, restando esclusa la possibilità di scioglimento dell'Assemblea nazionale.

E tuttavia, quando si pensa che l'insieme di queste salvaguardie appare inferiore a quelle previste dalla stessa costituzione di Weimar (dove il Parlamento, cui le misure eccezionali venivano comunicate, conservava il potere di chiederne la revoca, e dove anche questi provvedimenti presidenziali erano soggetti alla controfirma governativa) non si sfugge all'impressione ch'esse rappresentino una ben fragile barriera contro il pericolo di una possibile degenerazione in senso dittatoriale.

b) Ma la dimensione effettiva del potere politico del Presidente della Repubblica non potrebbe ancora cogliersi esattamente se non si guardasse anche ai riflessi che, entro la Repubblica, comporta la posizione dominante che la costituzione (articolo 80) e più ancora la legge organica stabilita con l'ordinanza 19 dicembre 1958, n. 58-1254 (in *Journ. off.*, 20 dicembre 1958, n. 11.455) gli assicurano nell'ambito della Comunità.

Senza volerci qui attardare nell'esame di questa parte della costituzione (tit. XIII) (che eccede da un punto di vista logico-giuridico l'ambito della costituzione statale della Repubblica) basterà qui dire che la Comunità costituisce un'istituzione a struttura federale (ma con elementi volta a volta riconducibili o allo schema della confederazione o a quello di un regime di supremazia della metropoli francese) destinata, con larghi margini per l'evoluzione successiva, ad assicurare la permanenza dei legami politici tra la Francia e le entità statuali formatesi, o che via via si formeranno, nell'ambito dei territori qualificati un tempo come colonie francesi, e, da ultimo, con nome più accetto, territori d'oltremare. Le competenze proprie della Comunità, che abbracciano una sfera assai vasta (la politica estera, la difesa, la moneta, la politica economica e finanziaria comuni, la politica delle materie strategiche (art. 79)) vengono

esercitate in modo spiccatamente autoritario e centralizzato. Infatti, tra gli organi della Comunità, Consiglio esecutivo, Senato, Corte arbitrale, Presidente della Comunità quest'ultimo (che è poi ricoperto, con un fenomeno d'unione istituzionale, dalla persona del Presidente della Repubblica francese) è quello che accentra nelle sue mani la parte più importante dei poteri di decisione e di direzione politica; egli, personalmente <sup>(11)</sup>, al di fuori di ogni controllo parlamentare e di una vera responsabilità politica, « formula e notifica le misure necessarie alla direzione degli affari comuni » vegliando alla loro esecuzione (art. 5 ordinanza 58-1254) venendo quindi a possedere un potere che potrà esprimersi tanto in via legislativa che regolamentare. Non importa qui scendere all'analisi delle competenze essenzialmente di carattere consultivo o collaterale, attribuite sia al Consiglio esecutivo sia al Senato; basta, ai nostri fini, osservare che i poteri detenuti dal Presidente della Repubblica, come Presidente della Comunità, si risolvono, per ciò che concerne la Repubblica, nella direzione di tutto quell'importante settore della politica governativa che riguardava un tempo le relazioni con i territori coloniali francesi.

Sicché il Presidente della Repubblica, quale presidente della Comunità (ed anche a prescindere dai poteri eccezionali di cui all'art. 16) diviene il detentore di un potere politico preminente quale è quello di chi decide tutta una vasta sfera d'affari e di rapporti che condizionano strettamente la restante azione del Governo, sia all'interno sia nei rapporti internazionali.

c) Resta infine da sottolineare la profonda innovazione introdotta dall'art. 19 che libera dall'obbligo della controfirma tutta una serie di atti presidenziali, quali: la nomina del primo ministro e la revoca del Governo, sulla base delle dimissioni del primo (art. 81 cost.); la sottoposizione a *referendum* popolare di un progetto di legge nei casi di cui all'art. 11; lo scioglimento

---

<sup>(11)</sup> Cfr. lo studio di MERLE, *La constitution et les problèmes d'outremer*, in *Rev. sc. pol.*, cit., p. 156.

dell'Assemblea nazionale (art. 12); l'esercizio dei poteri eccezionali (art. 16); l'invio dei messaggi al Parlamento (art. 18); il deferimento al *Conseil constitutionnel* di un trattato (art. 54) o di una legge (art. 61); la nomina dei membri del *Conseil constitutionnel* (art. 56).

Questa amplissima breccia aperta nella regola della controfirma governativa (regola inconcussa, insieme a quella dell'inviolabilità ed irresponsabilità politica del capo dello Stato nel sistema della monarchia parlamentare) sembra a tutta prima ricondursi ad una tendenza evolutiva dell'istituto rintracciabile nella recente esperienza costituzionale europea<sup>(12)</sup>. Ma, a ben guardare, l'innovazione perverte il senso di quella tendenza, obliterandone la direzione, in quanto abbandona alla disponibilità esclusiva del Presidente della Repubblica non solo poteri che consentono l'esplicazione di una funzione di garanzia, ma anche attribuzioni che nella loro connessione implicano o contengono, in modo più o meno massiccio, poteri di decisione politica (così, ad es., il *referendum* traslativo, lo scioglimento e, soprattutto, l'esercizio dei poteri eccezionali).

La esenzione degli atti del capo dello Stato dall'obbligo della controfirma governativa sarebbe innovazione feconda ed auspicabile nella linea di un autentico costituzionalismo, quando rappresentasse effettivamente una *rationalisation du pouvoir*, quando cioè fosse un adeguamento delle formule normative alla realtà della funzione di garanzia costituzionale propria del capo dello Stato in una moderna repubblica parlamentare; ma non è più tale, quando, come nella nuova costituzione francese, rappresenta un accorgimento diretto ad accumulare effettivamente in quest'organo, al di fuori dell'ingombro della controfirma di un ministro responsabile, poteri sovrastanti di decisione e di direzione politica.

La risultante di tutte le rilevanti innovazioni, che si sono illustrate da ultimo, è che il Presidente della Repubblica inter-

---

(12) Cfr. costituzione tedesca di Bonn (1949), art. 58.

viene profondamente nel governo del paese, potendo all'occorrenza anche assumerlo *in toto* nelle sue mani. Con ciò stesso viene infirmata l'imparzialità dell'organo, che resta condizionata proprio al fatto della sua costante estraneità rispetto alla funzione di governo. E se viene infirmata l'imparzialità, viene meno anche il presupposto indispensabile perchè si possa riconoscere in quest'organo l'arbitro, il custode della costituzione, quel potere neutro in funzione di garanzia che, pur con margini ambigui, è designato dall'art. 5 della cost. L'organo che può diventare il protagonista dell'azione politica del paese non può più esserne l'arbitro superiore e imparziale; i due ruoli non possono coesistere, neanche alternativamente, nella stessa persona; e l'uno, il ruolo di motore politico e di risolutore dei problemi di maggior momento nel governo del paese, esclude l'altro.

13. C) (Segue) *Stabilità e indipendenza dell'organo.* — Nei confronti di un organo in cui si concentra tanto potere, quali freni, quali garanzie ha costruito la nuova costituzione?

Quando si passino a considerare gli aspetti strutturali, organizzativi, propri di quest'istituto è facile rilevare che tutto è stato congegnato al fine di rendere stabile, indipendente e insomma forte la posizione del Presidente della Repubblica, riducendo, per converso, al minimo, e rendendoli quindi di assai tenue e remota efficacia, i meccanismi di controllo e di responsabilità che sono l'essenza di ogni sano costituzionalismo, e che una costituzione impegnata ad attuare la separazione dei poteri avrebbe pur dovuto realizzare.

Ma tant'è: la preoccupazione di chi foggì questa costituzione fu quella di dare allo Stato una forte guida, un capo sicuro che consentisse alla Francia di ritentare le perigliose vie di un destino di grande potenza mondiale, quale ad essa era appartenuto fino a tempi recenti, che pur sembrano oggi singolarmente remoti. Sicchè era inevitabile che si configurasse questo istituto con un'impronta autoritaria, non limitato da impacci e meccanismi d'arresto,

a) Per cominciare dalla durata dell'ufficio, è evidente che un termine di sette anni, lungi dal costituire una limitazione al potere del Presidente della Repubblica consentendo una frequente rinnovazione del titolare dell'ufficio, costituisce un mezzo idoneo a rafforzare la posizione dell'organo, conferendogli una stabilità ed una continuità nettamente superiore a quella degli altri organi costituzionali interessati alla determinazione dell'indirizzo politico (Governo-Assemblea nazionale).

b) Considerazioni analoghe valgono per il sistema adottato per la preposizione dell'organo.

L'elezione diretta dal popolo (tipica delle repubbliche presidenziali, ma adottata anche nella costituzione tedesca di Weimar) avrebbe certo potuto conferire, nel più alto grado, alla forza ed al prestigio dell'organo, ma avrebbe anche avuto l'effetto, dando una legittimazione democratica al potere presidenziale, di segnarne nettamente la responsabilità politica di fronte al popolo la cui spontanea organizzazione si sarebbe pur sempre articolata nei partiti. Ma giocasse o no questa circostanza sulla scelta operata dal costituente francese, sembra ammesso dai più che il sistema di elezione da parte del popolo fosse chiaramente precluso alla nuova costituzione dalla necessità di far concorrere nel collegio elettorale del Presidente della Repubblica (attesa l'unione istituzionale che si doveva stabilire tra questo e il Presidente della Comunità) anche i paesi membri di quest'ultima. Si doveva quindi mantenere l'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio indiretto. Ma qui la nuova costituzione ha voluto rompere nettamente con il metodo seguito dalle due precedenti costituzioni che, affidando l'elezione esclusivamente all'organo parlamentare (all'Assemblea nazionale (Senato e Camera riuniti) nella costituzione del 1875, alla sola Assemblea nazionale (Camera dei deputati) nella costituzione del 1946) facevano del Presidente della Repubblica una diretta emanazione e creatura delle forze politiche parlamentari, con ovvi riflessi negativi, data anche la rielegibilità, sulla

posizione di forza dell'istituto. La scelta da parte dei parlamentari tendeva infatti fatalmente a cadere su uomini che, per il loro passato, per i legami con i partiti dominanti, per il modico prestigio posseduto non potessero minimamente inquietare la posizione di assoluta supremazia del Parlamento.

La nuova costituzione ha costruito allora (art. 5) un collegio elettorale (ed è significativo che solo per il presidente della Repubblica, e non per il Parlamento, essa abbia voluto fissare il sistema di elezione) a guisa di composito coacervo, in cui le forze dei parlamentari vengono concretamente sommerse da altri grandi elettori, rappresentativi delle collettività territoriali (consigli generali, consigli municipali) della Repubblica, dei territori d'Oltremare, degli Stati della Comunità. Prescindendo dagli elettori presidenziali che vengono tratti dai territori d'Oltremare, e dagli Stati membri della Comunità, per ciò che concerne la Francia metropolitana il collegio elettorale risulta dalle seguenti tre categorie: 1) parlamentari (deputati e senatori); 2) consiglieri generali; 3) consiglieri municipali e rappresentanti eletti dai consigli municipali, secondo la minuta assegnazione per le varie categorie di Comuni che ne fa l'art. 5 cost. Questa terza categoria è preponderante su ogni altra (nello scrutinio del 21 dicembre 1958, su 81.500 elettori presidenziali, 72.500 appartenevano a quest'ultima) e in essa diviene a sua volta schiacciante la preponderanza dei Comuni con meno di 1500 abitanti, poichè agli stessi compete una quota pari al 51 % degli elettori presidenziali di quest'ultima categoria. Ora se si considera che l'insieme dei piccoli comuni, cui è conferito tanto peso nella elezione del presidente della Repubblica, corrisponde solo al 33 % della popolazione totale della Francia, si avrà agio di concludere, secondo la sagace dimostrazione che ne ha dato il Duverger<sup>(13)</sup>, che l'elezione a suffragio indiretto è divenuta,

---

(13) Cfr. DUVERGER, *op. cit.*, p. 124 ss., cui si fa riferimento anche per i dati statistici.

come spesso altre volte, un metodo per reintrodurre copertamente una forma di suffragio ristretto e ineguale, eludendo il principio del suffragio universale pur proclamato dalla costituzione; infatti attribuendo a determinate collettività, come i piccoli Comuni, una rappresentanza fortemente maggiorata in rapporto alla popolazione, rispetto a quella attribuita ai Comuni medi ed alle grandi città, si conferisce ai ceti di popolazione corrispondenti (nel caso a quello dei notabili rurali) un'influenza preponderante e decisiva rispetto a quella concessa agli altri gruppi.

Ma ciò non basta ancora. Per l'elezione del Presidente della Repubblica, se non si raggiunge la maggioranza assoluta al primo scrutinio, si prevede che basti, al secondo scrutinio, la maggioranza relativa (art. 6). La scelta del Presidente della Repubblica è congegnata quindi in modo che possa divenire determinante, e già fin dal secondo scrutinio, il gruppo relativamente più forte, quello appunto delle *élites* rurali tradizionalmente refrattarie all'influenza dei partiti, amanti dell'ordine e della autorità statale e quindi più sensibili al fascino delle personalità forti.

Con un procedimento di preposizione dell'organo che si allontana così fortemente dai canoni democratici, la scelta del Presidente della Repubblica sfuggirà verosimilmente e in larga misura all'influenza delle forze politiche del deprecato *systeme* dei partiti, e l'eletto non si sentirà aduggiato da legami di effettiva responsabilità politica, data anche la frammentarietà e la disorganicità degli elementi che compongono il corpo da cui si origina.

Ora siffatta posizione di indipendenza e di concreta esenzione da responsabilità politiche costituirebbe una piattaforma ideale per una istituzione che fosse stata costruita in funzione garantistica. Ma, quando s'applica ad un organo dotato, come s'è visto, di poteri massicci di influenza e di direzione politica, tendenzialmente autocratico che allontana il governo dai gover-

nati facendo recedere in maniera corrispondente la democrazia dell'ordinamento.

14. D) (Segue) *Responsabilità astratta e irresponsabilità concreta dell'organo.* — Quale responsabilità è prevista allora per il Presidente della Repubblica nella costituzione francese? Solo quella estremamente remota e di quasi impraticabile attuazione, che consiste nella responsabilità giuridico-penale per alto tradimento (art. 68).

L'organo che dispone dei poteri di decisione e di direzione politica che si sono venuti elencando è soggetto ad una forma di responsabilità del tutto esigua e per nulla proporzionata alla dimensione ed alla natura di quei poteri; l'art. 68 cost. sancisce, con la sola eccezione dell'alto tradimento, il tradizionale principio dell'irresponsabilità del capo dello Stato per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni; ma ribadire nel nuovo contesto un principio che è, sì, caratteristico della forma di governo parlamentare, ma che oggi si giustifica solo in quanto implichi l'estraneità di quest'organo dalla determinazione della direttiva politica, adduce in effetti ad una palese accumulazione di potere politico irresponsabile, cioè ad una struttura autocratica.

Quanto alla responsabilità giuridico-penale, prevista dalla costituzione francese, si tratta di una responsabilità anche più ristretta di quella analoga sancita nella nostra costituzione (nella quale, per un Presidente della Repubblica, con poteri senza confronto più limitati, è prevista, prima ed oltre quella per alto tradimento, la responsabilità per attentato alla costituzione); inoltre, essa può essere fatta valere solo attraverso un procedimento alquanto gravoso, richiedendosi per la messa in stato di accusa una votazione concorde su identico testo da parte delle Assemblee, votata a scrutinio pubblico ed a maggioranza assoluta di ciascuna Camera. Anche qui il fine sembra essere stato quello di rendere pressochè impraticabile l'esperimento dell'ac-

cusa (in proposito, si confrontino gli artt. 42 e 57 della cost. del 1946, che prevedevano la messa in stato d'accusa ad opera della sola Assemblea nazionale deliberante a scrutinio segreto, ed il giudizio da parte di un'Alta Corte composta di membri tratti unicamente dalla sola Assemblea nazionale, mentre l'attuale Alta Corte (art. 67) è composta di membri eletti da ciascuna Camera). Invero, a parte l'assoluta parità funzionale attribuita, per questa occasione, al Senato (cioè alla Camera che trae la sua formazione da un collegio elettorale che presenta molte analogie con quello da cui è tratto il presidente della Repubblica), è evidente che la deliberazione concorde di due assemblee è evento più difficile ad avverarsi che la deliberazione di una sola, tanto più che qui trattasi di raggiungere l'identità di deliberazione oltre che sulla messa in stato d'accusa anche sul tenore degli addebiti mossi all'accusato; ancora, si prescinda pure dalla prescrizione della maggioranza assoluta dei componenti (la quale, per le due Assemblee agenti separatamente, non è prescritta neppure per la revisione costituzionale); ma assolutamente singolare, e tale da rendere meno agevole la deliberazione, è la disposizione per cui la messa in stato d'accusa deve intervenire a scrutinio pubblico, con una norma contraria alla tradizione pressochè costante e generale dei parlamenti, onde nelle votazioni concernenti persone è d'obbligo lo scrutinio segreto.

Con siffatte modalità, il procedimento della messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica ha possibilità alquanto remote di venire concretamente utilizzato, sicchè non può dirsi che qui sia costruito un valido freno contro le possibili esorbitanze dell'organo.

Si può allora pensare che il potere del Presidente della Repubblica trovi contrappesi e limiti reali nei poteri degli altri organi costituzionali? (Non già quei limiti relativi e superabili che consistono nella necessità dell'audizione di un parere, nella consultazione di un altro organo, bensì quei limiti che discen-

dono da un vero *pouvoir d'arrêter*). È agevole la risposta negativa.

Non si può certo rinvenire tale contrappeso nel popolo che (nonostante le enfatiche proclamazioni degli artt. 2 e 3 circa la spettanza e l'esercizio della sovranità nazionale) non interviene nel procedimento di formazione dell'organo presidenziale e, privo di ogni interiore iniziativa anche nei procedimenti per *referendum* (a differenza della costituzione italiana, il *referendum* non è qui strumento azionabile da gruppi di elettori) si disegna in questa costituzione essenzialmente come un centro di potere «di riserva» utilizzabile e manovrabile in gran parte ad opera dell'unico centro fisso e stabile di potere politico del sistema, cioè appunto dal Presidente della Repubblica. Invero, è nelle mani di quest'organo che sta la chiave sia del *referendum* (tanto di quello sulle leggi di cui all'art. 11 cost., che solo il Presidente della Repubblica può provocare, quanto del *referendum* nella revisione costituzionale, che il Presidente della Repubblica può escludere (art. 89)) sia del ricorso alle elezioni con lo scioglimento dell'Assemblea nazionale prima della scadenza costituzionale. Tali poteri, e in particolare il potere di ricorrere o di escludere il *referendum*, sono, ancora una volta, possenti strumenti lasciati nella disponibilità del Presidente della Repubblica che potrà servirsene per scavalcare o neutralizzare la volontà del Parlamento, e dell'Assemblea nazionale, cioè in ultimo dei partiti, la vera *bête noire* di questa costituzione, e di chi l'ha promossa. Non meno inesatto sarebbe ravvisare un contrappeso ai poteri del Presidente della Repubblica nel *Conseil constitutionnel*, nel quale è dubbio se si possa propriamente ravvisare una vera garanzia costituzionale, che abbia per suo fine preminente la garanzia della costituzione, contro e sopra tutti gli organi costituzionali. Sarebbe improprio dire che esso abbia per fine di garantire la costituzionalità delle leggi, o quello di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini, che ora (con un preambolo assai più sommario ed ellittico di quello del

1946) meno d'altre volte posseggono un rilievo costituzionale. Il *Conseil constitutionnel* appare essenzialmente, a parte le sue competenze di controllo necessario, come un organo di risoluzione dei conflitti che possono insorgere tra legislativo ed esecutivo nell'esercizio delle rispettive competenze; e qui il *Conseil* è munito di potere decisorio, capace di arrestare gli *empiètements* di un potere a danno dell'altro.

Ma contro i possibili *empiètements* del Presidente della Repubblica il *Conseil constitutionnel* non interviene come organo di controllo munito di poteri ostativi, bensì come organo consultivo, con possibilità di influenza assai più tenui.

Per un capo di Stato cui è fatta tale posizione di forza, libera da una concreta soggezione a responsabilità, rischia insomma di riacquistare valore, come principio sottinteso al fondo dell'istituto, l'antica giustificazione fideistica della monarchia assoluta (e in ultimo di ogni assolutismo) « *the King can do no wrong* », ovvero, nella formula positiva di totalitarismi recenti, « il Capo ha sempre ragione ».

15. *Cenno d'inquadramento della forma di governo.* — A tal punto, quasi a ricapitolazione dell'analisi fin qui condotta, giova tentare un inquadramento della forma di governo che si realizza nella nuova costituzione francese.

Il nuovo sistema di governo è stato autorevolmente <sup>(14)</sup> apparentato con lo schema della monarchia « orleanista », alludendosi con ciò a quella variazione della forma di governo parlamentare (paradigmaticamente assunta dalla costituzione francese di Luigi Filippo d'Orléans del 1830) tipo di transizione tra la monarchia costituzionale e il parlamentarismo di tipo monista, nella quale il capo dello Stato detiene ancora una somma considerevole di potere reale, cosicchè il gabinetto appare l'or-

---

(14) Cfr. ancora, DUVERGER, *op. cit.*, p. 103 ss. e *passim*.

gano di equilibrio e di mediazione tra le due forze politiche del sistema, bisognoso della fiducia del capo dello Stato come di quella delle Camere, e verso l'uno e le altre responsabile.

Ma anche nell'esperienza costituzionale, la storia non si ripete mai, anche se possa far pensare a « ricorsi » e indurre a raffronti.

Senza dubbio vi sono alcuni tratti che possono ricordare l'« orleanismo », anzi più indietro ancora, la costituzione *oc-troyée* di Luigi XVIII del 1814: vi è qui la doppia legittimazione dell'ordinamento, autocratica e democratica; vi è la forma parlamentare dualista, nel senso che l'esecutivo resta forte, anzi il più forte, di fronte al legislativo. Ma qui, e diversamente dall'« orleanismo », non è sancita formalmente una responsabilità politica del governo verso il capo dello Stato, mentre, all'incontro, il Presidente della Repubblica dispone in effetti di attribuzioni più ampie e maggiori di quelle del capo dello Stato in regime orleanista. In ogni caso, ed a parte la considerazione della poca o punta somiglianza della prassi presente con lo schema che si è detto, spingere più oltre il raffronto, e farne la chiave per interpretare l'evoluzione del sistema di governo nella nuova costituzione francese sembra assolutamente ingiustificato. L'assimilazione allo schema dell'orleanismo è più esteriore che reale, e, più che aiutare ad intendere la nuova costituzione, sembra uno schema atto a deformarla.

L'esperienza storica dell'orleanesimo si presentava in certo modo antitetica nei suoi termini, a quella della nuova costituzione francese; l'orleanismo fu vittoria di forze liberali<sup>(15)</sup>, in cui il Parlamento si disegnava già come il nuovo centro di forza politica destinato ad eclissare successivamente il ruolo del monarca il cui potere da assoluto si trasformava in

---

(15) Per riserve circa l'esattezza del richiamo all'orleanismo, v. già GALLI, *Oltre la Francia*, in *Il mulino*, 1958, p. 735 s.; ed ora anche, BON VALSASSINA, *Tendenze presidenziali della V Repubblica*, in *Il Giornale d'Italia*, 24-25 novembre 1959.

limitato. Qui invece il pendolo della trasformazione costituzionale è corso nell'altro senso: ed è il Parlamento che viene rigidamente imbrigliato mentre l'istituto del Presidente della Repubblica si espande e si ingigantisce ben oltre quella che poteva essere la dimensione del capo dello Stato nella monarchia orleanista. La liberazione della controfirma governativa per attribuzioni che sono vitali ai fini della direzione politica è il sintomo più vistoso dell'impossibilità di assimilare lo schema attuale a quello dell'orleanismo.

Senza rifarsi quindi ad un modello storicamente superato, si può dire che la nuova costituzione francese realizzi, con un amalgama finora mai sperimentato, la sovrapposizione di elemento della forma di governo presidenziale sulla piattaforma di un regime parlamentare impostato già per sè stesso sulla prevalenza dell'esecutivo. Sembra quasi che si siano volute attingere dall'una e dall'altra forma tutte quelle caratteristiche che potessero, assommate insieme, rendere più forte l'esecutivo e in esso la posizione del suo capo, il Presidente della Repubblica.

Ne è risultato un Presidente della Repubblica che rischia di essere più potente di quello di una repubblica presidenziale, poichè qui esso non è limitato dal gioco molteplice dei *checks and balances* che si ritrovano in quel regime, e che discendono soprattutto dalla presenza di un legislativo indipendente rispetto all'esecutivo e munito di forti poteri di freno sull'azione presidenziale.

#### § 4. *Cenni conclusivi.*

16. *Conclusioni e prospettive di evoluzione.* — Per concludere, la nuova costituzione francese, risultando fortemente articolata su strutture autocratiche malamente bilanciate da quelle del suffragio popolare, presenta una visibile impronta autoritaria, e ciò in piena coerenza con la concezione istituzio-

nale dei suoi ordinatori, anche se in palese dissonanza con le direttive dichiarate nella c.d. legge costituzionale del 3 giugno 1958, e con i principi di fedeltà alla democrazia parlamentare, proclamati nel testo della costituzione stessa.

Ma il rilievo che la costituzione della V Repubblica traduca in atto l'aspirazione ad un regime tendenzialmente autoritario non può essere tratto a significare, secondo quel che si notava nelle premesse, un giudizio positivo o negativo sulla bontà di questa costituzione, sulla sua idoneità a reggere la nazione francese, guidandola alla felice soluzione dei problemi della sua convivenza pacifica e del suo sviluppo. Siffatto giudizio esula, come s'è detto, dal quadro di un esame, come questo, che intende restare sul terreno dell'oggettività scientifica. Ci si potrà tutt'al più spingere (ove proprio si voglia chiedere al costituzionalista di prevedere il divenire delle istituzioni) alla congettura, motivata e sorretta dall'osservazione scientifica, secondo cui, rispetto alle convinzioni dominanti nel nostro tempo e nei paesi di civiltà occidentale circa la legittimazione del potere e il fondamento dell'obbligazione politica, una costituzione prevalentemente autocratica come questa finisce con l'apparire giustificata solo come una costituzione d'emergenza, dettata in ordine a delle situazioni politiche agevolmente individuabili e quindi legata nelle sue sorti o nella sua possibile evoluzione al persistere o al risolversi di quella emergenza. Si potrà così dire, assai verosimilmente, e senza bisogno per questo di rifarsi agli schemi ed all'evoluzione dell'orleanismo, che, se e quando potranno cessare le emergenze in presenza delle quali è insorta, questa costituzione sarà destinata ad evolversi e trasformarsi allentando i suoi attuali meccanismi autoritari. Se poi si considera il ruolo unico assolto dal generale De Gaulle nell'instaurazione ed oggi nella vita del nuovo regime, sarà ancora più facile congetturare che le contingenze politiche nelle quali il generale si troverà un giorno ad abbandonare il potere, il « saldo » attivo o

passivo con cui concluderà allora la sua fatica al timone dello Stato francese, avranno un peso determinante sul corso e sul senso di questa evoluzione. Il che val quanto dire che solo in una eventuale fase post-gaullista s'avrà il collaudo vero di questa costituzione.

CRISANTO MANDRIOLI

*Professore straordinario di diritto processuale civile nell'Università di Urbino*

LA TECNICA DELLO STRUMENTO RAPPRESENTATIVO  
NEL PROCESSO CIVILE



1. *Richiami e linee direttive.*

Le conclusioni fondamentali conseguite con le mie « *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile* » <sup>(1)</sup> riguardano:

1) l'individuazione delle norme positive che regolano, nei suoi aspetti tecnico-giuridici, il funzionare dello strumento rappresentativo come figura generale;

2) l'enucleazione — sulla base positiva di quelle norme — dei principi sistematici generali ai quali si riconducono i suddetti aspetti tecnici <sup>(2)</sup>;

3) la precisazione dei modi e dei limiti con i quali, attesa la ricezione, nelle norme del codice di rito, delle norme positive (sostanziali) che riguardano lo strumento rappresentativo in generale, i principi che ispirano queste norme debbono ritenersi operanti anche nella disciplina positiva del funzionare dello strumento rappresentativo nel processo civile <sup>(3)</sup>.

Sotto il primo riguardo, mi fu possibile dimostrare che gli artt. 1378 e seguenti del codice civile, ed in particolare l'art. 1388, nel descrivere un determinato modo tecnico di reciproca coordinazione dei due congegni della rappresentanza, cioè del potere rappresentativo e della *contemplatio domini* <sup>(4)</sup>, introducono una disciplina positiva della tecnica della rappresentanza

---

<sup>(1)</sup> MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957 cit., spec. da p. 37 e ss.

<sup>(2)</sup> *Mia op. cit.*, spec. da p. 171 a p. 197.

<sup>(3)</sup> *Mia op. cit.*, da p. 199 e ss., spec. p. 242 e ss.

<sup>(4)</sup> La parola « congegni » di cui mi sono servito nelle *Premesse generali*, e di cui continuo a servirmi ora, è usata in senso metaforico per esprimere soltanto il fatto che due elementi, ancorchè eterogenei (uno è un effetto, l'altro un fatto) debbono concorrere.

che può considerarsi la vera base giuridica del cosiddetto « concetto » della rappresentanza in generale <sup>(5)</sup>.

Sotto il secondo riguardo mi fu possibile desumere da quelle norme e dalle loro interpretazioni — ossia tenendo il contatto con la realtà del diritto positivo e con la sua vita concreta — i criteri sistematici che, a quanto mi parve e mi pare, ispirano la disciplina normativa sia del cosiddetto « concetto » dello strumento rappresentativo sia delle sue applicazioni alle innumerevoli esigenze della pratica. Codesti criteri sistematici fanno capo al rilievo fondamentale che, secondo il nostro diritto positivo, la rappresentanza (almeno nello schema fondamentale del suo funzionamento) non è altro che un fenomeno di attribuzione straordinaria e secondaria della legittimazione attiva o titolarità di un determinato potere: *straordinaria* perchè riguarda un soggetto diverso dal titolare della situazione giuridica sulla quale l'esercizio del potere stesso è destinato a produrre i suoi effetti, e che, il più delle volte, è il diritto soggettivo nel quale è compreso il potere; *secondaria* perchè, sia che venga compiuta direttamente dalla legge, sia che venga compiuta dal soggetto che riceverà gli effetti dell'atto (rappresentato), presuppone sempre che questo ultimo sia titolare (o si trovi nella situazione per cui sarebbe titolare, se fosse capace) di un potere primario, del quale quello attribuito in via straordinaria ricalca interamente le note, rimanendone condizionato <sup>(6)</sup>.

Sotto il terzo riguardo la conclusione conseguita fu che, già sul piano del diritto positivo, il codice di rito, non disciplinando in modo autonomo il funzionamento dello strumento della rappresentanza, e tuttavia presupponendolo operante con la medesima tecnica propria della figura generale, contiene una implicita ma chiara ricezione delle norme sostanziali concernenti

---

<sup>(5)</sup> Mia *op. cit.*, p. 197 e ss.

<sup>(6)</sup> Mia *op. cit.*, p. 174 e ss. Altri, a questo riguardo, parla di carattere vicario del potere del rappresentante (INVREA, *La parte generale del diritto*, Padova, 1935, p. 96).

il funzionario dello strumento (non però di quelle che già concernono le applicazioni dello strumento); mentre, d'altro canto, nessun ostacolo di natura sistematica si pone in contrasto con l'operare dei congegni tecnici per mezzo dei quali lo strumento rappresentativo funziona (<sup>7</sup>).

Ora, poichè il compito al quale mi accingo è quello di esaminare da vicino il modo col quale lo strumento rappresentativo opera nel processo civile, in primo luogo con riguardo alle linee generali di quel funzionamento, ed in secondo luogo con riguardo alle sue applicazioni alle esigenze della vita concreta del processo, le suddette conclusioni orientano la mia ricerca almeno nella sua prima fase, nel modo che sto per accennare.

Va premesso anche che, se è vero che nell'epoca moderna — e cioè dopo il superamento del *dominium litis* — lo strumento rappresentativo opera *nel* processo e non *per mezzo* del processo, e se, quindi, il suo funzionamento deve riguardare i congegni giuridici *interni* al processo e non soltanto i suoi effetti esterni, nel campo sostanziale, occorre incominciare con l'illuminare questi momenti interni della vita del processo sotto il profilo giuridico.

D'altra parte, poichè, attese le conclusioni ora ricordate, il primo compito è quello di indagare se e come, nel sistema del codice processuale, avviene la veduta attribuzione straordinaria e secondaria di determinati poteri destinati ad influire su una altrui situazione giuridica (che di regola è quella statica e composita del diritto soggettivo), l'esame di quei momenti giuridici interni del processo va concentrato in primo luogo sulle situazioni giuridiche soggettive interne al processo con particolare riguardo sia alla figura semplice del potere sia a quella composita del diritto soggettivo. Si tratterà poi di studiare come avviene la attribuzione di quelle situazioni ad un determinato soggetto e, più in generale, come si determina la loro titolarità, onde cer-

---

(<sup>7</sup>) *Mia op. cit.*, p. 250 e ss.

care di contrapporre al fenomeno generale della attribuzione ordinaria dei poteri quello particolare della loro attribuzione in via straordinaria e secondaria. Si potranno così conseguire gli elementi per passare allo studio del fenomeno « in movimento », che è quanto dire rendersi conto di come lo strumento rappresentativo funziona nel processo.

## 2. *Il processo dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive.*

Lo studio della struttura del processo dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive è senza dubbio uno dei campi nei quali l'utilizzazione dei dati elaborati dalla teoria generale promette i risultati più fecondi, tanto che in questi ultimi tempi ha costituito e costituisce uno dei punti di maggior impegno per la dottrina processualistica <sup>(8)</sup>.

<sup>(8)</sup> Mi riferisco alle situazioni giuridiche soggettive interne al processo.

Trascurando qui le più remote origini di questo moderno orientamento, mi limito a rilevare che esso può essere considerato come la confluenza, da un lato, degli studi che incominciarono a reagire alla teoria del rapporto giuridico processuale unitario (su cui v. specialmente nel primo schema privatistico, la classica opera del KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888, sp. p. 65, e quindi, nel suo aspetto più moderno, con orientamento pubblicistico e con lo scopo principale di fondare la giuridicità del processo nonostante la concezione concreta dell'azione, specialmente CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 50 e ss.; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 7), che era già parsa una conquista definitiva; e, dall'altro lato, dei più recenti studi sul tema delle situazioni giuridiche.

Sotto il primo riguardo un posto assolutamente preminente va riconosciuto alla sistematica del CARNELUTTI (a partire dal *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, n. 357, p. 901, fino all'ultima edizione delle *Istituzioni del processo civile italiano*<sup>5</sup>, I, Roma, 1956, n. 187 p. 176; e al recentissimo primo volume del *Trattato del processo civile*, diretto dallo stesso Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 34 e ss.); sotto il secondo riguardo meritano qui segnalazione gli studi del FRACOLA, *Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, Napoli, 1939, p. 6; dello SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 62, del GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 254, del SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 48, e degli altri autori citati nelle mie *Premesse generali*, a pag. 76 e ss.

Quanto agli sviluppi più recenti che costituiscono il frutto della suddetta

L'aspirazione è ancora quella che — or è ormai un secolo — aveva spinto la dottrina germanica, a cominciare col Bülow<sup>(9)</sup>, a tentare di trapiantare sul terreno processuale la sistematica civilpandettistica: ossia l'aspirazione ad esprimere il fenomeno processuale nella sua realtà schiettamente giuridica<sup>(10)</sup>. Senonchè, per quanto possano essere stati importanti gli sviluppi conseguiti nell'utilizzazione dei classici schemi del diritto soggettivo e del rapporto giuridico, l'insufficienza di codesti schemi non ha tardato a rivelarsi attraverso gli spunti critici con i quali, partendo dal rilievo che la prima realtà del processo è quella di una attività che si compie in funzione di un risultato<sup>(11)</sup>, si

---

confluenza, e che sono quelli ai quali principalmente mi riferisco nel testo, v. specialmente ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, già in *Riv. dir. civ.*, 1955 e in *Jus*, 1955, e, ora, Milano, 1957, p. 3 e ss.; poi, nel suo solco, CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, p. 29 e ss.; infine FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 55 e ss., spec. p. 111. In precedenza e con ordini di idee differenti, v. specialmente, MICHELI, *L'onere della prova*, Padova 1942, p. 51 e ss.; LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 329 e ss.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 700 e ss.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, spec. p. 115 e ss., 168 e ss. Da ultimo si veda anche MICHELI, *Giurisdizione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 107 e ss., spec. p. 122 e ss.; *Id.*, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, spec. p. 221 e ss., 256 e ss.; SATTI, *Il concetto di parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 68 e ss.; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959, p. 153 e ss.

(9) BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, cit., p. 1 e ss.

(10) Ognuno conosce le celebri opere che documentano questa imponente elaborazione: da quelle dello stesso BÜLOW a quelle del WACH (tra le altre: *Der Rechtsschutzanspruch*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 32° (190), p. 1 e ss.) a quelle del KOHLER (tra le altre: *Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 29°, (1901), p. 1 e ss.) a quelle del PLOSZ (tra le altre *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880, p. 7 e ss.), dello HELLWIG (tra le altre: *Prozesshandlungen und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe für Gierke*, II, 1910, p. 41 e ss.), del NUSSBAUM (*Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse*, München, 1908, p. 4 e ss.).

(11) CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928, p. 200; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e di-*

è preteso di anteporre, o addirittura contrapporre la tecnicità delle norme processuali alla loro stessa giuridicità <sup>(12)</sup>, o quanto meno di affermare l'eterogeneità del concetto di processo da quello di rapporto giuridico in quanto questo è relazione tra soggetti e non semplice attività <sup>(13)</sup>.

È facile comprendere che critiche siffatte sono possibili soltanto sulla base di un equivoco fondamentale, che è quello di ritenere pensabile una realtà del processo estranea alle norme giuridiche e alle situazioni che ne conseguono <sup>(14)</sup>. Ma il fatto che un tale equivoco possa essersi tanto radicato, è la miglior prova dell'inidoneità dello schema del rapporto giuridico processuale ad esprimere in termini puramente giuridici tutta la realtà dinamica del processo. Ed infatti, se si resta fedeli alla nozione classica del rapporto giuridico come relazione tra due o più soggetti, si deve prendere atto che in quella nozione non c'è posto per il fattore « tempo », senza il quale d'altra parte, non si potrà mai esprimere una dinamica; e che pertanto tale nozione è strutturalmente inidonea a configurare una realtà giuridica in movimento se non come mera potenzialità di quel movimento <sup>(15)</sup>; e per ciò, se non si vuol accettare l'opinione di chi cerca di spiegare al di fuori delle norme giuridiche la realtà dinamica del processo, si deve giungere a riconoscere che, più che un rapporto giuridico, il processo è una serie di rapporti giuri-

---

ritto sostanziale, Milano, 1935, p. 3; SATTI, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 35; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932, p. 1.

<sup>(12)</sup> SATTI, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 73.

<sup>(13)</sup> SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 19.

<sup>(14)</sup> Non dissimile la critica del LIEBMAN (*L'opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 330) a questo orientamento della dottrina. Ma sul tema della convergenza tra la giuridicità e la tecnicità delle more del processo v. prevalentemente CARNACINI, *op. cit.*, spec. p. 697 e ss.

<sup>(15)</sup> Sull'importanza del fattore « tempo » nei fenomeni giuridici v. da ultimo gli interessanti spunti del GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 41.

dici in continua evoluzione<sup>(16)</sup>. Chè se, viceversa, si ammette senz'altro che la nozione del rapporto giuridico processuale è ben diversa da quella comune nozione del rapporto giuridico di tipo sostanziale, in quanto ha la caratteristica di non perdere la sua unità pur esprimendo il continuo mutare delle vicende del processo<sup>(17)</sup>, si finisce col rendere soltanto nominale l'adesione alla dottrina del rapporto giuridico processuale, mentre sostanzialmente la si è già superata nel momento stesso in cui si prende atto che l'unità del processo è data dalla reciproca concatenazione delle singole situazioni interne, si voglia o non si voglia usare, per questo fenomeno, il termine, ormai sempre più invalso nell'uso, di « procedimento »<sup>(18)</sup>.

(16) Questa è sostanzialmente l'opinione — dichiaratamente ostile alla dottrina del rapporto giuridico — che fa capo al CARNELUTTI (da ultimo *Istituzioni*, I, cit., n. 187, p. 176) e *Diritto e processo*, cit., p. 35 e ss. Qui citazioni della dottrina favorevole e di quella contraria al concetto in discorso. Nella dottrina italiana più recente v. per tutti: MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 252. Per una adesione, non più recentissima, alle opinioni del Carnelutti in argomento v. CARNACINI, *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, Padova, 1937, p. 1.

(17) È questa l'opinione espressa dal LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 332, 341. In questo ordine di idee, v. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, n. 30, p. 122; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1942, p. 63. Diversa è invece la rivalutazione del rapporto giuridico processuale, agganciato direttamente all'azione, compiuta da ultimo dal Rocco U., *Trattato di diritto processuale civile*, I, Torino, 1957, p. 239 e ss. e spec. 311 e ss.

(18) LIEBMAN, *op. cit.*, p. 331. Secondo questo Autore, « il processo è una unità, ed essa si esprime su piani diversi coi concetti del procedimento e del rapporto processuale ».

A mio modo di vedere, mentre non è dubbio che il concetto di *procedimento* (specie tenendo conto degli svolgimenti ricevuti dalla dottrina più recente) è idoneo ad esprimere l'unità del processo (su ciò tornerò con maggiore ampiezza al n. 10: ivi citazioni della dottrina, spec. alla nota 139), non altrettanto si può dire del concetto di rapporto giuridico processuale. Secondo il Liebman, questo concetto potrebbe esprimere l'unità del processo, poichè « nella sua unità e continuità » manterrebbe « il collegamento tra i vari soggetti del processo » e conterrebbe « la disciplina delle loro reciproche relazioni, pur nel mutare delle vicende, delle situazioni e dei momenti diversi che si susseguono nel corso del processo » (LIEBMAN, *op. loc. cit.*). Ciò che non riesco a comprendere è dove debba ravvisarsi il fondamento positivo di codesto rapporto in evoluzione e su quali norme esso sia fondato. Ed infatti dalla spiegazione fornita dal LIEBMAN (*op. cit.*, p. 341-342), nel senso che la differenza del rapporto processuale da quello sostanziale dipende dalla

Ma c'è di più. Ed infatti, se il problema è quello di cogliere l'aspetto propriamente giuridico di ciò che funge da base per quella unità e per la dinamicità del processo, e se, d'altra parte, si riesce a dimostrare — come ha incominciato a fare la dottrina più recente <sup>(19)</sup> — che codesta base unitaria può essere rinvenuta attraverso l'enucleazione del fondamento giuridico della reciproca coordinazione delle singole situazioni processuali (procedimento) e addirittura attraverso l'individuazione di una situazione soggettiva composita che ha riguardo all'intero processo (azione), il continuare a sostenere che le singole situazioni soggettive « trovano il loro significato in quanto sorgono e si esercitano nel seno di un rapporto più ampio dal quale giuridicamente dipendono » <sup>(20)</sup> sembra, a mio sommesso parere, non solo inutile, ma anche dannoso. Inutile perchè l'unità del processo

diversità delle norme strumentali da quelle sostanziali, non si può trarre altra deduzione se non che ciascuna norma strumentale introduce situazioni dinamiche. Ma allora il cosiddetto rapporto processuale unitario non sarebbe altro che la serie delle situazioni soggettive dinamiche.

<sup>(19)</sup> Già critiche al concetto di rapporto giuridico processuale con l'affermazione che l'unità del processo può essere fondata altrimenti v. in RICCA-BARBERIS, *Due concetti infecondi: negozio e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, p. 191 e ss.; INVREA, *La giurisdizione concreta e la teoria del rapporto giuridico processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 24 e ss., spec. p. 43, 44; nella dottrina germanica: SCHÖTENSACK, *Ueber Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklage nach der deutschen ZPO*, in *Würzburger Festschrift Burckardt*, 1910, p. 10 e ss.

Poi, SANDULLI, *op. cit.*, p. 19 e s., e specialmente ALLORIO, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, Milano, 1957, p. 203; v. poi ancora CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, Roma, 1951, p. 357 e 365; *Id.*, *Istituzioni*, cit., I, n. 272, p. 254; SATTA, *Diritto processuale civile*<sup>5</sup>, Padova, 1957, p. 96; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 17. Nella dottrina processualpenalistica FOSCHINI, *La complessione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 15 e ss. Implicitamente, ma con chiarezza, v. gli svolgimenti del CONSO, *I fatti giuridici* cit., p. 163 e ss., che impernia l'unità del processo sui collegamenti interni tra i fatti che compongono il procedimento, in funzione della sentenza come atto finale.

Nella dottrina straniera, v. POLLACK, *System*, I, cit., p. 364 e ss.; HEGLER, *Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts in Festgabe für Hech, Ruemelin, Schmidt*, Tübingen, 1951., p. 232; da ultimo specialmente GUAST, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, p. 19 e 317 e ss.

<sup>(20)</sup> LIEBMAN, *op. cit.*, p. 332; v. anche in precedenza ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 63; REDENTI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 122.

può essere spiegata altrimenti <sup>(21)</sup>. Dannoso, perchè costringendo allo schema della bilateralità del fenomeno normativo, crea una serie di problemi tanto insolubili quanto inutili: come ad es. quello di spiegare l'assenza di un obbligo dello Stato di prestare la tutela contrapposto al diritto di azione <sup>(22)</sup> e quello di trovare

(21) Rimandando, per le opinioni della dottrina, alla nota 19, qui osservo che codesta unità riposa a mio parere sui concetti di « procedimento » e di « azione », intesi l'uno come la coordinazione, da un punto di vista obiettivo, delle singole situazioni processuali, e l'altro come la situazione giuridica soggettiva che è complessa in quanto abbraccia tutti insieme i comportamenti della parte nel processo. Per la dimostrazione delle affermazioni che precedono, mi permetto di rinviare ai numeri 5 e 10.

D'altra parte il vecchio argomento secondo cui soltanto la figura del rapporto giuridico processuale unitario consentirebbe di spiegare la successione nel processo (sul quale v., tra i tanti Autori, KOHLER, *Ueber die Successionen*, cit., p. 293 e ss., p. 346 e ss.), ed al quale si è richiamato di recente anche il LIEBMAN (*L'opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 333) è già stato dimostrato come tutt'altro che decisivo. Ed infatti, quando si dice con HELLWIG (*Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905, p. 85) che « negli atti compiuti la parte non può succedere e gli atti seguenti li compie essa stessa » si mette in evidenza che il concetto di atto processuale e quindi la nozione del processo come serie di atti processuali non potrebbe spiegare il fenomeno della successione nel processo. Senonchè la dottrina moderna, lungi dal fermarsi alla nozione del processo come serie di atti, mette in rilievo che, prima e dopo gli atti, esistono le situazioni giuridiche che introducono — attraverso le categorie del potere o del dovere — codesti atti. (Su ciò v. nel testo l'inizio del paragrafo che segue e spec. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., n. 22, p. 58). E se non si può succedere negli atti, si può certamente succedere nella titolarità delle situazioni, se è vero che il fenomeno della successione si spiega « con una estensione al secondo rapporto dell'efficacia dei fatti giuridici influenti sul primo » (CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 9. Ora *Id.*, *Diritto e processo*, cit., p. 166). Detto questo, si potrà anche dire che il succedere nel processo è un succedere in una posizione che può essere espressa in modo unitario (ad es. con l'espressione « stato giuridico processuale » usata dall'INVREA, *La giurisdizione concreta*, cit., p. 41), purchè resti chiaro che si tratta soltanto di espressioni di comodo per indicare la titolarità delle situazioni processuali semplici.

Non altrettanto esatto sarebbe il riferirsi al concetto chiovendiano della *litispendenza* come coincidente col rapporto processuale unitario (CHIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, I, e ss.) poichè la litispendenza non è che un effetto della proposizione della domanda (così il § 263 della ZPO germanica) ed è presa in considerazione dalla legge entro limiti precisi e determinati, come quello di dar luogo all'eccezione di litispendenza, alla individuazione della competenza ecc. (v. anche INVREA, *op. loc. cit.*, p. 39).

(22) Si veda ad es. come su questi problemi sia impegnato anche il LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 47 e ss.

ad ogni costo, per ogni situazione soggettiva processuale, quella ad essa contrapposta, con la conseguente moltiplicazione di queste figure a tutto danno della loro purezza giuridica <sup>(23)</sup>.

D'altra parte, neppure si può dire che le più note sistematiche che hanno consapevolmente abbandonato lo schema del rapporto giuridico processuale unitario, abbiano conseguito l'intento di porre in risalto la realtà propriamente giuridica del processo. Non quella del Goldschmidt, il cui tentativo di costruire il processo come un'unica evoluzione processuale del fenomeno giuridico sostanziale <sup>(24)</sup> deve cedere di fronte alla evidenza delle norme positive che configurano le situazioni dei soggetti del processo in maniera indipendente dal fondamento obbiettivo del diritto sostanziale dedotto <sup>(25)</sup>. Ma neppure quella del Carnelutti che (a parte il già rilevato difetto di individuazione dell'elemento unitario che superi il frazionamento del processo in una serie di rapporti) resta ancorata allo schema della bilateralità della norma e si esaurisce nello sforzo di allineare una serie di situazioni a coppie che, mentre appaga il gusto della simmetria architettonica e descrive con rara perspicuità i multi-

---

Per il rilievo della difficoltà accennata nel testo, v. specialmente SANDULLI, *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro it.*, 1952, I, p. 1342 e ss. e MICHELI, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 121; *Id.*, *Corso*, I, cit., p. 252. Per il rilievo dell'inalturalità del problema v. ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, pag. 201.

Questa difficoltà non sembra invece avvertita dal ROCCO U., *Trattato*, I, cit., p. 239 e ss.

<sup>(23)</sup> È questa la caratteristica ridondanza della sistematica processuale del CARNELUTTI: da ultimo *Istituzioni*, I, cit., p. 175 e ss. Esattissimi, a questo riguardo, i rilievi del MICHELI (*Corso*, I, cit., p. 252) che fa osservare che, nel processo, al potere di ciascuna delle parti non corrisponde affatto un dovere dell'altra, ma soltanto una sua soggezione (su quest'ultimo concetto v. la nota 47 in questo capitolo).

<sup>(24)</sup> GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., spec. p. 146 e ss. p. 253 e ss.; *Id.*, *Teoria general del proceso*, Barcelona, 1936, p. 26 e ss., p. 56 e ss. In questo ordine di idee anche NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, p. 44 e ss., 57 e ss.

<sup>(25)</sup> Per questi rilievi critici v. specialmente LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 333 e ss.; v. anche MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, p. 215 e ss.; CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 22 e ss.; FAZZALARI, *Note*, cit., p. 113.

formi aspetti sociologici e psicologici del fenomeno dell'evoluzione processuale, offusca, anzichè chiarire, l'essenzialità propriamente giuridica di questo fenomeno <sup>(26)</sup>.

Diversa è invece la via che percorre la dottrina più recente. Diversa nel metodo, poichè la battaglia ingaggiata per la decantazione dei fenomeni giuridici fuori e dentro il processo, dalle scorie psicologiche, può ben dirsi avviata a soluzione vittoriosa, almeno nei limiti del riconoscimento che nulla deve interessare il giurista che non sia nella norma, ivi peraltro incluse quelle finalità che in essa norma si siano « calate » <sup>(27)</sup>. E diversa anche nell'impostazione, poichè, essendosi liberata dal pregiudizio della bilateralità del fenomeno normativo per una concezione monosoggettiva della norma, la dottrina più recente possiede finalmente gli strumenti per una salutare opera di sfrondamento e di eliminazione di una serie di problemi che hanno già assolto alla loro funzione <sup>(28)</sup>.

Sulla scorta di questi orientamenti, lo studio del processo dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive processuali promette fecondità di risultati quali in primo luogo la riduzione al minimo essenziale della serie delle suddette figure giuridiche soggettive <sup>(29)</sup>; in secondo luogo l'agganciamento dell'unità del processo ad elementi dei quali, da un lato, sia facile rinvenire il fondamento di diritto positivo, e che, dall'altro lato,

---

<sup>(26)</sup> V. da ultimo, contro questa moltiplicazione, CORDERO, *Le situazioni*, cit., p. 240, con riguardo anche alla costruzione del GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 19 e ss., 37 e ss. e dello SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 6 e ss.

In precedenza, contro la sopravvalutazione della funzione nella sistematica carneltuttiana, v. ALLORIO, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, cit., p. 194.

<sup>(27)</sup> È la ben nota espressione dell'ALLORIO, *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, cit., p. 37.

<sup>(28)</sup> ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 18, 29; *Id.*, *Riflessioni sullo svolgimento ecc.*, p. 201; MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 250 e ss.

<sup>(29)</sup> MICHELI, *op. loc. cit.* La possibilità di procedere su questa via è già stata palesata dal CORDERO, *Le situazioni*, cit., p. 239 e ss.

stiano in una certa relazione ben chiara col fondamento positivo delle singole situazioni interne al processo <sup>(30)</sup>.

Naturalmente un tale compito non può essere affrontato in questa sede, se non nei limiti nei quali, secondo quanto notato nel paragrafo precedente, si rivela indispensabile per fondare lo studio della rappresentanza nel processo civile come un fenomeno di straordinaria scissione nella titolarità delle situazioni giuridiche processuali. Più precisamente, se è vero che — come ho ampiamente dimostrato in sede di premesse generali <sup>(31)</sup> — l'essenza della rappresentanza sta in ciò che, in via straordinaria, l'esercizio di un potere *secondario* (nel senso ricordato al n. 1) produce i suoi effetti sulla situazione giuridica (che *normalmente* è quella statica e composita del diritto soggettivo <sup>(32)</sup>), ma potrebbe anche essere diversa o addirittura mancare, e così costituirsi *ex novo* con l'esercizio del potere) spettante al soggetto titolare del corrispondente potere primario del rappresentato: e ciò oltre ed indipendentemente dagli eventuali effetti in capo ad un terzo; se è vero pure che (*sempre in via normale* e salve molte eccezioni) il potere primario, del quale quello secondario ricalca le note, appartiene proprio a quella situazione statica e composita che subirà gli effetti del suo esercizio

<sup>(30)</sup> In questa direzione sono specialmente orientati gli svolgimenti sul concetto di azione e su quello di procedimento contenuti ai nn. 5 e 10 in questo lavoro.

<sup>(31)</sup> V. mie *Premesse generali*, p. 174 e ss.

<sup>(32)</sup> Cfr. mie *Premesse generali*, p. 80, e ss. e autori ivi citati. Da ultimo v. anche, in un ordine di idee in parte affine, FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 67 e ss. Questo autore nega peraltro che il diritto soggettivo come figura composita ed empirica, possa essere il portato di una diversa valutazione normativa (*op. cit.*, p. 62), sostenendo invece che il carattere composito del diritto soggettivo sarebbe determinato solo da ciò che tutte le situazioni semplici che lo compongono riguardano condotte che cadono sullo stesso oggetto (*op. cit.*, p. 83), mentre l'autonomia della figura rispetto alle singole situazioni semplici sarebbe determinata dalla posizione di preminenza rispetto a quell'oggetto di comportamento (*op. cit.*, p. 86, 97; così già GARBACINATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 71 e ss.). Senonchè se si esclude, col FAZZALARI, che questa posizione di preminenza sia il portato di una valutazione normativa autonoma, non si riesce a comprendere quale sia la base giuridica del diritto soggettivo come situazione soggettiva autonoma.

(salvi sempre gli effetti in capo ai terzi); se è vero tutto ciò, l'analisi delle situazioni giuridiche soggettive processuali deve concentrarsi, da un lato, sulla figura del potere processuale e, dall'altro lato, sulla ricerca del se e del come tra le situazioni giuridiche soggettive processuali può emergere una figura con i caratteri della situazione giuridica soggettiva composita, idonea a ricevere, in capo al suo titolare, gli effetti dell'esercizio dei poteri processuali <sup>(33)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> È appunto in considerazione del ruolo decisivo che nello svolgimento del mio tema, spetta da un lato alla contrapposizione tra situazioni soggettive statiche e dinamiche e, dall'altro lato, a quella tra situazioni soggettive semplici e situazioni soggettive composte, che nelle mie *Premesse generali* mi ero soffermato ampiamente su questi concetti. In particolare, sulla distinzione fondamentale — non certo nuova, ma non sempre tenuta presente col dovuto rigore — tra valutazione normativa dinamica (di validità) e statica (di liceità o di dovere) nel senso che, mentre la prima valuta il comportamento di un soggetto come idoneo a determinare effetti giuridici e per ciò individua in astratto le note che compongono lo schema di quel comportamento, o *fattispecie di comportamento*, la seconda valuta il comportamento di un soggetto come semplicemente lecito o come illecito, oppure come doveroso o antidoveroso.

Pertanto, se le situazioni giuridiche soggettive esprimono le posizioni dei soggetti in relazione ai loro comportamenti valutati dalle norme, esse debbono distinguersi con riguardo al diverso tipo di valutazione normativa che le introduce: situazioni dinamiche e situazioni statiche. Le prime sono i *poteri*, ossia possibilità di comportamento (individuate nelle note che le compongono, dalla idoneità a produrre gli effetti, pure determinati dalla norma) poste a disposizione di un determinato soggetto. Le seconde sono le *facoltà* ossia comportamenti valutati come possibili in quanto meramente leciti per quel soggetto. Accanto a queste situazioni, dette semplici perchè contenenti la valutazione di un solo schema di comportamento, le norme positive introducono poi delle situazioni soggettive che, in quanto ricomprendono più comportamenti già valutati come situazioni semplici, sono dette composte: tipica la figura del diritto soggettivo (su ciò v. la nota precedente).

A proposito del potere avevo anche messo in evidenza (mia *op. cit.*, p. 76 e ss. spec. p. 79, 80, 116 e ss.) che il rapporto tra il potere e la relativa fattispecie di comportamento è quello che viene in luce quando si dice che un soggetto, in quanto titolare di un potere può fare ciò che è descritto nella relativa fattispecie di comportamento con gli effetti preveduti dalla legge. Per questo motivo non comprendo le critiche mossemi da fonte assai autorevole (CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 261 e secondo le quali avrei aderito all'opinione che confonde il potere col fare. A tale opinione (che è poi quella del GUARINO, *op. cit.*, p. 254) non avevo affatto aderito, come del resto risulta dall'impostazione e dallo svolgimento

### 3. *Le situazioni giuridiche soggettive processuali semplici. I poteri processuali.*

La dottrina più recente alla quale, come si è veduto, spetta il merito di aver avviato lo studio del processo nei suoi momenti interni e di averne indicato la caratteristica dinamica proprio nella successione di questi momenti, ha anche posto in rilievo che tali momenti non sono soltanto gli atti del processo. Ed infatti, codesta dottrina ha osservato che in quanto ciascun atto costituisce la realizzazione di un determinato comportamento, ed in quanto questo comportamento deve essere stato, in precedenza, posto a disposizione di un soggetto come possibilità, per quel soggetto, di tenere quel comportamento e di conseguire così gli effetti propri dell'atto, ogni atto del processo presuppone il momento della sua *potenza* a quello del suo realizzarsi, del suo « farsi » (<sup>34</sup>).

L'importanza di questo rilievo sta in ciò che con esso si introduce nel vivo dell'ingranaggio giuridico del processo, quella che giustamente è stata detta (<sup>35</sup>) la sua dimensione tempo-

---

di tutto questo lavoro. Le mie critiche alla suddetta opinione non sono invece sfuggite al DENTI, in un'opera (*Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959, p. 42) apparsa quando questo lavoro era già composto e della quale ho potuto tenere solo parzialmente conto.

(<sup>34</sup>) V. specialmente CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., n. 22, p. 58. Ma v. anche, in precedenza, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 65 e ss., nonché gli interessanti rilievi dell'INVREA, *La giurisdizione concreta*, ecc., cit., spec. p. 43 e ss.

(<sup>35</sup>) Da ultimo GALEOTTI, *Contributo*, cit., p. 41. Questo autore ricorda gli svolgimenti del GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1955, p. 11, 22 e ss., e del MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, p. 174. In generale sulla dimensione temporale quale uno dei pilastri della cosiddetta teoria generale della realtà (pregiuridica) v. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 311 e ss.

Sul concetto di procedimento come « farsi » della fattispecie, v. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 128.

In generale, sulla dimensione temporale nel processo v. SATTA, *L'estinzione del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 1005 e ss. spec. 1013; da ultimo CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 154 e ss.

rale, ossia quell'elemento « tempo » che, finchè restava confinato nelle espressioni metaforiche, quali « evoluzione », « serie », « dinamica » e simili, lasciava nel vago ciò che invece si definisce in precisi termini giuridici quando il fattore tempo entra a comporre la figura giuridica. Ed infatti, se il fattore tempo entra nella figura giuridica della fattispecie di comportamento per esprimere la posizione giuridica del soggetto che — per poterlo tenere e quindi *prima* di tenerlo — è nella situazione di potere compiere l'atto che si realizza con quel comportamento, i precisi termini giuridici appaiono questi: da un lato la situazione giuridica soggettiva di *potere* in capo al soggetto che compie l'atto e che ne condiziona la validità; dall'altro lato l'effetto giuridico che si determina come conseguenza del compimento dell'atto e quindi *dopo* di esso. E poichè questo effetto consiste in ciò che dopo l'atto esiste una situazione giuridica soggettiva che prima non esisteva, consegue da queste osservazioni che se il processo può, in un certo senso, essere definito come una serie di atti, questa definizione deve essere integrata col rilievo che il processo è una serie di atti che realizzano, *nel tempo*, una serie di modificazioni di altrettante situazioni giuridiche soggettive<sup>(36)</sup>. E poichè la situazione giuridica soggettiva che condiziona la validità dell'atto, con riguardo alla sua derivazione soggettiva, è il *potere*<sup>(37)</sup>, ne deriva che il processo è, nella sua più essenziale realtà dinamica, una serie di poteri che introducono altrettanti atti.

Naturalmente questa costruzione è condizionata dalla pos-

---

(36) Ho già osservato, alla nota 21, che proprio attraverso questo rilievo è possibile spiegare il fenomeno della successione nel processo indipendentemente dall'adesione alla teoria del rapporto processuale unitario.

(37) Come risultato dell'ampio svolgimento compiuto sul tema in sede di *Premesse generali* (p. 102 e ss.) avevo configurato la nozione tecnica del potere come situazione giuridica soggettiva determinata da una valutazione normativa dinamica e strumentale che pone il soggetto nella condizione per cui un suo comportamento (descritto nella norma) è valido, ossia idoneo a determinare un effetto giuridico e a realizzare così un atto giuridico (v. la nota 33).

sibilità di considerare i singoli atti del processo come dotati di un determinato grado di autonomia nell'ambito della figura giuridica unitaria del processo. Ma, a questo riguardo, rimandando ai paragrafi quinto e specialmente decimo, l'esame del fondamento giuridico di questa unità del processo nonostante i rilievi che sto per compiere, è decisivo l'esame delle norme positive.

Ed infatti di null'altro si tratterà che di risalire dalla autonomia di ciascun atto (nella sua costruzione positiva) alla autonomia del potere che lo introduce. Più precisamente: se, come afferma la dottrina<sup>(38)</sup>, la distinzione tra un atto giuridico ed una semplice frazione di atto giuridico è fondata sulla configurazione, da parte della norma, di un effetto giuridico, come conseguenza di un comportamento, nel senso che *tutte le note* di quel comportamento sono previste come necessarie per attuare un solo effetto e quindi come comportamento che realizza un solo atto; e se, d'altra parte, non c'è effetto giuridico che non sia modificazione di una situazione giuridica soggettiva; si può dire che la presenza di autonomi poteri, che introducono i singoli atti, dipende soltanto da ciò che le norme del processo configurino o meno gli atti processuali in modo tale che, dopo il loro compimento, i soggetti del processo si trovino nella situazione di potere (col duplice senso della potenza e della liceità) o di dover tenere un determinato comportamento che, prima del compimento dell'atto, non potevano o non dovevano tenere. Così impostato, l'esame è estremamente semplice. Citando a caso: per l'art. 165 c.p.c. è solo *dopo* la notificazione dell'atto di citazione che l'attore può costituirsi; per l'art. 168 bis, terzo comma, è *solo dopo* la designazione del giudice istruttore che il cancelliere deve iscrivere la causa nel ruolo della sezione ed in quello del giudice istruttore; per l'art. 169 è

---

<sup>(38)</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 4; MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, p. 465 e segg.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 7 e autori ivi citati, p. 42 e ss.

solo *dopo* l'autorizzazione del giudice istruttore che ciascuna parte può ritirare il proprio fascicolo dalla cancelleria; e gli esempi potrebbero, ovviamente, moltiplicarsi.

In questo modo e sempre per la stretta coordinazione che sussiste tra il potere e l'atto, è possibile determinare il criterio col quale — nel fluire delle innumerevoli manifestazioni dei comportamenti possibili dei soggetti nel processo — si individuano le figure dei poteri processuali, polarizzando determinate note di comportamento attorno ad un centro. Ed infatti: se il potere processuale è la posizione del soggetto che può validamente compiere un atto processuale <sup>(39)</sup>, e se questo comportamento non è altro che la realizzazione della fattispecie di comportamento propria dell'atto e che la legge individua, in ogni sua singola nota, in relazione all'effetto giuridico che l'atto può determinare, è chiaro che quel centro di polarizzazione che si cercava non può essere altro, ancora una volta, che l'effetto giuridico che la legge prevede per l'atto e con riguardo al quale le note di comportamento si aggruppano in una fattispecie. In conclusione, le dimensioni giuridiche dei singoli poteri processuali, ossia delle vere e proprie cellule della dinamica processuale, sono quelle determinate dall'ambito di quelle note del comportamento di un soggetto che la legge ricomprende in una fattispecie per la quale preordina il determinarsi di un autonomo effetto processuale. Non è un potere (ma una frazione di potere senza proprio significato giuridico) quella possibilità di comportamento di un soggetto per la quale la legge non prevede un autonomo effetto giuridico, in quanto si limita ad includerla come una delle note che compongono una fattispecie <sup>(40)</sup>. Oltrepassa i limiti del potere — e precisamente è una serie di

<sup>(39)</sup> ALLORIO, *Riflessioni*, cit., p. 201.

<sup>(40)</sup> A proposito dei fatti che costituiscono parti di una fattispecie e perciò hanno soltanto l'attitudine potenziale a produrre effetti giuridici nel concorrere di altre circostanze, si parla in dottrina di fatti meramente rilevanti e non ancora efficaci (Cfr. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 42 e segg. e autori ivi citati).

poteri — per se stessa parimenti priva di significato giuridico, salva l'eventuale previsione normativa di un altro effetto giuridico <sup>(41)</sup> — quel comportamento che comprende note appartenenti alla fattispecie di più atti, ossia idonee a produrre più di un effetto giuridico. Sono estranee al potere quelle modalità del comportamento del soggetto nel processo che la legge non include almeno implicitamente nelle note caratteristiche della fattispecie propria dell'atto <sup>(42)</sup>.

<sup>(41)</sup> Conso, *I fatti giuridici*, cit., p. 45, 161.

<sup>(42)</sup> Specie a quest'ultimo riguardo, giova esemplificare. Si potrà dire che, poichè la redazione e la sottoscrizione di un atto di citazione non sono previste per sè stesse come fattispecie di un atto idoneo a determinare effetti giuridici, non esiste il potere di redigere un atto di citazione o di sottoscriverlo; tuttavia, poichè il modo col quale la legge configura la richiesta della notificazione di quell'atto di citazione come idonea a determinare certi effetti giuridici processuali (costituirsi del dovere dell'ufficiale giudiziario di procedere alla notificazione) non è dubbio che quella richiesta è costruita dalla legge come un atto. Perciò la condizione del soggetto che può tenere il relativo comportamento: (« richiesta della notificazione di un atto di citazione ») implica una serie di precedenti comportamenti, logicamente indispensabili perchè sussistano le note di quel comportamento (acquisto della carta, stesura dell'atto, sottoscrizione, accesso ai locali ove l'ufficiale giudiziario riceve l'atto ecc.); ed allora si può concludere che solo nei limiti di questa indispensabilità logica i suddetti comportamenti anteriori entrano a comporre le note della fattispecie di comportamento rispetto alla quale sussiste il potere. Così: in quanto l'atto di citazione deve essere redatto per iscritto, la stesura dell'atto su un foglio di carta entra tra le note giuridicamente rilevanti, mentre resta indifferente per il diritto il quando e il come questa stesura sia stata compiuta e con che mezzo di scrittura; in quanto l'atto di citazione non assume a giuridica esistenza se non ove sia sottoscritto, codesta sottoscrizione entra tra le note del comportamento relativo al potere di cui trattasi, mentre resta indifferente se codesta sottoscrizione sia avvenuta subito dopo la stesura dell'atto, o poniamo, due mesi dopo. Ma ciò che è importante è che se ed in quanto il precedente comportamento del soggetto che chiede la notificazione sia stato tale da porre in essere uno scritto nel quale sussistano determinati requisiti idonei, secondo la previsione normativa ad individuarlo come atto di citazione, l'atto della richiesta della notificazione — e pertanto il relativo potere — allarga i propri confini, abbracciando una sfera più ampia di note di comportamento e così divenendo atto di proposizione della domanda, che a sua volta è introdotto dal potere di proporre la domanda; ed è appena il caso di aggiungere che in tanto codesto atto e codesto potere assurgono ad autonomia giuridica in quanto la legge ricollega alla fattispecie propria di quell'atto determinati effetti giuridici. (In argomento cfr. ancora, per tutti, Conso, *I fatti giuridici*, cit., p. 42 e ss.).

#### 4. *Segue. I doveri e le facoltà processuali.*

Se, per i rilievi che precedono, la definizione del processo come serie di poteri processuali che introducono altrettanti atti è senza dubbio esatta, neppure si può, d'altra parte, negare che essa sia unilaterale, in quanto ha riguardo ad un solo tipo di valutazione normativa: quella dinamica strumentale. Senouchè, accanto a quest'ultima, nel processo opera anche la valutazione normativa statica che dà luogo alle situazioni soggettive dei doveri e delle facoltà (<sup>43</sup>).

Per quanto concerne i doveri, la loro introduzione ad opera di una valutazione normativa di tipo diverso da quella dinamica è resa evidente da ciò che, il più delle volte, i comportamenti doverosi degli organi del processo sono assunti dalla legge anche come fattispecie di atti idonei a produrre effetti, e quindi come poteri; e poichè, come poteri, non possono non essere comportamenti liberi sul « se », mentre tali non sono come doveri, non resta che dedurre che i medesimi comportamenti sono contemporaneamente valutati da norme di tipo diverso (<sup>44</sup>). Ciò è con-

---

(<sup>43</sup>) Sulla contrapposizione tra valutazione normativa statica e valutazione dinamica mi sono ampiamente intrattenuto in sede di *Premesse generali* (p. 72 e ss.) ove ho anche posto in luce il carattere della strumentalità delle norme dinamiche rispetto a quelle statiche (p. 126 e ss.). Questa contrapposizione delle norme strumentali a quelle cosiddette sostanziali appartiene ormai alla dottrina più qualificata (v. per tutti ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 26, 27 e gli autori ivi citati a partire dal CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, I, Padova, 1920, n. 33, p. 122. e dal MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig und Wien, 1923, p. 216); da ultimo, CORBERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 235 e ss. e autori ivi citati.

Il fatto poi che le norme strumentali siano uno strumento, ossia una funzione di quelle sostanziali e che, in definitiva, siano anch'esse enunciative di doveri, sia pure in modo indiretto (così ALLORIO, *L'ordinamento*, cit., p. 45) non impedisce che si tratti di norme diverse, ossia, a mio parere, di diverse valutazioni normative.

(<sup>44</sup>) Sulla duplicità del concetto di libertà sul « se » con riferimento alla valutazione normativa statica ed a quella dinamica, v. le mie *Premesse generali*, p. 104 e ss., 116 e ss. Sugli sforzi, della dottrina per spiegare il fenomeno dell'eventuale collegamento tra il potere e il dovere, v. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 65 e ss.

fermato anche dal fatto che esistono, nel processo, esempi di poteri che non sono anche doveri <sup>(45)</sup> e di doveri che non sono anche poteri <sup>(46)</sup>.

L'adesione, sia sul piano metodologico che su quello dell'analisi, alla recente dottrina semplificatrice alla quale mi riferivo poc'anzi, induce anche ad accettarne le conclusioni con riguardo all'opera di sfrondamento nella verifica del reale e proprio significato giuridico rispetto alle numerose situazioni soggettive processuali semplici introdotte e accettate dalla dottrina prevalente. Questa opera di sfrondamento è, a mio parere, particolarmente utile rispetto alle figure della pretesa, della soggezione e dell'onere; figure delle quali non si vuol contestare una certa autonomia sul piano descrittivo, con la conseguente utilità terminologica della rispettiva denominazione, ma delle quali non si deve esitare a negare ogni autonomia di significato sul piano schiettamente giuridico <sup>(47)</sup>.

<sup>(45)</sup> Tali sono nella loro stragrande maggioranza, i poteri processuali delle parti. Ampiamente, sul tema, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 70 e ss. e, ora, sempre del MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 232 e ss.

<sup>(46)</sup> Ad es. il comportamento del testimone che rende la deposizione è certamente doveroso, mentre tale comportamento, per il testimone stesso, non costituisce affatto l'esercizio di un potere (MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 251). In generale sui doveri delle parti nel processo, v. LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 150 e ss., spec. p. 154.

<sup>(47)</sup> Rispetto a queste tre figure, poichè si tratta di argomenti non direttamente attinenti al mio tema ed in parte già trattati altrove, mi siano qui consentiti soltanto i pochi cenni che seguono.

*Pretesa.* Da qualche tempo la dottrina ha giustamente incominciato a considerare questa figura come inutile e nociva, per la sua indeterminatezza (v. gli accenni nella mia *Azione esecutiva*, Milano, 1955, p. 94 e 95 e autori ivi citati). Ma soprattutto i termini del problema sono chiaramente riassunti e condotti a rigorosa soluzione dal CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 278 e ss. Ivi ampie citazioni della dottrina, comprese le opinioni degli autori che più di recente hanno cercato di utilizzare la nozione in discorso. Ancora in senso decisamente critico, da ultimo FAZZALARI, *Note*, cit., p. 60. Per quanto si sia tentato di isolare, in termini giuridici, la posizione di colui che pretende un altrui comportamento doveroso, ogni tentativo si infrange contro il rilievo che la valutazione normativa riguarda unicamente quel comportamento doveroso, mentre l'aspettativa di chi da quel comportamento doveroso si attende un vantaggio, rimane estranea a quella valutazione e perciò si riduce ad un suo riflesso psicologico.

La mia adesione alla suddetta dottrina semplificatrice trova un limite, invece, riguardo al fenomeno (che quella dottrina contesta, ma che a me sembra confermato dal diritto positivo)

Chè se, invece, accadesse che anche il comportamento di colui che pretende fosse fatto oggetto di una valutazione normativa, allora ne deriverebbe, per quel soggetto, una autentica situazione giuridica semplice, quale il potere o la facoltà a seconda che si tratti di valutazione normativa dinamica o statica, o il cosiddetto diritto soggettivo quando si sia di fronte ad una valutazione composita e statica.

Per quanto concerne il processo civile, lasciando da parte la figura composita del diritto soggettivo, che esula dal novero delle situazioni soggettive *semplici* di cui ora mi occupo, e della quale mi occuperò invece ampiamente nel testo (nel paragrafo che segue), la realtà è che non esistono pretese ad un comportamento processuale altrui, che non debbano il loro rilievo giuridico ad un'autonoma valutazione da cui sorga un potere o una facoltà. (V. anche, per rilievi simili, MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 18).

Queste osservazioni critiche non sono certo superate nella più recente ed autorevole formulazione del concetto in discorso (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 54) come « esigenza della subordinazione dell'interesse altrui al proprio interesse », poichè si tratta di una formulazione certamente efficace sul piano descrittivo del fenomeno sociologico-processuale ma che non sembra neppure proporsi il compito di enucleare gli eventuali termini giuridici della pretesa.

*Soggezione.* A proposito di questa figura, che viene solitamente individuata nella posizione simmetrica a quella del potere, ossia nella posizione di colui che è tenuto a subirne l'esercizio, si è già osservato che « la sua unica ragione d'essere sembra risiedere in quell'esigenza di simmetria architettonica che ha indotto a sdoppiare ogni figura di qualificazione del comportamento, mediante la giustapposizione di un profilo "attivo" ad uno "passivo" » (CORDEIRO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 269 e ss. Anche a questo proposito mi limito a ricordare questo autore e le opinioni da esso citate; dopo di lui, v. ancora FAZZALARI, *Note*, cit., p. 66), pur riconoscendo l'utilità di questa figura sul piano descrittivo. Utilità davvero rilevante, specialmente, mi sembra, per la sua idoneità a mettere in rilievo la differenza che una medesima posizione cosiddetta passiva può assumere sul piano del diritto sostanziale, ove il comportamento del debitore è valutato come doveroso, rispetto al piano del diritto processuale ove, invece, riguardo all'attuazione della reazione sanzionatoria, l'immagine della mera « soggezione » giova a mettere in rilievo che nessun comportamento di colui che, per il diritto sostanziale, è il debitore, è assunto come doveroso (da ultimo, con molta chiarezza, MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 233, 252, in precedenza v. anche la mia *Azione esecutiva*, cit., p. 180 e ss.). Anche rispetto alla categoria dei cosiddetti diritti potestativi, la cui genesi sembra appunto doversi cercare in una reazione sanzionatoria, la figura della soggezione assume un utile rilievo descrittivo in quanto la sua vera sostanza è, come si è veduto, quella della assenza di una valutazione di dovere (v. mia *Azione esecutiva*, cit., p. 612 e ss.).

Ma, proprio per queste osservazioni, è ormai ben chiaro che l'autonomo rilievo giuridico di una figura che si risolve nell'assenza di una valutazione normativa, è quello di « non valutazione », ossia è nullo.

della autonomia della valutazione statica di *liceità*, che introduce la figura della facoltà. Sulla presenza di questa valutazione normativa nell'ordinamento giuridico mi soffermai a sufficienza

*Onere.* Anche rispetto alla figura dell'onere non ho che da esprimere la mia adesione alle osservazioni compiute dalla più recente dottrina pervenendo alla conclusione che la valutazione normativa che sta alla base di questa nozione non si distingue, sul piano giuridico, dalla valutazione normativa dinamica che fonda il potere (si veda ancora riassunto lo stato delle opinioni, alcune delle quali, notissime, da CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 256 e ss. alle cui osservazioni particolarmente mi riferisco. Si vedano, tuttavia, perchè sempre attuali e, a mio parere, esatte, le critiche mosse al concetto in discorso dal MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 51 e ss.; ora le si vedano svolte nel *Corso*, cit., I, p. 232 e ss.). Non si vuole sostenere con ciò, che, nel comune linguaggio giuridico — che nessuno pretende di considerare scorretto, a questo riguardo (se ne veda ad esempio l'uso corretto che ne compie il MICHELI, in tutta la sua *op. cit.* e il CARNACINI, *op. cit.*, p. 757 e s., e si veda anche, da ultimo, l'uso che ne compie il SACCO, *Presunzione, natura costitutiva e impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 399 e ss.; v. anche ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, p. 153 e ss.) — il concetto di onere non si distingua da quella di potere (basterebbe, per contrastare quest'opinione, la differenza di significato con il quale i due termini sono usati dalla legge); solo rilevo che mentre non si può dubitare della presenza, nella figura dell'onere, di una valutazione dinamica che riconduce determinati effetti ad una fattispecie di comportamento — e quindi di un potere — tutti quegli elementi in base ai quali l'onere ha comunemente un significato diverso, tanto da essere solitamente inquadrato tra le situazioni passive o inattive ed avvicinato piuttosto al dovere che al potere (v. così ad es. LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, cit., p. 150 e ss., e da ultimo GALEOTTI, *Contributo*, cit., p. 48) appartengono ad una zona per la quale vanamente si è cercato e si cercherebbe la base in una caratteristica della valutazione normativa; si tratta, infatti, soltanto della necessaria subordinazione dell'acquisto di una posizione di vantaggio alla realizzazione di quella fattispecie di comportamento alla quale la legge riconduce il suddetto effetto giuridico; ma se quest'ultimo schema di comportamento è, giuridicamente, un potere, non resta, per distinguere l'onere da quest'ultima figura, che l'elemento dell'acquisizione di una posizione di vantaggio attraverso l'assunzione di un comportamento oneroso in un senso che non si distingue dall'espressione della sua funzione economica di indicazione del *costo* per l'acquisizione di quel vantaggio. (Ampiamente MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 59, 62, 64; e CARNACINI, *op. cit.*, p. 757, il quale parla di « pedaggio »).

Ognuno sa che la figura dell'onere costituisce il perno della critica del Goldschmidt alla comune concezione dei cosiddetti doveri processuali; nè si pretende di diminuire l'importanza della funzione chiarificatrice del ricorso a questa figura nella dimostrazione che la maggior parte di quelle figure che la dottrina chiamava ancora « doveri processuali delle parti » non siano in realtà, autentici doveri. (Su ciò v. ancora LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, cit.). Non si nega che, sul piano giuridico-descrittivo includente elementi sociologici, quelle fi-

in sede di premesse generali <sup>(46)</sup>, sicchè qui non mi resta che da mettere in rilievo che anche nel processo sussistono esempi di valutazioni che hanno riguardo agli schemi di comportamento definiti, dalla sistematica carneluttiana <sup>(49)</sup> come puramente leciti. Tali sono ad es. le affermazioni di diritto, tecnicamente rilevanti, ma giuridicamente indifferenti per il giudice. Tali sono ancora le facoltà di prendere visione dei documenti prodotti dall'avversario, di esaminare o di ritirare il proprio fascicolo, ecc.

---

gure possano essere chiamate « oneri »; solo si precisa che, rispetto alla ricerca delle figure giuridiche elementari del processo, tutto si riduce ad una sovrastruttura di quella figura autenticamente giuridica che è il potere, se si accetta il rilievo che, nella figura dell'onere, l'esercizio del potere costituisce « l'unico mezzo per il raggiungimento del fine previsto ». (Così MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 73 e autori ivi citati). E, a mio sommosso parere, si può dubitare che questo solo rilievo sia sufficiente per individuare una figura autonoma sul piano schiettamente giuridico.

Naturalmente queste osservazioni possono reggere alle critiche in quanto si riferiscano all'ampio concetto di potere posto in risalto in sede di *Premesse generali* (p. 102 e ss.) e che non è affatto limitato all'ipotesi dell'attitudine a produrre effetti in capo al suo titolare (mia *op. cit.*, p. 130 e ss.). È per ciò che viene a mancare il fondamento delle critiche mosse dal GARBAGNATI (*La sostituzione processuale*, cit., p. 247 e 248) al Micheli con riguardo alla figura del rappresentante legale, rispetto al quale è difficile adattare una più ristretta nozione del potere.

A proposito, poi, delle osservazioni del GARBAGNATI (*op. cit.*, p. 248), nel senso che talora la legge riconduce all'esercizio di un potere-onere non soltanto la produzione di effetti giuridici, ma anche la *non* produzione di *altre* conseguenze giuridiche (come ad es. nel caso degli artt. 118 e 210 c.p.c., ove la parte a cui è stato rivolto l'ordine di esibizione può, ottemperando a tale ordine, evitare che il giudice desuma argomenti di prova contro di essa), mi sembra che l'unica caratteristica di questa situazione stia in ciò che le conseguenze giuridiche che possono essere evitate dall'esercizio del potere dipendono da una fattispecie che include, tra le altre sue note, quella negativa del mancato esercizio del potere. Nell'ipotesi dell'art. 210 tale fattispecie è l'ordine di esibizione che, lungi dal far luogo ad un dovere di esibizione, crea senz'altro la conseguenza della possibilità di trarre argomenti di prova, salvo l'esercizio del potere di esibizione, come unico mezzo per conseguire il risultato giuridico (negativo) di evitare l'acquisizione di argomenti di prova contro la parte che compie l'esibizione.

<sup>(46)</sup> V. mie *Premesse generali*, p. 111 e ss. Ivi ampie citazioni della dottrina e l'esposizione delle ragioni per le quali, su questo punto, non ritengo di poter seguire l'opinione dell'ALLORIO e del CORDERO (*op. cit.*, p. 241 e ss.). Nell'ordine di idee da me seguito v. da ultimo FAZZALARI, *Note*, cit., p. 70 e MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 235.

<sup>(49)</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 58.

5. *La situazione giuridica soggettiva processuale composita: diritto soggettivo di azione.*

Passo ora al secondo aspetto del compito propostomi al termine nel n. 2, ossia al tentativo di dimostrare l'esistenza di una autonoma situazione giuridica soggettiva processuale, che, essendo composita, includa i singoli poteri processuali del soggetto e funga da punto di ricezione per gli effetti del loro esercizio, ossia — almeno con riguardo agli effetti normalmente destinati a prodursi in capo al soggetto che compie gli atti — subisca codesti effetti in capo al suo titolare.

Ovviamente, se una tale situazione esiste, il suo carattere composito, ossia il suo requisito — già posto in tesi — di includere tutti i singoli poteri processuali del soggetto, fa sì che essa debba aver riguardo al comportamento processuale del soggetto assunto nella sua interezza. E pertanto non può trattarsi che di quella sola figura rispetto alla quale le stesse espressioni legislative (« far valere un diritto in giudizio ») (artt. 75, 99, 105 c.p.c.), « chiedere la tutela giurisdizionale dei diritti » (art. 2907 c.c.), rendere controverso un diritto (art. 111, 1° comma c.p.c.), « esercizio dell'azione ») consentono codesto riferimento globale, vale a dire l'azione.

La difficoltà principale che sembra impedire una tale costruzione sta in ciò che, mentre la figura del diritto soggettivo è, a mio parere, introdotta da una valutazione normativa, che, oltre ad essere composita, si informa al criterio statico della liceità<sup>(50)</sup>, il concetto di azione sembra — come è rivelato dalla stessa etimologia della parola — esprimere un'attività<sup>(51)</sup>, una

(50) Su ciò v. le mie *Premesse generali*, cit., p. 81 e ss.

(51) Si veda il rilievo già ad es. in MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1910, p. 537. Da ultimo il concetto di azione è risolto in quello di attività dal CARNEIUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 110. V. anche POBETTI, *La concepcion compleja de la accion*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, II, Padova, 1958, p. 361 e ss., spec. p. 371 e ss.

entità essenzialmente dinamica. Ed è proprio per questa constatazione che gli autori che più si sono sforzati, e si sforzano, di attribuire rilievo sistematico alla suddetta portata dinamica, sono giunti alla conclusione di vedere nell'azione, a seconda dei diversi orientamenti sul problema della « astrattezza », o lo svolgimento dinamico del diritto soggettivo sostanziale <sup>(52)</sup> o l'esercizio di un'attività che può essere di diritto, come anche soltanto di fatto <sup>(53)</sup> o, secondo le concezioni più recenti, una situazione soggettiva tipicamente dinamica qual'è il potere <sup>(54)</sup>.

E così, nel primo caso svalutano completamente i valori propri ed autonomi del processo, nel secondo smarriscono la nozione dell'azione come situazione sempre giuridica; nel terzo ignorano il carattere composito dell'azione riconducendola allo schema delle situazioni soggettive semplici e pertanto lasciando in ombra i suoi rapporti con i singoli poteri processuali <sup>(55)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Sono i classici orientamenti, con le caratteristiche proprie che tutti conoscono, del CHIOVENDA (*Istituzioni*, cit., spec. p. 23), del GOLDSCHMIDT (*Der Prozess als Rechtslage*, cit., *passim*), del NIESE (*Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, cit., p. 57 e ss.), e ora, e sia pure con molte divergenze, del SATTI (*Diritto processuale civile*<sup>5</sup>, Padova, 1957, p. 96 e ss.).

<sup>(53)</sup> REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 57 e ss. *Contra*, ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, pag. 197.

<sup>(54)</sup> GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 97 e ss.; SEGNI, *L'unità del processo*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1954, 219, nota; ALLORIO, *L'ordinamento*, cit., p. 30 e ss.; MICHELI, *Civiltà e azione*, cit., p. 132; ora *Corso*, cit., I, p. 17.

<sup>(55)</sup> L'abitudine della dottrina di ravvisare nell'azione il fondamento (dal punto di vista del soggetto) della « progressione » tipica del processo, della sua « evoluzione », del suo « movimento », risale ad un'epoca nella quale queste espressioni avevano — dal punto di vista rigorosamente giuridico — un significato ancora piuttosto vago. (Sul carattere immaginoso di queste espressioni v. da ultimo GALEOTTI, *Contributi*, cit., p. 14 e ss.).

Non essendo questi concetti rigorosamente ancorati ad un particolare tipo di valutazione normativa, l'elemento metaforico e descrittivo finiva col prevalere; e così « progressione » non era che il fenomeno generico del susseguirsi dei singoli atti del processo senza che questi ultimi assumessero il significato giuridico dell'esercizio di autonome situazioni soggettive (v. ancora ad es. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, p. 54). Tutto ciò era naturale quando lo schema di un unico rapporto giuridico o di un'unica situazione giuridica sembrava sufficiente per inquadrare l'intero fenomeno processuale; esso appariva come una figura giuridica unitaria « in movimento », introdotta da una iniziativa giuridica del soggetto che costituiva la

D'altra parte, rispetto al problema che qui mi occupa, non è possibile trarre vantaggio dagli studi di chi, con molta autorità, ha anche di recente sostenuto la nozione dell'azione come

---

fonte prima di quel movimento (l'azione per gli « astrattisti »: v. BERTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 71 e ss.; per i « concretisti », invece, la proposizione della domanda come atto costitutivo del rapporto processuale: v. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 53).

Senonchè, lo sforzo della dottrina più recente, inteso a spiegare in termini rigorosamente giuridici il funzionamento del meccanismo processuale ha, come si è visto, messo in luce che, al di là delle metafore, la cosiddetta « forza » che determina la « progressione » del processo non è altro che il susseguirsi — secondo lo schema delle singole valutazioni normative di validità — di una serie di fattispecie di comportamento ciascuna per sè idonea a produrre effetti processuali, e che, in quanto sono ricondotte ad un soggetto, sono i poteri processuali di quel soggetto.

Ora, se in questi ultimi, e solo in questi, sta la vera fonte della « progressione » del processo, che cosa rimane della cosiddetta « portata dinamica » dell'azione? Se è vero che non c'è dinamismo giuridico all'infuori di quegli effetti che la legge prevede come conseguenza del realizzarsi di una precisa e definita fattispecie di comportamento, occorrerebbe, per sostenere quell'efficacia dinamica dell'azione, poter dimostrare che nella figura dell'« azione » la legge valuta un comportamento come idoneo a produrre un effetto giuridico, ossia poter riscontrare nell'azione le caratteristiche proprie del potere in senso tecnico. Ma il tentativo di concepire l'azione appunto come un potere processuale in senso tecnico, non può non infrangersi contro il rilievo che, quando ci si domanda quale è, nel processo, il comportamento del soggetto che viene in risalto come esercizio dell'azione (secondo l'espressione legislativa; v. oltre nel testo e anche MICHELI, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 108), ci si accorge che la legge non descrive le note specifiche di quel comportamento ma, come si vedrà meglio tra poco (nel testo), si limita a prenderlo in considerazione in modo assolutamente generico e indeterminato. La ragione di ciò è che non si tratta di un comportamento diverso da quello che concreta l'esercizio dei singoli poteri processuali o delle singole facoltà, ma si tratta piuttosto di quegli stessi atti di esercizio assunti globalmente e sinteticamente in una reciproca successione; oltretutto, codesto schema di comportamento non segue un iter rigorosamente predeterminato, bensì una linea in parte affidata all'autonomia del soggetto, il quale può scegliere l'esercizio degli uni o degli altri poteri o facoltà, o anche astenersi da quell'esercizio. D'altra parte, poichè gli effetti giuridici con i quali si realizza il « movimento » del processo, si riconducono direttamente all'esercizio dei singoli poteri processuali, non rimane alcun margine per un effetto giuridico proprio dell'intero e generico comportamento del soggetto nel processo, a meno di volersi riferire agli effetti che quel comportamento determina non più all'interno del processo, ma al di fuori di esso, ossia nel campo sostanziale. Ma è appena il caso di mettere in evidenza l'errore che commetterebbe chi cercasse di configurare il risultato sostanziale dell'esercizio dell'azione come l'effetto giuridico proprio ed immediato del comportamento unitario del soggetto nel processo, ossia dell'esercizio dell'azione, così tentando di confi-

diritto soggettivo <sup>(56)</sup>; ed infatti queste opinioni non sono fondate su una concezione del diritto soggettivo come situazione composita e, neppure, a quanto sembra, sulla riconduzione di questa figura ad una valutazione di tipo diverso da quella, dinamica, del potere <sup>(57)</sup>. Questi rilievi valgono a maggior ragione rispetto alla teoria, pure sostenuta con molta autorità, dell'azione come diritto soggettivo civico <sup>(58)</sup>, mentre ancor meno si può accettare, sul piano metodologico, il fondare il diritto soggettivo d'azione sull'esistenza dell'obbligo dell'organo giurisdizionale <sup>(59)</sup>.

gurare quest'ultima come il potere idoneo a produrre quell'effetto. A questo tentativo si opporrebbe, infatti, oltre che il rilievo della genericità e dell'indeterminatezza del suddetto comportamento unitario del soggetto nel processo, l'osservazione — ormai comune in dottrina (v. per tutti FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, p. 341) — che tra l'esercizio dell'azione e il suo risultato sostanziale non intercorre una relazione di conseguenza necessaria, poichè vi si frappongono elementi di eventualità e di incertezza che riguardano la sussistenza del diritto sostanziale fatto valere, la sua prova e la valutazione del giudice.

<sup>(56)</sup> LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, cit.; *Id.*, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 36; in precedenza FURNO, *Disegno sistematico*, p. 340 e ss.

<sup>(57)</sup> Talora si parla addirittura indifferentemente dell'azione come potere e come diritto (MONACCIANI, *Legittimazione e azione*, Milano, 1951, p. 88).

<sup>(58)</sup> CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, cit., p. 164; *Istituzioni*, I, cit., n. 204, p. 194. Ed infatti il cosiddetto diritto civico di azione spettante al cittadino in quanto tale non è che il potere di proporre la domanda, quello che l'art. 24 della Costituzione attribuisce a «tutti». Sui rapporti tra questo potere e il diritto di azione, v. oltre, n. 6 nel testo, e anche le note 81 e 87.

<sup>(59)</sup> Ad es. ancora il CARNELUTTI (*Istituzioni*, I, cit., p. 195; da ultimo, *Diritto e processo*, cit., p. 118 e ss.) si riferisce esplicitamente all'art. 55 c.p.c. che configura la responsabilità del giudice che rifiuta, ritarda o omette di provvedere sulle domande rivoltegli dalle parti.

Anche il GARBAGNATI, dopo aver qualificato l'azione come un potere, le attribuisce poi il carattere di diritto soggettivo dopo che, essendo stata esercitata, ha determinato l'obbligo del giudice di provvedere (*La sostituzione*, cit., p. 108, 117, 122).

A parte quanto dirò più avanti circa l'inaccettabilità di questa figura di potere che diventerebbe diritto (note 87 e 94), qui va osservato che a mio parere non è possibile affermare che c'è diritto soggettivo per il solo fatto che c'è un altrui obbligo. D'altra parte più in generale, non c'è situazione giuridica soggettiva che non sia fondata su di una norma la quale valuti il comportamento dello stesso titolare della situazione (v. mie *Premesse generali*, p. 76 e ss.). In argomento, v. specialmente oltre, la nota 75.

Assai più utili, sempre per il compito che ora mi propongo sembrano gli studi recentissimi di chi ha senz'altro definito l'azione come « una situazione soggettiva composita, cioè come l'insieme dei poteri, delle facoltà e dei doveri dell'attore nel processo »<sup>(60)</sup>. Senonchè, chi si è espresso in questi termini intende le situazioni soggettive composite — compreso il diritto soggettivo<sup>(61)</sup> — come nient'altro che un aggregato di situazioni semplici tenute insieme dal riferimento ad un oggetto unitario, non introdotte da un'autonoma valutazione normativa e perciò risolvendosi in una generica posizione soggettiva di preminenza o di soggezione, la cui sostanza non può dirsi schiettamente giuridica<sup>(62)</sup>. Ora, una siffatta costruzione che svaluta, dal punto di vista giuridico, la posizione globale del soggetto, o azione, fino al punto di porla sullo stesso piano della generica « funzione » dell'organo giurisdizionale come aggregato delle sue singole situazioni soggettive di dovere<sup>(63)</sup>, non viene affatto

<sup>(60)</sup> FAZZALARI, *Note*, cit., p. 112. Cenni sul carattere composito dell'azione v. da ultimo in CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 112. Ben diversa è la « complessità » che nell'azione è veduta dal PODETTI (*La concepcion compleja de la accion*, cit., spec. p. 371) e secondo la quale l'azione sarebbe costituita dal complesso dei poteri e delle facoltà delle due parti e del giudice, così da assumere un aspetto bilaterale. Non vedo l'utilità scientifica di un siffatto allargamento del concetto di azione. Certamente non è inesatto il rilevare che entrambe le parti ed il giudice cooperano con la loro attività allo svolgimento del processo. Ma non si vede perchè, per descrivere questo fenomeno, del resto ovvio, si debba ricorrere al fin troppo tormentato concetto dell'azione.

<sup>(61)</sup> FAZZALARI, *op. cit.*, p. 62 e ss. A questo proposito si vedano i cenni critici che ho già compiuto alla nota 32.

<sup>(62)</sup> FAZZALARI, *op. cit.*, p. 86. Questa concezione è ancora, dichiaratamente, nell'ambito della ben nota teoria del GARBAGNATI (*La sostituzione*, cit., p. 71 e ss.) che intende il diritto soggettivo come posizione di vantaggio. In proposito v. le mie *Premesse generali*, cit., p. 83 e, qui, ancora, la nota 32. Se si dovesse ammettere che la sostanza propria del diritto soggettivo dovesse ridursi ad una posizione di vantaggio o di preminenza, tanto varrebbe affermare che il diritto soggettivo non avrebbe una propria realtà giuridica, ma sarebbe un'espressione a carattere descrittivo-sociologico, oltre che un'espressione di comodo per i giuristi.

<sup>(63)</sup> Questo porre (da parte della teoria che qui si contrasta) il diritto soggettivo sullo stesso piano della funzione, è una logica ed ovvia conseguenza del negare che il primo sia fondato su una autonoma valutazione normativa. Ma è

incontro al mio tentativo nè sul piano metodologico (ove occorre escludere l'utilizzabilità di ogni situazione che non sia il portato di valutazioni normative senza margini e connettivi extragiuridici), nè su quello costruttivo, ove la mia tesi postula una situazione che, per quanto composita, sia peraltro sufficientemente autonoma da fungere da punto di ricezione dell'esercizio dei poteri processuali.

Il problema è essenzialmente di diritto positivo<sup>(64)</sup> e si condensa nel quesito se dal sistema della nostra legge di rito emerge, come base giuridica per la figura dell'azione, una autonoma valutazione normativa (diversa da quella dinamica, e perciò statica) del comportamento del soggetto nel processo, assunto globalmente, ossia nella sua interezza.

Si deve innanzi tutto precisare che non si altera il carattere di schietto diritto positivo di questo quesito se, prima di cercare l'esistenza di una siffatta autonoma valutazione normativa nella nostra legge, ci si domanda se, prima e indipendentemente da codesta valutazione, esiste o meno, sul piano logico-giuridico, un elemento di coesione tra i singoli comportamenti del soggetto nel processo in modo da presentare questa serie di comportamenti come una condotta unitaria che si offre alla suddetta valutazione normativa che qui si ricerca. Certamente, un simile modo di procedere sarebbe ridondante, e forse addirittura scorretto, se si trattasse soltanto di constatare pianamente l'esistenza di una norma, anzichè, come ora si tratta, di ricercarla tra le maglie del sistema. Ma poichè è pacifico

---

anche una riprova della debolezza di quella teoria. Ed infatti, per questa figura della « funzione », della quale è pacifico che non ha la sua base su una autonoma valutazione normativa, non sarebbe facile rinvenire una realtà non soltanto descrittivo-sociologica e dotata, per i giuristi, di una utilità che non sia quella di un'espressione di comodo per designare globalmente una serie di situazioni di dovere e di potere. Ma il diritto soggettivo è ben altra cosa perchè esso, a parte le sue origini storiche che gli danno una posizione preminente nel novero delle situazioni giuridiche soggettive, appartiene al diritto positivo.

<sup>(64)</sup> CAPOCRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 775 e ss.

che non esiste un preciso dettato legislativo che esplicitamente valuti in un determinato modo l'intera serie dei comportamenti del soggetto nel processo, l'interprete può e deve procedere per gradi, incominciando a ricercare se le norme positive consentono di assumere unitariamente il comportamento globale del soggetto nel processo, passando quindi ad esaminare se si può rinvenire una valutazione normativa di quel comportamento.

Sotto il primo profilo, un orientamento sicuro è dato da ciò che, come è rivelato dalla tradizione storica e dalla stessa costante caratteristica di tutta la problematica in tema di azione<sup>(65)</sup>, il comportamento del soggetto nel processo non può assumere significato e valore unitario se non con riguardo al suo carattere di postulazione di tutela di un diritto sostanziale — anche soltanto asserito — e quindi alla sua funzione sostanziale.

Ora, tenendo conto di ciò, assume un preciso significato la constatazione che nel nostro codice di rito non mancano formulazioni normative che contengono la descrizione sintetica e

---

(65) A partire dal diritto romano, mai il termine « azione » è andato disgiunto da una più o meno intensa qualificazione sostanziale. Anche nell'epoca nella quale più accese furono le dispute intorno alla « astrattezza » dell'azione, sta di fatto che quelle dispute erano proprio imperniate su codesta qualificazione sostanziale che neppure i più intransigenti astrattisti poterono mai interamente negare; ed infatti proprio con la formula secondo la quale la realtà giuridica dell'azione non dipende dall'esistenza del diritto sostanziale di cui si chiede la tutela, la dottrina ribadisce che l'azione è postulazione di tutela di una situazione sostanziale ancorchè inesistente. Gli stessi moderni panprocessualisti, nel sostenere che il diritto sostanziale non sarebbe che un'ombra riflessa dell'azione (Pekelis) o un criterio di comportamento per il giudice nel merito della sua pronuncia (Allorio), ribadiscono nella maniera più evidente l'insopprimibile coordinazione tra gli atti del postulare al giudice una pronuncia e l'ipotetico contenuto di quella pronuncia. (In argomento v. da ultimo ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, p. 206 e segg.).

Naturalmente, questa coordinazione è cosa ben diversa dal risultato sostanziale per sè stesso; con esso non si esprime affatto un *effetto giuridico*, ma semplicemente la possibilità di quell'effetto; peraltro proprio questa possibilità è largamente sufficiente per assolvere al compito di qualificare il comportamento del soggetto nel processo e contemporaneamente di riunirne i singoli episodi sotto uno schema unitario, che è quello del perseguire — attraverso una serie di atti — la realizzazione di quella possibilità.

globale di tutto il comportamento del soggetto nel processo sotto il profilo della sua funzione sostanziale. Senza dar troppo peso alle parole che costituiscono l'intestazione del titolo quarto del libro primo del codice («dell'esercizio dell'azione»), tipicamente significativa mi sembra, a questo riguardo, l'espressione «far valere un diritto in giudizio» con la quale in diverse norme (art. 75, 99, 105 c.p.c.) il legislatore manifesta in modo inequivoco di voler intendere tutta quella serie di atti processuali del soggetto con i quali quest'ultimo realizza un'attività che nel suo complesso è qualificata dal risultato sostanziale al quale tende («far valere un diritto»). La riprova di questa interpretazione è contenuta nella stessa portata delle norme: nell'art. 75 quella espressione sta ad indicare il risultato che si può conseguire con «lo stare in giudizio», ossia col compimento formale delle attività processuali; nell'art. 99 quella espressione sta ad indicare il risultato che si incomincia a poter conseguire proponendo la domanda. Ed ancora: nell'art. 102 e nell'art. 103 si parla dell'«agire» di più parti nel processo con riguardo a particolarità di situazioni sostanziali conseguibili; nell'art. 105 si configura l'intervento di un soggetto nel processo tra altre persone per *fare valere... un diritto* relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo; nell'art. 310 si dice che l'estinzione del processo non estingue l'azione. Formulazioni analoghe si rinvengono nel libro dedicato al processo di esecuzione. Nell'art. 480 si parla genericamente di «procedere ad esecuzione forzata»; nell'articolo 525 si parla dell'intervento di terzi che hanno un credito certo, liquido ed esigibile; nell'art. 615 si parla del diritto della parte istante a «procedere a esecuzione forzata» ecc.

Ora, proprio perchè queste formulazioni sono globalmente e sinteticamente riferite al possibile risultato sostanziale del comportamento processuale del soggetto, quest'ultimo è descritto in termini assolutamente indeterminati e generici, come è indeterminata e generica l'indicazione globale di tutto ciò che il

soggetto può fare nel processo per far valere un diritto sostanziale.

Tutto ciò consente già di rilevare che il comportamento processuale del soggetto è assunto in quel modo unitario che consente di considerarlo come l'oggetto di una situazione composita. Ed infatti, come ebbi ad osservare <sup>(66)</sup>, il tratto caratteristico delle situazioni composite sta proprio nella indeterminatezza del loro contenuto, i cui limiti sono indicati soltanto da un riferimento funzionale: quello, appunto, che pone in luce la loro natura contingente ed empirica. Come, ad es. nella nozione empirica del diritto soggettivo di proprietà, la descrizione del comportamento del soggetto proprietario non può avere altro contenuto se non quello che viene caso per caso determinandosi in relazione ai vari modi nei quali il soggetto può esercitare i suoi poteri e le sue facoltà, comunque riferentisi alla cosa, così il comportamento del soggetto nel processo, inteso a far valere l'asserito proprio diritto sostanziale, non può rimanere determinato che attraverso il generico riferimento a tutte le possibilità e modalità di esercizio dei suoi multiformi poteri e facoltà.

Tuttavia occorre ancora dimostrare — passando così al secondo profilo del compito propostomi — che quel generico riferimento, lungi dall'essere un'espressione di comodo, è effettivamente assunto dalla legge a contenuto di una precisa ed autonoma, anche se non esplicita, valutazione normativa del comportamento unitario del soggetto. E poichè da un lato le considerazioni già svolte conducono ad escludere che si possa trattare di una valutazione dinamica (di validità o potere), mentre dall'altro lato il diritto positivo e la logica escludono nel modo più ovvio che il fondamento dell'azione stia in una valutazione statica di dovere, il problema si pone con riguardo all'esistenza o meno di una valutazione statica di liceità o illi-

---

(66) V. mie *Premesse generali*, cit., p. 84 e ss.

ceità, del comportamento processuale del soggetto assunto nella sua interezza.

L'affermazione del carattere lecito dell'azione non è certamente nuova nella dottrina<sup>(67)</sup>. Questa affermazione è stata compiuta anche di recente dal Fazzalari proprio con riguardo ad una nozione dell'azione come includente l'intero comportamento processuale del soggetto<sup>(68)</sup>. Senonchè, in coerenza col suo modo di intendere le situazioni soggettive composite come non fondate su un'autonoma valutazione normativa, questo autore non si è affatto preoccupato di ricondurre l'affermazione di quella liceità ad una valutazione normativa autonoma, ma si è limitato a ricollegarla ad un preteso carattere sempre « rilevante » dell'esercizio dell'azione anche quando è infondata, coordinato con l'osservazione che anche l'esercizio dell'azione infondata non è, nel nostro diritto, considerato illecito<sup>(69)</sup>. Ma, a parte il fatto che la « rilevanza » non riguarda l'esercizio dell'azione, bensì quella dei poteri processuali<sup>(70)</sup>, per il mio as-

---

(67) V. da ultimo ad es. MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 14 e già, in precedenza, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 120, 124. Sembra peraltro che questo autore, come del resto quello di cui alla nota che segue, deduca la liceità dell'azione dal semplice rilievo che essa non è considerata illecita (che è cosa diversa dall'essere considerata non illecita, ossia lecita; v. la nota 71).

In precedenza, si vedano gli autori citati dal FAZZALARI, *op. cit.*, p. 115, nota 17; in primo luogo la classica opera del CHIOVENDA, *La condanna alle spese giudiziali*, Roma, 1935, p. 173, e gli studi del MINOLI (*La distribuzione delle spese fra le parti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 227 e ss.; *Id. Momenti processuali e momenti extraprocessuali nella disciplina del carico iniziale delle spese di causa nei giudizi civili*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, II, p. 61); v. anche gli autori citati alla nota 74.

Ampliamente in argomento SATTA (*Dir. proc. civ.*, cit., p. 88, 89), secondo cui il ricorso alla giustizia è una delle manifestazioni della libertà civile che peraltro trova il suo limite nel divieto di invadere la sfera giuridica altrui.

V. ora anche i cenni del CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 122, 123.

(68) FAZZALARI, *op. loc. cit.*

(69) FAZZALARI, *op. loc. cit.*

(70) La « rilevanza » è infatti caratteristica della dinamica giuridica; è quindi l'aspetto più tipico dell'esercizio legittimo dei poteri. Sul punto, per me fondamentale, che tutta la dinamica del processo si esaurisca nell'esercizio dei poteri processuali, v. *retro*, nota 55.

sunto non basta certo il riconoscere che il comportamento di cui trattasi non è valutato come illecito dalla nostra legge, occorrendo invece una inequivoca valutazione di liceità o di non illiceità <sup>(71)</sup>.

A mio modo di vedere, è possibile riscontrare l'esistenza, nel nostro diritto positivo, di un'autonoma valutazione normativa che considera lecito il comportamento col quale il soggetto intende far valere un suo asserito diritto sostanziale innanzi agli organi giurisdizionali. Codesta valutazione è non soltanto l'inequivoco sottinteso di alcune proposizioni normative di portata generale, ma appare anche come il preciso contenuto di una serie di norme più specifiche, quando siano assunte in reciproca coordinazione. Sotto il primo profilo, mi riferisco all'art. 2907 c.c. che, unitamente all'art. 99 c.p.c., nel mettere a disposizione del singolo la funzione giurisdizionale, non può non presupporre come lecita l'attività con la quale il singolo si avvale di codesta messa a disposizione <sup>(72)</sup>, e mi riferisco altresì agli artt. 392 e 393 c.p. che, sanzionando l'illiceità dell'autotutela, implicano la liceità del ricorso alla tutela giurisdizionale.

Sotto il secondo profilo, mi riferisco alle norme dettate dal codice di rito in tema di spese del processo civile e in tema di risarcimento dei danni per avere agito e resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

Certamente, chi, come gli autori di cui si parlava po-

---

Sul significato tecnico del termine « rilevanza » v. da ultimo Conso, *I fatti giuridici*, cit., p. 38 e Autori ivi citati.

<sup>(71)</sup> Sulla differenza tra « non valutazione di illiceità » e « valutazione di liceità o di non illiceità » v. le mie *Premesse generali*, cit., p. 111.

<sup>(72)</sup> Altri suole autorevolmente rinvenire il fondamento positivo dell'azione negli artt. 2907 c.c. e 99 e 112 c.p.c. (GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 99). Senonchè è assai importante mettere in rilievo che questo autore si sofferma su ciò che queste norme contengono l'elemento « iniziativa del soggetto per mettere in moto la funzione giurisdizionale » e su codesto elemento fonda l'azione *come potere*; spiegando poi altrimenti l'ulteriore qualificazione dell'azione come diritto dopo il suo esercizio (v. *retro* nota 59, e, oltre, note 87 e 94). V. anche MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 16.

c'anzi<sup>(73)</sup> prendesse in considerazione soltanto l'art. 96, potrebbe sentirsi obbiettare che questa norma si limita a valutare negativamente, sul piano della liceità, l'esercizio dell'azione (o dell'eccezione) nel solo caso in cui quell'esercizio sia risultato infondato in merito e sia qualificato dalla mala fede o dalla colpa grave, senza prendere in considerazione l'esercizio dell'azione al di fuori di quella ipotesi; e ciò con la conseguenza che, rispetto a questi ultimi casi, che sono quelli normali, si sarebbe di fronte ad una *non valutazione* di illiceità, che, come dicevo poc'anzi, è cosa ben diversa dalla valutazione di liceità o anche di non illiceità.

Senonchè, basta allineare l'una accanto all'altra le diverse fattispecie di comportamento processuale prese in considerazione dagli artt. da 91 a 98, per accorgersi che, in quel gruppo di norme, il comportamento del soggetto che costituisce esercizio dell'azione (o dell'eccezione) è considerato in ogni suo possibile modo di essere, sia con riguardo alla soccombenza (azione fondata e azione infondata), sia con riguardo alla colpa: in particolare il comportamento di colui che agisce o resiste in giudizio, non importa se con o senza successo, ma *senza mala fede e senza colpa*, è valutato dagli artt. 91 e 92, dai quali — quando siano contrapposti all'art. 96 e all'art. 94, ed integrati con essi, risulta che *la legge si limita a ricondurre a quel comportamento la sola conseguenza della condanna nelle spese*. Ma questa, da un lato, è eventuale e non necessariamente legata alla soccombenza e, dall'altro lato, e soprattutto, è priva di ogni carattere sanzionatorio<sup>(74)</sup> e perciò esula da essa ogni elemento

(73) Specialmente FAZZALARI, *op. cit.*, p. 115.

(74) Intendo riferirmi (negandolo) ad un ipotetico carattere sanzionatorio della condanna nelle spese con riguardo al solo fatto di avere agito o resistito nel giudizio. Pertanto la affermazione compiuta nel testo non implica affatto una presa di posizione a favore della teoria della soccombenza e contro la teoria della causalità. Ed infatti quando quest'ultima teoria (specie facendo leva sui « giusti motivi » che consentono al giudice di superare il rigore formale della soccombenza), riconduce, in tutto o in parte, il fondamento della responsabilità per le spese all'elemento della colpa, così ancora riconoscendole, in tutto o in parte, un innegabile

di reazione che possa essere indice di valutazione sfavorevole da parte dell'ordinamento. Ora, se questo è vero, occorre riconoscere che la legge, mentre prende in considerazione, sotto il profilo della liceità, il comportamento del soggetto che agisce o resiste in giudizio con successo o senza, *con colpa o senza colpa*, lo dichiara illecito soltanto quando sia qualificato dalla mala fede o dalla colpa grave, così inequivocamente riconoscendolo lecito quando non è in tal modo qualificato.

Certamente, questa dichiarazione di liceità, in quanto, pur essendo inequivoca, emerge dalla ricostruzione logica di una serie di proposizioni normative, non potrebbe essere considerata sufficiente, da sola, per fondare la qualificazione dell'azione come diritto soggettivo. Ed infatti, il suo carattere involato impedisce una precisa individuazione del comportamento del soggetto che con essa è valutato. Senonchè questa individuazione è affidata dal sistema ad altre norme e precisamente a quelle già prese poc'anzi in considerazione (art. 2907 c.c.; art. 99 e 100 c.p.c.) come implicanti una valutazione di liceità rispetto ad un comportamento esattamente individuato come quello di chi fa valere un diritto in giudizio chiedendone la tutela giurisdizionale, ossia (ricordando quanto detto sopra) come quella serie di attività processuali del soggetto che si possono assumere unitariamente con riguardo alla loro unitaria funzione sostanziale di tutela.

E pertanto si può concludere che quel comportamento del soggetto è valutato come lecito ed assume la qualifica di diritto

---

carattere sanzionatorio, si riferisce al comportamento *preprocessuale* del soggetto, e così lascia integro il carattere non sanzionatorio della condanna nelle spese *rispetto al comportamento processuale non qualificato dalla mala fede e dalla colpa grave* (v. specialmente CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., n. 237, p. 223; *Id.*, *Diritto e processo*, cit., p. 123; SATTA, *Dir. proc. civ.*, p. 39, 90 e da ultimo PAJARDI, *Un aspetto trascurato del problema del regolamento delle spese processuali: il comportamento preprocessuale della parte*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 599; LEGA, *Liquidazione di onorari processuali in relazione al valore della causa e al comportamento della parte*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1977. V. l'ampia bibliografia citata in questi due ultimi studi).

soggettivo <sup>(75)</sup> soltanto quando costituisce l'esercizio — non importa se fondato o infondato — di una postulazione di tutela qualificata sul piano sostanziale.

6. *Il diritto soggettivo di azione con riguardo alle sue « condizioni » ed alla sua eventuale sovrapposizione ai poteri processuali di proposizione della domanda e poteri connessi. Titolarità dell'una (legittimazione ad agire) e degli altri (legittimazione processuale).*

È naturalmente già ben chiaro che la qualificazione sostanziale per la quale il comportamento processuale del soggetto, considerato nella sua interezza, si colora come esercizio del diritto soggettivo di azione è data da quelle che la dottrina chiama

---

<sup>(75)</sup> Come ho già avuto occasione di accennare al n. 2, rispetto alla concezione dell'azione come diritto soggettivo, la dottrina suole trovare un ostacolo nel fatto che al diritto soggettivo di azione non corrisponde direttamente l'obbligo di un soggetto; e ciò deve essere ammesso, essendo, da un lato, difficile conciliare il fondamento pubblicistico del processo con una nozione dell'azione come diritto (ancorchè potestativo) rivolto alla controparte; e, dall'altro lato, essendo non meno difficile collegare direttamente — secondo lo schema privatistico-obbligatorio — il diritto di azione al dovere istituzionale del giudice (così invece da ultimo CARNE-LUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 119 e ss.) o al dovere col quale lo Stato assolve ad una sua propria funzione, che male sopporta di essere equiparata ad un pubblico servizio (v. per tutti, in argomento, MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 17 e ss.; *Id.*, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 121 e gli altri autori citati alla nota 22 in questo capitolo).

A mio sommosso parere la difficoltà rivela la sua inconsistenza non appena, cercando di porre in luce, nei suoi precisi termini giuridici, la cosiddetta correlazione tra il diritto e l'obbligo, ci si accorge che essa trova il suo fondamento in una correlazione tra due diverse valutazioni normative dei comportamenti di due distinti soggetti, ossia tra una valutazione di liceità e una valutazione di doverosità. Si tratta, insomma, di una correlazione « tra le norme » e non « nella norma », poichè la norma, la cellula dell'ordinamento giuridico, non valuta comportamenti contrapposti, ma comportamenti singolarmente assunti. La correlazione sta dunque sul piano della funzione giuridica, non su quello della struttura. Ed allora, la ripugnanza a considerare il dovere dello Stato di rendere giustizia come correlativo al diritto di un privato, scompare quando si osservi che questo diritto è coordinato a quel dovere non come i due aspetti di un medesimo fenomeno giuridico, ma come il portato di una coordinazione funzionale di diverse valutazioni normative; tale coordinazione consiste in ciò che non il diritto soggettivo di azione

« condizioni dell'azione » <sup>(76)</sup> e che, a mio modesto parere, possono essere assunte unitariamente sotto il profilo di un'ampia nozione dell'interesse ad agire che, mentre costituisce il cosiddetto elemento materiale del diritto di azione <sup>(77)</sup>, include anche l'aspetto soggettivo di quella qualificazione, vale a dire la legittimazione ad agire.

A questo proposito, non intendo ripetere qui considerazioni svolte ampiamente altrove <sup>(78)</sup> se non per mettere in rilievo il convergere dei risultati di un duplice orientamento della dottrina: da un lato quello che, in tema di interesse ad agire, è pervenuto, attraverso una sempre maggiore decantazione giuridica del concetto, a concordare nel vedere in esso precisamente la qualificazione dell'azione nel suo riferimento al diritto sostanziale (in quanto lesa e perciò abbisognevole di tutela) <sup>(79)</sup>; e

---

ma i singoli poteri che appartengono ad esso (introdotti da autonome valutazioni normative dinamiche) creano i presupposti in base ai quali divengono operanti le valutazioni di dovere rispetto a determinati comportamenti degli organi giurisdizionali.

<sup>(76)</sup> Cito solo gli autori ai quali più si avvicina il mio modo di intendere le condizioni dell'azione, ossia LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 40 e ss. e in precedenza, *L'Azione*, cit., p. 66; e MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 20 e ss.

Per la teoria che la legittimazione ad agire sia condizione dell'azione, v. oltre la nota 82.

<sup>(77)</sup> Sia pure con riguardo alla nozione dell'azione come potere, v. ampiamente GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, p. 316 e ss., spec. p. 327 e ss. V. anche da ultimo, ROGNONI, *La condanna in futuro*, Milano, 1958, p. 154; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 22.

<sup>(78)</sup> Nella mia *Azione esecutiva*, cit., p. 92 e ss. V. anche, ma sotto il solo profilo della legittimazione, ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, ora in *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 196 e ss., spec. p. 203. V. poi, per una riconduzione dell'interesse ad agire alla legittimazione ad agire, ma sotto tutt'altro profilo, SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 169 e ss., spec. 177. In argomento v. poi GARBAGNATI, *Azione e interesse*, cit., spec. p. 344; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 20, e ROGNONI, *op. loc. cit.*

<sup>(79)</sup> Così già ritenuti di poter intendere l'interesse ad agire (v. mia *Azione esecutiva*, p. 88 e ss.). In questo orientamento ebbi a guida le critiche al concetto dell'interesse ad agire come requisito autonomo della tutela giurisdizionale mosse specialmente dal REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 62 e ss. e quindi dall'ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, ora in *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 227 e ss.

Vicine all'orientamento da me seguito sono anche le recenti opinioni del

dall'altro lato quello che, in tema di legittimazione ad agire, suole ravvisare, in questa nozione, precisamente la titolarità dell'azione<sup>(80)</sup>. Nella convergenza di questi due orientamenti sta, a mio parere, la conferma della concezione dell'azione come diritto soggettivo spettante a colui che chiede la tutela di un diritto sostanziale per il quale la tutela è possibile sul

---

CARBAGNATI, *Azione e interesse*, cit., p. 327 e 329, e del MICHELI, *Azione e giurisdizione*, cit., p. 128; *Corso*, cit., I, p. 20.

Alla suaccennata recente revisione critica compiuta dalla dottrina al concetto in discorso, notevole contributo ha anche portato l'ATTARDI (*L'interesse ad agire*, Padova, 1955, spec. p. 171), secondo cui il principio dell'interesse ad agire troverebbe applicazione solo in determinati tipi di processo (di mero accertamento e cautelare). In sostanza, l'art. 100 c.p.c. sarebbe una « norma di chiusura » secondo l'espressione usata da ultimo dal ROGNONI (*La condanna in futuro*, cit., p. 153) che pure riconosce fondato l'orientamento critico della dottrina più recente, almeno con riguardo agli equivoci che possono essere determinati dalla ridondante formulazione legislativa.

La concezione classica dell'interesse ad agire (per la quale v. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, p. 166; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1941, p. 139; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*<sup>3</sup>, I, Napoli, 1954, p. 278 e ss.) è da ultimo difesa dal FAZZALARI, *Note*, cit., p. 130, 131, anche contro la mio opinione. Ma l'appunto principale che mi rivolge è quello di « finire per identificare e confondere l'interesse con la legittimazione ad agire ». Ora su questo punto, sul quale ritengo di dover insistere, non trovo un valido contrasto nella concezione della legittimazione ad agire sostenuta dal FAZZALARI (*op. cit.*, p. 133 e ss.) sulla quale v. la nota che segue.

Per la più recente difesa del concetto in discorso (o meglio di quello di *Rechtsschutzbedürfnis* della dottrina germanica e tenuto conto delle note differenze di diritto positivo) mi limito a citare SCHOENKE, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, Berlin, 1950, trad. it. in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 132 e ss. V. anche ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, cit., p. 386 e ss. Nella nostra dottrina v. le recentissime pagine dell'ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, p. 222 e ss.

Altre citazioni della dottrina nella mia *Azione esecutiva*, p. 69 e ss.

<sup>(80)</sup> Specialmente CARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 136; BARBERO, *La legittimazione ad agire in « confessoria » e « negatoria servitutis »*, Milano, 1950, p. 23 e ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 116; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., p. 216, 219; LIEBMAN, *Manuale*, I, cit., p. 42; MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 20; v. anche MONACCANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 288 e ss.

Secondo il FAZZALARI (*op. cit.*, p. 135) questa opinione pecca per difetto specialmente perchè, essendo stata concepita con riguardo ad una nozione dell'azione come potere singolo, non tiene conto del carattere composito dell'azione e non esprime, come invece dovrebbe, la titolarità delle singole situazioni di potere, facoltà e dovere, che compongono l'azione.

piano giuridico-obiettivo e del quale si afferma titolare. Ed infatti: da un lato la suddetta qualificazione sostanziale (o affermazione di una situazione sostanziale obiettivamente tutelabile) costituisce — come si è detto nel paragrafo precedente — l'elemento di coesione del comportamento processuale del soggetto assunto nella sua interezza, e perciò ne introduce la natura composita che, in quanto è presa ad oggetto di una autonoma valutazione normativa statica, è caratteristica del diritto soggettivo; mentre, dall'altro lato, anche la titolarità di codesto diritto soggettivo viene a determinarsi proprio in base all'aspetto soggettivo di quella medesima affermazione di situazione sostanziale tutelabile, che costituisce il fondamento del diritto soggettivo di azione. E da tutto ciò dovrebbe risultare una conferma sia della natura di diritto soggettivo spettante all'azione <sup>(81)</sup> sia della convergenza concettuale dell'interesse e della legittimazione ad agire <sup>(82)</sup>.

Senonchè, pur ponendomi dallo stesso punto di vista della nozione dell'azione come situazione composita, a me sembra che proprio questa critica sia viziata dal suo punto di partenza; ossia dal presupposto che l'azione, come situazione composita non abbia, per questo motivo, una sua propria autonomia. (Su questa opinione e sulla sua critica v. *retro*, nota 32). Per questa ragione, la legittimazione ad agire viene degradata a semplice agglomerato delle titolarità delle singole situazioni soggettive processuali semplici della parte. Ma, tralasciando ogni altra considerazione, se, in questo modo, la legittimazione ad agire si identifica con « l'abilitazione della parte al compimento di tutta la serie degli atti processuali » (FAZZALARI, *op. loc. cit.*), si finisce col confonderla con la legittimazione processuale, su ciò, oltre, nota 89.

<sup>(81)</sup> Se l'azione fosse solo un potere, una sua qualificazione sostanziale non avrebbe funzione nè significato. Ed infatti, se il potere è titolarità di una fattispecie di comportamento alla quale conseguono effetti giuridici, ogni suo rilievo giuridico si esaurisce nel verificarsi o non verificarsi dell'effetto giuridico, ciò che a sua volta non può dipendere che dalla inclusione o non inclusione dell'elemento di cui si tratta tra le note della fattispecie di comportamento. Non così nel diritto soggettivo ove l'interesse, normalmente, costituisce l'elemento funzionale coordinatore che dà ragione di quella valutazione composita e purtuttavia unitaria per la quale è corretto ravvisare nel diritto soggettivo una situazione giuridica composita e non semplicemente una serie di situazioni giuridiche (da ultimo, a questo proposito, v. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 102 e ss. Senza che peraltro io ne condivida le opinioni, V. in proposito le mie *Premesse generali*, p. 83).

Comunque, si voglia o non si voglia convenire su queste conferme, ciò che, in tema di legittimazione ad agire, è soprattutto importante, per gli sviluppi successivi, è la conclusione che, se è vero che la legittimazione ad agire è la titolarità dell'azione; e se, d'altra parte, è vero che quest'ultima è, come si è dimostrato nel paragrafo precedente, una situazione soggettiva composita introdotta da una valutazione normativa di tipo statico, occorre precisare non soltanto che il termine « legittimazione » quando è riferito all'azione, ha ormai perduto quella funzione di esprimere la titolarità di una situazione dinamica che gli è invece riconosciuta in sede di teoria generale <sup>(83)</sup>, ma

Del resto, anche chi considera l'azione come un potere, quando poi si trova a doverne individuare le condizioni nel suo riferimento al diritto sostanziale, non può evitare di riconoscere che, in questa sua fase di esercizio, l'azione assume le caratteristiche del diritto soggettivo (GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 108, 117). Su questo modo di intendere l'azione, v. anche, oltre, nota 86.

<sup>(82)</sup> Contro questa convergenza v. da ultimo ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., p. 213 e ss. Se, tuttavia, si tiene presente che questo autore nega la convergenza tra interesse e legittimazione ad agire per il solo rilievo che, secondo la sua concezione, il principio dell'interesse ad agire trova applicazione solo in alcuni tipi di processo, il superamento di questa limitazione (v. mia *Azione esecutiva*, p. 88) basta già per trasformare la critica in una conferma.

Inoltre una indiretta conferma della medesima convergenza si consegue qualora ci si ponga nell'ordine di idee di questi autori (ed in primo luogo dell'ALLORIO) che considerano il principio dell'interesse ad agire come privo di effettiva portata pratica. V. la nota 79.

Contro la medesima convergenza v. anche gli autori che negano che la legittimazione ad agire (la cui regola si dovrebbe desumere dall'art. 102 c.p.c. anzichè dall'art. 81 c.p.c.: su ciò da ultimo anche ATTARDI, *op. cit.*, p. 218) sia condizione dell'azione; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 285 (ma di questo Autore, v. in precedenza: *La legittimazione ad agire*, in *Riv. dir. sc. giur.*, 1935, p. 301; ove la suddetta convergenza è senz'altro sostenuta); MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 271 e ss.; FAZZALARI, *Note*, cit., p. 134. Circa le ragioni per le quali non ritengo di dover seguire queste opinioni nel ravvisare nell'art. 102 la regola della legittimazione v. oltre, note 55 e 69 al capitolo II.

Per una nozione della legittimazione ad agire come sintesi delle condizioni dell'azione, v. BARRERO, *La legittimazione ad agire*, cit., p. 27, 31, 46 e ss.

<sup>(83)</sup> Non è possibile qui, scendere ad una disamina degli ampi svolgimenti che, appunto in sede di teoria generale, sono dedicati a questo concetto. Mi limito a ricordare i fondamentali contributi del CARNELUTTI (da ultimo, in *Teoria generale*, cit., p. 321 e ss. e *Diritto e processo*, cit., p. 116), del GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 136 e ss., e, in precedenza, specialmente del FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 184 e ss.

anche e soprattutto che con codesto termine si esprime una titolarità diversa da quella dei singoli poteri processuali che compongono l'azione.

In questo modo posso subito enunciare la mia tesi: che, cioè, mentre la legittimazione ad agire (*legitimatio ad causam*) esprime la titolarità dell'azione, la legittimazione processuale (*legitimatio ad processum*) esprime la titolarità dei poteri che in essa sono, almeno normalmente, compresi.

Un ostacolo contro questa tesi è costituito dalla tendenza della dottrina più recente a contestare la distinzione — già acquisita, sia pure su basi diverse, dalla dottrina classica <sup>(84)</sup> — tra i due suddetti concetti.

Certamente, quando si parte dal presupposto — che nel paragrafo precedente ho cercato di contrastare — che l'azione sia null'altro che il potere di adire il giudice che spetta al cittadino in quanto tale <sup>(85)</sup> e in quanto semplicemente capace <sup>(86)</sup>;

---

V. anche gli altri autori citati nelle mie *Premesse generali*, cit., p. 92 e ss. e dal FAZZALARI, *op. cit.*, p. 132 nota 74. E ancora CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 52.

Qui mi si consenta solo di mettere in rilievo che, in relazione alla consapevolezza che il carattere genericamente dinamico dell'azione è in realtà fondato sui singoli poteri processuali, al termine « legittimazione » tocca la singolare vicenda di perdere — quando è riferito all'azione — la caratteristica di esprimere la titolarità di una situazione dinamica, con la quale è passato, proprio dalla dottrina processualistica, alla teoria generale (per questo passaggio, v. CARNELUTTI, *Sistema*, II, cit., p. 143). La dottrina dominante si sforza invece di conciliare il nuovo concetto generale di legittimazione con quello tradizionale processualistico. Si vedano, ad es., gli sforzi che in questa direzione ha compiuto l'INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, p. 314 e ss. 324 e ss.

<sup>(84)</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, cit. p. 239; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 316; da ultimo specialmente LIEBMAN, *Manuale*, I, cit., p. 136.

Nella dottrina germanica vedi per tutti HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, p. 160 e ss.

<sup>(85)</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, pag. 146.

<sup>(86)</sup> V. gli autori citati nelle note 85, 87, 88, 89. Qui mi occupo solo delle critiche che hanno riguardo ai rapporti tra azione e poteri processuali. Delle critiche che hanno invece particolare riguardo all'equivocità del ricondurre ad una sola figura nozioni eterogenee come la capacità (processuale) e la legittimazione (processuale) (BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 130 e ss.; MONACCIANI, *Legittimazione e azione*, cit., p. 374 e ss.) mi occuperò invece al n. 7.

o sia la serie di quei poteri processuali spettanti al soggetto <sup>(87)</sup> o sia la serie composita di quei poteri insieme con le facoltà e i doveri facenti capo allo stesso soggetto, ma esclusa una autonoma valutazione normativa globale dei comportamenti che compongono codeste figure <sup>(88)</sup>; quando, dunque, si parta da tali presupposti, non si può evitare di identificare la titolarità dell'azione con la titolarità dei singoli poteri processuali che contribuiscono a comporla <sup>(89)</sup>.

<sup>(87)</sup> GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 97 e ss. Vramente questo Autore parla di potere di provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale. Ma questo generico potere, del quale si precisa che « ha come fattispecie costitutiva unicamente quel complesso di qualità personali in cui si sostanziano la capacità giuridica e la capacità di agire processualmente » (*op. cit.*, p. 122) non è altro che quel potere di proporre la domanda che spetta al cittadino in quanto tale ai termini dell'art. 24 della Costituzione e dell'art. 99 c.p.c. e di cui, nel testo, sto per osservare che può dar vita ad un processo, così ponendosi come prima situazione processuale semplice, senza dar luogo ad esercizio dell'azione (salve, però, a proposito dei cosiddetti incapaci processualmente, le osservazioni che compirò al termine del n. 9).

Va anche ricordato che la concezione dell'azione del GARBAGNATI si completa col rilievo che, a seguito del suo esercizio, il potere di azione, col rendere concreto il dovere del giudice di prestare l'attività giurisdizionale, darebbe vita ad un diritto soggettivo. Ma, a parte il rilievo dell'inaccettabilità del desumere un diritto soggettivo dall'obbligo contrapposto, sta di fatto che per il GARBAGNATI la legittimazione ad agire non è la titolarità dell'azione divenuto diritto, ma dell'azione come potere di provocare la tutela giurisdizionale (*op. cit.*, p. 136).

<sup>(88)</sup> FAZZALARI, *Note*, cit., p. 112.

<sup>(89)</sup> Questa conclusione di carattere generale accomuna le opinioni degli autori sopra ricordati, e cioè sia di coloro che senz'altro negano la correttezza della distinzione tra legittimazione ad agire e legittimazione processuale (così CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 143; *Istituzioni*, cit., I, p. 323, p. 292; così anche BARBERO, *La legittimazione ad agire*, cit., p. 33; del CARNELUTTI v. ora [*Diritto e processo*, cit., p. 116] l'opinione secondo cui la *legitimatio ad processum* potrebbe distinguersi dalla *legitimatio ad causam* solo in quanto la prima dovrebbe riferirsi al difensore) e sia di coloro che, limitandosi a prendere in considerazione la legittimazione ad agire, la considerano come « l'abilitazione della parte al compimento di tutta la serie degli atti processuali » (FAZZALARI, *op. cit.*, p. 135), e sia, infine, le opinioni di coloro che, pur negando, in linea di principio, la correttezza dell'uso del concetto di legittimazione processuale, ritengono tuttavia di potersene servire con riguardo a settori particolarmente delimitati. Tali autori sono il GARBAGNATI (*La sostituzione*, cit., p. 157 e ss.) che si riferisce alla legittimazione a compiere taluni atti particolari; e il BETTI (*Diritto processuale civile*, cit., p. 130, 131, 161) che, seguito dal MONACCANI (*Legittimazione e azione*, p. 377 e ss., spec. p. 383), considera la legittimazione processuale come avente rilievo solo con riguardo alla figura del rappresentante processuale.

Senonchè, lasciando per ora da parte la terminologia, sta di fatto che il diritto positivo, così come — lo si è veduto al paragrafo precedente — contiene gli elementi per riconoscere che l'azione è fondata su una valutazione normativa autonoma da quelle che fondano le situazioni processuali semplici, contiene anche gli elementi per riconoscere che la titolarità dell'una può coincidere, ma anche non coincidere, con la titolarità delle altre; e ciò non soltanto nel caso eccezionale della rappresentanza processuale, secondo quanto si è autorevolmente sostenuto <sup>(90)</sup>, ma, come passo subito a dimostrare, quale possibilità d'ordine generale.

Siffatti elementi vengono in rilievo quando si osservi che, mentre gli artt. 81 e 100 c.p.c. attribuiscono il diritto di azione soltanto a chi affermi una situazione sostanziale come obbiettivamente tutelabile ed abbisognevole di tutela, ed inoltre come spettante ad esso e nei confronti di colui contro il quale è formulata la domanda <sup>(91)</sup>, l'art. 24 della costituzione attribuisce a

---

<sup>(90)</sup> BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 131. Le segue il MONACCANI, *Legittimazione e azione*, cit., p. 377 e ss.

Quest'ultimo Autore osserva che se non sussistesse una distinzione tra il soggetto legittimato al compimento degli atti e quello che ne riceve l'effetto tipico fondamentale all'interno del processo, non si potrebbe parlare di rappresentanza nel processo; ne deduce che si deve ammettere che il rappresentante chiede e il rappresentato ottiene il provvedimento di merito (così MONACCANI, *op. cit.*, p. 382). Su queste affermazioni si può convenire salve le riserve in ordine al fatto che questo autore si riferisce all'effetto conclusivo del processo anzichè ai suoi effetti interni. Senonchè non si può ugualmente convenire sull'affermazione che questo sia il solo caso di scissione tra titolarità dell'azione e titolarità della legittimazione processuale. Il fenomeno di questo distacco è invece ben più ampio, come, sulla scorta del diritto positivo, passo a dimostrare nel testo.

<sup>(91)</sup> In questo modo io ritengo di dover prendere posizione anche rispetto al problema tanto discusso della cosiddetta *legittimazione (ad agire) passiva*.

Dico subito che condivido l'opinione di coloro che denunciano l'equivocità del concetto (INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., p. 315; GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 149) senza tuttavia concordare interamente anche sull'opinione che ciò che si vuole esprimere parlando di legittimazione passiva non sia altro che la legittimazione a contraddire spettante al convenuto (GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 149). Secondo questa opinione, la suddetta legittimazione a contraddire spettante al convenuto si rifletterebbe sulla posizione processuale dell'attore soltanto

« tutti » la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi. Ora, codesta possibilità, che, da un lato, non può essere il diritto di azione (perchè altrimenti gli artt. 81 e 100 sarebbero in contrasto con la norma costituzionale),

indirettamente, « quale punto di riferimento per l'applicazione del principio del contraddittorio, nel senso che la domanda non è formalmente valida se non è compiuta nei confronti del soggetto nella cui sfera devono gravare gli effetti del provvedimento richiesto.

Questa impostazione, nella quale è contenuta una parte di verità, è in stretta connessione con un'interpretazione dell'art. 101 c.p.c. che ricalca quella già proposta dal REDENTI (*Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, p. 36) per l'art. 38 del codice abrogato e secondo la quale « la parte contro la quale la domanda è proposta » non può essere, appunto, che il soggetto nella cui sfera giuridica debbono gravare gli effetti del provvedimento richiesto. Ed infatti — si dice — non potrebbe trattarsi nè del subbietto citato, perchè altrimenti resterebbe esclusa l'ipotesi più evidente, e cioè quella del soggetto non citato affatto (GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 152) nè del soggetto formalmente chiamato a contraddire, perchè, se così fosse, l'art. 101 non farebbe che disporre che sia citata la parte non citata.

Intanto occorre osservare che convenire nell'impossibilità di accettare una di queste due ultime interpretazioni non significa ammettere necessariamente che il soggetto di cui trattasi debba essere proprio il soggetto nella cui sfera giuridica debbono gravare gli effetti del provvedimento, perchè quest'ultimo soggetto può anche non coincidere con quello che, nell'affermazione dell'attore, dovrebbe risentire tali effetti. Quest'ultimo soggetto che, a mio parere, è proprio quello al quale la domanda è proposta », è, in sostanza, il *destinatario affermato* della domanda (meglio: della comunicazione della domanda, la quale, per sè stessa, è rivolta al giudice: v. la nota 46 al cap. III e CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 173), ossia colui che l'attore afferma aver leso il suo diritto e che, nella logica dell'affermazione dell'attore stesso, si pone come il giusto contraddittore. Il significato dell'art. 101 è allora questo: il giudice non può statuire sulla domanda se l'attore non ha citato quel medesimo soggetto che, secondo quanto da lui affermato nella domanda stessa, si sarebbe dovuto citare. (Implicitamente, ossia senza uno svolgimento della distinzione tra legittimazione c.d. passiva e legittimazione a contraddire, v. MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 20).

Ora, questo « destinatario affermato della domanda » in che rapporti sta col soggetto del quale la dottrina dice che è legittimato passivamente o legittimato a contraddire?

Per quanto riguarda la « legittimazione a contraddire », ha ragione il GARBAGNATI (*La sostituzione*, cit., p. 149 e autori ivi citati) a dire che con questa espressione ci si riferisce soltanto alla titolarità della diversa azione che spetta al convenuto in quanto tale ed avente ad oggetto quanto meno il rigetto della domanda attrice; salvo però tener presente che questa legittimazione a contraddire può restare allo stato potenziale (ad es. nel caso del convenuto inerte), nel qual caso non si può parlare di azione del convenuto. (Su ciò, v. oltre n. 11, ai richiami delle note 152 e 153 nonchè al termine del paragrafo).

dall'altro lato — in quanto è attribuita esplicitamente in funzione della tutela dei diritti — non può che stare in relazione col potere che introduce la proposizione della domanda, ossia con l'atto che l'art. 99 c.p.c. considera appunto come l'atto

Senonchè, isolato e chiarito così il concetto di legittimazione a contraddire, si deve convenire con la dottrina dominante nel rilevare che la legittimazione ad agire dell'attore ha un suo aspetto passivo dal quale emerge un particolare requisito parallelo a quello del suo aspetto attivo: qui coincidenza tra colui che si afferma titolare del diritto e colui che propone la domanda mediante citazione; là, coincidenza tra colui verso il quale l'attore si pretende titolare del diritto e colui che è effettivamente citato in giudizio. *In questo modo la legittimazione passiva si risolve in un aspetto ineliminabile della legittimazione (ad agire) dell'attore.*

Ora, è vero che — come osserva il GARBAGNATI (*op. cit.*, p. 151) per contrastare la suddetta autonoma rilevanza della legittimazione passiva — il difetto di legittimazione passiva (così intesa) dipende in sostanza dallo stesso fenomeno dal quale dipende il difetto del contraddittorio, ossia il difetto di coincidenza tra il destinatario affermato dalla (comunicazione della) domanda e il suo destinatario effettivo; senonchè tutto questo non basta per impedire che l'osservanza della regola del contraddittorio debba essere valutata prima ed indipendentemente dalla sussistenza della legittimazione ad agire (da ultimo, così, ANDRIOLI, *Commento*, I, cit., p. 283). A mio modesto parere, e senza pretendere di trattare qui adeguatamente un così grave problema, la conferma che la normale sovrapposizione di questi due fenomeni non basta a togliere ogni rilievo al requisito della legittimazione passiva risulta dall'art. 102 c.p.c. in quanto questa norma offre l'esempio di casi nei quali può mancare la legittimazione passiva sempre come aspetto della legittimazione dell'attore che qui viene detta « congiuntiva »: BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 165; LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 149; v. anche LUX, *Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*, München, 1906, p. 27-30), senza che sia stata violata la regola del contraddittorio. Ciò si verifica quando l'attore (A) si limita ad affermare di voler far valere il suo diritto (ad es. alla divisione) solo nei confronti di alcuni soggetti (ad es. B e C) e cita soltanto quelli. Con questa citazione la regola del contraddittorio è certamente osservata; mentre, in quanto la legge (art. 784 c.p.c.) dispone che siano convenuti tutti gli altri condomini (ad es. D, E), *la mancata citazione di questi, ha rilievo sotto il solo profilo del difetto di legittimazione (congiuntiva) dell'attore, nel suo aspetto passivo.*

È ben vero che i sostenitori della teoria che qui si contrasta si sforzano di ricondurre anche il fenomeno del litisconsorzio necessario alla regola del contraddittorio (GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 156 e ora SATTA, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1955-56, p. 48 e ss., spec. p. 53; anche il CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 260, p. 241 e ss. svaluta la portata dell'art. 102, riconducendolo però alle norme che riguardano l'intervento per ordine del giudice).

Senonchè si è recentemente osservato (DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 28) che siffatti tentativi hanno successo solo in quanto si riferiscono a quei casi di litisconsorzio necessario nei quali la natura

strumentale per far valere in giudizio i diritti, ossia per esercitare l'azione. Si tratta insomma del primo accesso al giudice, idoneo a dar luogo almeno alla prima verifica sulla eventuale sussistenza della qualificazione necessaria per codesto accesso e che quindi, per una ovvia esigenza logica, non può non essere

stessa del diritto sostanziale è tale che la domanda formulata contro un soggetto non può non essere intesa come implicitamente formulata anche contro altri soggetti (su tali ipotesi v. anche SATTÀ, *op. cit.*, p. 53): così ad es. nel caso in cui un terzo impugni il matrimonio contro uno solo dei coniugi e non contro l'altro; in questo caso, la domanda proposta contro un coniuge è come se fosse proposta anche contro l'altro, e non citarlo significa violare la regola del contraddittorio. Ma, al di fuori di questi casi, solo la legge può contrastare con specifiche norme (come ad es. Parl. 784 c.p.c.) il principio generale per cui l'attore propone la domanda (nel senso di formulare la sua richiesta di tutela) nei confronti di chi vuole (su ciò v. giustamente SATTÀ, *op. cit.*, p. 51; DENTI, *op. cit.*, p. 29); ed allora ecco che la legge regola la legittimazione ad agire nel suo aspetto passivo senza regolare anche il contraddittorio.

D'altra parte, la legittimazione passiva, così individuata come aspetto passivo della legittimazione ad agire, non va affatto confusa con la legittimazione a contraddire della quale anche il GARBAGNATI ha esattamente posto in luce il vero significato. Ed infatti, mentre quest'ultima dipende dal fatto che un soggetto sia stato convenuto (salvi i casi, eccezionali, dei litisconsorti necessari ai quali la legge attribuisce la legittimazione a contraddire, sebbene non siano stati convenuti: v. oltre nota 55 al cap. II), la legittimazione passiva si valuta oltre che con riguardo alla qualità di convenuto, anche in base alla coincidenza tra questa qualità e quella di destinatario della (comunicazione della) domanda nella affermazione dell'attore.

A mio parere, la distinzione del suddetto aspetto passivo della legittimazione dell'attore dalla legittimazione a contraddire ha anche una base testuale. Mi riferisco all'art. 276 c.c. che, rubricato sotto l'equivoco termine di legittimazione passiva, ne precisa il concetto — al 1° comma — nella posizione di colui contro il quale l'azione (per la dichiarazione di paternità o di maternità naturale) deve essere proposta, ossia in un requisito dell'azione stessa, sotto il profilo soggettivo passivo. Senonchè al 2° comma questa norma aggiunge che « alla domanda può contraddire chiunque vi abbia interesse », con ciò riferendosi palesemente alla titolarità di una azione diversa, quella di coloro che vengono così legittimati a chiedere un accertamento eventualmente contrastante con la domanda dell'attore.

Con tutto ciò non intendo negare che l'aspetto passivo della legittimazione ad agire dell'attore si riconduca in definitiva alla medesima coincidenza soggettiva che sta alla base del principio del contraddittorio. Ma ciò che importa è che codesta medesima coincidenza viene in rilievo rispetto a requisiti del tutto diversi: e ciò consente di riconoscere alla valutazione sulla legittimità del contraddittorio una assoluta indipendenza e anteriorità rispetto alla valutazione sulla legittimazione ad agire, come giustamente rilevato dall'ANDRIOLI (*op. loc. cit.*; di questo autore, v. ora anche *Lezioni*, cit., I, spec. p. 231).

indipendente da quella qualificazione (<sup>92</sup>). D'altra parte, poichè codesta verifica, anche per sè sola, è già il risultato di una serie di atti che, tutti insieme, costituiscono un processo, e che presuppongono altrettanti poteri, anche del soggetto, quest'ultimo, per il solo fatto di avere esercitato il potere di introdurre un processo (potere che gli spettava indipendentemente da ogni sua qualificazione sostanziale), diviene gradualmente titolare di una serie di poteri processuali.

Esiste dunque una categoria di soggetti ai quali la legge, indipendentemente dal fatto che siano per risultare titolari o meno del diritto di azione, attribuisce intanto la titolarità del potere di proporre la domanda e, così instaurato un processo, la titolarità via via determinantesi di una serie di poteri processuali fino ad ottenere *almeno* la pronuncia della carenza di azione. Quale sia questa categoria di soggetti, ossia quale sia il

(<sup>92</sup>) Anche il LIEBMAN (*L'azione*, cit., p. 62) e il MICHELI (*Corso*, cit., I, p. 16) si sono soffermati sul rilievo che il potere del cittadino, in quanto tale, di adire il giudice, è un potere diverso dal diritto d'azione. Secondo questi autorevoli Scrittori, quel potere sarebbe la premessa costituzionale del diritto d'azione, come « estrinsecazione immediata e diretta della capacità giuridica generale » (LIEBMAN, *op. cit.*, p. 62). Contro questa concezione, che pur mi sembra esatta nel ravvisare nel potere di cui si tratta un fondamento nel diritto costituzionale, credo debba opporsi la totale separazione concettuale che deve sussistere tra la *capacità*, come valutazione di titolarità *virtuale* di situazioni giuridiche, siano esse dinamiche o statiche, e il *potere* come *titolarietà attuale* di una fattispecie di comportamento presa in considerazione da una valutazione normativa dinamica (v. mie *Premesse generali*, cit., n. 21).

In realtà, il potere del cittadino (in quanto tale), di adire il giudice è assai più di una titolarità virtuale, di un'estrinsecazione della capacità; è invece l'effettiva titolarità di una fattispecie di comportamento che la legge — nell'attuare quella premessa costituzionale dell'azione di cui parla il Liebman — attribuisce al cittadino, il quale così viene legittimato attivamente ad adire il giudice. D'altra parte, l'art. 24 della Costituzione non contiene alcun riferimento alla capacità; il che, da un lato, conferma che esso ha piuttosto riguardo al concetto di legittimazione; e, dall'altro lato, sembra voler comprendere anche il generico potere per il quale anche l'incapace può rivolgersi al giudice per provocare quanto meno la dichiarazione della nullità della sua domanda: su ciò v. oltre, nel testo, al termine del n. 9.

Si veda anche la formula del can. 1646 del *Codex Juris canonici*, secondo cui « *quilibet potest in iudicio agere* » e che esprime questo potere di accedere al giudice indipendentemente da ogni qualificazione sostanziale (v. OLIVERO, *Le parti nel giudizio canonico*, Milano, 1941, p. 12).

procedimento tecnico del quale la legge si serve per individuarla nell'ambito della amplissima espressione della norma costituzionale<sup>(93)</sup>, si vedrà al n. 8 e al n. 9. Ma qui importa rilevare che la legge attribuisce i poteri processuali a soggetti che possono non essere titolari dell'azione.

Certamente, e proprio perchè nel momento dell'esercizio di quei poteri non si sa se l'azione esiste o meno, c'è anche la possibilità che questa risulti poi esistente. Ed in questo caso, poichè il comportamento del soggetto che la legge valuta come esercizio del diritto di azione non è diverso dai singoli comportamenti già valutati come esercizio dei poteri o delle facoltà (ma è semplicemente l'insieme di quei comportamenti, assunti in modo unitario), l'esercizio del potere di proporre la domanda risulterà coincidente, in fatto, con la proposizione dell'azione<sup>(94)</sup>. E così l'esercizio dei singoli poteri processuali risulterà coincidente con l'esercizio dell'azione. Ma si tratterà di una coincidenza di comportamenti contemporaneamente valutati su piani diversi

---

Secondo il BARBERO (*La legittimazione ad agire*, cit., p. 28, 29), questo potere di accesso al giudice che spetta al cittadino *uti civis*, sarebbe tanto generico ed incolore da non meritare che rispetto ad esso si ponga un problema di legittimazione. Senonchè è proprio da questo potere che dipende la stessa validità della domanda e quindi la validità del processo.

(93) Da un lato, si tratta di una ridondanza retorica che ha la funzione sia di mettere in evidenza la non necessità di qualificazioni sostanziali e sia di ribadire l'uguaglianza dei cittadini rispetto alla tutela giurisdizionale sotto il profilo delle garanzie costituzionali (cfr. ANDRIOLI, *Lezioni* cit., I, pag. 202). Ma da un altro punto di vista, mi sembra che l'ampiezza di questa formula possa avere il suo significato rispetto alla situazione giuridico-processuale dell'incapace, sulla quale si vedano le osservazioni compiute al termine del n. 9.

(94) In questo modo ci si rende conto anche del fenomeno per il quale la azione, in quanto presuppone l'affermazione di una situazione sostanziale qualificata, non può dirsi esistente prima di codesta affermazione. Questo fenomeno, che aveva indotto il CARRACNATI (*La sostituzione*, cit., p. 108 e ss.) a considerare l'azione come un potere che diviene diritto solo dopo il suo esercizio, si spiega, a mio parere, più semplicemente col richiamo alla duplice valutazione normativa per la quale l'atto con cui il soggetto esercita il potere di proporre la domanda, potrà in seguito essere riconosciuto anche come esercizio del diritto di azione. Un potere non può divenire diritto; ma il comportamento con cui si esercita un potere può ben essere in seguito riconosciuto anche come esercizio di un diritto.

e perciò ricondotti a situazioni giuridiche diverse, anche dal punto di vista delle rispettive titolarità.

In conclusione, la titolarità dell'azione si sovrappone alla titolarità dei singoli poteri, senza, tuttavia, identificarsi con essa, poichè quest'ultima può esistere anche senza la prima. Se si ravvisi l'una (la titolarità dell'azione) nella legittimazione ad agire, e si voglia esprimere l'altra con una formula unitaria, mi sembra perfettamente esatta la denominazione tradizionale di legittimazione processuale (*legitimatio ad processum*). Ed infatti, da un lato, come titolarità di poteri, è certamente legittimazione nel senso tecnico col quale il termine è usato in sede di teoria generale<sup>(95)</sup>, salvo solo il rilievo che con l'espressione « legittimazione processuale » si indica la titolarità di una serie di poteri anzichè di un potere solo e titolarità di una serie di poteri significa titolarità *attuale* del primo potere della serie, accompagnata alla titolarità *virtuale* di quelli successivi, destinati a divenire attuali via via che si svolge il processo. Dall'altro lato, codesta legittimazione, poichè ha riguardo al fatto formale che consente l'introduzione di un processo indipendentemente dal fatto che in esso si eserciti o meno un'azione, giustamente merita l'attributo di « processuale ».

7. *Dalla nozione positiva di « capacità di stare in giudizio » a quella sistematica di legittimazione processuale. Dimostrazione che l'art. 75 c.p.c. è la norma che compie l'attribuzione della legittimazione processuale.*

Vengo ora ad esaminare più da vicino il fenomeno della attribuzione, da parte della legge, della legittimazione processuale, ossia della serie dei poteri processuali che via via si vengono costituendo a seguito dell'esercizio del potere di proporre la domanda. Ricordato che questo ultimo potere sembra, secondo la norma costituzionale, essere attribuito a « tutti », si tratta di vedere se, con riguardo all'intera serie dei poteri pro-

(95) V. *retro*, nota 83.

cessuali, esiste una norma che, limitando quella ridondante espressione della Costituzione, attribuisca la legittimazione processuale a determinati soggetti. Senonchè, a questo riguardo, l'unico elemento offerto dalla nostra legge, che, come si è veduto, non conosce l'espressione «legittimazione processuale», è costituito dall'art. 75 c.p.c. che dichiara che taluni soggetti, individuati come si vedrà, sono capaci di stare in giudizio <sup>(96)</sup>.

Ora, premesso che l'espressione «stare in giudizio» si presenta, a prima vista, come idonea ad esprimere l'esercizio dei poteri processuali <sup>(96-bis)</sup>, le maggiori perplessità derivano invece dall'uso del termine «capacità». Ed infatti, se si parte dal presupposto che il legislatore si sia servito di questo termine nel suo senso proprio, si deve evidentemente rinunciare a vedere nella attribuzione della capacità di stare in giudizio l'attribuzione di una autentica legittimazione processuale, o quanto meno rinunciare a considerare la legittimazione processuale come una forma di legittimazione nel significato tecnico (riconosciutole dalla teoria generale) di *effettiva*, e non solo virtuale, titolarità di uno o più poteri <sup>(97)</sup>. Chè se, invece, si ometta di compiere

---

<sup>(96)</sup> In questi termini generali l'osservazione vale anche per il diritto germanico (§ 52 ZPO) salva la differenza che rileverò tra poco alla nota 113.

<sup>(96-bis)</sup> Cfr. ad es. CARNELUTTI (*Scioglimento di società commerciali e riassunzione d'istanza*, in *Studi di dir. proc. civ.*, I, Padova, 1925, p. 239) secondo il quale «stare in giudizio» significa esercitare nel giudizio le attività caratteristiche delle parti.

<sup>(97)</sup> È quanto si deve ritenere a proposito della concezione classica formulata nel vigore del codice del 1865 (CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, p. 239) ma sostenuta autorevolmente anche nel vigore del codice attuale (CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 239; SECNI, voce *Procedimento civile*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 573; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 316; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 217; REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 161; COSTA, *Manuale di dir. proc. civ.*, Torino 1955, p. 150; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 172; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, cit., II, p. 15).

Questa dottrina si limita a chiamare legittimazione processuale la capacità di stare in giudizio, impegnandosi soltanto nel dimostrare che la capacità di stare in giudizio corrisponderebbe alla nozione sostanziale della capacità d'agire, così contrapponendosi alla capacità d'esser parte come aspetto processuale della capacità giuridica. (*Contra* tuttavia SATTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 71, avversato, a sua volta, specialmente dall'ANDRIOLI, *op. loc. cit.*; in argomento, v. le mie *Premesse generali*, cit., p. 243, nota 70).

queste precisazioni e ci si continui a servire del termine « legittimazione processuale » senza discriminazione alcuna con quello della « capacità processuale » o « capacità di stare in giudizio » — come appunto suole ancora la teoria dominante — si incappa nelle critiche, perfettamente centrate, di chi rileva che nel concetto di *legitimatío ad processum* sono mescolati i due concetti della legittimazione e della capacità <sup>(98)</sup> e che quindi si tratta di un concetto improprio ed equivoco <sup>(99)</sup>.

Senonchè, avendo già potuto dimostrare (retro n. 6) che tutto ciò non autorizza affatto ad abbandonare il concetto di legittimazione processuale per risolverlo in quello di legittimazione ad agire <sup>(100)</sup> e neppure autorizza a limitare l'utilizzazione di quel concetto ad ipotesi del tutto particolari <sup>(101)</sup>, l'unico at-

<sup>(98)</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 143; *Id.*, *Istituzioni*, cit., I, n. 322, p. 291, e, ora *Diritto e processo*, cit., p. 116. V. anche INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., p. 322. Da ultimo CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 53.

Assai più cauti occorre essere invece rispetto alla abitudine della dottrina germanica a mettere in guardia dal confondere tra *Prozessführungsrecht* e *Prozessfähigkeit* (v. ad es. già HELLWIG, *Lehrbuch*, cit., I, p. 158; nella dottrina più recente LENT, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 66; ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., p. 184). E ciò non perchè la distinzione non debba essere compiuta; ma al contrario perchè, considerato che il *Prozessführungsrecht* corrisponde alla legittimazione ad agire della nostra più recente dottrina, ossia alla titolarità affermata dal diritto sostanziale (mentre la sua titolarità reale suole esprimersi con la *Sachlegitimation*), occorrerebbe mettere meglio in evidenza la eterogeneità dei due concetti; ed in realtà, ponendo sullo stesso piano — sia pure per distinguere — capacità processuale e legittimazione ad agire, si verifica un offuscamento della distinzione tra legittimazione ad agire e legittimazione processuale. È infatti rispetto a quest'ultima che occorre distinguere la capacità processuale. Ma sulle ragioni per cui la dottrina tedesca non compie quest'ultima contrapposizione, v. oltre, nota 114.

Le osservazioni compiute nel testo valgono invece anche nei confronti della dottrina spagnola, che esprime col concetto sostanziale di *capacidad de obrar* la legittimazione processuale (v. per tutti PRIETO-CASTRO, *Tratado*, cit., II, p. 16 e ss.; 38 e ss.; 50 e ss.).

<sup>(99)</sup> BERTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 127. Per un esempio di questo uso promiscuo dei concetti di legittimazione e di capacità, v. Cass. 22 giugno 1951, n. 1666, in *Foro it.*, 1951, I, 849, ove la legittimazione processuale del rappresentante viene qualificata « capacità di stare in giudizio ».

<sup>(100)</sup> V. gli Autt. cit. alle note 86, 87, 88.

<sup>(101)</sup> V. gli Autt. cit. alla nota 90.

teggimento corretto di fronte alla formula legislativa in esame sembra quello di domandarsi se con essa la legge non abbia voluto compiere l'attribuzione della legittimazione processuale, considerando la capacità come sola situazione legittimante <sup>(102)</sup>, o addirittura non si sia servita impropriamente del termine « capacità » nel compiere senz'altro l'attribuzione della legittimazione processuale.

Ora, la dimostrazione che questa seconda interpretazione sia la più conforme al dettato legislativo poggia su un attento esame della formula con la quale la legge indica la situazione da cui fa dipendere la c.d. capacità di stare in giudizio, ossia la situazione che nell'ipotesi che quella capacità di stare in giudizio risultasse effettivamente una legittimazione, fungerebbe, rispetto ad essa, da situazione legittimante. Mi riferisco a quel « libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere » che la norma in esame considera appunto come il dato dal quale dipende la capacità processuale, o capacità di stare in giudizio. Qual'è dunque il significato di quella formula?

Innanzitutto, per i rilievi compiuti in precedenza, è già evidente che dicendo « diritti che vi (nel giudizio) si fanno valere », la legge vuol riferirsi a quei diritti con riguardo ai quali il soggetto opera nel processo per esercitare l'azione, e cioè quei diritti che, quando sarà effettuato il controllo sulla titolarità dell'azione, ossia sulla legittimazione ad agire, risulteranno essere stati affermati come spettanti a chi agisce. Ora, è chiaro che « libero esercizio » di questi diritti significa soltanto titolarità del potere di disporre di essi. Ma — e questo è il punto — titolarità eventuale o attuale? Nella prima ipotesi si avrebbe riguardo alla *capacità di agire* rispetto ad essi <sup>(103)</sup>; nella seconda

---

<sup>(102)</sup> È questa, se non vado errato, l'opinione del LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 136.

<sup>(103)</sup> E pertanto ne risulterebbe confermata l'opinione che considera la capacità di agire come situazione legittimante per l'attribuzione della legittimazione processuale.

ipotesi il diritto di cui si richiederebbe il potere attuale di disporre dovrebbe essere presupposto come esistente <sup>(104)</sup>. Questa seconda ipotesi va senz'altro scartata poichè è assurdo che per « stare in giudizio » la legge richieda quella esistenza del diritto che non richiede neppure per la titolarità dell'azione <sup>(105)</sup>.

Senonchè neppure la prima ipotesi — che cioè la legge abbia riguardo alla capacità di agire — può essere accettata senz'altro, poichè contro di essa si possono sollevare argomenti di natura testuale. Ed infatti, se si tiene presente che per l'art. 43 legge fallimentare il curatore sta in giudizio nelle controversie relative a rapporti patrimoniali del fallito, in quanto quest'ultimo è privo dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni (art. 42 l.f.), è chiaro che in questo modo la legge considera quella privazione di disponibilità come una causa di sottrazione dalla cosiddetta capacità di stare in giudizio <sup>(106)</sup>; ossia come uno dei casi di difetto di libero esercizio dei diritti dai quali dipende la perdita della capacità processuale. Ed infatti la dottrina <sup>(107)</sup> non dubita che nella portata della formula in esame sia compreso anche un riferimento (negativo) alla posizione del fallito. Che poi questa posizione possa, da qualcuno, e probabilmente a torto, essere considerata come una forma di incapacità, è circostanza che comunque non consentirebbe di ricomprendere la posizione del fallito nella figura generale dell'incapacità di agire <sup>(108)</sup>.

<sup>(104)</sup> È chiaro, infatti, che non si può avere il potere attuale di disporre di un diritto se non si è titolari di quel diritto (v. *Premesse generali*, p. 126 e ss.) salva solo l'ipotesi della titolarità straordinaria di quel potere spettante al rappresentante. Ma qui si ha riguardo al fenomeno generale.

<sup>(105)</sup> CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 323, p. 292.

<sup>(106)</sup> V. per tutti SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*<sup>5</sup>, Roma, 1957, n. 73, p. 143; ANDRIOLI, *Incapacità processuale del fallito*, in *Giur. comp. cass. civ.*, XVII (1945), p. 143 e ss., spec. p. 145.

<sup>(107)</sup> LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 136; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 218; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 173.

<sup>(108)</sup> MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 173; ANDRIOLI, *Incapacità del fallito*, loc. cit. Giustamente nota il CARNELUTTI (*Sistema*, cit., I, p. 363, 364), che ciò che importa è osservare che in questi casi, per ragioni diverse dalla inettitudine fisiopsi-

La realtà è allora che la formula del libero esercizio dei diritti ha una portata che non è limitata nè alla pura e semplice capacità di agire nè alla titolarità attuale ed effettiva del potere di disporre; quella formula non tecnica ed empirica vuol indicare la posizione di quel soggetto che, oltre ad essere capace di agire, non si trovi in alcuna di quelle situazioni alle quali la legge, per una ragione diversa dall'inedoneità fisiopsichica, riconduce la sottrazione dei poteri di disporre degli eventuali diritti di quel soggetto <sup>(109)</sup>. « Non esistenza di cause di sottrazione di poteri » (chè tale è dunque il significato della formula legislativa in esame) non significa ancora « esistenza attuale dei poteri », ma neppure significa soltanto « capacità di agire » poichè mentre quest'ultima figura dipende da una valutazione normativa del *modo di essere* di un soggetto rispetto alla sua idoneità all'esercizio dei poteri, la non esistenza di cause di sottrazione dei poteri inerenti ai diritti — o libero esercizio di questi diritti — è fenomeno più ampio, in quanto ha riguardo oltre che alla valutazione del *modo di essere* del soggetto, anche a quel qualcosa di più che è dato dal non trovarsi il soggetto in una situazione giuridica che costituirebbe ostacolo all'attribuzione dei poteri (inerenti all'eventuale diritto sostanziale). Potrà anche, questa figura più ampia, essere chiamata, sia pure inesattamente, « capacità », in quanto ha pur sempre riguardo ad una titolarità *virtuale* e non attuale dei poteri <sup>(110)</sup>. Ma ciò che conta è che non si tratta del fenomeno tipico della capacità di agire im-

---

chica del soggetto, la legge determina una inidoneità sua a provvedere alla tutela dei propri interessi; e, detto questo — osserva l'illustre Autore — il quesito « se in questi casi si tratti o non si tratti di incapacità, mi pare piuttosto ozioso ».

<sup>(109)</sup> Per il rilievo della non omogeneità della formula in esame v. SARTÀ, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 72. Svolgimenti intorno al fenomeno della rappresentanza legale indipendentemente dall'incapacità del soggetto rappresentato, in ROSENBERG, *Stellvertretung*, cit., p. 543 e ss.

<sup>(110)</sup> V. ad es. le parole del REDENTI (*Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 162), per il quale « la espressione *libero esercizio dei diritti* allude precisamente alla capacità di agire, di disporre o di volere ».

perniato sulla valutazione del modo di essere fisiopsichico del soggetto <sup>(111)</sup>.

Così precisato il significato della formula dell'« libero esercizio dei diritti », si può tornare al quesito che concerne la portata della capacità di stare in giudizio, in quanto la legge la fa dipendere da quella formula.

Se la legge avesse voluto configurare la capacità di stare in giudizio, o capacità processuale, come un'estensione al campo del processo del concetto di capacità di agire (come la dottrina tende a ritenere <sup>(112)</sup>), non avrebbe avuto che da riferirsi direttamente all'idoneità fisiopsichica del soggetto, così compiendo una autonoma valutazione parallela a quella del diritto sostanziale che introduce la capacità di agire; oppure, volendo usare il mezzo tecnico del richiamo a quest'ultima valutazione, avrebbe dovuto limitarsi ad estendere la validità di questa al campo del processo, e cioè affermare che i soggetti che per il diritto sostanziale sono capaci di agire sono anche capaci di stare in giudizio <sup>(113)</sup>. Senonchè si è veduto che la formula del libero esercizio dei diritti, della quale la legge si è servita, non coincide con quella della capacità di agire, ma è più ampia ed il margine di maggior ampiezza non riguarda un modo di essere fisiopsichico del soggetto, bensì *una sua posizione giuridica* sia pure espressa in termini negativi (ad es. quella di non essere fallito).

---

<sup>(111)</sup> V. CARNELUTTI, *Sistema*, loc. ult. cit. Per il momento, non è il caso di attribuire particolare rilievo a quell'aspetto della teoria del CARNELUTTI, per il quale il rappresentante legale sarebbe da includere, col suo rappresentato, nella figura della cosiddetta « parte complessa » (*Istituzioni*, cit., I, n. 106, p. 103). Ed infatti, a parte quanto avrà occasione di dire in argomento qui basta notare che anche il CARNELUTTI (*Istituzioni*, cit., I, n. 319, p. 288) non manca di osservare che « la presenza della qualità richiesta per attribuire la capacità deve avverarsi nella persona che compie l'atto di parte, sia questa la parte principale, sia un membro delle parte complessa... ».

<sup>(112)</sup> V. gli Autt. cit. alla nota 97.

<sup>(113)</sup> Così si è orientato ad es. il legislatore germanico per cui « eine Person ist insoweit prozessfähig, als sie durch Verträge verpflichtet kann » (§ 52, I, ZPO). Cfr. anche il § 1 della ZPO austriaca.

Ora, se l'aver il libero esercizio dei diritti è qualche cosa di più della capacità, in quanto esprime già una posizione giuridica, si deve convenire che in quanto la legge (art. 75 1° comma c.p.c.) fa dipendere la « capacità processuale » o « capacità di stare in giudizio » proprio da codesto libero esercizio dei diritti, ciò che essa legge chiama capacità processuale non può rientrare nella nozione sistematica della capacità, perchè da una posizione di diritto non si può far dipendere il modo di essere di un soggetto, ma soltanto la titolarità di una o più situazioni soggettive.

Che, poi, queste situazioni soggettive siano i poteri processuali, e, tutti insieme, la legittimazione processuale, si deduce agevolmente dal rilievo che la legge si serve, per definire sinteticamente il comportamento così valutato come contenuto di codeste situazioni, di un'espressione (« stare in giudizio ») che palesemente esprime il comportamento di chi è giuridicamente « presente » nel giudizio ossia di chi esercita i poteri processuali.

Si può allora concludere che il 1° comma dell'art. 75 c.p.c. compie l'attribuzione della legittimazione processuale servendosi (impropriamente) della formula della « capacità » processuale <sup>(114)</sup>.

Rispetto a questa c.d. capacità processuale o legittimazione processuale, la sola situazione legittimante è costituita dall'a-

---

<sup>(114)</sup> Per il rilievo compiuto alla nota precedente, questa conclusione non è ugualmente valida rispetto alla legge germanica, salvo poi a vedere se, con riguardo a quest'ultima, non si possa giungere, in base ad argomenti diversi, ad una conclusione uguale o simile.

A questo proposito, mi limito ad osservare che in molte norme la legge germanica pone sullo stesso piano la *Prozessfähigkeit* e la *Legitimation* del rappresentante processuale (o il suo potere rappresentativo) (§ 56 I; § 274 II n. 7 ecc.) così dimostrando di usare l'espressione *Prozessfähigkeit* come comprensiva anche del concetto di « legittimazione processuale della persona capace ». Solo così si può intendere l'affermazione che si compie in dottrina (ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., p. 211) secondo cui il potere rappresentativo sostituisce la capacità processuale.

Anche nella nostra dottrina talora si osserva che il termine « capacità processuale » è molte volte comprensivo anche della *legitimatio ad processum* (cfr. ad es. LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 136).

vere il libero esercizio dei diritti che si fanno valere. Neppure questa situazione rientra nel concetto tecnico di capacità. Comunque se, ferme queste premesse, si vuole esprimere con una formula unitaria la situazione dalla quale dipende la legittimazione processuale e nella quale la vera e propria capacità occupa certamente il maggior posto, è solo rispetto ad essa e col veduto particolare significato che si può convenire di usare l'espressione: capacità processuale.

8. *Individuazione dei soggetti ai quali la legge attribuisce la legittimazione processuale. La possibilità di comportamento processuale per far valere un diritto (anche indipendentemente dalla legittimazione ad agire) come criterio NORMALE di attribuzione della legittimazione processuale ai soggetti dotati del libero esercizio dei diritti.*

Si è finora dimostrato : 1) che la legittimazione processuale come espressione sintetica per designare la titolarità dei poteri processuali, è attribuita dalla legge anche a soggetti di cui non si sa se risulteranno titolari dell'azione (n. 6 in fine); 2) che codesta attribuzione della legittimazione processuale è compiuta dall'art. 75 1° comma c.p.c. rispetto a coloro che hanno il « libero esercizio dei diritti che si fanno valere ».

Riguardo a queste due conclusioni sorge il quesito di come esse debbano coordinarsi tra di loro, ossia il quesito se dal fatto che la legge fa dipendere la legittimazione processuale dall'aver il libero esercizio dei diritti che si fanno valere si può desumere un criterio per il quale si possa stabilire se, quando e perchè la legittimazione processuale coincide con la legittimazione ad agire.

Quando ebbi occasione di esaminare nei suoi termini generalissimi <sup>(115)</sup> il fenomeno dell'attribuzione dei poteri da parte

(115) V. le mie *Premesse generali*, cit., n. 20, p. 126 e ss.

della legge, mi fu possibile concludere che indipendentemente da ogni esigenza concettuale o sistematica, ma solo per ragioni di opportunità politica <sup>(116)</sup>, il legislatore *normalmente* attribuisce i poteri agli stessi soggetti che sono titolari dei diritti ai quali codesti poteri si riferiscono; mentre le medesime ragioni di opportunità inducono il legislatore, in certi casi (e specialmente in quelli in cui il titolare dei diritti appare inidoneo al loro esercizio), a seguire un criterio diverso, ossia ad attribuire i poteri ad altri soggetti più idonei <sup>(117)</sup>.

Ora, ricordato (*retro* n. 5) che l'azione è la situazione composta (diritto soggettivo) che include i poteri processuali, si dovrebbe ritenere, da un punto di vista astratto, che se il legislatore si fosse ispirato ai suddetti criteri, avrebbe dovuto attribuire la legittimazione processuale ai titolari dell'azione (legittimati ad agire) se ed in quanto soggettivamente idonei, ossia in quanto capaci.

Mi propongo di dimostrare che le due conclusioni formulate all'inizio di questo paragrafo possono essere precisate e coordinate tra di loro in modo tale da rendere palese che esse costituiscono la risultante dell'applicazione dei criteri generali sopra ricordati con l'adattamento imposto dalle esigenze proprie della tecnica del processo.

La prima di queste esigenze è quella, già ampiamente illustrata, che discende dal fatto che i poteri processuali si incominciano ad esercitare quando ancora non consta dall'esistenza dell'azione <sup>(118)</sup>. Da ciò discende ovviamente che, ove il crite-

---

<sup>(116)</sup> V. la mia *op. cit.*, p. 128, 129.

<sup>(117)</sup> Anche a questo riguardo non ho che da richiamarmi allo svolgimento compiuto nella mia *op. cit.*, al n. 22, p. 136 e ss.

<sup>(118)</sup> V. per tutti con riguardo ai principali orientamenti in tema di azione, da un lato LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 59 e MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 13; e dall'altro lato CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 190.

Come è noto, non esiste nel nostro ordinamento un *Vorprozess* destinato al controllo sulle condizioni dell'azione. Codesto controllo si svolge contemporaneamente (sia pure con anteriorità logica) al giudizio sul merito, purchè, natural-

rio d'opportunità conducesse il legislatore ad attribuire i poteri processuali al titolare dell'azione, ciò non potrebbe avvenire con riguardo alla titolarità *effettiva* dell'azione stessa (legittimazione ad agire), ma semmai alla sua titolarità *semplicemente eventuale* <sup>(119)</sup>.

La seconda esigenza è quella che ha riguardo al fatto che l'idoneità fisiopsichica del soggetto all'esercizio dei poteri si presenta, per il legislatore processuale, come già valutata con riguardo al diritto sostanziale, dal quale anzi si possono desumere altri elementi che rivelano l'inopportunità dell'attribuzione dei poteri processuali (ad es. quello di essere fallito).

Ora la formula con la quale l'art. 75 1° comma c.p.c. attri-

---

mente, il controllo dia esito positivo. Se darà esito negativo, la pronuncia di carenza di azione impedirà, ovviamente, la pronuncia sul merito.

Tuttavia anche il controllo sull'esistenza delle condizioni dell'azione, come quello sui presupposti processuali, può costituire oggetto di anticipata rimessione al Collegio ai termini dell'art. 187 3° comma c.p.c., senza che ciò autorizzi a riconoscere autonomia, se non sul piano della pregiudizialità logica, a codesto « processo sul processo » (su cui v. per tutti CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, p. 54; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, p. 203; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 69). Ed infatti in questa ipotesi la legge richiede che le parti rimettano al giudice le loro conclusioni anche sul merito (art. 189 c.p.c.).

Per il rilievo che nel nostro attuale processo, il potere del giudice di richiamare l'attenzione delle parti sugli eventuali vizi di costituzione del processo attenua l'importanza dell'autonomia del controllo sui presupposti di tale costituzione, v. MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 22.

<sup>(119)</sup> La dottrina classica conosce, come è noto, il concetto di una azione possibile o affermata, correlativamente a quello di comportamento corrispondente all'esercizio di un'azione possibile: v. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 191, che parla (come già CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, p. 215) di *azione affermata*, ivi vedendo il significato proprio del termine « causa » usato dalla legge. Con significato non dissimile, nella dottrina germanica del *Rechtsschutzanspruch*, si parla, come è parimenti noto, di *Klagmöglichkeit* (v. per tutti HELLMIC, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, cit., pag. 25 e segg.). Qui peraltro, e come meglio si vedrà più avanti, mi riferisco ad un concetto assai meno qualificato, in quanto, ponendomi dal punto di vista della nozione astratta dell'azione, e così considerando già *esistente l'azione solo che sussista l'affermazione* di una situazione sostanziale tutelabile, nel concetto in discorso ricomprendo anche i casi in cui manchi del tutto una siffatta affermazione della situazione tutelabile. Per questo motivo preferisco parlare di mera eventualità dell'azione, anzichè di possibilità o di affermazione.

buisce la legittimazione processuale a coloro che hanno il libero esercizio dei diritti che si fanno valere nel processo costituisce precisamente la risultante del sovrapporsi di queste due esigenze al criterio che astrattamente avrebbe dovuto condurre all'attribuzione della legittimazione processuale ai titolari dell'azione in quanto capaci. La prima è soddisfatta nel senso che, anzichè riferirsi alla titolarità (afferzata) del diritto sostanziale, la legge si riferisce genericamente alla disponibilità astratta di diritti che si fanno valere (*quindi anche da chi in ipotesi non se ne affermasse titolare*: v. la nota 119). La seconda è soddisfatta nel senso che, come si è veduto, anzichè riferirsi alla idoneità fisiopsichica, la legge si riferisce alla situazione complessa dell'avere il libero esercizio dei diritti che si fanno valere.

In questo modo, ed in base al significato, così illuminato, della sintetica formula legislativa, si può dunque concludere che la legittimazione processuale è attribuita dalla legge *in via normale* a coloro che si comportano o possono comportarsi come se fossero titolari di un'azione, ma indipendentemente dal fatto che tali siano veramente; ossia a coloro che entrano (o possono entrare) nel processo con la veste di chi fa valere un diritto indipendentemente dall'affermarsene titolare e dall'affermarlo come obbiettivamente tutelabile. La *normalità* di codesto criterio di attribuzione è determinata poi dall'essere il soggetto di cui si tratta nella situazione di avere o meno il libero esercizio del diritto che si fa valere, col significato veduto nel paragrafo precedente.

9. *Segue C). - Attribuzione della legittimazione processuale in via ANORMALE ai rappresentanti legali, ai rappresentanti delle persone giuridiche o a queste per mezzo dei loro organi. Cenni sull'attribuzione convenzionale della legittimazione processuale di rappresentanti volontari. Conclusioni sul conferimento della legittimazione processuale. Po-*

*sizione giuridica processuale dei soggetti privi del libero esercizio dei diritti.*

Il fenomeno della attribuzione della legittimazione processuale in via anormale <sup>(120)</sup> a soggetti diversi da quelli di cui si vuol esercitare l'azione costituisce oggetto della disciplina dei commi 2°, 3° e 4° dell'art. 75 c.p.c., come passo subito a dimostrare.

Il secondo comma dell'art. 75 si occupa delle persone che non hanno il libero esercizio dei diritti, stabilendo che esse non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate, secondo le norme che regolano la loro capacità.

Si impone, a prima vista, il rilievo che in questa norma l'espressione « stare in giudizio », in quanto riferita all'incapace (chiamo così per brevità, ed in conformità a quanto osservato al termine del n. 7, il soggetto che non ha il libero esercizio dei diritti, salvo tutto quanto osservato, in proposito nel suddetto paragrafo), sembra usata con un significato diverso da quello con cui è usata nel primo comma, ove stava ad indicare il legittimo esercizio della serie dei poteri processuali in funzione dell'esercizio dell'azione <sup>(121)</sup>.

Tuttavia, quando si esamina più attentamente la formula di questa norma secondo la quale l'incapace non può stare in giudizio *se non rappresentato ecc.*, ci si accorge che questa formula costituisce la sintesi di due proposizioni; e cioè: 1) l'incapace *non può* stare in giudizio; 2) l'incapace *può* stare in giudizio

<sup>(120)</sup> Mi riferisco, come ben s'intende, alla attribuzione della legittimazione processuale ai rappresentanti legali degli incapaci. Ma poichè anche questa eccezione alla regola generale è il portato di una semplice opportunità legislativa, non mancano esempi di eccezioni all'eccezione, come tipicamente accade nel giudizio di interdizione e di inabilitazione (artt. 716 e 718 c.p.c.). V. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 318, p. 288; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 235; MICHELI, *Corso*, cit., II, p. 173, 179.

<sup>(121)</sup> Ed infatti se questa norma configura lo « stare in giudizio » dell'incapace, ciò che a prima vista lascia perplessi è la difficoltà di conciliare la figura dell'incapacità con lo stare in giudizio come legittimo esercizio di poteri processuali.

in qualità di rappresentato. Da ciò è facile dedurre che in questa norma l'espressione « stare in giudizio » assume due significati diversi: lo « stare in giudizio » puramente e semplicemente e lo « stare in giudizio in qualità di rappresentato ». Il primo dei due significati, non altrimenti qualificato, è quello normale, cioè quello usato nel primo comma, ove sta ad indicare in primo luogo l'attività con la quale si esercitano i poteri processuali (e dunque: stare in giudizio « con l'attività »); il secondo, qualificato nel senso che si tratta del modo particolare con cui sta in giudizio il rappresentato, e tenuto presente che è tipico del rappresentato il ricevere gli effetti dell'attività che altri svolge *in suo nome*, può definirsi: *stare in giudizio « col nome »* <sup>(122)</sup>, e può essere ritenuto un significato traslato inteso ad esprimere il fenomeno per il quale lo strumento rappresentativo consente di utilizzare, per produrre effetti in capo ad un determinato soggetto, l'altrui stare in giudizio con l'attività <sup>(123)</sup>.

Se si tiene presente tutto questo, risulta chiaro che la nor-

(122) Per la dimostrazione di come questa espressione possa riferirsi anche all'ipotesi del rappresentato che, chiamato a contraddire per mezzo del suo rappresentante, resti inerte (il rilievo, riferito al rappresentante, è in GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 262) v. oltre il n. 12.

(123) Questa contrapposizione corrisponde a quella già adombrata dal RENDI (*Dir. proc. civ.*, cit., I, n. 39, p. 161) che appunto distingue tra lo stare in giudizio « legalmente » o « per mezzo di altri » e lo stare in giudizio in nome e per conto altrui. (V. anche CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 238). Ciò che tuttavia mi induce a preferire la terminologia indicata nel testo è la precisione, assolutamente rigorosa, con la quale il partecipare *col nome* ad uno o più atti giuridici esprime il ruolo della ricezione degli effetti dell'operato di chi vi partecipa *con la attività*. Per questo uso tecnico dell'espressione « col nome » e « in nome » cfr. ROSENBERG, *Stellvertretung*, cit., p. 524; HELLVIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1921, p. 184; LEONHARD, *Vertretung und Fremdwirkung*, in *Jherings Jahrbücher*, 86 (1936), p. 1 e ss.; sp. p. 7; MÜLLER-FREIENFELS, *Die vertretung beim Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1955, p. 84. Naturalmente, perchè questo uso del nome possa assolvere alla sua funzione, occorre che si tratti di un uso legittimo. Il caso limite contrario è quello del « *Prozessieren unter falschem Namen* » preso in esame nella breve *Dissertation*, che porta questo titolo, (Hamburg, 1929) del LUKOWSKI, spec. a p. 9 e ss.

Al n. 11 e al n. 12 si vedranno le utilizzazioni di questo concetto tecnico dello stare in giudizio col nome.

ma in esame, nell'occuparsi di colui che non può stare in giudizio con l'attività, ma soltanto col nome, non può non occuparsi dell'attività di quel diverso soggetto che, stando in giudizio « con l'attività » consente all'incapace di stare in giudizio col nome, cioè per mezzo dell'attività del suo rappresentante; ossia non può non attribuire a quest'ultimo i poteri processuali il cui esercizio consente all'incapace di stare in giudizio col nome <sup>(124)</sup>. Ora, codesta attribuzione di poteri è implicita, ma evidentissima, nella norma in esame, là dove questa enuncia che l'incapace sta in giudizio (*col nome*), rappresentato... secondo le norme che regolano la sua capacità.

Ed infatti, poichè il richiamo alle norme che regolano la capacità è compiuto solo in funzione di precisare ciò che si presuppone perchè l'incapace possa stare in giudizio in qualità di rappresentato (o di assistito o autorizzato, figure che qui per ora non interessano), non è dubbio che le norme richiamate sono quelle che regolano non propriamente la capacità (oltre tutto, sarebbe assurdo parlare di norme che regolano la capacità degli... incapaci), ma piuttosto il modo di ovviare, per mezzo dello strumento rappresentativo, alla loro incapacità <sup>(125)</sup>; in altri termini, sono le norme con le quali la legge stabilisce che un determinato soggetto assume la qualità — ricevendo i rela-

<sup>(124)</sup> Se stare in giudizio col nome significa ricevere gli effetti dell'altrui attività, è chiaro che la posizione giuridica di colui che sta in giudizio col nome non si definisce se non riguardo anche a quella di chi sta in giudizio con l'attività.

D'altra parte, avendo già dimostrato, in sede di *Premesse generali* (spec. p. 250 e s.) la portata tecnica del richiamo legislativo alla rappresentanza come vera utilizzazione del mezzo tecnico della rappresentanza stessa, il rilievo che questa implica la partecipazione, con un ruolo distinto, di due soggetti diversi (il rappresentante e il rappresentato), induce a respingere il tentativo che si è compiuto assai autorevolmente (CARNELUTTI, da ultimo *Istituzioni*, cit., I, n. 106, p. 103) di risolvere la contrapposizione tra il ruolo dell'incapace e quello del suo rappresentante legale nella asserita attività coordinata di un soggetto unico o organizzazione di persone, quale sarebbe la cosiddetta « parte complessa ». Per queste critiche, v. per tutti CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 239.

<sup>(125)</sup> Vien fatto, qui, di ricordare la formula che, a questo riguardo, usa l'art. 2 della LEC spagnola: « los que deban suplir su incapacidad ». Similmente si esprime la legge austriaca: ZPO, § 477 n. 5 e 529 n. 2.

tivi poteri --- di rappresentante legale dell'incapace. È allora chiaro, che con la formula in esame, l'art. 75 2° comma, stabilendo che l'incapace sta in giudizio col nome secondo le norme che consentono ad un altro soggetto di esercitare la propria attività in nome dell'incapace, attribuisce a questo altro soggetto il potere di svolgere *anche nel processo* la sua attività in nome dell'incapace; e poichè questo altro soggetto è il rappresentante legale, è ormai evidente la conclusione che la norma in esame contiene l'attribuzione al rappresentante legale dei poteri di stare in giudizio in nome dell'incapace stesso, ossia la legittimazione processuale a stare in giudizio in nome dell'incapace.

La situazione in base alla quale viene compiuta codesta attribuzione di legittimazione, cioè la situazione legittimante, è la qualità di rappresentante legale, così come è attribuita dalle norme del diritto sostanziale <sup>(126)</sup>.

Anche il 3° e 4° comma dell'art. 75 presentano una certa duplicità di significato <sup>(127)</sup>. In primo luogo, quando si intenda

---

<sup>(126)</sup> Sull'argomento avrò comunque occasione di tornare in seguito.

La conclusione espressa nel testo sarebbe ancora più evidente se si riferisse alla legge germanica ove si dice esplicitamente (§ 51 ZPO) che la rappresentanza processuale delle persone incapaci di stare in giudizio è regolata dalle norme del codice civile che riguardano la rappresentanza legale. (V. HELLWIG, *System*, cit., I, p. 191). Ancora più chiara la stessa conclusione sarebbe rispetto alla legge austriaca (§ 4 ZPO) ove si parla di potere *zur Prozessführung*, che spetta al rappresentante legale.

<sup>(127)</sup> Non si tratta più della medesima duplicità rilevata rispetto al 2° comma. Ad escludere ciò (e quindi a contrastare il rilievo della pretesa identità compiuto dal CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, p. 104 per un'evidente necessità di coerenza con la sua nozione della c.d. parte complessa come soggetto unico, su cui v. la nota 124) basterebbe il rilievo della differente formulazione letterale della norma, che non contiene la contrapposizione di due diversi modi di stare in giudizio, ma dice semplicemente che la persona giuridica sta in giudizio *per mezzo* di chi la rappresenta.

La duplicità di significato poggia invece sul rilievo che l'espressione agire « per mezzo » di un altro soggetto può essere riferita sia all'utilizzazione dello strumento *rappresentativo*, come anche all'utilizzazione dello strumento *organico*. E già ricordai in sede di *Premesse generali* (p. 141 e ss.) che codesti due strumenti sono profondamente diversi, anche se possa verificarsi il caso — che anzi si veri-

l'espressione « stare in giudizio » nel suo significato normale — che è quello che designa lo *stare in giudizio con l'attività* — la portata sistematica della norma appare assai chiara nel senso che, da un lato, la legge afferma che chi sta in giudizio con l'attività (oltre che col nome) è senz'altro la persona giuridica, o l'ente; e, dall'altro lato, è caratteristica tipica del rapporto organico il consentire alla persona giuridica, o all'ente, di svolgere senz'altro un'attività sua propria, ossia di far sì che il portatore dell'organo possa prestare il comportamento materiale per l'attività giuridica (e quindi non soltanto per i suoi effetti) dell'ente <sup>(128)</sup>.

In questo modo il richiamo al concetto di rappresentanza nella formula con la quale la legge designa la persona per mezzo della quale l'ente sta in giudizio va inteso come uno dei non infrequenti usi tecnici del termine <sup>(129)</sup>. Sempre in questa ipotesi, la legittimazione ai poteri processuali è attribuita dalla legge direttamente alle persone giuridiche e agli enti, i quali la esercitano per mezzo dei loro organi <sup>(130)</sup>. E poichè, come si è veduto, i poteri processuali, sebbene appartenenti allo schema di una eventuale azione, sono dalla legge concessi indipendentemente

---

fica di frequente — della loro sovrapposizione: quando cioè il portatore o titolare dell'organo sia, in quanto tale, rappresentante dell'ente. D'altra parte questa duplicità di significati, così individuata, non può dirsi esclusa dal fatto che la legge usa l'espressione « chi lo rappresenta »; ed infatti, che così dicendo, la legge non abbia affatto voluto escludere l'ipotesi della utilizzazione dello strumento organico, discende sia dalla suddetta frequente sovrapposizione e sia dal rilievo che la ricezione della tecnica della rappresentanza nelle norme del processo civile non esclude affatto che talora nel codice di rito (come del resto accade anche nel codice civile) il termine « rappresentanza » sia usato con un significato non tecnico. Qui si tratta in realtà di una sovrapposizione tra l'uso tecnico e quello non tecnico. Sono i due significati che esaminiamo singolarmente nel testo.

<sup>(128)</sup> V. mie *Premesse generali*, cit., p. 147 e ss. e autori ivi citati.

<sup>(129)</sup> REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 161.

<sup>(130)</sup> Il CALAMANDREI (*Istituzioni*, cit., II, p. 236) sia pure servendosi del termine « capacità » con quella medesima e denunciata improprietà che è nella legge, pone in rilievo la differenza del meccanismo dello strumento organico, rispetto a quello rappresentativo, deducendone che la persona giuridica ha senz'altro quella che egli chiama « capacità » processuale.

dalla riscontrata titolarità dell'azione stessa, unica situazione legittimante è di regola l'esistenza giuridica dell'ente come soggetto capace di svolgere un'attività giuridica autonoma ed avente il libero esercizio dei diritti che fa valere.

Questa spiegazione sistematica della portata della norma non è tuttavia l'unica <sup>(131)</sup>. Ed infatti, basta riferirsi all'ipotesi che il richiamo alla rappresentanza sia compiuto col suo significato tecnico, per comprendere subito che la formula dello stare in giudizio usata dalla norma stessa è allora da intendersi con l'altro significato che si è veduto comparire, accanto al primo, nel 2° comma dell'art. 75, ossia col significato dello stare in giudizio *col nome*. Si delinea così una figura simile a quella veduta nel secondo comma. Ed infatti si presenta il contemporaneo stare in giudizio dell'ente (*col nome*) e della persona che la rappresenta (*con l'attività*), sicchè è a quest'ultima che viene attribuita la legittimazione processuale. Ciò, come è noto, si verifica, in pratica, ogni qual volta la legge o gli statuti utilizzano lo strumento rappresentativo per realizzare il commercio giuridico degli enti, e questo anche indipendentemente dal caso più generale della normale utilizzazione dello strumento rappresentativo volontario, e cioè secondo lo schema dell'art. 77.

In quest'ultima norma la legge disciplina l'attribuzione della legittimazione processuale al rappresentante convenzionale. Ma, a differenza dei casi finora esaminati, non ne compie l'attribuzione diretta, limitandosi invece a disciplinare le modalità con le quali questa attribuzione è compiuta dal rappresentato. Contro questo rilievo, che emerge in modo assai piano dalla stessa lettera dell'art. 77, si è autorevolmente opposto la tesi secondo cui i principi generali non potrebbero consentire un'attribuzione convenzionale della legittimazione processuale, sicchè nell'art. 77 si dovrebbe vedere solo un'estensione al campo del processo della qualità di rappresentante convenzionale, estensione

---

(131) V. la nota 127.

compiuta *dalla legge* anzichè direttamente dalla volontà dell'interessato <sup>(132)</sup>.

Senonchè, a parte il fatto che la suddetta premessa sistematica sulla quale si basa questa tesi, è già in contrasto con una delle conclusioni fondamentali conseguite nelle mie *Premesse generali* (nn. 43, 44, 48), è comunque decisivo il rilievo che la dimostrazione di quella premessa sistematica è interamente imperniata sul presupposto — che già ho avuto occasione di respingere (*retro* n. 6) — che la legittimazione processuale si risolva nella legittimazione ad agire. Solo in base a questo presupposto, infatti, si potrebbe veramente — come si sostiene <sup>(133)</sup> — desumere dall'art. 81 c.p.c., in quanto implica il divieto della sostituzione processuale volontaria, il divieto della disposizione negoziale della legittimazione processuale. Ma la verità è invece che il fondamento sistematico della indisponibilità negoziale della titolarità dell'azione non può costituire fondamento anche della asserita indisponibilità negoziale dei poteri con i quali si esercita l'azione. Ed infatti, se quel fondamento sta nella funzione di tutela sostanziale che qualifica l'azione come diritto spettante solo a colui che si afferma titolare del diritto che fa valere (*retro* nn. 5, 6), è chiaro che codesta coincidenza tra titolarità affermata del diritto sostanziale e titolarità

---

<sup>(132)</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 141, p. 372 e ss.; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 224. Ma di questo Autore v. ora *Lezioni*, cit., p. 299, ove la rappresentanza volontaria è ricondotta all'autonomia privata.

V. anche gli Autori, citati nella nota che segue.

<sup>(133)</sup> Specialmente CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, p. 373 e ss. V. anche VINCIG, *Sul processo col falso rappresentante*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, (1946) I, p. 501 e ss.

In termini dubitativi e assai più generici LIPARI, *Gestione d'affari e rappresentanza processuale*, in *Studi per Chiovenda*, Padova, 1927, p. 516.

Altri autori si richiamano più genericamente all'art. 81 avvicinandolo all'art. 77 c.p.c. (ELIA, *In tema di legittimazione processuale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVIII (1949), II, p. 113; BRUNETTI, *Gestione d'affari e processo*, in *Foro pad.*, 1950, I, col. 102; GIANNATTASTO, *Instutore e « falsus procurator »*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVII (1948), II, p. 113. Da ultimo anche DE SEMQ, *La gestione di affari altrui*, Padova, 1958, p. 94.

dell'azione non rimane affatto compromessa quando il titolare dell'azione la esercita per mezzo di un rappresentante, sia esso legale o volontario. In quest'ultimo caso, ciò che si trasferisce per via negoziale non è il diritto alla tutela giurisdizionale, che il sistema processuale costruisce come non trasferibile se non insieme col diritto tutelando, ma semplicemente il potere di realizzare con la propria attività lo stare in giudizio col nome del titolare dell'azione. Non sembra dunque corretto desumere dall'art. 81 alcun argomento contro la trasferibilità in via negoziale della legittimazione processuale <sup>(134)</sup>.

D'altra parte, la tesi che qui si contrasta urta anche contro la lettera dell'art. 77, ove il potere di stare in giudizio è configurato come oggetto di conferimento « espresso e scritto »; ed è chiaro che questi attributi non possono riguardare che un conferimento convenzionale. Semmai, la questione potrebbe porsi — e si pone — rispetto ai casi per i quali la legge deroga a queste modalità di conferimento; ossia, da un lato, per gli atti urgenti e le misure cautelari, e, dall'altro (art. 77 2° comma c.p.c.), per il procuratore generale del non residente nella Repubblica e per l'istitutore. Ma anche rispetto a questo particolare problema, del quale mi occuperò nella sede più appropriata (cap. IV., n. 27), credo che la lettera della legge debba essere considerata decisiva nel senso di ribadire che anche in questi casi il conferimento della legittimazione processuale ha natura convenzionale.

Quanto alla situazione di competenza richiesta per il conferente, onde lo si possa dire legittimato al conferimento della legittimazione processuale, qui basta anticipare, rispetto a quanto ampiamente si dirà in seguito, che così come l'attribuzione diretta della legittimazione processuale da parte della legge non dipende dalla effettiva titolarità dell'azione, ma dipende tutta-

---

<sup>(134)</sup> Un rilievo non dissimile è compiuto anche dal DENTI, *Gestione d'affari e ratifica processuale*, in *Giur. it.*, 1950, I, col. 905.

via dal fatto che si tratti del soggetto che sta in giudizio per far valere un diritto, anche l'attribuzione della legittimazione a conferire ad altri la legittimazione processuale ha il medesimo collegamento con la eventuale titolarità dell'azione; spetta, cioè, a colui che sta o starà in giudizio (col nome) per far valere un diritto, indipendentemente dalla sua legittimazione ad agire.

Il solo profilo sotto il quale, comunque, viene in rilievo, per ora, l'art. 77 è quello della funzione di questa norma che pone la disciplina del conferimento convenzionale della legittimazione processuale accanto a quella del conferimento legale della stessa legittimazione, contenuto nell'art. 75 <sup>(135)</sup>.

La conclusione è dunque che tanto il secondo e il terzo comma dell'art. 75 quanto l'art. 77 completano la funzione essenziale del primo comma dell'art. 75, vale a dire quella di attribuire la legittimazione processuale con riguardo all'esercizio dell'azione a seconda che i soggetti abbiano o non abbiano il libero esercizio dei diritti, e a seconda che intendano disporre negozialmente dei relativi poteri processuali.

Esclusa da questa attribuzione rimane dunque solo la posizione di coloro che non hanno il libero esercizio dei diritti (incapaci processualmente, nel senso veduto al termine del n. 7) in quanto i poteri relativi all'esercizio delle loro (eventuali) azioni sono attribuiti ai rispettivi rappresentanti legali.

Rispetto a questi soggetti non si può tuttavia ritenere la

<sup>(135)</sup> La dottrina prevalente suole parlare di legittimazione processuale del rappresentante volontario inquadrandola nei medesimi schemi ed usando la medesima terminologia usata per la rappresentanza legale e per quella cosiddetta organica (V. per tutti, REDENTI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 179; e LIERMAN, *Manuale*, cit., I, p. 139; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 173 e ss., 179 e ss.).

Un netto distacco sistematico tra la rappresentanza processuale volontaria e quella legale si riscontra invece nella teoria del CARNELUTTI (*Istituzioni*, cit., I, n. 103, p. 99 e n. 106, p. 103), il quale riserva solo alla prima denominazione di rappresentanza processuale, in quanto, come si è veduto, questo Maestro risolve la seconda nella nozione della parte complessa (retro nota 124), mentre la prima è da lui intesa nel modo particolare che si è veduto nel testo.

sottrazione totale di ogni potere processuale. A parte il fatto che in alcuni casi eccezionali la legge attribuisce proprio agli incapaci, in quanto tali, una particolare legittimazione processuale (ad es. nel giudizio di revoca dell'interdizione, nel procedimento di nomina di un curatore speciale ai termini dell'art. 78 c.p.c.), non sembra dubbio che anche la domanda dell'incapace, pur essendo nulla rispetto alla sua funzione tipica, produce tuttavia l'effetto di fondare il dovere del giudice di dichiarare codesta nullità. Ora, se questo effetto è determinato dalla domanda dell'incapace, si deve ritenere che anche a quest'ultimo spetta un potere generico e puramente formale, e certamente diverso dal potere di proporre la domanda nel suo schema tipico, ma pur sempre potere di rivolgersi al giudice e di provocare una sua pronuncia (sulla invalidità della domanda) ed in questo senso esso trova probabilmente un riscontro nell'ampiezza della formula della Costituzione secondo cui *tutti* possono rivolgersi al giudice <sup>(136)</sup>.

10. *Come lo strumento rappresentativo si inserisce nel « funzionamento » della dinamica processuale. A) Aspetti generali del meccanismo di produzione degli effetti nello svolgimento della fattispecie procedimentale.*

Per poter passare a domandarsi come, nel sistema della nostra legge, è regolato il funzionamento dello strumento rappresentativo nel quadro più ampio del funzionamento della macchina processuale è ancora necessario completare, al lume dei risultati finora conseguiti, i cenni iniziali sugli aspetti giu-

---

<sup>(136)</sup> V. retro, note 92 e 93. In questo modo si può anche indicare una spiegazione sistematica per la critica autorevolmente compiuta (ANDRIOLI, *Incapacità di stare in giudizio e condanna alle spese*, in *Dir. giur.*, 1958, 51-52) ad una decisione del Pretore di Matera secondo cui l'attore sfornito di capacità di stare in giudizio non potrebbe essere condannato al pagamento delle spese processuali.

ridici del fenomeno generale del funzionamento del processo, riguardo all'altro aspetto soggettivo della dinamica processuale, ossia *alla legittimazione a ricevere* gli effetti degli atti processuali<sup>(137)</sup>: con ciò riferendomi non solo agli effetti ricevuti dalla cosiddetta « altra parte » e, più in generale, dagli altri soggetti del processo, ma anche ed in primo luogo agli effetti che normalmente riguardano la stessa parte che compie gli atti.

Ricordato che la dinamica del processo è interamente affidata all'esercizio dei poteri processuali, ossia agli « atti » introdotti da quei poteri, in quanto sono idonei — insieme con i « fatti » processuali<sup>(138)</sup> — ad introdurre determinati effetti, il punto essenziale sta nel vedere in che consistono questi effetti ed in che modo — ossia in base a quale fenomeno giuridico — codesti effetti realizzano il funzionamento del processo come fenomeno unitario che abbraccia gli effetti dei singoli atti.

Questo meccanismo della produzione degli effetti dei singoli atti e della loro coordinazione reciproca nel quadro unitario del processo ha costituito e costituisce, come è noto, oggetto di cospicui studi da parte della dottrina che, su quella base, ha elaborato una nozione generale del procedimento, operante in ogni ramo del diritto e della quale il processo — o procedimento giurisdizionale — non è che una delle manifestazioni, ancorchè la più caratterizzata<sup>(139)</sup>.

<sup>(137)</sup> Su questa nozione della legittimazione a ricevere o legittimazione reattiva, mi permetto di rinviare ancora alle mie *Premesse generali*, cit., spec. p. 129 e ss. In particolare mi riferisco allo schema ivi compiuto (p. 130 e ss.) della possibile ipotesi di coincidenza (o non coincidenza) tra a) situazione statica, b) potere, c) effetti del suo esercizio (ossia titolarità del diritto soggettivo, legittimazione attiva e legittimazione a ricevere).

Come si vedrà tra poco, le diverse possibilità di combinazione tra i suddetti tre aspetti soggettivi della dinamica giuridica, si ripresentano puntualmente nel campo del processo.

Qui va solo posto in particolare risalto che l'espressione « legittimazione a ricevere » è da me usata nel senso al quale accenno nel testo e che è più ampio di quello col quale l'espressione stessa è usata dal FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 188 e ss. (v. le mie *Premesse generali*, loc. cit.).

<sup>(138)</sup> CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 56, 60.

<sup>(139)</sup> Dopo l'elaborazione del concetto di procedimento amministrativo, ac-

Qui non interessa affrontare la vasta problematica che impegna la dottrina nella ricerca di un criterio di distinzione tra il procedimento e le altre fattispecie cosiddette a formazione successiva<sup>(140)</sup>, e addirittura nella questione di fondo che riguarda la correttezza e la fecondità scientifica della costruzione di questa ampia figura di procedimento, in considerazione delle innegabili peculiarità del processo, il quale dovrebbe offrire il paradigma per quella ampia figura. Tuttavia è proprio con particolare riguardo agli argomenti svolti dalla dottrina impegnata in questa disputa, che mi è possibile riassumere qui nelle sintetiche proposizioni che seguono, gli aspetti rigorosamente giuridici con i quali si realizza, nelle sue grandi linee, il cosiddetto « funzionamento » della dinamica processuale, onde studiare poi come si inserisce in esso il congegno rappresentativo.

1) Gli effetti particolari propri di ciascun atto del pro-

---

canto al procedimento giurisdizionale (per cui v. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 213; VITTA, *Diritto amministrativo*<sup>2</sup>, I, Torino, 1937, p. 367) mi limito a ricordare i più recenti e importanti studi sul concetto generale di procedimento e sui suoi rapporti col procedimento giurisdizionale o processo; SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 15 e ss.; BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952, p. 137; ALLORIO, *Diritto processuale tributario*<sup>2</sup>, Torino, 1953, p. 475 e 548; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 697; CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 121 e ss.; GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., p. 87 e ss.; spec. note 99 e 100; FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 361 e ss.

Caratteristica comune di questo moderno orientamento è quella di aver abbandonato i tentativi di inquadrare i multiformi fenomeni procedurali nello schema altamente caratterizzato dato dal processo (per questo orientamento si veda ancora, tuttavia, SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 757 e autori ivi citati; e si vedano anche i tentativi di molti autorevoli processualisti di considerare il procedimento come un settore o una fase del processo): per considerare invece il processo (o procedimento giurisdizionale) come una *species* nel *genus* del procedimento. Per questo orientamento v. per tutti CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 697, e Autori citati; da ultimo Conso, *op. loc. cit.*, Aut. citt.

Sulla nozione carnalutiana del procedimento come modo dello svolgimento degli atti nel processo, o loro collegamento causale v. del CARNELUTTI, da ultimo *Teoria generale del diritto*, cit., p. 357, e *Diritto e processo*, cit., p. 69.

(140) Su ciò cenni alle note 142, 143, 145 e 146.

cesso e rispetto ai quali si individua anche il potere che lo introduce (v. *retro* n. 3) consistono in una modificazione giuridica *interna* al processo: costituirsi, modificarsi o estinguersi di una (o più) situazioni giuridiche processuali *semplici* (poteri, doveri, facoltà).

2) La proposizione che precede non è contrastata dal fatto che il processo dà luogo ad un effetto unitario. Ed infatti, sebbene si debba ammettere che l'unità del procedimento presuppone la configurazione sua come unica fattispecie in funzione di un unico effetto <sup>(141)</sup>, ciò non implica necessariamente la perdita dell'autonomia giuridica dei singoli atti all'interno di quest'ultima fattispecie. Questa perdita si verificherebbe certamente se il diritto positivo costruisse l'effetto unitario come la conseguenza diretta ed immediata dei singoli comportamenti dei soggetti del processo riuniti tutti insieme e contemporaneamente a svolgere *l'unico* ruolo di comporre la fattispecie unitaria del procedimento. Senonchè, i dati offerti dal diritto positivo, almeno con riguardo al procedimento giurisdizionale, sono assai diversi poichè presentano invece il fenomeno caratteristico della reciproca presupposizione dei singoli atti della serie. E questo non già nel senso che ogni atto comprenda nella sua fattispecie direttamente gli elementi propri della fattispecie dell'atto precedente, ma nel senso che nella fattispecie di ciascun atto, l'atto precedente *entra come atto già compiuto*, ossia *con i suoi effetti e soltanto con essi* <sup>(142)</sup>. Tanto basta per riaffermare l'autono-

<sup>(141)</sup> Ed infatti non si potrebbe parlare di fattispecie procedimentale distinta dalle singole fattispecie dei singoli atti che compongono il procedimento, se un unico effetto non fosse preordinato per quella fattispecie (cfr. specialmente da ultimo Conso, *I fatti giuridici*, cit., p. 124; GALEOTTI, *Contributo*, cit., p. 86, 91, 98).

<sup>(142)</sup> Si suole dire (V. per tutti RUBINO, *La fattispecie*, cit. p. 43; FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 33; CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 230; SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 45) che nella serie procedimentale, ciascun atto crea il presupposto per quello successivo e così via fino all'atto finale. A questo riguardo, è noto che la dottrina disputa se il presupposto debba essere considerato incluso o non incluso nella fattispecie dell'atto successivo; ma la questione perde gran parte del suo significato quando si tenga presente che da un lato coloro che so-

mia di questi ultimi, nonchè degli atti che li determinano e dei poteri che introducono quegli atti <sup>(143)</sup>.

3) D'altra parte, l'autonomia dei singoli atti e dei loro effetti non impedisce la visione unitaria del processo riducendolo ad una semplice successione di atti non riuniti dall'effetto finale, vale a dire mortificando quest'ultimo al semplice ruolo di effetto dell'ultimo atto della serie <sup>(144)</sup>. Contro questa conclusione depone ancora una volta il diritto positivo che offre il dato della *implicazione* dell'effetto di ciascun atto nell'effetto

stengono la tesi affermativa non pretendono affatto che nella fattispecie siano inclusi i fatti della precedente fattispecie i quali, a suo tempo, hanno creato il presupposto, ma soltanto quest'ultimo, inteso come effetto già creato da quei fatti, cioè come qualifica già avvenuta o, a sua volta, come fatto (CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 161; v. anche PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Arch. giur.*, 1935, p. 139; RUBINO, *op. loc. cit.*), mentre, dall'altro lato, coloro che sostengono la tesi negativa ammettono che codesto effetto già creato esercita indirettamente la sua azione sulla fattispecie successiva (SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 52) ed anzi precisano che nella categoria dei presupposti si può individuare una sottospecie — i cosiddetti *atti preparatori* — i quali sono caratterizzati dall'essere, dalla legge, espressamente predisposti in funzione della fattispecie successiva (SANDULLI, *op. cit.*, p. 56).

<sup>(143)</sup> Ed infatti, se è vero che in questo modo, l'effetto unitario del procedimento coincide con quello che una parte della dottrina chiama « effetto finale » (v. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 92 e ss.; BISCARETTI DI RUFFIA, *La proposta nel diritto pubblico*, Roma, 1936, p. 76; e gli altri Autori citati dal Conso, *op. cit.*, p. 126, nota 23) e che è l'effetto dell'ultimo atto della serie (il quale però potrebbe anche essere un fatto, come ad es. quello negativo della mancata impugnazione; v. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza*, in *Studi sul proc. civ.*, I, Padova, 1930, p. 208; v. anche MICHELLI, *Corso*, cit., I, p. 255), è vero anche che quell'effetto non si produrrebbe se non si fossero verificati gli effetti dei singoli atti; i quali effetti, pur consumandosi ciascuno nel comporre la fattispecie dell'atto successivo, assolvono così ad una funzione autonoma: quella di far sì che l'atto finale possa implicare tutti gli atti precedenti della serie (BENVENUTI, *op. cit.*, p. 126), con la conseguenza che l'effetto di questo atto finale è anche l'effetto di tutta la fattispecie procedimentale che così si presenta come l'atto-totale del Kelsen (*Teoria generale del diritto*, Milano, 1952, p. 201 e ss.) idonea a produrre un risultato unitario (l'atto-totale di cui parla il MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*<sup>3</sup>, Padova, 1955, p. 204) che costituisce la *versio in unum* dell'intera serie procedimentale ed è l'atto satisfattivo della pubblica funzione (v. da ultimo, GALEOTTI, *Il procedimento*, cit., p. 90 e ss.).

<sup>(144)</sup> V. la nota precedente.

dell'atto successivo e così via fino all'effetto finale, che pertanto implica gli effetti di tutti gli atti precedenti. Questo e non altro è infatti il fenomeno che si illumina, quando, sulla scorta del diritto positivo, si mette in rilievo che ciascun atto del processo si pone come *atto preparatorio* rispetto a quello che lo segue. Ora, questa scala di reciproca ed intermediata implicazione degli effetti fa sì che l'effetto finale costituisca ad un tempo l'effetto dell'ultimo atto della serie ed anche l'effetto di tutti gli atti della serie, ossia effetto dell'atto totale. Dunque: *effetto finale che è anche effetto totale* <sup>(145)</sup>.

---

(145) Questa proposizione, il cui significato ho già cercato di porre in luce alla nota 143, mi sembra la più idonea a esprimere in modo sintetico il risultato del prolungato travaglio della dottrina nella ricerca dell'elemento unitario caratteristico della fattispecie procedimentale.

La prima tappa di quel travaglio fu la nota teoria dell'atto-procedimento (v. per tutti FORNÌ, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Ranellotti*, Padova, 1931, I, p. 439 e ss.) contro la quale si oppose e si oppone che con i concetti di atto e di procedimento si colgono aspetti diversi ed eterogenei dell'unico dato reale, in quanto il procedimento appartiene al genere « fattispecie » e non a quello dell'« atto » (v. specialmente GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 23; ivi ampia bibliografia, spec. a p. 16 e ss.).

Propostosi allora il compito di costruire il procedimento come la fattispecie globale di un particolare tipo di atto e trovatisi pertanto nella necessità di distinguere la fattispecie procedimentale dalle altre fattispecie cosiddette a formazione successiva, la dottrina ha in primo luogo cercato di individuare un effetto proprio della fattispecie procedimentale, e, in secondo luogo, di far leva sulle eventuali particolarità dei rapporti tra quell'effetto e i singoli atti che integrano la fattispecie procedimentale. Senonchè, il tentativo di individuare quell'effetto proprio della fattispecie procedimentale nel cosiddetto *effetto finale* che sarebbe l'effetto prodotto dall'atto finale, ossia dall'ultimo atto della serie procedimentale (v. Autt. cit. dal CONSO, *op. cit.*, p. 126) urta nella difficoltà determinata dal rilievo che, in questo modo, si finisce col porre quest'ultimo atto (che potrebbe anche, oltre tutto, non essere proprio l'ultimo) in una posizione di esclusivo rilievo rispetto all'effetto finale, che trascura tutti i precedenti atti della serie, così rimanendo obliterato il dato essenziale offerto dal diritto positivo, per il quale il procedimento è innanzi tutto un complesso di fatti succedentisi l'un l'altro (CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 126).

Per superare questo ostacolo, si sostiene che l'atto finale, il quale produce l'effetto finale, è a sua volta l'effetto di tutti gli atti precedenti, in quanto viene formato a mano a mano, elemento per elemento (BENVENUTI, *op. cit.*, p. 126); ed è proprio a questo riguardo che si è rilevato da ultimo che, in questo modo,

4) Poichè la dinamica del processo si esprime schematicamente in una serie di passaggi dall'uno all'altro dei « momenti » (da « movimento » secondo l'immaginosa etimologia carneuttiana) del processo stesso; e poichè la realtà giuridica di questi passaggi si condensa nel fenomeno del verificarsi, attraverso la veduta reciproca intermediazione degli effetti propri dei singoli atti (ed eventualmente dei « fatti » processuali, che qui non vengono in rilievo), resta ancora una volta riconfermato che il vero e solo fondamento della dinamica processuale sta nelle situazioni soggettive dinamiche che introducono gli atti, ossia i poteri processuali. Si può riconoscere che anche la valutazione di dovere contribuisce alla dinamica processuale in quanto essa spesso si accompagna a quella di potere, quando si tratta di comportamenti degli organi. Ma non si può convenire nell'attribuire a questo elemento della necessità giuridica un ruolo essenziale nello svolgimento del procedimento, tanto da caratterizzarlo, secondo quanto sostiene una corrente della dottrina <sup>(146)</sup>. Basti dire che chi sostiene questa opinione o riconosce che l'elemento della doverosità non si presenta sempre, ma

---

Fatto finale non è più l'ultimo atto della serie, ma l'atto-totale del Kelsen e del Mortati, (Conso, *op. cit.*, p. 128, 129). In questo ordine di idee si è da ultimo decisamente orientato il Galeotti, *op. cit.*, p. 33, nota, p. 74.

<sup>(146)</sup> Alludo a quegli Autori che, partendo dal rilievo che le vedute caratteristiche formali della fattispecie procedimentale (v. nota 143-145) non bastano a distinguere codesta fattispecie dalle altre fattispecie a formazione successiva, ha tentato di fondare codesta distinzione su un criterio diverso da quello dei rapporti tra l'effetto finale e gli elementi che integrano la fattispecie procedimentale, ossia sulle peculiarità del modo con cui ciascuno degli atti della serie introduce, in termini giuridici, quello successivo (specialmente Conso, *I fatti giuridici*, cit., p. 129 e ss.); codeste peculiarità consisterebbero appunto nella presenza dell'elemento dell'obbligo (Conso, *op. cit.*, p. 132), o dell'onere (Galeotti, *op. cit.*, p. 48 e ss.).

In questa sede, ove non occorre certamente impegnarsi sul problema della distinzione del procedimento dalle altre fattispecie a formazione successiva e dove è possibile limitare l'indagine al campo del procedimento giurisdizionale o processo, mi sia consentito limitarmi ad indicare le ragioni (e per ciò rimando alle due note che seguono) per le quali lo sforzo di cercare la suddetta caratterizzazione nel collegamento tra i singoli atti del procedimento, non può dirsi riuscito.

« almeno una volta » <sup>(147)</sup> o è costretto ad ampliare codesto elemento fino a comprendervi la figura dell'onere <sup>(148)</sup>.

5) Poichè i poteri e le altre situazioni processuali semplici (ivi comprese quelle già esercitate) sono interamente conglobate nella situazione soggettiva composita, ossia nell'azione, gli effetti dei singoli atti operano (col loro stesso operare sulle situazioni processuali semplici, alle quali è affidato il filo della dinamica processuale) anche sull'azione; sempre, che, naturalmente, questa si confermi esistente (per l'ipotesi contraria, v. il paragrafo che segue). Ed infatti, l'azione, mentre viene eserci-

---

<sup>(147)</sup> Così CONSO, *op. cit.*, p. 133. Se lo scopo è quello di distinguere dalle altre fattispecie costituite da una serie di atti, un particolare tipo di fattispecie parimenti costituita da una serie di atti, è chiaro che codesta individuazione, se non viene conseguita in base alle caratteristiche di un dato che possa conglobare tutta la serie degli atti (l'effetto della fattispecie complessiva), non può essere conseguita che con riguardo alle relazioni reciproche di *tutti* gli atti della serie: altrimenti non si caratterizza la serie, ma solo una frazione di essa.

<sup>(148)</sup> GALEOTTI, *op. cit.*, p. 48 e ss. Anche a volersi porre dal punto di vista delle opinioni che accettano la autonomia propriamente giuridica della figura dell'onere (v. comunque retro, nota 47), nessuno può negare (e non la nega neppure l'Autore in discorso), che, quando si parla dell'onere di tenere un determinato comportamento, ci si riferisce ad un impulso o ad uno stimolo verso quel comportamento che trova la sua origine in una valutazione di opportunità interiore al soggetto; mentre la norma, lungi dal formulare un giudizio di necessità rispetto al fatto che il soggetto tenga quel comportamento, si limita a predisporre delle conseguenze per l'ipotesi che quel comportamento venga tenuto o per l'ipotesi che lo stesso comportamento non venga tenuto. Ma per poter dedurre da questa ultima predisposizione di conseguenze un'implicita valutazione di necessità rispetto al comportamento stesso, occorrerebbe poter dimostrare il carattere sanzionatorio di quelle conseguenze, ossia dimostrare che esse siano considerate dalla legge in un rapporto di secondarietà sostitutiva rispetto al comportamento mancato, come reazione dell'ordinamento a quella mancanza. (Su ciò in generale, oltre quanto già detto alla nota 47, v. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 32 e ss.).

Ma è certo che queste caratteristiche, che del resto varrebbero ad introdurre figure di vero e proprio obbligo, facendo così scomparire quella dell'onere, non si presentano affatto riguardo alle conseguenze della mancanza dei cosiddetti oneri processuali. Ed infatti nessuno potrebbe sostenere che l'estinzione del processo (ossia una delle più frequenti conseguenze della mancanza dei comportamenti che si suole qualificare come oneri processuali) sia una reazione secondaria rispetto alla volontà primaria che il processo prosegua. L'ammettere una simile implicita volontà della legge (che il processo prosegua) significherebbe, oltre tutto, negare alle fondamenta il principio dispositivo.

tata con l'esercizio stesso dei poteri che la compongono, si viene per così dire svolgendo nel tempo, ossia viene gradualmente modificandosi contemporaneamente all'esercizio delle situazioni semplici che la compongono.

6) In definitiva, l'azione appare come la situazione giuridica soggettiva composta sulla quale, almeno normalmente, gli atti processuali producono i loro effetti; e pertanto, ove si tratti di effetti destinati a riguardare la medesima parte dalla quale provengono, è la titolarità dell'azione che determina la legittimazione a ricevere codesti effetti<sup>(149)</sup>; è l'azione che funge da punto di ricezione degli effetti degli atti processuali.

7) La medesima conclusione vale anche con riguardo agli effetti che gli atti del processo producono nei confronti della cosiddetta « altra parte ». Ed infatti, *restando, per ora, all'ipotesi che anche quest'ultima eserciti una sua propria azione* (se è convenuta: domanda riconvenzionale, o di mero accertamento negativo; nelle quali ipotesi, la *legitimatio ad causam* si presenterà come legittimazione a contraddire: su ciò v. la nota 91), sarà questa azione che subirà gli effetti degli atti anche dell'altra parte. Ed ancora, la titolarità di questa azione costituirà la legittimazione a ricevere tali effetti.

8) Indipendentemente dalla determinazione di effetti in capo all'« altra parte », quest'ultima può venire in rilievo anche come semplice elemento soggettivo di perfezione dell'atto, ossia

---

<sup>(149)</sup> Come ho già avuto occasione di osservare alla nota 137, il concetto di « legittimazione a ricevere » o « legittimazione recettiva », al quale mi riferisco in questo lavoro, come già nelle mie *Premesse generali* (*loc. cit.* retro alla nota 137) non corrisponde pienamente a quello già posto in luce dal FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 188 e ss., nel senso che, rispetto a quest'ultimo, è più ampio in quanto si riferisce anche al fenomeno della ricezione degli effetti in capo allo stesso soggetto che compie l'atto e non soltanto a quello della normale produzione di effetti in capo ad altri (intersoggettività dei poteri su cui v. ALLOSTIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 29). Anzi, lo svolgimento compiuto nelle *Premesse generali* a questo riguardo è particolarmente inteso a porre in luce la normale coincidenza tra la legittimazione a ricevere e la titolarità della situazione statica e composta che, sempre in via normale, include i poteri (*Premesse generali*, spec. p. 130 e ss.).

come *destinatario dell'atto* (o della sua comunicazione), prima ancora che come destinatario di certi effetti dell'atto: ciò accade con riguardo al carattere *recettizio* degli atti processuali, i quali sono destinati ad essere compiuti nei confronti degli altri soggetti del processo, compresa l'«altra parte» qualificata dal diritto positivo secondo determinati criteri (specialmente in base all'art. 102 c.p.c.). Sotto questo profilo, la circostanza che l'atto sia stato compiuto nei confronti del soggetto voluto dalla legge, condizionando la perfezione dell'atto, condiziona l'idoneità sua a produrre ogni genere di effetti in capo a tutti i soggetti del processo.

11. Segue B) *La ricezione degli effetti processuali*: a) con riguardo alla ipotesi della NORMALE attribuzione della liti-mazione processuale. Lo «stare in giudizio col nome» come legittimazione a ricevere gli effetti degli atti processuali.

Nel descrivere il fenomeno della ricezione degli effetti degli atti processuali, al quale ho sommariamente accennato ai punti 6° e 7° del paragrafo precedente, mi sono riferito, per comodità di prima individuazione del fenomeno stesso, all'ipotesi in cui l'una e l'altra parte siano titolari di un'azione. Debbo ora prendere in considerazione l'ipotesi in cui l'azione non sussista o non sia esercitata. Con riguardo all'attore, ciò può accadere quando ad es. un soggetto fa valere un diritto che non afferma come spettante a lui (difetto di legittimazione ad agire) o che non afferma come lesa o comunque obbiettivamente tutelabile (difetto di interesse ad agire). Con riguardo al convenuto, sebbene una parte della dottrina osservi che, per il solo fatto di essere stato convenuto, un soggetto è legittimato a contraddire e perciò titolare di un'azione<sup>(151)</sup>, la realtà è invece che

(151) CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 50; ma vedi anche BETTI, *Dir. proc. civ.*,

codesta legittimazione riguarda una situazione ancora potenziale; più precisamente, non diverrà un'azione se non se ed in quanto venga esercitata (con una domanda riconvenzionale, con la proposizione di eccezioni o con una domanda di mero accertamento negativo <sup>(152)</sup>); ciò che potrebbe non accadere (ad es. il convenuto resta inerte, oppure aderisce alla domanda dell'attore, nel quale ultimo caso, si potrà parlare di una sua domanda, ma non di una sua azione) senza alcun ostacolo per il regolare funzionamento del processo e per la pronuncia di un provvedimento anche di merito <sup>(153)</sup>.

In questi casi, qual'è la situazione dalla quale dipende la legittimazione a ricevere gli effetti degli atti propri ed altrui, e sulla quale si producono codesti effetti, attesa la carenza di azione?

Con riguardo ai casi in cui, pur mancando l'azione, non manca un comportamento attivo che, almeno dal punto di vista formale, corrisponde a quello dell'esercizio di un'azione — ciò che si verifica in tutti i casi ora in esame, eccezion fatta soltanto per quello del convenuto che resta inerte, di cui mi occuperò tra poco a parte — si può incominciare col formulare l'ipotesi che la situazione che si cerca possa consistere proprio in codesta

---

cit., p. 158-159; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, pag. 180; e gli altri autori citati dal CARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 149; v. poi COSTA, *Manuale di dir. proc. civ.*, cit., p. 150.

<sup>(152)</sup> Non occorre, qui, prendere posizione sui complessi problemi che concernono l'autonomia dell'eccezione e, più in generale del comportamento processuale del convenuto rispetto all'azione dell'attore (sui quali v. comunque ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, p. 49 e ss., e più di recente, MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 361 e ss.). Ciò che qui è decisivo è infatti soltanto il rilievo che anche il convenuto può essere e può non essere titolare di un'azione e che, in ogni caso, questa presuppone un comportamento attivo del convenuto stesso. Su questo requisito del comportamento attivo per l'azione del convenuto v. da ultimo PODETTI, *La concepcion compleja de la accion*, cit., p. 269 e ss. (salve, s'intende, le riserve espresse succintamente nella nota 60 rispetto alla tesi di questo autore).

<sup>(153)</sup> V. già HELLMIC, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, cit., p. 49 e nella nostra dottrina più recente, per tutti, ALLORIO, *Diritto processuale tributario* <sup>2</sup>, cit., p. 220. Sulla « domanda » del convenuto che aderisce a quella dell'attore v. CARNELUTTI, da ultimo in *Diritto e processo*, cit., p. 176.

aderenza meramente formale del comportamento processuale allo schema proprio dell'esercizio di un'azione. Occorre allora vedere se la legge offre qualche elemento dal quale si possa desumere un autonomo rilievo per la posizione soggettiva di colui che semplicemente si comporta come se fosse il titolare dell'azione, sul piano puramente formale, e cioè indipendentemente dall'affermarsi titolare del diritto che fa valere o dall'affermare codesto diritto come obbiettivamente tutelabile.

Di colui che formalmente si comporta come titolare di una eventuale azione, la legge — si è veduto — dice che può « stare in giudizio ». Ciò dice con la proposizione normativa (art. 75 1° comma c.p.c.) con la quale gli attribuisce la legittimazione processuale: sicchè non c'è dubbio che, come del resto si è già veduto, lo « stare in giudizio » significa esercitare in qualità di titolare, i poteri processuali. Questo tuttavia non esclude che, atteso il carattere sintetico di codesta formula, idonea ad esprimere globalmente ed unitariamente il comportamento del soggetto nel processo, il legislatore possa essersene servito anche per valutare sotto un altro profilo, ad es. quello della liceità, il comportamento del soggetto formalmente corrispondente all'esercizio dell'azione <sup>(154)</sup>.

Questa ipotesi, è, a mio parere, confermata da due ordini di considerazioni.

In primo luogo, poichè gli artt. da 91 a 96 c.p.c. si riferiscono genericamente all'attività processuale della parte e non solo specificamente a quella del titolare dell'azione, non sembra dubbio che ciò che da quelle norme si è desunto (*retro*, n. 5) rispetto alla valutazione di non illiceità, e cioè di liceità, del comportamento processuale del titolare dell'azione, anche infondata, vale anche con riguardo al comportamento di colui che

<sup>(154)</sup> In questa direzione trovo uno spunto che mi sembra assai importante, nel rilievo del CARNACINI, (*Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 698 nota 8 che la parte con il semplice fatto d'essere in giudizio, « è parte del tutto, sia dal punto di vista dinamico che da quello statico ».

semplicemente opera formalmente come se fosse o potesse essere titolare dell'azione.

In questo modo, la legge mostra di considerare il comportamento processuale del soggetto, oltre che sul piano dinamico (come attività), anche su quello statico, come comportamento formalmente corrispondente all'esercizio di un'eventuale azione<sup>(155)</sup>. Che ciò non consenta di parlare, a questo proposito, di diritto soggettivo, e neppure di un'altra meno definita situazione soggettiva composita, discende, a mio parere, dal rilievo che, come ho notato al termine del n. 5, anche rispetto all'azione la valutazione di liceità non sarebbe sufficiente se non avesse riguardo ad un comportamento qualificato sul piano sostanziale, ossia riferito all'interesse ad agire, come suo elemento materiale. Tuttavia, il fatto che la legge esprima il comportamento di cui ora si tratta con una formula che lo descrive in modo unitario, consente di precisare che la valutazione della sua liceità lo prende ormai in considerazione sotto un profilo diverso dal fatto che esso costituisce esercizio dei poteri processuali, e cioè sotto il profilo della mera *eventualità* che esso costituisca esercizio di un diritto soggettivo di azione. Non altrimenti, del resto, si potrebbe spiegare il fatto (che presenta la massima importanza per gli svolgimenti che seguiranno)<sup>(156)</sup> che la legge configura una responsabilità per le spese a carico o a favore del soggetto che sta in giudizio, indipendentemente dal fatto che abbia effettivamente esercitato un'azione. Ed infatti, codesta responsabilità, essendo coordinata al dato obbiettivo della soccombenza, — indipendentemente dall'elemento della col-

---

<sup>(155)</sup> Cfr. CARNACINI, *op. loc. ult. cit.* Come si vede, riservo il termine più generico « comportamento » per ciò che costituisce oggetto della valutazione statica, mentre riferisco quello più specifico di « attività » al comportamento valutato sul piano dinamico. Ed infatti la migliore dottrina usa il termine « attività » senza distinguerlo da « atto » (v. per tutti e anche per la critica alle opinioni diverse, CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 50). In questo ordine di idee, mi sembra appropriato dire *attività* per intendere « serie di atti ».

<sup>(156)</sup> V. oltre cap. II; n. 16, al richiamo della nota 44.

pa<sup>(157)</sup> — non troverebbe fondamento nei comuni principi in tema di responsabilità.

In questo modo, risulta già palese che quando la legge dice che un soggetto « sta in giudizio » in nome proprio, ciò dice non solo per esprimere che egli esercita i poteri processuali, ossia ha la legittimazione processuale, ma *anche* per esprimere che egli assume la posizione giuridica, valutata sul piano della liceità, corrispondente a quella della titolarità dell'eventuale azione, con tutte le conseguenze che ne derivano, compresa quella di fungere da punto di ricezione degli effetti degli atti, o legittimazione a ricevere gli atti stessi.

Questa conclusione trova una precisa conferma di ordine testuale attraverso l'esegesi, già compiuta (al n. 9), del 2° comma dell'art. 75 c.p.c., e dalla quale è emerso che la formulazione di quella norma costituisce la sintesi di due proposizioni, la seconda delle quali suona nel senso che il soggetto che non ha il libero esercizio del diritto che si fa valere può *stare in giudizio in qualità di rappresentato*, ossia in quella qualità che implica la legittimazione a ricevere<sup>(158)</sup> e che, proprio per questo motivo, ho chiamato: « *stare in giudizio col nome* » in contrapposizione con lo « *stare in giudizio con l'attività* ». Come si vede, la norma in esame, oltre che offrire una riprova testuale della duplicità di significato — poc'anzi posta in risalto (v. la nota 154) — della formula dello « stare in giudizio », offre anche la conferma che il secondo dei due significati — quello che ora viene in rilievo, vale a dire lo *stare in giudizio col nome* — si risolve essenzialmente nell'assolvere alla funzione tecnica di cui ora si tratta: quella di fungere da punto di ricezione degli effetti degli atti processuali, ossia di qualificare il soggetto come legittimato a ricevere codesti effetti<sup>(159)</sup>. E, naturalmente, è

(157) V. retro, nota 74.

(158) V. mie *Premesse generali*, cap. II, sez. III, p. 171 e ss. spec. nella definizione a pag. 198. Ma vedi anche, qui retro, note 137 e 149.

(159) V. la nota 123 in questo capitolo.

appena il caso di aggiungere che questa conclusione vale anche per l'ipotesi normale del 1° comma dell'art. 75, ove colui che sta in giudizio col nome è lo stesso soggetto che vi sta con l'attività.

Il solo caso di carenza di azione, che non si può fare rientrare nello schema di un comportamento formalmente conforme all'esercizio di un'azione è quello, sopra accennato, del convenuto che rimane inerte. Ma, a questo riguardo, mi sembra dimostrabile — e, d'altra parte, sufficiente per quanto mi propongo — che *anche del convenuto inerte si può dire che sta in giudizio col nome*. Ciò discende innanzi tutto dal rilievo che la legge (art. 101 c.p.c.) fa dipendere la possibilità di statuire sulla domanda (con efficacia nei confronti del convenuto) da ciò che il convenuto stesso, dopo essere stato affermato come destinatario della (comunicazione della) domanda, sia stato poi, in quanto tale, regolarmente citato, o sia comparso. Codesta regolare citazione (e lasciando da parte il caso della comparizione, che eliminerebbe il problema in discorso) costituisce, d'altra parte, il presupposto non solo per la dichiarazione di contumacia alla quale si riconducono determinate modalità per la validità di certi atti della parte costituita (ad es. notificazione al contumace delle comparse contenenti domande nuove) (art. 292 c.p.c.), ma, ciò che più conta, per la costituzione o per la modificazione di determinati poteri processuali che la legge non manca di conferire espressamente al convenuto inerte (ad es. quello di costituirsi, ai termini dell'art. 293 c.p.c.), con ciò dimostrando palesemente di considerare la presenza nominale del convenuto nel processo, nonostante la sua inerzia, come fondamento di una serie di situazioni processuali semplici (poteri, facoltà). E poichè queste situazioni possono modificarsi o estinguersi a seguito del compimento degli atti del processo <sup>(160)</sup>

---

<sup>(160)</sup> Si pensi al potere di costituirsi che viene a cessare per effetto della rimessione della causa al collegio (art. 293 c.p.c.). E si pensi anche agli effetti interruttivi che determinati eventi che colpiscono la parte contumace possono pro-

non è dubbia la conclusione che anche nel caso del convenuto inerte la legge fa dipendere dalla sua presenza nominale nel processo, ossia dal suo stare in giudizio col nome, la legittimazione a ricevere taluni effetti degli atti precessuali <sup>(161)</sup>.

12. 12. b) *Con riguardo alla ANORMALE attribuzione della legittimazione processuale ad un soggetto diverso da colui che sta in giudizio col nome. Funzionamento dello strumento rappresentativo nel processo sotto il profilo attivo e quello recettivo.*

È ora finalmente possibile esaminare da vicino il meccanismo col quale lo strumento rappresentativo funziona nel processo.

Poichè, a questo punto, è ovviamente necessario avere presente lo schema del funzionamento dello strumento rappresentativo in generale, e poichè, d'altra parte, ebbi già a dimostrare, a conclusione delle *Premesse generali* <sup>(162)</sup>, che il modo giuridico con cui quello strumento funziona nel processo non è, nei suoi elementi essenziali, diverso da quello col quale funziona fuori del processo, posso qui limitarmi ad alcuni succinti richiami circa i diversi schemi del funzionamento della rappresentanza in generale.

1) Determinate norme (legali o negoziali) che, con riguardo alla loro specifica natura o funzione, avevo definito strumentali-organizzatorie, conferiscono al rappresentante alcuni

---

durre in quanto siano notificati o certificati dall'ufficiale giudiziario (art. 300 4° comma c.p.c.). Su ciò v. GARBAGNATI, *In tema di interruzione del processo per fallimento dell'intervento coatto contumace*, in *Giur. it.*, 1949, I, 171.

<sup>(161)</sup> È appena il caso di mettere in rilievo che con questo riferimento alla presenza nominale nel processo anche del convenuto inerte non intendo minimamente riferirmi ad una ipotetica funzione attiva dell'inattività stessa (su ciò v. GIANNOZZI, *Note per un'indagine sull'inattività delle parti nel processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 53), ma semplicemente alla presenza (statica) nel processo in funzione recettiva.

<sup>(162)</sup> Pag. 250 e ss.

poteri, che sono propri di quest'ultimo, ma che si modellano interamente (ricalcando tutte le note delle rispettive fattispecie di comportamento) su poteri che spettano effettivamente (nel caso della rappresentanza volontaria), o che spetterebbero astrattamente (nel caso della rappresentanza legale) al rappresentato: sono cioè poteri *secondari* rispetto a quelli primari del rappresentato; questi offrono il modello a quelli e li condizionano <sup>(163)</sup>. Tali poteri secondari, in quanto siano esercitati con la *contemplatio* del nome del rappresentato, producono effetti, oltre che, ed eventualmente, in capo a terzi, in primo luogo sulla situazione giuridica del rappresentato stesso, la quale è *normalmente* quella statica e composita del diritto soggettivo (ma potrebbe anche essere diversa o addirittura mancare e così costituirsi *ex novo* con l'esercizio del potere) e che (sempre *in via normale*, e salve le eccezioni) è quella stessa che includeva il potere primario del quale quello secondario ricalca le note. Tra queste modificazioni è quella della costituzione di nuovi poteri (del rappresentato). Ad esempio, se Tizio, rappresentante di Caio, ha acquistato in nome di quest'ultimo, il fondo Corneliano, col farne acquistare la proprietà a Caio, determinerà in quest'ultimo il potere, ad esempio, di locarlo. Chè se, poi, per la legge o per la portata originaria della procura, o per effetto di una nuova procura, il potere rappresentativo di Tizio fosse tale da estendersi ad atti successivi, accadrebbe che nel momento stesso in cui, per effetto del primo atto rappresentativo, in Caio sorgesse il potere (primario) di locare il fondo Corneliano, sorgerebbe anche in Tizio il potere (secondario) riguardante codesta locazione.

2) Assai simile a questo schema è quello che riguarda gli effetti destinati ad investire un terzo, anche quando non opera la rappresentanza. In questo caso la caratteristica secondarietà del potere del rappresentante si manifesta soltanto nel fatto che esso equivale al potere primario del rappresentato nell'idoneità sua a produrre effetti in capo a quel determinato terzo.

---

(163) V. mie *Premesse generali*, n. 29 pag. 174 e ss.

3) Nei precedenti due schemi, lo strumento rappresentativo concerne l'aspetto propriamente attivo dell'atto; poichè il suo funzionamento è imperniato sulla *legittimazione attiva* del soggetto che compie l'atto, nel senso che il potere rappresentativo condiziona codesta legittimazione attiva.

Senonchè, il potere rappresentativo può talora condizionare la *legittimazione recettiva* o legittimazione a ricevere gli effetti dell'atto, così dando luogo ad uno schema di funzionamento dello strumento rappresentativo che concerne l'aspetto recettivo (degli effetti) dell'atto. Ciò accade quando, trattandosi di effetti destinati a prodursi in capo ad un terzo, in quanto il relativo atto (recettizio) sia compiuto nei confronti di codesto terzo, la legge equipara al compimento dell'atto nei confronti del terzo, il compimento del medesimo nei confronti del suo rappresentante, in modo che in questo caso la rappresentanza opera come lo strumento per mezzo del quale il terzo (rappresentato) riceve gli effetti dell'atto. In questi casi si suole parlare di *rappresentanza passiva* <sup>(164)</sup> o, meglio, *recettiva*.

4) Il funzionamento dello strumento rappresentativo nel suo aspetto recettivo, esaminato nello schema precedente, presuppone naturalmente la validità dell'atto e quindi l'attuazione di tutte le note della relativa fattispecie di comportamento. Ora, se si tiene presente che gli atti destinati a produrre effetti in capo ad un terzo sono per lo più costruiti come recettizi nei confronti di codesto terzo e che, d'altra parte, gli atti recettizi sono caratterizzati da ciò che la relativa fattispecie di comportamento non è realizzata (e quindi essi non sono validi) se non sono compiuti nei confronti del destinatario, ne deriva che quando la

---

<sup>(164)</sup> ROSENBERG, *Stellvertretung*, cit., p. 5 e ss.; HELLWIG, *System*, cit., I, pag. 210. Negli accenni compiuti nelle mie *Premesse generali*, cit., p. 213, mi riferivo anche alla possibilità di un fenomeno *diverso*, quello cioè della ricezione come esercizio di un autonomo potere; ossia come atto libero sul « se ». In questo caso anche la ricezione diviene un atto. Nel processo, un esempio di questo tipo si può forse ravvisare nella ricezione della copia dell'atto notificato.

legge equipara il rappresentante del destinatario (di un atto recettizio) al destinatario stesso, la qualità di rappresentante condiziona la validità dell'atto recettizio, ossia la sua idoneità a produrre qualsiasi effetto, prima ancora di condizionare la ricezione degli effetti destinati a prodursi in capo al terzo. In questo modo, anche la qualità di rappresentante del destinatario dell'atto entra nella fattispecie di comportamento propria dell'atto recettizio.

Si tratta ora di vedere, al lume dello svolgimento compiuto nei paragrafi precedenti, come questi diversi schemi di funzionamento dello strumento rappresentativo si adeguano alla tecnica del processo.

1) *Incomincio col primo schema che si potrebbe dire normale o in funzione attiva.* Col conferimento della procura, nei limiti dell'art. 77 c.p.c., oppure semplicemente in base a quelle situazioni — richiamate dall'art. 75 c.p.c. — per le quali, già nel campo sostanziale, la legge conferisce la rappresentanza legale e, ancora, la legge o gli statuti conferiscono la cosiddetta rappresentanza organica, il rappresentante acquisisce il potere di « stare in giudizio » in nome del rappresentato. E poichè questa ultima formula ha, come si è veduto (*retro*, n. 9), in primo luogo la funzione di esprimere sinteticamente la titolarità della serie dei poteri processuali, tanto che corrisponde alla formula della legittimazione processuale, si può dire che, col conferimento del cosiddetto potere di stare in giudizio, il rappresentante processuale acquisisce *in via secondaria* la titolarità della serie (ossia del primo e quindi, via via, di quelli che eventualmente sorgeranno in seguito) dei poteri processuali che spettano (o spetterebbero astrattamente, in caso di rappresentanza legale) in via primaria al rappresentato. Il rappresentante processuale acquisisce così il cosiddetto potere (*rectius*: la serie dei poteri) di stare in giudizio « con l'attività », ossia la legittimazione processuale, mentre il rappresentato — lo si è veduto al

n. 9 e al n. 11 — si limita a stare in giudizio « col nome », eventualmente col ruolo di titolare dell'azione.

Quanto alla ricezione degli effetti dell'esercizio dei singoli poteri rappresentativi processuali (tenendo presente che in questo primo schema si ha riguardo solo agli effetti che normalmente investono la parte che compie gli atti), il funzionamento dello strumento rappresentativo fa sì che codesti effetti investano la posizione giuridica processuale del rappresentato e cioè la sua azione o semplicemente il suo « stare in giudizio col nome » <sup>(165)</sup>. La investono nel senso che la modificano, nel momento stesso in cui modificano (o costituiscono o estinguono) le situazioni giuridiche processuali semplici — e in primo luogo i poteri — delle quali essa è composta (v. *retro*, n. 5 e n. 11). I nuovi poteri che sorgono come effetto del compimento degli atti da parte del rappresentante appartengono dunque allo « stare in giudizio » del rappresentato. Ma poichè quest'ultimo sta in giudizio soltanto col nome, e non anche con l'attività, le nuove possibilità di comportamento non sorgono, per lui, come poteri (primari) attuali, ossia esercitabili da lui <sup>(166)</sup>, ma semplice-

<sup>(165)</sup> Questa formula dello « stare in giudizio col nome » ha una funzione essenziale nel mettere in rilievo il funzionamento dello strumento rappresentativo nel processo. Ed infatti, poichè nella formula dello « stare in giudizio » convergono i due momenti soggettivi della dinamica processuale: quello attivo (*retro*, n. 7) e quello recettivo (*retro*, n. 11) e poichè il distacco tra lo « stare in giudizio con l'attività » e lo « stare in giudizio col nome » esprime proprio il distacco tra quei due momenti ossia la loro riconduzione a soggetti diversi; e poichè, infine, « stare in giudizio col nome » significa tenere o poter tenere nel processo il comportamento del titolare dell'azione, indipendentemente dalla sua esistenza; ne deriva che, secondo il sistema della legge, quando si dice che il rappresentato sta in giudizio col nome si esprime tutto il funzionamento del meccanismo rappresentativo nel processo civile.

Per questo significato tecnico del « nome ». V. gli autori citati alla nota 123, ove anche il rilievo della necessità che l'uso del nome non sia abusivo, che cioè non si tratti di « *Prozessieren unter falschen Namen* ».

<sup>(166)</sup> Mentre nel caso della rappresentanza legale si tratterebbe sempre ed in ogni caso di poteri configurati come riconducibili al rappresentato solo in via astratta, anche rispetto al caso della rappresentanza convenzionale occorre tener conto del fatto che l'attualità dei poteri processuali di parte presuppone che la « presenza » nel processo sia stata assunta direttamente con l'atto della costituzione in giudizio.

mente come modelli per altrettanti e corrispondenti poteri (secondari) del rappresentante. In questo modo, la legittimazione processuale di quest'ultimo che, come si è ricordato anche poc'anzi, consiste, all'inizio del processo, nella titolarità *attuale* del primo potere della serie dello stare in giudizio con la attività, nonchè nella titolarità *virtuale* dei poteri successivi della serie stessa, si viene svolgendo col graduale passaggio dalla virtualità all'attualità dei singoli poteri, via via che si svolge il processo.

Contemporaneamente si viene svolgendo lo « stare in giudizio col nome » del rappresentato o addirittura l'esercizio della sua eventuale azione. Si viene svolgendo attraverso un continuo gioco di rimbalzi: l'atto del rappresentante modifica la situazione processuale (statica) del rappresentato, per riflettersi subito sulla corrispondente situazione processuale secondaria (dinamica) del rappresentante: l'esercizio di quest'ultima opera poi come la precedente e così per tutto il corso del processo, al termine del quale sarà sempre il rappresentato ad avere acquisito in via primaria gli effetti dei singoli atti e ad acquisirne gli effetti definitivi, compresi quelli che si ripercuotono nel campo sostanziale <sup>(167)</sup>.

*Rispetto al secondo degli schemi di funzionamento dello strumento rappresentativo, poc'anzi ricordato, quello cioè che ha riguardo agli effetti che, anche indipendentemente dalla rappresentanza, si producono in capo ad un terzo, la tecnica dello strumento non è sostanzialmente diversa da quella finora esaminata. Ed infatti, premesso che nel processo i terzi destinatari*

---

<sup>(167)</sup> Queste conclusioni non sono affatto contrastate dall'art. 94 c.p.c. che prevede la possibilità, *quando sussistano gravi motivi* di una condanna nelle spese a carico del rappresentante. In questa norma il DE MARINI (*La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, p. 151) vuol vedere addirittura l'applicazione di un principio e la riprova che il rappresentante sta in giudizio, *in proprio*, anche se non *in proprio nome*. Ma che significa agire in proprio? Se non è la stessa cosa dell'« agire in proprio nome », non può significare altro che « agire nell'esercizio di poteri propri ». Quanto poi all'art. 94, esso si spiega con l'eccezionalità sua, posta in risalto dal riferimento ai « gravi motivi ».

degli effetti degli atti sono tutti gli altri soggetti del processo e cioè, oltre al giudice, l'altra parte (o le altre parti); e tenuto anche presente che, almeno nella maggior parte dei casi, gli effetti degli atti del processo si producono contemporaneamente in parte in capo al soggetto che li ha compiuti e in parte in capo agli altri soggetti del processo, la produzione di effetti in capo a questi altri soggetti non è che uno degli aspetti del medesimo fenomeno per il quale gli atti sono compiuti dal rappresentante, anzichè dal rappresentato. Di particolare, c'è solo il fatto che qui si ha riguardo agli effetti che si producono in capo all'altra parte *non rappresentata* in giudizio (salva s'intende, l'ipotesi che anche l'altra parte si serva dello strumento rappresentativo; nel qual caso si avrà il funzionare dello schema ora in esame, contemporaneamente con quello di cui passo ad occuparmi); perciò la ricezione degli effetti non avrà qui nulla di particolare rispetto al normale meccanismo veduto ai nn. 9 e 11.

*Il terzo degli schemi sopra richiamati* concerne l'aspetto *recettivo* della rappresentanza. Nel processo, la caratteristica di questo schema di funzionamento riguarda, oltre al fatto che ci si riferisce ad effetti destinati a verificarsi in capo all'altra parte (come nello schema precedente), il fatto che *lo strumento rappresentativo è utilizzato dall'altra parte, ossia quella legittimata a ricevere gli effetti, la quale se ne serve proprio per ricevere codesti effetti*: e cioè utilizzando il meccanismo per il quale l'atto compiuto nei confronti del rappresentante vale come se fosse compiuto nei confronti del rappresentato <sup>(168)</sup>.

In questo modo, la situazione si presenta in termini rovesciati rispetto a quelli del secondo schema. Chi compie l'atto è la parte che non si serve dello strumento rappresentativo (salva sempre l'ipotesi dell'operare contemporaneo dei due diversi tipi di rappresentanza, in quanto se ne servano l'una e

---

(168) Cfr. specialmente ROSENBERG, *Stellvertretung*, cit., p. 5 e ss. Questo Autore, con riguardo al carattere recettivo degli atti del processo, sostiene che la rappresentanza passiva dovrebbe avere addirittura un ruolo di primo piano nella figura della rappresentanza processuale (*op. cit.*, p. 31).

l'altra parte insieme); mentre gli effetti sono ricevuti dall'altra parte, ossia quella rappresentata.

Precisato ciò, il fenomeno che si verifica non è diverso da quello esaminato nel primo schema con riguardo alla ricezione degli effetti degli atti. Ed infatti, la particolarità qui sta nel fatto che lo strumento rappresentativo non opera con riguardo al compimento dell'atto, ma solo con riguardo alla ricezione dei suoi effetti, o meglio di una parte dei suoi effetti: quelli, cioè che concernono l'altra parte <sup>(169)</sup>. Anche qui, dunque, gli effetti in discorso — che sono sempre modificazioni (o costituzioni o estinzioni) di situazioni processuali semplici — investono la parte che si serve dello strumento rappresentativo, nel senso che operano senz'altro sull'azione, o sullo stare in giudizio col nome, *del rappresentato*. E anche qui, le modificazioni subite da questo « stare in giudizio col nome » si traducono subito, sul piano dinamico, in modelli di poteri (primari) per altrettanti e corrispondenti poteri (secondari) del rappresentante.

Quanto ai rilievi poc'anzi compiuti sotto il n. 4, si deve osservare che da essi non emerge affatto lo schema di un funzionamento dello strumento rappresentativo diverso da quello recettivo.

Quei rilievi sono tuttavia assai importanti e meritano già ora una segnalazione autonoma. Ed infatti, atteso che, nel processo, tutti gli atti di parte presentano la caratteristica di essere recettivi o quanto meno di dover essere comunicati o di dover essere compiuti in modo da potere essere conosciuti dalla controparte, ne deriva che quando lo strumento rappresentativo opera, nel processo, secondo lo schema recettivo or ora esaminato, la qualità di rappresentante nel destinatario dell'atto condiziona, prima ancora del meccanismo della ricezione degli effetti, la stessa validità dell'atto. Da ciò la conseguenza che,

---

<sup>(169)</sup> Si pensi, ad es. ad una impugnazione compiuta dalla parte rappresentata nei confronti dell'altra: i relativi effetti riguardano la parte rappresentata ed insieme l'altra.

nel processo, anche l'aspetto recettivo della rappresentanza assume rilievo sotto il profilo attivo.

A conclusione di questi svolgimenti si può dunque rilevare da un lato l'insufficienza della comune affermazione secondo cui la rappresentanza nel processo consente la produzione degli effetti in capo al rappresentato<sup>(170)</sup>; mentre, dall'altro lato, si può spiegare tecnicamente questo fenomeno. Si può, cioè, affermare che il funzionamento dello strumento rappresentativo nel processo civile va spiegato non come un fenomeno di straordinaria legittimazione ad agire<sup>(171)</sup>, ma come un feno-

(170) V. per tutti l'amplessima trattazione del ROSENBERG, (*Stellvertretung*, cit., spec. p. 919 e ss.), imperniata sul rilievo che l'attività del rappresentante processuale produce i suoi effetti in capo al rappresentato-parte. Rilievo, questo, che, come si è veduto, è certamente vero (a parte le precisazioni che verranno compiute riguardo alla qualità di parte che a mio parere spetta anche al rappresentante), ma che non penetra nel profondo della tecnica giuridica processuale in base alla quale si verifica il fenomeno in discorso.

Le stesse osservazioni valgono per gli autori citati alla nota 172.

(171) È questa la tesi sostenuta specialmente dal GABBAGNATI, (*La sostituzione*, cit., p. 174 e ss.) e dal BARBERO (*La legittimazione ad agire*, cit., p. 50). Per la sua critica tralascio di riportare qui le osservazioni già svolte con riguardo alla inaccettabilità della nozione dell'azione come potere, alla quale questa opinione si riconduce in quanto toglie ogni ragione di distinguere tra legittimazione ad agire e legittimazione processuale (retro, n. 6 e note 87, 94).

Qui mi limito ad aggiungere che questa teoria non offre la spiegazione di un funzionamento veramente processuale della rappresentanza. Ed infatti, quando si parte dal presupposto che il rappresentante sia titolare, sia pure in via straordinaria, di una propria azione, non si lascia margine per la partecipazione al processo del rappresentato al quale si toglie l'unico ruolo di titolare della eventuale azione. In questo modo non si spiega come possa avvenire in capo al rappresentato la ricezione degli effetti dell'esercizio dell'azione, se non fuori del processo, ossia già nel campo degli effetti sostanziali dell'azione. Ma così si delinea una rappresentanza *per mezzo del processo* e non *nel processo*, ossia una rappresentanza di tipo quasi romano-classico, e ci si pone comunque in contrasto col diritto positivo che attribuisce anche al rappresentato un ruolo processuale (art. 75, 2° comma).

Queste osservazioni valgono anche per la teoria del CARNELUTTI (*Istituzioni*, cit., I, n. 103, p. 99) sia pure limitatamente alla rappresentanza volontaria alla quale questo Maestro limita l'istituto della rappresentanza processuale, che per l'appunto spiega come un fenomeno di straordinaria attribuzione dell'azione ad una persona diversa dalla parte in senso materiale. Quanto, poi, al modo diverso col quale il CARNELUTTI spiega la rappresentanza processuale legale risolvendola nella figura della cosiddetta parte complessa, si veda quanto già osservato nelle note 111 e 124.

meno di straordinario distacco della legittimazione processuale dalla posizione di colui che, o come legittimato ad agire o a contraddire, o come presente nominalmente nel processo con la veste formale di chi esercita un'eventuale azione sua, o con quella del soggetto passivo di una eventuale azione altrui, è legittimato a ricevere i corrispondenti effetti degli atti processuali <sup>(172)</sup>.

---

Naturalmente il rigetto delle concezioni ora ricordate implica, a maggior ragione, il rigetto delle teorie, del resto ormai superatissime, con le quali talora si sostenne — specialmente allo scopo di fornire spiegazione dell'intervento adesivo — doversi ravvisare la figura della rappresentanza processuale ogni qual volta un soggetto agisce con riguardo ad un rapporto altrui. V. gli autori citati dal SENCI, *L'intervento adesivo*, cit., p. 159, e le critiche di questo AUTORE ai *loc. cit.*, e a p. 165, 166.

<sup>(172)</sup> La dottrina dominante, con la quale io concordo nel riconoscere la legittimazione processuale al rappresentante, e così nel distinguere il rappresentante dal sostituto, per il rilievo fondamentale che questo, e non il primo, è titolare dell'azione (v. ad es. ALLORIO, *Assicurazione e sostituzione processuale volontaria*, ora in *L'ordinamento*, cit., p. 267, v. anche i cenni del MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 114), non si preoccupa invece di ricondurre alla titolarità dell'azione la legittimazione a ricevere gli effetti degli atti.

Ciò si spiega in quanto la dottrina dominante opera essenzialmente con lo strumento del rapporto processuale e col concetto di parte inteso proprio come titolarità del rapporto processuale. Quest'ultimo, facendo capo al rappresentato, gli attribuirebbe la qualità di parte e sarebbe il punto di ricezione degli effetti dell'attività processuale del rappresentante. (Così CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, p. 245, 247; BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 98, 128; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 319; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 239; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 114; LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 136 e ss., 161; MONACCANI, *Legittimazione e azione*, cit., p. 381 e ss.; DI BLASI, *Rappresentanza in giudizio*, cit., p. 1104. Più attenuate, in relazione alle particolarità proprie del modo di intendere i concetti di parte e di azione, le posizioni del REGENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, n. 39, p. 161; e del SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 71 e ss.).

La dottrina straniera è nettamente orientata nel senso della dottrina dominante italiana (Cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., p. 207 e ss.; HELLWIG, *System*, cit., I, p. 184, 209 e ss.; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 123 e ss.; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 96 e ss.; LENT, *Zivilprozessrecht*, München und Berlin, 1949, p. 60; GUASP, *Derecho procesal civil*, cit., p. 190).

Anche la dottrina francese che, come è noto, è assai più libera dalle premesse dogmatiche sopra ricordate, riconduce la ricezione degli effetti processuali alla qualità di parte del rappresentato. (V. per tutti MOREL, *Traité élémentaire*, cit., p. 268 e ss.).

ENRICO PALEARI

*Professore incaricato di diritto privato comparato nell'Università di Urbino*

## LA NATURA DELLA SENTENZA CANONICA DI NULLITA' DI MATRIMONIO

(\*) Il presente studio che fa parte di una più ampia monografia avente per oggetto « *La doppia conforme del processo canonico di stato* » si propone di applicare i principi della giusprocessualistica moderna all'analisi del giudizio canonico di stato (matrimoniale). Il tentativo, attuato a fini comparativistici, non pretende di conseguire risultati di assoluta incontestabilità per quanto concerne il sistema dell'ordinamento canonico. Anzi, va fin d'ora anticipato, che in una sezione successiva del lavoro le conclusioni qui raggiunte saranno esaminate e discusse. Riteniamo tuttavia di dover raccogliere in questo breve saggio il complesso delle principali osservazioni fatte dai processualisti laici in merito al giudizio in questione, al fine di trarne le relative conclusioni. Il che, finora, non ci risulta essere mai stato tentato.



SOMMARIO: 1. La « *communis opinio* » e la sua giustificazione. — 2. La indisponibilità connessa con lo « *status* » matrimoniale e la conseguente presunzione ultraprocedurale di validità. — 3. Cause di « validità » e cause di « esistenza » di matrimonio. — 4. L'oggetto del processo canonico di stato matrimoniale in rapporto alla componente « inquisitoria ».

1. È nota la difficoltà di stabilire la natura dei giudizi di stato e in particolare quella del giudizio di nullità di matrimonio nel nostro diritto statale; ciò è provato dall'incertezza che ancora regna in suddetta materia nella nostra dottrina in cui è tuttora viva l'eco di famose polemiche <sup>(1)</sup>. Per quanto, invece, concerne il processo canonico di nullità, si osserva il prevalere assoluto ed incontrastato dell'opinione secondo la quale esso giudizio sarebbe di natura meramente dichiarativa. Una siffatta affermazione si fonda su diverse considerazioni e, prima fra tutte, sulla constatazione che l'attività del giudice nei giudizi « *de quibus* » si limita ad accertare il modo di essere di una realtà preesistente. Tale opinione, peraltro, non si preoccupa di dar ragione del come si produca una trasformazione a seguito della pronuncia che dichiarare la nullità del matrimonio, ma è evidente che essa postula che la trasformazione conseguente all'accertamento debba considerarsi del tutto indipendente ed estranea all'attività del giudice, ricollegandosi invece, come a sua diretta causa, alla disposizione legislativa la cui esistenza venne dal giudice accertata come applicabile nel relativo giudizio. In realtà un siffatto modo di vedere sembra

---

(1) Sulla natura del giudizio di stato nel diritto civile italiano v. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello, 1949, in cui si sostiene in linea di massima il valore meramente dichiarativo del giudizio di stato. Per l'opposta concezione, cioè per l'attribuzione a tali giudizi di carattere costitutivo v. CICU, *In difesa del titolo di stato*, *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pag. 285 e segg.

trovarsi in armonia con la natura del matrimonio canonico, il quale, essendo caratterizzato dalla nota della perpetuità, non può comportare che nullità di carattere insanabile, essendo chiaro che: o esso sorge fin dal suo inizio pienamente valido e come tale suscettibile di spiegare perpetuamente i propri effetti, o viceversa esso presenta, all'atto stesso della propria costituzione, un vizio previsto come dirimente, e in tal caso può in qualsiasi momento venire impugnato, non essendovi luogo — per il predetto principio — a possibilità alcuna di sanatoria per decorso del tempo o, comunque, per il verificarsi di altre eventuali circostanze, quali la cessazione dell'impedimento o del vizio che ne avrebbero ostacolato il valido costituirsi<sup>(2)</sup>. Risulta da ciò che l'oggetto del giudizio di nullità di matrimonio consisterebbe nell'accertamento della disformità

(<sup>2</sup>) Una sintetica e acuta puntualizzazione dal punto di vista comparativo della natura del giudizio di nullità di matrimonio nell'ordinamento statale italiano e in quello canonico è stata effettuata dello JEMOLO nel suo volume *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano, 1941, pag. 359 e segg. Il chiaro A. dopo aver ricordato che non sono mancati tentativi dottrinali intesi a distinguere anche nell'ordinamento canonico l'inesistenza del vincolo dalla nullità di esso, sostiene che la distinzione tra matrimonio inesistente e nullo « urta contro il fondamento stesso del diritto matrimoniale canonico ». Senonchè ci sembra di poter obiettare che il regime di indisponibilità a cui la disciplina assoggetta lo « stato » matrimoniale anche nell'ordinamento canonico rende assai problematica la tesi della natura meramente dichiarativa di tale giudizio, che pur discenderebbe dalle premesse dogmatiche dell'istituto. Il regime d'indisponibilità (adottato anche dall'ordinamento statale) ottiene l'effetto di equiparare il trattamento dei casi di nullità assoluta a quelli di nullità relativa, che come tali sussistono nella disciplina del matrimonio civile) riducendoli al denominatore comune della « annullabilità » (a sua volta però distinguibile in « insanabile » e in « sanabile ») con la conseguenza che il processo di nullità matrimoniale si debba considerare di natura costitutiva, indipendentemente dalla natura del vizio fatto valere. Siamo, peraltro, d'avviso che la distinzione tra inesistenza e nullità sia senz'altro sostenibile rispetto ad entrambi gli ordinamenti. Ma di ciò sarà espressamente trattato a suo luogo.

Per la natura costitutiva del giudizio di nullità di matrimonio nell'ordinamento italiano v. AZZARITI e MARTINEZ, *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice*, Napoli, 1940, pag. 602; CALAMANDREI, *Lineamenti del processo civile inquisitorio*, in *Studi Chioventa*, Padova, 1927, pag. 132 e segg.; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, pag. 63; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pag. 396; ZANZUCCHI, *Nuovo diritto processuale civile*, Milano, p. 152; Rocco (U.), *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1957, I, p. 288 e segg. Dove,

della fattispecie « *de qua* » dalla fattispecie negoziale tipica. Una tale opinione sembrerebbe trovare la propria ulteriore conferma nella concezione contrattuale del matrimonio canonico. E, per vero, ove il matrimonio fosse da equipararsi pienamente ad un negozio di diritto privato, non vi sarebbe difficoltà alcuna per l'accoglimento della tesi dominante perchè in tal caso ben si potrebbe dire che la sentenza, accertando una nullità che spiegherebbe i propri effetti « ipso iure », sarebbe da ritenersi senz'altro di natura meramente dichiarativa.

Ma è, peraltro, noto che ogni sindacato sulla validità del matrimonio è riservato alla competenza dell'autorità giurisdizionale, essendo sottratto nel modo più rigoroso alla disponibilità delle parti le quali hanno puramente il potere di richiedere al giudice l'accertamento della situazione in parola, donde la necessaria sussistenza di effetti precari.

2. Una siffatta constatazione solleva il problema circa il valore della presunzione di conformità a diritto di ciò che « *lato sensu* » potremmo chiamare il « titolo dello stato matrimoniale » <sup>(3)</sup>. Non può, infatti, negarsi che, dovendosi gli effetti della nullità dichiarata riferire all'atto costitutivo dello stato, questo ultimo, durante il periodo di tempo precedente alla pronuncia di nullità, pur essendo dotato di un'esistenza puramente esteriore, spiega tuttavia, almeno in apparenza, la efficacia giuridica che gli competerebbe. Cosicchè può dirsi che l'azione di nullità viene concessa al preciso scopo di consentire la rimozione della situazione apparente di cui l'interessato nega la conformità al precetto di legge. È ovvio allora che la sentenza dichiarante la nullità (della fattispecie costitutiva) dello stato, risolve quest'ultimo con effetto retroattivo; ed è per l'appunto su

---

tuttavia, il giudizio di accertamento costitutivo viene ridotto alla figura di giudizio di accertamento mero, secondo una concezione ormai ripudiata dalla prevalente dottrina.

(<sup>3</sup>) V. però circa l'opportunità di una tale espressione quanto forma oggetto della nota 4.

tale effetto che, manifestamente, la dottrina canonistica fonda un elemento di conforto per la propria tesi. Ma permane il fatto della indispensabilità dalla sentenza, in mancanza della quale il matrimonio, ancorchè nullo, continua a spiegare (sebbene in via precaria) i propri effetti in virtù di una presunzione di indiscutibile carattere ultra-processuale <sup>(4)</sup>. In genere l'elemento in virtù del quale sorge la presunzione in parola è l'atto di matrimonio (documento), sebbene a tale proposito sia appena il caso

(4) La situazione di indisponibilità dei coniugi nei confronti del vincolo da essi contratto, che costituisce la ragione della indispensabilità del ricorso all'autorità giudiziaria per la pronuncia della nullità, costituisce un fenomeno che può in qualche modo essere accostato alla figura dell'« apparenza di diritto » e al « possesso di diritto ». Ma, ad evitare i rischi insiti in più o meno giustificate analogie, è solo il caso di notare la ragione giuridico-sociale del fenomeno, accantonando ogni altra considerazione di carattere sistematico. Ci limiteremo, pertanto, a osservare che il consenso dei nubenti, nel quale, secondo la dottrina canonistica, si compendia l'essenza del matrimonio (quale atto costitutivo dello stato) consiste in una reciproca obbligazione che i nubenti medesimi non solo si rivolgono scambievolmente, cioè nei loro reciproci confronti; ma assumono anche di fronte alla Chiesa, intesa come comunità giuridica; la quale — anzi — attraverso il riconoscimento dell'avvenuto scambio dei consensi, sancisce l'unione, attribuendole il valore giuridico di « matrimonio ». Tale riconoscimento da parte dell'ordinamento è sempre esistito ed ha sempre costituito la base della « giuridicità » dell'istituto anche nell'epoca storica in cui il matrimonio si contraeva con il semplice scambio dei consensi tra i nubenti, senza il concorso di qualsiasi elemento formale che valesse a solennizzare il carattere pubblico dello scambio in questione. È quindi del tutto conseguenziale a quanto osservato che la comunità giuridica (Chiesa) nei confronti della quale i coniugi hanno assunto le obbligazioni costituenti l'essenza del vincolo, deve intervenire ogni qualvolta essi pretendano (concordemente o unilateralmente) che il vincolo contratto non si sia validamente costituito a causa dell'esistenza di un vizio dirimente, e che essi quindi non siano tenuti all'osservanza delle obbligazioni relative allo stato matrimoniale. Ecco pertanto come si giustifica il fatto che il vincolo gode di quella presunzione ultraprocessuale di validità che potremmo — se l'espressione non fosse un po' insidiosa — chiamare « apparenza di diritto » onde dar ragione del fatto che il matrimonio affetto da nullità, a differenza di quanto avviene per un mero negozio apparente, si presume conforme a diritto fino all'espletamento del giudizio di nullità che si conclude con la pronuncia dell'invalidità.

Osserviamo che — a parte la più o meno felice denominazione — la costruzione adottata evita possibili equivoci a cui danno luogo altre figure e denominazioni in uso come quelle di « titolo » dello stato per indicare l'atto (documento) di matrimonio.

Infatti è pacifico che — anche in mancanza di qualsiasi prova documentale « privilegiata » — ogni qualvolta la celebrazione non possa venire (o comunque

di precisare che esso — per sè — non sia dotato di alcuna speciale efficacia, più intensa di quella che compete ad una semplice prova, essendo per contro riservata una efficacia di natura propriamente costitutiva all'«atto» inteso come «celebrazione» di cui l'atto (documento) altro non rappresenta che una semplice certificazione. Dovendosi, tuttavia, in base all'esistenza dell'atto (documento) presumersi quella dell'atto (celebrazione), interviene l'ulteriore presunzione di validità che non può essere superata se non attraverso l'esercizio della specifica azione di nullità.

Così stando le cose, la tesi della natura meramente dichiarativa del giudizio canonico «*de quo*» sembra in apparenza contrastata dalla considerazione che il ricorso all'autorità giurisdizionale è richiesto in modo inderogabile allo scopo di ottenere la rimozione dello stato di fatto contrario a diritto. Appare, invece, del tutto contingente e pertanto irrilevante l'esistenza di un reale contrasto di opinioni circa la validità o meno del matrimonio; anzi va addirittura osservato che, in presenza del titolo (atto di matrimonio), non è nemmeno giuridicamente concepibile che taluno si faccia a richiedere l'accertamento della «va-

---

non sia) posta in discussione, ha sempre luogo il regime connesso con la indisponibilità. (Per alcuni interessanti rapporti del fenomeno considerato con fenomeni analoghi come l'apparenza e il possesso di diritto, v. l'opera del SALVI, *Il possesso di stato di figlio legittimo*, Milano, 1952, pag. 46 e segg.).

Ci sembra che il ragionamento fatto non possa considerarsi concluso senza osservare il carattere per così dire simmetrico dei controlli effettuati dall'ordinamento nei confronti del matrimonio. E, per vero, alla presunzione ultra-processuale derivante dall'indisponibilità, fa riscontro il controllo preventivo da parte dell'ordinamento, integrantesi nell'istituto delle c.d. pubblicazioni e nel corrispondente potere di opposizione. Cosicché può dirsi che la comunità giuridica, essendo intervenuta al momento della formazione del vincolo per garantire che le condizioni prescritte dalla legge a pena di nullità fossero rispettate, interviene successivamente per garantire l'assoluta conformità a giustizia della pronuncia concernente la validità del vincolo.

Da ultimo non sarà superfluo accennare alla perfetta coincidenza per l'ordinamento canonico degli impedimenti con le cause di invalidità, coincidenza che dà alla disciplina delle impugnazioni matrimoniali il carattere di una simmetria e di una completezza del tutto rigorose.

lità» del vincolo, quale rimedio ad un preteso stato di incertezza cagionato da affermazioni in senso contrario fatte dalla controparte.

Pertanto ci sembra di poter affermare che l'oggetto del giudizio di stato matrimoniale consista nell'accertamento del diritto alla risoluzione con effetto retroattivo dello stato coniugale, il quale effetto peraltro è conseguente all'accertamento della irrilevanza della fattispecie costitutiva di esso. Nel senso che presupposto del diritto è l'esistenza del vizio di legittimità dell'atto (impedimento).

Va osservato che alla concezione del carattere meramente dichiarativo del giudizio di nullità del matrimonio ha contribuito il fatto che l'impugnativa del vincolo originariamente costituiva l'esercizio di un pubblico potere, quale appunto risulta dalla fungibilità delle persone alle quali esso competeva in origine <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Si può in sostanza considerare l'originario potere di « *accusatio* » come un potere di denuncia che dava inizio ad un procedimento di tipo inquisitorio-criminale, sia pure caratterizzato da note particolari rispetto a quest'ultimo.

Una tale prospettiva è necessariamente da collegarsi con il carattere « oggettivo » del procedimento a cui si accenna nel testo, carattere che, tuttavia, se ottiene l'effetto di degradare il potere del soggetto agente alla stregua di un puro mezzo di informazione privo di alcun vero e proprio « *jus agendi* », si dimostra però influente circa la questione che ci interessa; e cioè circa la natura dichiarativa o costitutiva del giudizio « *de quo* ». Va tuttavia rilevata la più o meno consapevole tendenza degli autori a collegare il carattere meramente dichiarativo del giudizio di nullità col carattere di giurisdizione di diritto obbiettivo dello stesso. (V. FERRABOSCHI, *La natura dell'azione nel processo matrimoniale canonico*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 222 e segg.).

Vale quindi la pena di notare che la estrema delicatezza della ricerca in oggetto è da attribuirsi soprattutto alla complessa evoluzione storica cui andò soggetto il processo canonico (di stato) matrimoniale. L'intrecciarsi in esso di momenti pubblicistici e privatistici il cui rispettivo valore ha subito notevoli variazioni attraverso i secoli facendo prevalere di volta in volta aspetti diversi dello strumento processuale con cui il giudizio stesso si identifica: « *accusatio* », « *inquisitio* », « *actio* » contribuisce a proiettare notevole oscurità sull'attuale natura di esso e induce altresì a prendere in considerazione possibili divergenze esistenti tra la natura della tutela giurisdizionale oggetto del processo e la tecnica a cui il giudizio medesimo si informa.

Sull'evoluzione storica del processo matrimoniale v. FERRABOSCHI, *La natura dell'azione nel processo matrimoniale canonico*, cit.

Il processo pertanto acquistava un carattere di giudizio a contenuto oggettivo, autorizzando una concezione che continuò a perdurare anche quando l'accusa venne in seguito limitata ai coniugi, investendoli di una vera e propria legittimazione, e al Promotore di Giustizia nei casi particolari previsti dalla legge. Va peraltro osservato che l'espressione « *matrimonii accusatio* » ha avuto il merito di impostare rettamente la situazione litigiosa nei suoi reali termini, evitando di far apparire come legittimo contraddittore il coniuge che appare quale convenuto; e, per vero, il coniuge o i coniugi « accusano » (cioè impugnano) il vincolo, il quale, rappresentato dal Difensore del Vincolo, costituisce effettivamente il contraddittore legittimo. Va ancora rilevato che, sia che l'azione venga promossa dai coniugi, sia che venga promossa dal Promotore di Giustizia, il contenuto di essa non può variare. Essa deve sempre consistere nell'accertamento della esistenza del diritto (potestativo) alla risoluzione dello stato (con effetto retroattivo). La circostanza che il titolare dell'azione faccia valere un tale diritto nei confronti di coloro che normalmente dovrebbero essere i legittimati non può in alcun modo costituire elemento che valga a mutare l'oggetto del processo.

3. Poichè, come si è ricordato, la disciplina canonistica prevede per il matrimonio soltanto *cause* di nullità insanabili, la dottrina ha sempre ripudiato come inconferente la distinzione tra la categoria delle *cause* di nullità in senso proprio e quella dei motivi di inesistenza. È divenuto così indifferente, con riferimento ai giudizi « *de quibus* », parlare di nullità o di inesistenza. Tuttavia, in dottrina, non era mancato chi aveva sollevato la questione se non fosse opportuno parlare di « inesistenza » nei casi in cui si ravvisasse del tutto mancante la forma sostanziale, cioè « la figura » esteriore attraverso la quale si manifesta la fattispecie costitutiva dello stato, ovvero sia il c.d. « *matrimonium in fieri* » <sup>(6)</sup>. Va peraltro notato che in tale ipotesi non

(6) V. in particolare lo studio del FERRABOSCHI, *Nullità ed inesistenza del*

tanto si verifica una diversa intensità della causa dirimente, quanto la mancanza del presupposto sul quale si fonda il predetto fenomeno dell'« apparenza ». Infatti mancando la certezza relativa all'esistenza stessa della « fattispecie costitutiva » dello stato, viene conseguentemente a cadere quella presunzione di validità, cioè di conformità a diritto di essa fattispecie, che a sua volta fonda la presunzione di legittimità dello stato.

È strano che una così fondamentale considerazione sia sfuggita alla dottrina canonistica la quale — come si è più sopra osservato — non distingue l'ipotesi della insussistenza della fattispecie dalle differenti ipotesi di irrilevanza della stessa, giungendo anzi a negare qualsiasi valore sistematico e pratico a tale distinzione. Evidentemente la spiegazione di tale convincimento va ricercata nella radicata presunzione del carattere meramente dichiarativo del giudizio di nullità, verità questa che, a sua volta, si fonda sulla natura perpetua del matrimonio, che conseguentemente esclude l'ipotesi di nullità sanabili.

Ma è ovvio che un siffatto rilievo non può portare alle estreme conseguenze dianzi accennate, perchè il fenomeno dell'apparenza è del tutto distinto dal fenomeno della convalescenza del negozio annullabile (7). Va notato inoltre che, ove si dovesse aderire ad un così radicale punto di vista, resterebbe del tutto incomprensibile l'istituto della « *dissimulatio* » cui viene talvolta fatto ricorso in caso di matrimoni nulli, proprio facendo leva su quell'apparenza di diritto che è, invece, per definizione mancante nel caso della inesistenza in senso tecnico.

---

*matrimonio in diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1951, fasc. II, p. 1, pag. 414 e segg., dove viene tentata un'analisi sistematica della questione che viene, tuttavia, risolta nel senso di negare ad essa ogni valore pratico.

In senso opposto, ma in un ordine di idee del tutto generale v. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, pag. 61 e segg. in cui sono esposte considerazioni alle quali pienamente aderiamo ritenendole applicabili anche al campo particolare da noi studiato.

(7) In altre parole si verte sempre in tema di insanabilità a differenza di quanto avviene nella disciplina del matrimonio civile.

L'ipotesi della inesistenza del matrimonio, nel senso sopra indicato, per la estrema rarità del suo verificarsi, è stata solo assai fuggevolmente oggetto di considerazione della giurisprudenza; ma in un caso almeno in cui ci risulta essersi tale ipotesi verificata, può affermarsi che la tesi del carattere costitutivo del giudicato canonico di stato abbia ricevuto un'ulteriore conferma. Infatti la predetta sentenza (*S. Congregatio S. Offitii Bononien, Existentiae matrimonii*, Marsigli-Cantelli) che ha giudicato in merito ad una fattispecie in cui si discuteva circa la esistenza della celebrazione di un matrimonio in assenza di qualsiasi certificazione ad essa relativa, si è data carico di risolvere la questione se veramente, riguardo all'ordinamento canonico, si diano cause di esistenza di matrimonio siccome autonome e distinte da quelle di nullità. Si è già osservato che la dottrina non aveva sentito l'esigenza di trattare separatamente l'ipotesi del matrimonio nullo da quella del matrimonio non mai celebrato. E ciò sorprende se si pone mente che il matrimonio nullo ha avuto (fino all'atto della dichiarazione di nullità) una sua esistenza di fatto, dalla quale derivano pur sempre conseguenze non solo di mero fatto, ma altresì squisitamente giuridiche<sup>(8)</sup>, come le obbligazioni alimentari, la legittimità della prole in caso di matrimonio putativo, la « *inhabilitas ad agendum* » del « *coniux impedimenti causa* », ecc.. Ciò che comporta essere nettamente rilevabile una differente disciplina giuridica riguardo a un matrimonio celebrato (anche del tutto irritualmente, cioè invalido per vizio

(8) Ci sembra che questo sia veramente il *punctum crucis* di tutta la questione. E, cioè, quale valore e significato giuridico deve essere attribuito a quegli effetti che prendono il nome di « precari »? In conformità della *communis opinio* essi dovrebbero considerarsi circostanze di mero fatto, ma, come è noto, ciò non si verifica quanto meno per alcune categorie di essi, donde l'insorgere di gravi difficoltà. Esse, a quanto indirettamente risulta, verrebbero superate dalla opinione corrente col dire che il matrimonio dichiarato inesistente, in realtà non è mai esistito, *salvi quegli effetti dei quali è appunto questione*. Senonchè ci sembra che un tale modo di vedere pecchi di eccessiva... disinvoltura. E che l'Istituto della « *factio juris* » a cui viene fatto ricorso per dare un'adeguata spiegazione al complicato fenomeno, in verità raggiunga una spiegazione soltanto verbale, senza penetrare il reale significato della antinomia, che permane insoluta.

di forma) e riguardo invece ad un matrimonio della cui celebrazione per l'appunto si discute.

Come è stato rilevato dalla accennata sentenza, il regime processuale si manifesta diverso nei due tipi di controversie sotto importanti profili e in particolare per ciò che riguarda la proposizione con cui si contesta la lite, e quanto all'onere della prova. Nel caso infatti che taluno, di fronte all'affermazione di altri di aver con lui contratto matrimonio in determinate circostanze di tempo e di luogo, si faccia ad adire la via giudiziale, provocando l'altra parte a provare l'esistenza del preteso matrimonio, la formula della contestazione della lite sarà appunto: «... *an constet de existentia matrimonii in casu*». Inoltre non si farà ricorso al principio del « *favor matrimonii* » essendo il principio stesso (come già si è più sopra osservato) inerente all'esistenza, ancor che puramente formale, del vincolo.

Ad un siffatto giudizio non parrebbe in alcun modo contestabile la qualifica di giudizio di mero accertamento, rappresentando esso un classico esempio di « giudizio jactatorio » <sup>(9)</sup>, cosicchè il raffronto di esso con gli ordinari giudizi di nullità pone in risalto il differente carattere che ad essi compete. Caratteristico è in particolare — come si è rilevato — che, mentre nel giudizio di accertamento mero sussiste tra i coniugi una vera e propria contestazione circa la sussistenza dello « stato », contestazione in cui si sostanzia la c.d. « incertezza » in senso tecnico o extraprocessuale <sup>(10)</sup>, alla cui eliminazione è funzionalmente preordinato il giudizio di accertamento mero, nei casi, invece, delle consuete azioni di nullità, tale contestazione non ha necessariamente luogo, essendo giustificata la proposizione dell'azione dal divieto fatto alle parti di disporre circa una materia stretta-

<sup>(9)</sup> Confronta in proposito la c.d. « *Jactitation of marriage* » nel diritto inglese (v. in generale CHESHIRE, *Private International law*, Oxford, 1948, pag. 446 e segg.; WOLFE, *Private international law*, Oxford, 1948, pag. 80, nota 3).

<sup>(10)</sup> Circa i concetti di « incertezza » extraprocessuale e di « incertezza processuale » cfr. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, pagg. 42 e 43.

mente riservata alla disciplina del pubblico potere, con la ovvia conseguenza che la incertezza risulterà di natura puramente interna, e cioè processuale, e non costituirà un dato rilevante agli effetti della qualificazione di tale processo.

Le considerazioni da noi brevemente svolte ci sembrano ormai sufficienti per autorizzarci a classificare il giudizio concernente il matrimonio nullo, ma celebrato, — alla stregua dei principi della moderna scienza processualistica — come un giudizio di accertamento costitutivo. E, per vero, esso consiste nell'accertamento di una situazione, affermata dall'attore, situazione che conferisce all'attore stesso, qualora accertata come esistente, il diritto di veder risolto con effetto retroattivo lo stato che solo in apparenza gli compete. La sentenza pertanto, mentre accerta il diritto della parte, al tempo stesso vi dà attuazione, producendo l'effetto risolutivo retroattivo corrispondente all'accertamento conseguito. Può dirsi, cioè, implicito nella funzione del processo « *de quo* » il significato specifico di restaurazione rispetto ad una preesistente situazione antiggiuridica. Invece, secondo il concetto tradizionale della dottrina canonistica ci pare (come dianzi accennato) che si intenda far conseguire all'accertamento della situazione dirimente l'effetto della nullità in modo del tutto automatico, « *ope legis* ». In sostanza la « *communis opinio* » sembrerebbe coincidere con quella teorica di alcuni processualisti moderni secondo la quale la sentenza costitutiva si ridurrebbe in realtà a sentenza dichiarativa, in quanto l'effetto conseguente all'accertamento non sarebbe riferibile alla sentenza, ma semplicemente e direttamente alla disposizione legislativa. Senonchè, a parte la sostenibilità di una tale opinione che appare assai scossa in seguito alle severe critiche ad essa apportate <sup>(11)</sup>, ci sembra che la stessa prassi canonica sia in netto contrasto con una simile impostazione. E per vero,

---

(11) Sui giudizi costitutivi v. CHIOVENDA, *Istituz. cit.*, I, pag. 178; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, pag. 145; REDENTI, *Diritto proc. civ.*, I, cit., pag. 22; SATTA,

anche ove sia stata pronunciata altra autonoma sentenza accertante la sussistenza di un impedimento dirimente, come nel caso di invalidità di battesimo di uno dei coniugi, non per questo potrebbe affermarsi l'automatica nullità del matrimonio contratto in violazione dell'impedimento (*disparitas cultus*); ma è bensì necessario che si faccia luogo a un successivo giudizio di nullità matrimoniale il quale, sebbene possa essere esperito nella forma sommaria in quanto relativo ad una nullità fondata su documento certo, non potrà però in alcun modo venir dispensato. Tanto basta per escludere che la risoluzione dello stato (con effetto retroattivo) debba ricollegarsi alla situazione sostanziale precedente invece che alla sentenza. Al contrario è proprio l'accertamento giudiziale della situazione antiggiuridica preesistente che integra lo strumento indispensabile attraverso il quale viene attuato il diritto del richiedente. Tale situazione, concretantesi in un impedimento al valido costituirsi del vincolo, non può in alcun modo non essere considerata come fonte del diritto (potestativo) che la sentenza contemporaneamente accerta ed attua. Tale costruzione ci sembra essere confortata dal meccanismo della disposizione che priva il coniuge « *impedimenti causa* » della legittimazione ad agire. Anzi a nostro avviso, anzichè parlare di carenza di legittimazione sarebbe il caso di parlare di carenza stessa del diritto in conseguenza del principio romanistico: « *quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire* » <sup>(12)</sup>.

*Dir. proc. civ.*, Padova, 1957, pag. 209; MICHELI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., pag. 61 e segg. Nella dottrina germanica v. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozess*, I, Leipzig, 1903, pag. 232; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932, pagg. 60 e segg.

(12) Chi, viceversa, considera il giudizio di stato come meramente dichiarativo è costretto a meno semplici e convincenti concezioni. Senza intendere qui di dare conto di tutta la ricca letteratura canonistica in proposito all'« *ius accusandi matrimonium* » per il che rimandiamo a GRAZIANI, *Giurisprudenza della S. R. Rota in tema di ius accusandi matrimonium*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1941, p. 376 e 1942, p. 22, 76 e 115, notiamo come sia del tutto inaccettabile (almeno per il diritto canonico attuale) la concezione del FERRABOSCHI secondo cui il divieto in parola costituirebbe una causa di indegnità a denunciare (v. FERRABOSCHI, *La*

Sembra opportuno rilevare che la difficoltà nel qualificare esattamente la natura del giudizio di stato trae origine dalla stessa natura giuridica di tale concetto il quale implica l'esistenza di uno stato di fatto, che acquista significato di diritto in quanto tragga origine da una particolare fattispecie costitutiva. Il considerare la sentenza « *de qua* » come meramente dichiarativa è un errore dovuto alla mancata considerazione specifica dello stato matrimoniale; il quale esiste accanto alla propria fattispecie costitutiva, la cui effettiva rilevanza costituisce il contenuto più evidente e, per così dire, caratteristico, del processo di nullità di matrimonio, ma non lo esaurisce, dovendosi considerare come vero contenuto della sentenza il comando diretto a ripristinare la situazione indebitamente immutata attraverso un effetto risolutivo retroattivo e cioè mediante la eliminazione dei c.d. effetti precari <sup>(13)</sup>.

---

*azione nel processo matrimoniale canonico*, cit., p. 246). Risulterebbe, infatti, del tutto incompatibile con la qualifica di denunciante il potere di impulso processuale spettante alla parte nonché la sua facoltà di rinuncia agli atti del giudizio. Tutto ciò conforta la convinzione che il coniuge sia veramente parte nel giudizio matrimoniale; il che dovrebbe piuttosto indurre a considerare la predetta disposizione inibitrice come una misura riflettentesi sul c.d. interesse ad agire in applicazione nel noto brocardo: « *Nemo auditur alligans propria turpitudinem* ».

(13) L'effetto costitutivo consiste infatti non tanto e non solo nel rendere palese ciò che tale non era, ma piuttosto in una vera e propria *eliminazione degli effetti precari*.

In proposito ci sembra lecito osservare che, a parte ogni possibile approfondimento circa il reale valore degli « effetti precari », la mera sussistenza di essi si renda manifestamente incompatibile con l'attribuzione della qualifica di inesistente all'atto considerato. Ciò trova la sua giustificazione nella concezione che vede nel fenomeno della eliminazione degli effetti precari una situazione perfettamente analoga al verificarsi della condizione risolutiva nel negozio condizionato, mentre a sua volta la declaratoria di nullità assoluta (inesistenza) troverebbe il più perfetto riscontro nella mancata verifica della condizione sospensiva. In altre parole la divergenza tra le due figure sarebbe da ricercarsi nel contrario presupposto sotto cui ciascuna di esse è considerata dall'ordinamento: la validità per l'una, l'invalidità per l'altra. (V. per la esauriente messa a punto di tale delicata disamina l'opera del CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, specialmente pagg. 45-53).

4. A conclusione dei sintetici rilievi fatti nelle pagine che precedono non può mancare un'osservazione di carattere estrinseco, ma a nostro avviso indispensabile per poter valutare la portata della questione con maggiore obiettività e completezza. Non si può, per vero, dimenticare che l'elaborazione del tipo di processo c.d. costitutivo è conquista della scienza giusprocessualistica che risale a poco più di mezzo secolo, mentre le concezioni al lume delle quali si è formata la dottrina canonistica risalgono ad una origine remota nella quale, in definitiva, l'accertamento era considerato sinonimo di attività giurisdizionale, in contrapposto all'attività esecutiva o amministrativa.

Sarebbe quindi forse meno grave il divario tra le due concezioni qualora si dovesse giungere alla conclusione che la dottrina canonistica, allorchè sostiene la tesi della mera natura declaratoria del giudizio « *de quo* » intende qualcosa di meno preciso di quanto i giuristi laici sono soliti oggi esprimere con tale locuzione. Del resto, come si è già brevemente osservato, la natura del giudizio di nullità matrimoniale ha costituito, anche nell'ambito della dottrina laica, un argomento di particolare delicatezza. È così che, ancora recentemente, si sosteneva da parte di una autorevole dottrina, che si potessero distinguere nell'ambito di esso ipotesi di nullità assoluta e ipotesi di annullabilità, con la conseguente discriminazione di azioni meramente declaratorie e di azioni costitutive di nullità matrimoniale<sup>(14)</sup>. Al lume dell'odierna sistematica sembra invece più corretto considerare tutte le cause (motivi) di nullità di matrimonio nell'ordinamento statale italiano come appartenenti alla categoria della annullabilità e distinguerli in cause di annullabilità sanabile e di annullabilità insanabile.

Ma ciò che costituisce il « *proprium* » del giudizio di stato così nell'ordinamento canonico come negli ordinamenti dei principali paesi è il carattere inquisitorio che a tali giudizi com-

(14) BUTERA, *Codice civile italiano, commentato*, Torino, 1939, pag. 193.

pete in virtù del pubblico interesse alla conformità a giustizia delle relative decisioni <sup>(15)</sup>. Sarà quindi sul piano comune della componente inquisitoria, intesa come momento contrapposto a quello della disponibilità dei rapporti contenziosi, che andrà ricercato il più valido criterio di comparazione tra i due analoghi giudizi appartenenti ai rispettivi ordinamenti; sia pure non dimenticando che tale profilo ideale di indagine non potrà prescindere dalle ulteriori implicazioni che inevitabilmente accompagnano la conversione del momento sostanziale in quello processuale e che quindi non costituiscono per sè una nota caratteristica del processo da noi qui studiato.

In conclusione ci sembra di dover affermare che l'aver inquadrato, come si è tentato di fare nelle pagine precedenti, il giudizio canonico di nullità matrimoniale nel campo delle coordinate giusprocessualistiche della dogmatica attuale non possa rappresentare che un primo, provvisorio risultato inteso a permettere di scrutare in profondità quelle immanenti esigenze razionali che si celano sotto l'assiomatica evidenza della intuizione e che è preciso compito della scienza portare alla luce traendole dal dominio di una pratica tanto più ermetica quanto più permeata dalla empirica spontaneità che costituisce una forza elementare della umana natura.

Solo allora molti principii che ci sembrano incerti e nebulosi potranno essere chiariti in modo tale da poterli portare « *ad consequentias* » per usare una felice espressione adottata (in senso negativo) da un chiaro giurista proprio a proposito del principio del doppio grado <sup>(16)</sup>. E, come sempre avviene attra-

---

<sup>(15)</sup> Sul processo inquisitorio v. soprattutto CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in « *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda* », Padova, 1927, pagg. 133 e segg.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, pagg. 695 e segg.; CAPPELLETTI, *Principio dispositivo e interrogatorio della parte*, Estratto dagli *Annali della Università di Macerata*, Milano, 1959, pagg. 1-77.

<sup>(16)</sup> REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, pag. 388.

verso una razionale sistemazione delle regole empiriche sarà possibile vagliare la legittimità e la portata precise dell'applicazione delle regole stesse, rendendo agevole la soluzione di delicate questioni, oggetto di dispute talvolta altrettanto sterili quanto interminabili e accanite. Così, per scendere al concreto, solo attraverso un tale approfondimento del grado di commensurabilità dei due sistemi, potremo renderci conto della legittimità di quella così discussa disposizione della legge concordataria che, imponendo al giudice della delibazione di una sentenza di nullità di matrimonio preconcordatario il sindacato sulla c.d. « causa ammessa », dà per scontata la possibilità di porre su di un medesimo piano le due categorie di cause appartenenti ai due diversi ordinamenti <sup>(17)</sup>. Ma un approfondimento del genere deve spin-

(17) Circa la letteratura sulla c.d. « causa ammessa » si fanno le seguenti segnalazioni precisando che l'interesse scientifico del tema trascende di gran lunga quello meramente pratico di disposizione transitoria.

VASSALLI, *Il foro civile e il foro ecclesiastico nella questione di nullità dei matrimoni preconcordatari*; CAPALTI, *La procedura per la trascrivibilità della nullità canonica in matrimoni preconcordari*, *Foro it.*, 1931, p. 900; ZACCHI, *L'art. 22 L. 27 maggio 1929 n. 847: trascrizione di sentenza dichiarativa di nullità di matrimonio religioso preconcordatario*, *Dir. eccl.* 1932, pag. 551; CAPALTI, *Quali nullità ecclesiastiche producono effetti civili nei matrimoni preconcordatari*, *Foro it.*, 1933, I, pag. 1706; FALCO, *Sentenze ecclesiastiche di annullamento di matrimonio preconcordatario e cause di nullità ammesse dal codice civile in Giurisprudenza it.*, 1933, I; BERNARDINI, *Sulla clausola « per una causa ammessa anche nel codice civile » dell'art. 22 della legge 27 maggio 1919 n. 847, con particolare riguardo al vizio di consenso originato da violenza o timore grave*, *Dir. eccl.* 1933, pag. 407; SAVALDI, *L'esame della Corte d'appello nella trascrizione di sentenze ecclesiastiche che dichiarano la nullità di matrimoni preconcordatari*, *Foro it.*, 1933, I, pag. 972; SINOPOLI, *Ancora sulla controversia relativa all'applicabilità dell'art. 23 della legge 27 maggio 1929, n. 847*, *Dir. Eccl.*, 1934, pag. 48; FUNAIOLI, *La corrispondenza della causa di invalidità del matrimonio canonico e civile preconcordatario*, *Annali diritto comparato*, 1936, fasc. III; LESSONA S., *Ancora sulla causa di nullità matrimoniale ammessa anche dal codice civile*, *Foro it.*, 1939, I, 481; PETRONCELLI, *Ancora sul concetto di « causa ammessa anche dal c.c. » in Dir. publ.*, a. 1947, pag. 232; NAPPI, *Sull'esercizio delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimoni preconcordatari*, *Monit. trib.*, 1947, p. 118; DELLA ROCCA, *Ancora sui limiti di applicabilità dell'art. 22 della legge 27 maggio 1929, n. 847*, *Dir. eccl.*, 1950, pag. 874; SPINELLI, *Ancora degli effetti sul matrimonio civile della dichiarazione di nullità di matrimonio canonico preconcordatario*, *Arch. ric. giurid.*, 1950, p. 398; GISMONDI, *Ragioni sostanziali ed elementi formali nella interpretazione dell'art. 22*

gersi assai lontano per consentire di abbracciare un campo sufficientemente vasto così da poter comprendere i principi dei due diversi ordinamenti e le premesse implicite dei rispettivi sistemi giuridici a cui essi si ispirano.

Pensiamo dunque che solo attraverso una approfondita penetrazione della natura del processo costitutivo inquisitorio, considerato come strumento inteso a dirigere l'iniziativa dell'interessato a favore di esigenze di pubblica utilità, sia possibile pervenire alla risoluzione di quelle divergenze che a prima vista sembrano insuperabili e destinate a scoraggiare ogni sforzo diretto verso il tentativo di una convincente unificazione concettuale dei due sistemi e soprattutto dei rispettivi strumenti di tecnica processuale. In definitiva, quindi, il quesito che ci interessa consiste in uno studio comparativo degli strumenti giurisdizionali in relazione alla situazione sostanziale ad essi sottoposta in vista del raggiungimento di un determinato scopo. Come si è avuto modo di intuire attraverso i cenni contenuti nel presente paragrafo, è necessario anzitutto sgombrare il terreno dalle rappresentazioni empiriche — che pure si sono dimostrate utili nella costruzione pratica — per poter acclarare la precisa natura dei fenomeni; e una volta chiarita la fenomenologia, cercare di spiegarla in funzione delle categorie ideologiche proprie di ciascun ordinamento,

---

*legge matrimoniale, Foro it.*, 1951, I, pag. 632; COCCHETTI-MONTESANO, *Discussione sull'art. 22 legge 27 maggio 1929, n. 847*; PUGLIATTI, *Interferenza tra «metus» e simulazione nel matrimonio canonico, Dir. eccl.*, 1951, pag. 441.

È assai significativo osservare che tra tutti i commenti e gli studi di dottrina riguardanti la disposizione dell'art. 22 legge matrimoniale a proposito della c.d. «causa ammessa» solo uno abbia sollevato la questione pregiudiziale della effettiva comparabilità delle due categorie di cause.

Trattasi dell'interessante ed acuto saggio del Pugliatti sopra citato nel quale viene assai giustamente rilevato che tale confronto deve superare il criterio approssimativo suggerito da un ingenuo empirismo, e ricercare la sua giustificazione in un approfondimento della categoria concettuale di «causa» così da consentire di rilevare le analogie e le differenze che il concetto in parola assume nei due differenti sistemi giuridici in relazione anche ai principi processualistici. Il grave quesito è appena delineato; ma ciò non toglie che la geniale impostazione dell'illustre Giurista si presenti feconda di interessanti ed utili sviluppi in ordine ai quali ci riserviamo in più opportuna sede di effettuare qualche modesto tentativo.

tenendo, peraltro, sempre presenti i dati positivi, ad evitare il pericolo di arbitrio tanto insidioso in tentativi del genere. Da una indagine ispirata ai predetti criteri ed accorgimenti pensiamo non sia vano sperare in qualche risultato che consenta di rendere più chiari i rapporti tra diritto e processo nell'ambito della categoria dei c.d. « stati ». È intuitivo, infatti, che il quesito circa i limiti della « doppia conforme » del processo « *de quo* » non apparirà che un corollario in seno al più ampio rapporto accennato. Dopo di che vale ancora la pena di rilevare che mai, come nel settore considerato, le interazioni tra diritto e processo appaiono talmente intense e determinanti, così da poter costituire un campo di manovra ideale per quelle dottrine che vedono nel diritto processuale il momento caratteristico della stessa « giuridicità » in un ordinamento di tipo autoritario come quello che si identifica con lo Stato moderno e, senza alcun dubbio (anzi *a fortiori*) anche con l'organizzazione giuridica della Chiesa Cattolica.

FRANCO PASTORI

*Professore ordinario di istituzioni di diritto romano  
nell'Università di Urbino*

**LA GENESI DELLA *STIPULATIO* E LA MENZIONE DELLA  
*BONA FIDES* NELLA *LEX DE GALLIA CISALPINA* CON  
RIFERIMENTO ALL'*ACTIO EX STIPULATU* (\*)**

(\*) Il presente studio compare negli *Studi in onore di Emilio Betti*.

17. *Studi Urbinati*, 1957-1958.



SOMMARIO: 1. Autonomia storica e giuridica della *stipulatio* rispetto alla *sponsio*, con riguardo: a) alla tutela; b) alla funzione; c) alla forma. — 2. Genesi della *stipulatio*: le fonti. — 3. Dottrina e appunti critici. — 4. *Fides, bona fides e fidepromissio*. — 5. La *stipulatio* come negozio dello *ius gentium* e la *Lex de Gallia Cisalpina*. — 6. Recezione della *stipulatio* nello *ius civile* e sua sistemazione nel contratto *verbis* accanto alla *sponsio*.

1. Sebbene il tema sia stato trattato per lo più incidentalmente, tuttavia, non trova contrasti in dottrina la tesi della derivazione della *stipulatio* dalla *sponsio*, nel senso che tali negozi rappresenterebbero diverse fasi di evoluzione di uno stesso istituto: un ampliamento della *sponsio*, infatti, avrebbe determinato l'affermarsi della *stipulatio* <sup>(1)</sup>.

Tale opinione si fonda, ovviamente, sulle analogie che la *sponsio* e la *stipulatio* presentano nel diritto classico, invece, trascurando le rilevanti anomalie che inducono a considerare tali istituti autonomi da un punto di vista storico.

Certamente non può disconoscersi il parallelismo del regime classico della *sponsio* e della *stipulatio* nel profilo del contratto *verbis* e del negozio astratto, ma al di là di tale parallelismo, le differenze sono evidentissime e sono tradite dalla stessa trattazione gaiana <sup>(2)</sup> la quale, pure ricomprendendo gli istituti nel contratto verbale, separa la *sponsio* da tutte le forme di *stipulatio*, avvertendo espressamente che l'analogia della loro regolamentazione giuridica non deve fare pensare a un processo storico di derivazione, essendo la *sponsio* tipico negozio dello *ius civile*, mentre la *stipulatio* è negozio *iuris gentium*.

---

<sup>(1)</sup> Cfr., per tutti, BIONDI, *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano (1953), pag. 283 sg.

<sup>(2)</sup> Cfr. *Gai* 3, 92/93.

a) Si pensi anzitutto alle formalità religiose peculiari della *sponsio* al suo sorgere e estranee alla *stipulatio*, la quale non ha come premessa, al contrario della *sponsio*, la comunità religiosa tra i contraenti. La *sponsio* si foggì nel primitivo *ius civile*, in cui fu recepita tramite le consuetudini dello *ius sacrum*.

La primitiva impostazione religiosa della *sponsio* risulta dalla stessa terminologia *spondere*, analoga al greco *σπενδειν*, che significa libagione, offerta di libagione o rito sacro <sup>(3)</sup>: etimologia richiamata da *Gai* 3, 93 <sup>(4)</sup> e da *Festo* <sup>(5)</sup>.

Atto religioso appare la *sponsio* nelle sue applicazioni al diritto internazionale: mancando un comune diritto, la sanzione degli impegni tra popoli discende dalla norma religiosa, per la quale ciascun popolo si vincola verso le proprie divinità. Le promesse tra popoli sono sanzionate dal *foedus* e dalla *sponsio* internazionale, istituiti i quali presentano un sostrato comune e rappresentano inizialmente un modo di impegnarsi verso lo *ius sacrum*. Al pari della *sponsio* dello *ius civile*, la quale perde il carattere religioso, essendosi in tale ordinamento sostituita la sanzione giuridica al vincolo assunto prima dallo *spondens* verso la divinità <sup>(6)</sup>.

Anche la *sponsio* quale appare nello *ius civile* conserva in alcune sue applicazioni traccia del rituale religioso che alle origini, evidentemente, ne costituiva la sola sanzione, mantenendosi per inerzia storica e quale rafforzamento della tutela giuridica. Sopravvivenza del rituale religioso della *sponsio* nell'ambito dello *ius civile* si rinviene nella *sponsio* usata nella

<sup>(3)</sup> Cfr. FORCELLINI, v. « *spondere* »; LEIFER, *BIDR.*, 44 (1936-37), p. 163; KASER, *Das Atröm.* « *Ius* », p. 256 sgg. e MACDELAIN, *Essai sur les origines de la « sponsio »*, Parigi (1934), pag. 56 sgg.

<sup>(4)</sup> « ... *At illa verborum obligatio DARI SPONDEO? SPONDEO adeo propria civium romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse* ».

<sup>(5)</sup> « *Verrius... sponsum et sponsam ex Graeco dictam ait, quod interpositis rebus divinis faciant* » (329).

<sup>(6)</sup> Cfr. MACDELAIN, *op. cit.*, pag. 98 sgg.

promessa di matrimonio <sup>(7)</sup> e nella *voti sponsio* <sup>(8)</sup>, applicazioni certamente antichissime dell'istituto.

Se si esaminano i caratteri della *sponsio* nell'ambito dello *ius sacrum*, è agevole notare il parallelismo con quelli che essa presenta nello *ius civile*, ciò che rivela la recezione dallo *ius sacrum* operata da tale ordinamento.

Anzitutto la *legis actio sacramento*, la più antica delle *legis actiones* descritteci da Gaio e di evidente formazione consuetudinaria essendo fondata sull'autodifesa, appare un compromesso tra le norme dello *ius civile* e le norme dello *ius sacrum*: alla *legis actio*, ossia l'azione derivante dalle XII Tavole, si aggiunge il *sacramentum*, ossia una sanzione religiosa alla quale si accompagna una *sponsio*. E la *sponsio* è nella *legis actio sacramento* atto impegnativo che sta al di sopra del rapporto litigioso e che vincola le parti in modo analogo al giuramento, cui verosimilmente la *sponsio* è subentrata.

La stessa concezione dell'*actio in personam* può ricollegarsi all'idea dell'impegno personale, tanto accentuata nell'ambito dello *ius sacrum*, sia per quanto concerne il giuramento, sia per quanto concerne la *sponsio*. La violazione dell'impegno religioso pone capo all'*impietas* e, in epoca più antica, alla sacralità, ossia a situazioni che investono la persona dell'inadempiente e possono avere per conseguenza la morte. Anche qui può agevolmente riscontrarsi il parallelismo tra le conseguenze dell'ina-

(7) Cfr. *Festo* 329, nonchè l'espressione « *Di bene vortant* », invocazione che appare sovente nella promessa di matrimonio (*Plaut. Aulul.* 255, 260, 271, 272; *Trin.* 571, 1155). Sempre nell'ambito di una sanzione religiosa deve considerarsi la *nota censoria*, la quale, oltre l'*actio ex sponsu*, tutelava la promessa di matrimonio e più che all'obbligazione civile, aveva riguardo all'impegno religioso contratto con gli sponsali.

(8) La *voti sponsio* genera un impegno religioso, come risulta da *Cic. leg.* 2, 16, 41: « *Voti sponsio qua obligamur deo. Poena vero violatae religionis* ». Cfr. anche *D.* 50, 12, 2 pr.; *Ser. Aen.* 5, 699; *Macrob.* 3, 2, 6; *Virg. Buc.* 5, 80 e *Turpilius (Non.* 277). L'inadempimento dell'impegno religioso derivante dalla *voti sponsio* è designato con l'espressione *religio violata*, l'inadempiente diviene *impius* e l'*impietas* si presenta come sostituzione e attenuazione dell'antica sacralità.

dempimento dell'impegno religioso e le conseguenze cui pone capo l'inadempimento nell'ambito dello *ius civile*: l'*actio in personam*, infatti, nelle estreme conseguenze pone capo all'esecuzione sulla persona. E, del pari, la consegna dello *sponsor* nella *sponsio* internazionale nel caso della sua violazione, trova riscontro nella *noxae deditio* conseguente al delitto dello *ius civile*: in entrambi i casi la consegna dell'inadempiente o del colpevole ha la funzione di spezzare ogni legame con la comunità cui appartengono, la quale evita in tal modo di solidarizzare con loro.

L'impegno religioso derivante dalla *sponsio* reca in sè il vincolo della persona, come già appare dalla stessa terminologia *religio* che deriva da *religare*, la quale pone in risalto un legame magico-religioso: così *religio iusiurandi* denota il legame derivante dal giuramento e sono, inoltre, eloquenti le espressioni *vinculum religionis*, *religione obligare*, *obstringere*, *obnectere*, *exolvere* <sup>(9)</sup>, nonchè il verso di Lucrezio <sup>(10)</sup> « *religionum nodis animum exolvere* ».

Appare verosimile ritenere che la giurisprudenza nel foggare la terminologia *obligatio* con riguardo al vincolo cui la *sponsio* metteva capo nell'ambito dello *ius civile* — rilevante è che l'*obligatio verbis*, ossia l'*obligatio* derivante dapprima dalla *sponsio*, sia della categoria *obligatio* la figura più risalente — abbia fatto riferimento alla terminologia e ai concetti propri dello *ius sacrum* <sup>(11)</sup>.

Nell'ambito dello *ius sacrum* la *sponsio* si compie con un cerimoniale religioso, ossia con la pronuncia di una formula solenne idonea a vincolare lo *spondens* alla divinità; nell'ambito dello *ius civile*, abolito il cerimoniale religioso, la *sponsio* si

<sup>(9)</sup> Cfr. Cic. *Verr.* 4, 41; Cic. *Leg.* 2, 16, 41; Tacit. *Ann.* 3, 24; Lucr. 2, 614; Tibull. I, 2, 79.

<sup>(10)</sup> Cfr. I, 1931.

<sup>(11)</sup> Sul tema cfr. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano (1959), pag. 61 sgg.; 158 sgg.

estrinseca nella pronuncia di parole solenni (*spondes? spondeo*) impegnative per il loro riconoscimento giuridico. Quanto alla sanzione, mentre la *sponsio* nello *ius sacrum* pone capo all'*impietas* e alla sacralità, nello *ius civile* la *sponsio* trova tutela nel processo organizzato della *civitas* il quale, al pari delle sanzioni religiose, ha quale oggetto la persona che ha assunto il vincolo.

È, dunque, assai probabile — e, ancor più, sembrerebbe rappresentare il solo elemento sicuro riferibile alla primitiva fase di evoluzione dell'istituto <sup>(12)</sup> — che la *sponsio*, dopo essere stata regolata da norme religiose, sia stata accolta per via consuetudinaria nei *mores* dello *ius civile* e abbia poi ottenuta sanzione legislativa ad opera delle XII Tavole, nelle quali le consuetudini si trasferirono. In altre parole si opera nella *sponsio* la sostituzione della sanzione delle norme religiose con la sanzione derivante dalle norme giuridiche: le XII Tavole recano traccia di tale sostituzione, ove esse accolgono la norma per cui « *quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset* », ove mantengono talune regole dello *ius sacrum*, come quelle concernenti il giuramento e la sacralità <sup>(13)</sup>. Del pari probante è nelle leggi la riserva secondo cui le stesse non possono sancire qualcosa in contrasto a ciò che è *sacrosanctum* <sup>(14)</sup>.

b) Se le formalità religiose della *sponsio* primitiva la fanno apparire negozio autonomo rispetto alla *stipulatio*, le differenze tra tali istituti risultano ancor più di fronte alla considerazione della loro funzione.

Lo *stipulatio*, come bene risulta dai formulari riferiti da Gaio <sup>(15)</sup>, adempie a una funzione promissoria — talvolta idonea a costituire garanzia — ponendo capo agli effetti obbligatori del contratto classico, di cui rappresenta una figura tipica.

<sup>(12)</sup> Cfr. PASTORI, *op. cit.*, pag. 47 sgg.

<sup>(13)</sup> Cfr. *Cic. off.* 3, 31 e *XII Tab.* VIII, 21.

<sup>(14)</sup> Cfr. *Val. Prob.* 13; *Cic. Balbo* 14, 33; *Cic. Caec.* 33, 95.

<sup>(15)</sup> Cfr. *Gai* 3, 92.

Considerazioni analoghe possono naturalmente farsi nel sistema classico anche per la *sponsio*, ma notevoli sono gli indizi i quali inducono a ritenere che la riduzione a contratto tipico sia il punto di arrivo di un'evoluzione di detto istituto, in origine preordinato a funzione più vasta.

Fra gli elementi sicuri della struttura primitiva della *sponsio* debbono porsi, come si è detto, le formalità religiose. Qualche Autore<sup>(16)</sup> ha creduto di identificare la *sponsio* col giuramento. Se simile identificazione deve escludersi<sup>(17)</sup>, non si può invece contestare il parallelismo tra *sponsio* e giuramento, il quale già appare dalla comune sanzione religiosa.

Come il giuramento, anche la *sponsio* si fonda sui *verba*<sup>(18)</sup>, ossia richiede la pronuncia di parole solenni, nelle quali tali istituti si immedesimano, posta l'efficacia non solo dichiarativa, ma costitutiva dei loro formulari in ordine agli effetti cui essi si indirizzano<sup>(19)</sup>.

Se il giuramento era nell'antichità mezzo diffuso per contrarre impegni, non si deve dimenticare che l'ambito di applicazione della *sponsio* era inizialmente amplissimo e tale da consentirne l'accostamento allo schema del moderno contratto<sup>(20)</sup>.

L'applicazione della *sponsio* ai rapporti internazionali quale mezzo idoneo per concludere trattati e la sua analogia col

(16) DANZ, *Der Sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, Jena (1857), pag. 142 sgg. e, da ultimo, MACDELAIN, *op. cit.*, pag. 98 sgg.

(17) Da un lato, deve considerarsi la forma dialogica della *sponsio*, mentre il giuramento è monologo con la divinità e, dall'altro, anche ammettendo come si assume da una parte della dottrina che la *sponsio* fosse anticamente accompagnata da un giuramento, questo ne rappresenterebbe solo l'elemento sanzionatorio e sarebbe, invece, esclusa l'identificazione dei due istituti: allo stesso modo che il *foedus*, pure comportando un giuramento, non può in questo identificarsi, come bene appare dalla narrazione liviana, in cui il giuramento risulta essere solo una delle complesse formalità richieste per il *foedus*.

(18) Per la rilevanza costitutiva dei *verba* negli antichi istituti, cfr. PASTORI, *op. cit.*, pag. 55 sgg.

(19) Per i vari tipi di giuramento e per i relativi formulari, cfr. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma (1886), pag. 30 sgg. e MACDELAIN, *op. cit.*, pag. 163 sgg.

(20) Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pag. 21 sgg.

*foedus*, il quale fondava la sanzione sulla forza vincolante del giuramento, offre un altro argomento allo scopo di affermare il parallelismo tra quest'ultimo e la *sponsio*.

*Sponsio* e giuramento vengono a porsi addirittura sullo stesso piano nella promessa delle *operae* fatta dal liberto al patrono: lo schiavo in procinto di essere manomesso promette con giuramento — per carenza di capacità giuridica non potrebbe lo schiavo impegnarsi di fronte allo *ius civile* — di prestare le *operae* al patrono e, divenuto libero, egli ripete tale promessa indifferentemente con altro giuramento oppure con una *sponsio* <sup>(21)</sup>.

Per l'avvicinamento della *sponsio* al giuramento si pronunciano esplicitamente le fonti, come appare dalla frase di Isidoro « *sacramentum est pignus sponsionis* », dalle parole di Paolo Diacono « *consponsor coniurator* » e dall'inciso del S.C. *de Bacchandilibus* « *neve post hac inter sed coniurase neve comvovise neve conspondise neve compromisise velet* ».

Ma più che al giuramento promissorio — come si pronuncia la dottrina che vuole la *sponsio* derivata dal giuramento — la *sponsio* deve avvicinarsi al giuramento assertorio, ossia al tipo più antico di giuramento il quale risponde alla intrinseca natura dell'istituto, di cui le altre figure si presentano come estensioni della sua funzione tipica: l'asserzione solenne della verità di un determinato fatto, sanzionata dal richiamo alla vendetta divina <sup>(22)</sup>. L'espressione *iusiurandum*, idonea a ricomprendere tutte le figure di giuramento, non pare molto risalente: essa, pure ponendosi in relazione con lo *ius sacrum* e la relativa sanzione religiosa, non rileva la intrinseca sacralità, che è elemento peculiare del giuramento nella sua struttura tipica <sup>(23)</sup>. Inteso in tale tecnica accezione il giuramento deve ac-

<sup>(21)</sup> Cfr. D. 38, I, 3 pr.; 5; 7 pr.; 15, I; 22 pr.; 23 pr.; 24, 37 pr. ecc.

<sup>(22)</sup> Cfr. Festo (L.) 422; Cic. *de off.* 3, 31, 111.

<sup>(23)</sup> Livio 22, 38, I distingue tra *iusiurandum* e *sacramentum*, riferibile il secondo all'antichissimo giuramento con cui i militari si assoggettavano al comandante.

costarsi al *sacramentum*, ossia la pronuncia solenne e costitutiva per la quale la persona è vincolata — mediante la *sacratio capitis* — alla verità dell'asserzione: il *sacramentum*, di conseguenza, si viene a porre come la figura più antica di giuramento.

Se si esamina ora la *sponsio* in antiche applicazioni, le quali riecheggiano la sua natura primitiva, si può notare che essa non presenta la struttura di negozio primissorio, ma reca in sè un contenuto di garanzia, ponendosi lo *sponsor* garante della sua asserzione dell'esistenza di una certa situazione, sottratta peraltro per quanto attiene il verificarsi alla sua sfera di autonomia.

Traccia di tale concezione può vedersi nel significato dell'espressione *praestare*, cui si riattacca la *sponsio* in peculiari casi. *Praestare* denota lo « star garante » e, così, *custodiam praestare* indica la garanzia offerta dal custode. Similmente le espressioni *praestare dolum*, *culpam*, *diligentiam*, *evictionem* designano lo « star garante » per un evento atteso e *debitorem se esse praestare*, *heredem se esse praestare*, *habere licere praestare*, *ius fundi deterius factum non esse*, *liberum praestare*, puntualizzano lo « star garante » per una asserzione e la relativa responsabilità per il caso che la stessa vada delusa.

Tale concezione è riferibile alla *sponsio*, come risulta dagli antichissimi formulari, usuali nella vendita di schiavi, per cui il venditore mediante *sponsio* <sup>(24)</sup> asseriva « *servum sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse, fugitivum non esse, noxae solutum esse* », circostanze queste ovviamente estranee alla sfera di autonomia dello *spondens*, per le quali egli si poneva solo come garante dell'asserzione: si tratta infatti di qualità obiettive del *servus* alle quali non può ricollegarsi un comportamento dello *spondens* per quanto assiene il loro verificarsi.

Considerazioni analoghe debbono farsi per la *sponsio* il cui

(24) Cfr. *Ulp. D.* 21, 2, 31.

oggetto sia una condizione giuridica <sup>(25)</sup>, oppure si riferisca genericamente a un fatto che « si farà » <sup>(26)</sup> o che « non si farà » <sup>(27)</sup>, oppure alla promessa dell'*habere licere* <sup>(28)</sup>, alla promessa del fatto dell'erede <sup>(29)</sup>, di un terzo <sup>(30)</sup> e, ancora, volta a assicurare che « *dolum malum abesse afuturumque esse* » <sup>(31)</sup>. Sullo stesso piano debbono porsi anche la « *cautio ratam rem dominum habiturum* » <sup>(32)</sup>, la « *cautio damni infecti* » <sup>(33)</sup>, « l'*operis novi nuntiatio* » <sup>(34)</sup> e il « *vadimonium* » <sup>(35)</sup>.

Evidenti sono, pertanto, le analogie della *sponsio* risalente col giuramento assertorio, analogie avvalorate dalla presenza della *sponsio* nella *legis actio sacramento*, cui inoltre si riattacca il più recente *agere per sponsonem* <sup>(36)</sup>. Forse non è azzardato ritenere che il monologo con la divinità in cui si estrinseca il giuramento sia stato preso a modello per il dialogo in cui consiste la *sponsio*. In definitiva, sia la *sponsio* che il giuramento assertorio partecipano di una tipica concezione dello *ius sacrum* da cui traggono la sanzione. Entrambi gli istituti si fondano sul valore costitutivo dei *verba*, i quali si estrinsecano nell'asserzione di un fatto per la cui veridicità lo *sponsor* e il giurante incorrono in un rischio personale.

Muove da qui il comune contenuto di garanzia della *sponsio* e del giuramento che si manifesta nell'idea dello « star garante ».

Ne deriva che nella prima fase di evoluzione, quando la

<sup>(25)</sup> Cfr. D. 47, 6, 3 pr.

<sup>(26-27)</sup> Cfr. D. 45, I, 137 § 7; D. 18, 7, 6 pr.; D. 40, I, 9; D. 29, 5, 3 § 15.

<sup>(28)</sup> Cfr. D. 45, I, 3 pr.; D. 45 I, 38 pr.

<sup>(29)</sup> Cfr. D. 45, I, 49 § 2; 83 pr.; 85, 3; 133; 122, 2.

<sup>(30)</sup> Cfr. D. 45, I, 4 § 1; D. 46, 8, 3 pr.

<sup>(31)</sup> Cfr. D. 45, I, 39 § 13; 83 pr.; 121 pr.

<sup>(32)</sup> Cfr. D. 46, 8.

<sup>(33)</sup> Cfr. D. 39, 2.

<sup>(34)</sup> Cfr. D. 39, I, 12.

<sup>(35)</sup> Cfr. *Gai* 4, 184-186 e D. 2, 5, 3.

<sup>(36)</sup> Il più antico processo romano, cfr. *XII Tab.* 3, *Cic. Mil.* 27, 74, *Arnob. adv. gent.* 4, 16, era impostato sul « *vindicias dicere* » e sul « *sacramento provocare* ».

*sponsio* è regolata dallo *ius sacrum* e si modella sul giuramento assertorio, uniformandosi alla concezione dello « star garante » per una situazione di fatto obiettiva, il vincolo dello *sponsor* non pone capo a un impegno per il futuro, ma ha il carattere dell'immediatezza.

L'immediatezza del vincolo del primitivo *sponsor* trova riscontro in un carattere analogo degli istituti dello *ius civile*, successivo al superamento del diritto religioso: gli istituti che interessano l'economia dello scambio, come la *mancipatio*, la *in iure cessio* e il *nexum* non creano, infatti, vincoli per il futuro, ma sono costitutivi di situazioni immediate.

L'applicazione della *sponsio*, inoltre, non è limitata all'ambito patrimoniale, ma è assai più vasta, come appare dall'uso della *sponsio* negli sponsali, dalla *sponsio* votiva, dalla *sponsio* internazionale e dalla *communis rei publicae sponsio*.

La risalente funzione della *sponsio* è, dunque, quella di vincolare la persona in ordine a un impegno immediato di qualunque contenuto, patrimoniale e non patrimoniale: tale concezione trova riscontro nella risalente accezione dell'*actio in personam*, ossia di azione contro la persona per un vincolo assunto, indipendentemente da un *oportere* patrimoniale. La struttura della *legis actio sacramento in personam* non reca la menzione dell'*oportere*, ma solo impone l'accertamento della verità dell'asserzione dell'attore in ordine a una situazione giuridica, di cui egli si afferma garante. Questo non esclude che la *legis actio sacramento* sia servita per la tutela del credito, ma ciò riguarda uno sviluppo giuridico: rilevante è invece la struttura di tale azione, in origine consona a una funzione più vasta. Probabilmente avvalorare gli impegni derivanti dalla *sponsio*: questo potrebbe essere il motivo per cui in epoca storica la *sponsio* ha finito per entrare a far parte dello stesso formulario della *legis actio*.

Nella primitiva fase di evoluzione non può, quindi, vedersi nella *sponsio* una figura contrattuale, posto che il suo am-

bito di applicazione è più vasto di quello del contratto, non limitandosi ai rapporti patrimoniali nè ai rapporti privati. Non può vedersi nella *sponsio* una fonte di *obligatio*, posto che lo *sponsor* non promette il proprio contegno, ma si pone come garante per la veridicità di un evento asserito. Non può la *sponsio* ricondursi ad alcun contratto tipico, posta la sua atipicità strutturale e funzionale. Si è detto che nella *sponsio* primitiva può vedersi lo schema del contratto moderno che si risolve in una proposta e in un'accettazione: ancor più può essa avvicinarsi alla moderna accezione generale del negozio giuridico.

Se la *stipulatio* che nel diritto classico è contratto tipico fonte di *obligatio* tende nelle trattazioni della giurisprudenza a porsi a fondamento di tutto il sistema contrattuale e nella pratica a tale contratto si ricorre per novare le obbligazioni derivanti da altri contratti tipici, è chiaro che essa riecheggia un regime risalente alla *sponsio*, avanti la sua ricomprensione nel sistema classico dei contratti.

c) Nel diritto classico *sponsio* e *stipulatio* sono avvicinate nel profilo del contratto *verbis*, ma in realtà tale concezione è tipica della *sponsio*, mentre si può dire entri in crisi proprio col sorgere della *stipulatio*.

La necessità di spiegare come sia sorta l'idea che dai *verba* potesse sorgere l'*obligatio*, riporta alla *sponsio*, la quale era *conceptio verborum* nel più genuino e tecnico dei significati. In generale l'efficacia costitutiva dei *verba* si afferma nei negozi più antichi<sup>(37)</sup>, dei quali sancisce il valore impegnativo: il diritto classico conosce senza dubbio una concezione di *obligatio verbis*, ma essa non è che il residuo storico di una concezione tecnicamente affermatasi nella primitiva fase di evoluzione della *sponsio*.

La concezione tecnica di *obligatio verbis* denota l'*obligatio* che trae origine dai *verba*, i quali hanno valore costitutivo in

---

(37) Cfr. PASTORI, *op. cit.*, pag. 55 sgg.

ordine al prodursi dell'effetto giuridico e sono per tale effetto elemento necessario e sufficiente. Di fronte a tale concezione non vi è posto per una considerazione causale, in quanto essa, al pari del consenso, è assorbita dai *verba*.

Il diritto classico, per la verità, sembra affermare tali principi in ordine alla *stipulatio*: così Pomponio<sup>(38)</sup> definisce la *stipulatio* come « *verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit* »; Gaio<sup>(39)</sup> afferma che « *verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione* »; Paolo<sup>(40)</sup>, contrapponendo alla *stipulatio* la locazione-conduzione, si esprime « *quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur* ».

Ma, in realtà, al di là delle riferite affermazioni di principio, la concezione di *obligatio verbis* è scolorita e superata dal regime positivo.

Il superamento classico della genuina concezione di *obligatio verbis* avviene in seguito alla considerazione del consenso e della causa nella *stipulatio*.

Indicativa della tendenza classica è l'opinione di Sesto Pedio riferita da Ulpiano<sup>(41)</sup> per la quale la *stipulatio* « *verbis fit* », ma tuttavia « *nisi habeat consensum nulla est* ». Vemuleio afferma<sup>(42)</sup> che la *stipulatio* richiede il consenso dei contraenti e così si pronunciano Paolo<sup>(43)</sup> e Papiniano<sup>(44)</sup>. A tali concezioni classiche si riattaccano la nota costituzione di Leone<sup>(45)</sup>, la quale abolisce la *sollemnitatis verborum* della *stipulatio* e la riforma giustiniana<sup>(46)</sup> che sposta definitivamente il fulcro della *stipulatio* dai *verba* al consenso. E analogamente si nota nel di-

(38) Cfr. D. 45, I, 1 § 1.

(39) Cfr. 3, 92.

(40) Cfr. 45, I, 35 § 2.

(41) Cfr. D. 2, 14, I § 3.

(42) Cfr. D. 45, I, 137 § 1.

(43) Cfr. D. 45, I, 83 § 1.

(44) Cfr. D. 2, 15, 5.

(45) Cfr. *Codex* 8, 37 (38), 10.

(46) Cfr. *Inst.* 3, 15, I.

ritto classico un processo di emersione nella *stipulatio* della causa, intesa, come rapporto sostanziale cui si indirizza la volontà delle parti nella conclusione del negozio, processo che si compie attraverso successivi sviluppi di pensiero della giurisprudenza ed è parallelo a quello per cui il consenso assume sempre maggiore rilievo rispetto ai *verba* <sup>(47)</sup>.

La concezione genuina di *obligatio verbis* è riscontrabile, invece, nella *sponsio* preclassica, quale appare dalle XII Tavole; qui è ancora operante una tipica concezione dello *ius sacrum* per cui i *verba* hanno efficacia vincolante e costitutiva del rapporto. I *verba*, lungi dall'essere qui il mezzo per manifestare il consenso e, dunque, la forma negoziale, sono lo stesso negozio. Non vi è la possibilità di distinguere i *verba* dal consenso, poichè la volontà si immedesima nella parola e appunto da simile concezione hanno origine le norme delle XII Tavole nelle quali è scolpito il valore, non solo impegnativo, ma costitutivo della parola: « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto* » <sup>(48)</sup>; « *Uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* » <sup>(49)</sup>. Si deve poi considerare che la *sponsio*, nelle XII Tavole, è tutelata dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, nella quale l'*oportere* del convenuto veniva affermato di fronte alla constatazione delle parole rituali richieste dalla *sponsio*, indipendentemente da ogni valutazione del consenso e del rapporto causale <sup>(50)</sup>.

Ci si potrebbe chiedere come si sia passati dalla tecnica risalente concezione di *obligatio verbis*, per la quale l'*obligatio* sorge come effetto della *conceptio verborum*, alla concezione classica per la quale i *verba* si vengono a porre in relazione al consenso e alla determinazione causale.

Pensare che la giurisprudenza si sia posta nell'orientamento

<sup>(47)</sup> Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pag. 277 sg.; 340 sgg.

<sup>(48)</sup> VI, I.

<sup>(49)</sup> V, 3.

<sup>(50)</sup> Cfr., per tutti, BETTI, *Diritto romano. Parte generale*, pag. 454 sgg.

di valutare il consenso come disgiunto dalla parola, ritenendo questa solo il mezzo idoneo per manifestarlo, in seguito a affinamento delle concezioni giuridiche, pare argomento estremamente generico. Si tratta, invece, di vedere in che modo si sia posto concretamente quel problema e per quale pratica necessità la giurisprudenza abbia cercato di risolverlo.

Di fronte allo *ius civile* in epoca risalente dovette apparire senza dubbio irrilevante la distinzione della parola dalla volontà: al significato magico e costitutivo della parola che dallo *ius sacrum* si trasfuse nello *ius civile*, si aggiunge qui ad avvalorare tale concezione un criterio di autoresponsabilità privata: in un ambiente economico in cui il rapporto contrattuale è limitato, si svolge tra cittadini e tra pochi, anzi, ossia tra i *patres familias*, non dovette neppure concepirsi che chi pronunciava la parola *spondeo* potesse, in realtà, non far coincidere la parola alla volontà.

Un problema del genere dovette, invece, necessariamente porsi sul terreno dello *ius gentium* e proprio a proposito della più antica forma di *stipulatio*, ossia la *fidepromissio*: avvenendo questa tra persone che parlavano lingue diverse<sup>(51)</sup>, dovette assumere rilevanza pratica il problema di considerare l'eventualità che le parti non si intendessero, ossia non apprezzassero esattamente il valore delle reciproche dichiarazioni, ossia della rispondenza dei *verba* al consenso e alla determinazione causale.

Ma proprio qui ha inizio il superamento della genuina concezione di *obligatio verbis* e da qui si sviluppa la concezione classica di *obligatio verbis* per cui la *conceptio verborum* non è più costitutiva dell'*obligatio*, ma quale forma negoziale è richiesta per la manifestazione del consenso. Al di là dunque delle affermazioni di principio nel diritto classico non rimane che il residuo della genuina concezione di *obligatio verbis*.

(51) Cfr. *Gai* 3, 92-93 e *Ulp. D.* 45, 1, 1, § 6.

2. Posta, dunque, l'autonomia storica della *sponsio* rispetto alla *stipulatio* — autonomia che si manifesta nella struttura, nella forma negoziale e nella funzione — ci si deve ora chiedere come sia sorta la *stipulatio*.

Le fonti, tarde rispetto al sorgere dell'istituto, non fanno luce sull'argomento. Di scarso aiuto è Gellio (4, 4): « *Qui uxorem ducturus erat, ab eo unde ducenda erat stipulabatur eam in matrimonium iri; qui ducturus erat itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsoniumque dicebatur sponsalia. Tum qui spondebat quae promissa erat, sponsa appellabatur: qui sponderat ducturum sponsus, sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, cui stipulatur, ex sponsu agebat* ».

Il testo rivela che l'atto tipico con cui si compivano gli sponsali era la *sponsio* e il rapporto trovava la sua tutela in una *actio ex sponsu*. In tale applicazione la *sponsio* appare delimitata dalla *stipulatio*, senza dubbio più recente: la confusione tra *sponsio* e *stipulatio* che si riscontra, peraltro, nel testo deve addebitarsi alla tendenza del diritto classico di allineare i due istituti nel profilo del contratto *verbis*. Ciò che si deduce da *Gai* 3, 92 in cui la *sponsio* è ricordata insieme agli altri negozi da cui l'*obligatio* sorge *ex interrogatione et responsione* ed è indice della compenetrazione della *sponsio* nella *stipulatio* dovuto all'inquadramento sistematico del diritto classico: *Gai* 3, 93 avverte però che la *sponsio*, a differenza della *stipulatio*, è propria *civium romanorum*, sottolineando così l'autonomia di questi istituti nell'aspetto della loro genesi.

Interessante è la testimonianza di Isidoro di Siviglia<sup>(52)</sup> secondo cui la parola « *stipulatio* » deriverebbe da « *stipula* », che significa « ramoscello »: « ... *dicta autem stipulatio a stipula: veteres enim, quando sibi aliquid promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes sponsiones suas*

(52) *Etym.* 5, 24, 30.

*agnoscebant, sive quod stipulum iuxta Paulum iuridicum firmum appellaverunt* ».

Il testo ci riporta a un'antica prassi per la quale i contraenti sanzionavano la stipulazione tenendo in mano un ramoscello: questo, al momento in cui il negozio veniva concluso, era spezzato e ciascun contraente ne conservava un frammento, che costituiva la prova dell'avvenuta stipulazione.

Paolo, ricordato da Isidoro di Siviglia, intende *stipulum* come *firmum*, nel senso che mediante la *stipulatio* venivano rivestiti di sanzione rapporti di per sè sprovvisti di efficacia: « *Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollemnitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmatas obligationum constringitur: stipulum enim veteres firmum appellaverunt* »<sup>(53)</sup>.

Secondo un'opinione di Varrone, infine, *stipulatio* deriverebbe da *stips*, che vuol dire somma di denaro o moneta, essendo appunto il denaro il primitivo oggetto della *stipulatio*: « *Hoc ipsum stipendium a stipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant; nam quod asses librae pondo erant... non arca ponebant sed in aliqua cella stipabant... et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari* »<sup>(54)</sup>.

3. I testi riferiti, più che delle origini della *stipulatio* per quanto attiene l'aspetto storico-giuridico dell'istituto, ci informano dei possibili addentellati storici della parola *stipulatio*, per gli autori di detti testi tutt'altro che chiari e univoci. Ciascuna testimonianza offre qualche spunto per la ricostruzione storica della *stipulatio*, o almeno della sua terminologia, ma nessuna di esse offre tali elementi da consentire una razionale e definitiva soluzione del problema della genesi di quell'istituto.

<sup>(53)</sup> R. S. 5, 7, 1.

<sup>(54)</sup> *De l. l.* 5, 182.

Per questo non sono convincenti per spiegare la genesi della *stipulatio*, sia l'opinione dello Huvelin <sup>(55)</sup> che si rifà al passo di Varrone, sia l'opinione del Düll <sup>(56)</sup> che si rifà a Isidoro di Siviglia.

Secondo Huvelin la parola *stips* indica una piccola moneta e la *stipulatio* deriverebbe da un'antica prassi per la quale le piccole monete, anzichè essere riposte nella cassaforte (*arca*), venivano collocate altrove alla rinfusa (*in aliqua cella*). Tale operazione veniva designata con le espressioni *stipulari* e *restipulari*, le quali, usate prima in un significato materiale, avrebbero poi acquistato un significato giuridico.

Il Düll ritiene, invece, che la *stipulatio* derivi dall'antica consuetudine ricordata da Isidoro di Siviglia per la quale i promittenti, per attribuire valore alle loro promesse, le accompagnavano alla frattura di un ramoscello, denominato appunto *stipula*.

Senza dubbio la *conceptio verborum* nella quale si estrinseca la *stipulatio* conferisce sanzione alle promesse, ma quando Paolo afferma che la *stipulatio* è sorta *obligationum firmandarum gratia*, mostra di fare solo un generico apprezzamento in ordine alla più importante fonte di *obligatio*, che nel diritto classico rappresenta lo schema del contratto e il comune denominatore del sistema contrattuale. Essendo noto, d'altra parte, che la più antica fonte di *obligatio* è la *sponsio*, si dovrebbe intendere come ad essa riferentesi l'espressione *stipulatio*, cosa questa ben comprensibile nel diritto classico in cui *sponsio* e *stipulatio* sono avvicinate e compenstrate nella concezione della *obligatio verbis*: ma proprio per questo il passo di Paolo scema di interesse in ordine al problema della genesi della *stipulatio*.

Non è escluso, invece, che la *stipulatio*, per quanto attiene la mera terminologia, trovi il suo antecedente nelle parole *stips* e *stipendium* e — con riguardo alla promessa di somme di de-

<sup>(55)</sup> *Stipulatio, Stips et Sacramentum*, in *Studi Fadda*, vol. VI, pag. 77 sgg.

<sup>(56)</sup> *Zur rom. Stipulatio*, in *ZSS*, 68 (1951), pag. 191 s..

naro, probabile primitivo oggetto dell'istituto — abbia qualche riferimento con l'atto materiale di *stipulari* e *restipulari*, come afferma Verrone. È, del pari, verosimile che la *stipulatio* possa ricollegarsi all'antica consuetudine, descritta da Isidoro di Siviglia per la quale i promittenti, all'atto della promessa, spezzavano un ramoscello, di cui conservano i frammenti, che avrebbero rappresentata la prova del negozio.

Ma il problema della genesi della *stipulatio* è di vedere, sia pure muovendo da tali addentellati storici, in che modo si sia affermata la *stipulatio* intesa come *conceptio verborum*, quale ci è descritta da Gaio. Per questo deve escludersi che sia i testi riferiti, sia le opinioni dottrinarie enunciate con il loro ausilio, siano idonei a offrire una plausibile spiegazione storico-giuridica della genesi della *stipulatio*.

4. Prendendo le mosse da quanto espone Gaio in 3, 92-93, deve ritenersi per certo che la *stipulatio* — dal giurista contrapposta alla *sponsio* « *propria civium romanorum* » — sia sorta nella prassi dello *ius gentium*: ossia che l'istituto si sia affermato attraverso la consuetudine e sia stato poi riconosciuto dal pretore peregrino. Accessibile ai soli cittadini romani la *sponsio*, in conseguenza della sua struttura religiosa, la quale richiedeva una comunità religiosa tra i contraenti, si impose l'esigenza della tutela di un rapporto analogo che intervenisse tra romani e peregrini. La *sponsio* e la *stipulatio*, in altre parole, si imposero per risolvere problemi analoghi in due diversi ordinamenti: di qui muove il parallelismo tra i due negozi che pone capo alla loro ricomprensione nella sistematica del contratto *verbis*.

Al di là di queste affermazioni generiche è possibile, però, enunciare una ipotesi concreta sulla genesi della *stipulatio*.

Come la *sponsio* dello *ius civile* trova la sua primitiva tutela nella religione, ossia ad opera delle norme dello *ius sacrum*, così è pensabile che nell'ambito dello *ius gentium* la *stipulatio* abbia trovata la sua primitiva sanzione nella *fides*.

Concezione senza dubbio sorta nella prassi dello *ius gentium* e poi recepita dallo *ius civile* è quella di *bona fides*, intesa come l'abito della persona corretta<sup>(57)</sup>: concezione che fornisce al giudice il criterio per la soluzione della controversia nei cosiddetti *bonae fidei iudicia*, che tutelano rapporti sorti sul terreno dello *ius gentium*, quali i contratti consensuali<sup>(58)</sup>.

La concezione tecnica di *bona fides*, quale appare nello *ius civile* in seguito all'elaborazione giurisprudenziale, è stata ovviamente preceduta da una concezione più empirica nell'ambito della prassi dello *ius gentium*: il punto di partenza è, verosimilmente, il concetto di *fides*, il quale trova riscontro più che nella *bona fides*, nell'idea del semplice affidamento, di cui le fonti parlano a proposito del commento della rubrica edittale «*de rebus creditis*» e che costituisce appunto il contenuto del «*credere*».

In D. 12, 1, 1 § 1 Ulpiano parla della formazione della rubrica edittale «*de rebus creditis*» la quale ricomprende il mutuo, il comodato e il pegno: elemento che accomuna tali contratti è il trasferimento di cose generiche o specifiche ad alcuno sulla sua fedeltà si fa affidamento per ottenere la restituzione in un tempo successivo. Così nel mutuo il mutuante affida una determinata quantità di fungibili al mutuatario perchè questi gli restituisca al tempo stabilito il *tantundem eiusdem generis*; nel comodato e nel pegno il commodante e il debitore affidano al commodatario e al creditore pignoratizio una cosa infungibile e inconsumabile per ottenerne la restituzione dopo che il commodatario ne abbia fatto l'uso convenuto e il creditore pignoratizio sia stato soddisfatto del credito.

È evidente come qui non ricorra un concetto tecnico di *bona fides*, concetto complesso e comprensivo di tutte le qualifiche del *bonus pater familias*, ma un semplice concetto di affidamento, di fiducia nell'altrui comportamento (*alinenam fidem sequi*), che

---

(57) Cfr. BERTI, *op. cit.*, pag. 570 sgg.

(58) Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pag. 229 sgg.

sono a fondamento del rapporto contrattuale e inducono il privato a stringere il rapporto.

Se ora si esamina la figura più risalente di *stipulatio*, ossia la *fidepromissio*, è agevole considerare che tale negozio rivela dalla stessa terminologia di avere a suo fondamento la *fides*. Non la *bona fides* intesa in senso tecnico: tanto è vero che la *stipulatio* — come il mutuo, il comodato e il pegno, ossia i negozi ricompresi nella rubrica editale *de rebus creditis* — trovò la sua tutela in un'azione, l' *actio ex stipulatu*, la quale, come la *condictio* posta a tutela del mutuo e le azioni in *factum* del comodato e del pegno, dava origine a un *iudicium stricti iuris* <sup>(59)</sup>. La *fidepromissio* si richiama alla semplice *fides*, nel senso che essa trova la sua sanzione nella fedeltà del contegno del promittente.

Naturalmente, dopo l'intervento del diritto e la tutela della *fidepromissio* ad opera del processo, l'elemento della *fides* viene svalutato, allo stesso modo che, dopo la sanzione da parte dello *ius civile*, si svaluta l'elemento religioso della *sponsio*, il quale precedentemente era stato il fulcro e la sanzione del negozio.

Prima della sua recezione nell'ordinamento dello *ius civile*, la *fidepromissio*, nell'ambito della prassi dello *ius gentium*, aveva nella *fides* l'elemento sanzionatorio: l'impegno dello stipulante si accompagnava a una idea di affidamento e, probabilmente, come ci narra Isidoro di Siviglia, era accompagnato dalla frattura della *stipula*, che serviva da elemento probatorio del negozio.

Il parallelismo con la *sponsio* dello *ius civile* e, più ancora, con la risalente *sponsio* dello *ius sacrum* è evidente: la *sponsio* si fonda sulla *religio* ossia presuppone la comunità religiosa tra i contraenti, la *fidepromissio* si fonda sulla *fides* che rappresenta un legame umano prossimo alla *religio*, idoneo a vincolare soggetti di diverse credenze religiose. La *sponsio* rappresenta il

(59) Cfr. D. 12, 1: « *De rebus creditis, si certum petetur et de condictione* ».

riconoscimento della parola ed è, anzi, la pronuncia di una determinata formula che ne sancisce il valore impegnativo, costituendo la prova del negozio: l'impossibilità di sancire il valore di determinate formule tra soggetti non legati da una comunità di linguaggio, porta a sostituire nella *stipulatio*, al valore impegnativo della parola, il valore impegnativo e probatorio di una prassi attuantesi con un contegno a tutti accessibile, quale quello della frattura della *stipula*.

La *stipulatio* ottenne riconoscimento giuridico nell'ambito della giurisdizione del pretore peregrino, il quale fu evidentemente indotto a tale provvedimento per l'analogia che la *stipulatio* presentava con la *sponsio* dello *ius civile*. Analogia evidente soprattutto nella funzione pratica cui tali istituti adempivano, poichè sia nell'ambito dello *ius civile* sia al di fuori di esso, si trattava di risolvere lo stesso problema pratico.

Quando il Pretore peregrino accordò tutela alla *stipulatio* mediante azione, la prassi per la quale i promittenti si impegnavano spezzando la *stipula* decadde, poichè ormai il riconoscimento giuridico rappresentava l'elemento sanzionatorio del negozio e la promessa divenne impegnativa per il solo fatto della pronuncia di determinate parole.

A questo punto il parallelismo funzionale e strutturale della *stipulatio* con la *sponsio* apparve alla giurisprudenza evidente, per cui la *stipulatio* fu avvicinata alla *sponsio* nella sistematica del contratto *verbis*.

5. Anche dopo la recezione dello *ius civile* e la sua ricomprensione nella sistematica del contratto *verbis*, la *stipulatio* mantiene alcune tracce della sua genesi al di fuori dello *ius civile* e della sua primitiva autonomia rispetto alla *sponsio*.

Conviene considerare, a tale proposito, il formulario della *stipulatio*, il quale rivela come la promessa può essere fatta con notevole libertà di linguaggio e non solo in lingua latina: è sufficiente che il negozio avvenga mediante *interrogatio e responsio*

congruenti <sup>(60)</sup>. Questo rivela la struttura originaria della *stipulatio*: essa si svolgeva tra soggetti che parlavano lingue diverse e non legate da un comune ordinamento, al di fuori da quello formato dalle consuetudini del traffico internazionale. La *stipulatio* nell'ambito di tali consuetudini non aveva il suo fulcro nel rilievo formale della promessa, ma l'impegno che ne era alla base trovava la sanzione nella *fides* e nella cerimonia della frattura della *stipula*. Il valore impegnativo della pronuncia di determinate parole e la concezione di contratto *verbis* poterono apparire solo in seguito all'inquadramento della *stipulatio* nel sistema dello *ius civile*.

Si deve considerare, inoltre, il rilievo assunto dalla *fidepromissio* tra le numerose figure di stipulazione: la *fidepromissio*, pur potendo essere usata quale semplice negozio promissorio, adempie nel diritto classico la funzione di negozio di garanzia accanto alla *sponsio*. Ciò discende dalla risalente sanzione della *fidepromissio* ad opera della *fides*, la quale, analogamente al vincolo religioso cui si uniformava la *sponsio*, reca in sè una empirica concezione di garanzia, che si esprime nell'idea dell'affidamento.

In ordine alle origini della *stipulatio* merita la massima considerazione l'esame della *lex de Gallia Cisalpina*, nota comunemente col nome di *Lex Rubria*. Tale legge, risalente all'anno 705-712 di Roma, si riferisce alla giurisdizione del Pretore peregrino nella *Gallia Cisalpina* e, a proposito dell'*operis novimuntiatio*, parla della *stipulatio*, alla quale viene riconnessa

---

(60) Cfr. D. 45, 1, 1 § 6 *Ulpianus libro XLVIII ad Sabinum Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. Et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive verum interpretem.*

un'azione rivolta a « *quidquid dare facere oportere ex fide bona* »<sup>(61)</sup>.

Tale circostanza non può non destare meraviglia ove si consideri che nello *ius civile* la *stipulatio* è tutelata dall'*actio ex stipulatu*, azione cui consegue uno *strictum iudicium* e dunque antitetica alle azioni che generano *iudicia bonae fidei*<sup>(62)</sup>.

Il riferimento della *bona fides* all'azione posta a tutela della *stipulatio* può giustificarsi solo se si consideri la figura più antica di *stipulatio*, ossia la *fidepromissio*, la quale sorge appunto come *promissio* fondata sulla *fides*. È assai probabile che il pretore peregrino, accordando tutela giurisdizionale alla *fidepromissio*, abbia fatta menzione nella formula della *fides* la quale, nella prassi dello *ius gentium*, era il primitivo elemento sanzionatorio dell'istituto.

Naturalmente la sistemazione della *stipulatio* tra gli istituti dello *ius civile* importò il suo avvicinamento alla *sponsio* e il modellamento dell'*actio ex stipulatu* sulla tutela della *sponsio*, la quale si fondava su di un'azione di stretto diritto che si riattaccava alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*: si operò così il distacco della *stipulatio* dal terreno della *fides* sul quale era sorta, essendosi appunto sulla *fides* modellata la sua figura più antica, ossia la *fidepromissio*.

6. Concludendo, si deve credere che la terminologia della *stipulatio* derivi dall'antica consuetudine, descritta da Isidoro di

---

<sup>(61)</sup> *Lex de Gallia Cisalpina* (a 705-712), XX « ...*Judex esto. Sei, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is qui Romae inter peregrinos ius deicit in albo propositum habet, L. Seio reipromississet: tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat HS eius index Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto duovirei quattuorvirei praefectusve ex lege Rubria, seive id plebeive scitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato, sei non paret, absolvo...* ».

<sup>(62)</sup> BETTI, *op. cit.*, pag. 576 sgg.

Siviglia, per cui la promessa era accompagnata dalla frattura della *stipula*. E non può escludersi che l'espressione *stipulatio* trovi un addentellato terminologico in parole come *stips* o *stipendium*, riguardanti il compimento di operazioni attinenti la sistemazione delle monete (*stipulari* e *restipulari*), secondo la testimonianza di Varrone.

Il problema della genesi della *stipulatio* è però di vedere come sia sorto l'istituto dal punto di vista del suo contenuto negoziale con riguardo alla sanzione dapprima sociale e poi giuridica. Si debbono prendere le mosse, a tale proposito, dalle consuetudini del traffico internazionale per cui le promesse si fondavano sulla *fides* e avevano quale elemento probatorio il compimento di alcuni atti materiali, quale la frattura della *stipula* equivalente, ad esempio, alla stretta di mano, tanto frequente nelle consuetudini commerciali, che rappresenta nella convinzione delle parti il momento sanzionatorio del negozio, al di là della sua tutela giuridica.

Movendo da tale prassi e con riguardo alla *sponsio* dello *ius civile*, la *stipulatio* fu tutelata dal pretore peregrino il quale, accogliendo l'istituto così come si era formato nella consuetudine, fondò l'azione concessa a sua tutela sulla *fides*, che rappresentava, prima della tutela giuridica, il fulcro dell'istituto: situazione questa documentata dalla *Lex de Gallia Cisalpina*.

La tutela giuridica della *stipulatio* spostò il fulcro del negozio dalla *fides* alle parole con le quali le parti addivenivano alla promessa, parole di per sè impegnative, indipendentemente dalla lingua nella quale venivano pronunciate. Rimane, tuttavia, quale proiezione della *fides* — che importava la reciproca fiducia delle parti nel rispetto nei propri impegni — la valutazione operata dalla giurisprudenza classica della volontà e della determinazione causale, che per la validità del negozio debbono collimare con le parole solenni pronunciate.

Il parallelismo con la *sponsio* determinò il collocamento

---

della *stipulatio* accanto alla prima e il livellamento di tali negozi nel profilo del contratto *verbis*. Tale situazione è puntualizzata da *Gai* 3, 92, anche se lo stesso Gaio nel successivo paragrafo rivendica alla *stipulatio* la natura di negozio *iuris gentium*, autonomo rispetto alla *sponsio* la quale sola, tra tutte le figure di stipulazione, è *propria civium romanorum*.

GUIDO ROSSI

*Professore straordinario di Storia del Diritto Italiano nell'Università di Urbino*

LE STATUT JURIDIQUE DE LA FEMME  
DANS L'HISTOIRE DU DROIT ITALIEN

(ÉPOQUE MÉDIEVALE ET MODERNE)



SOMMAIRE: 1. Inégalité des sexes. — 2. La femme dans le droit public et l'activité politique. — 3. La femme dans le droit privé: a) *Majorité*; b) *Mariage, divorce, répudiation*; c) *Puissance maritale stricto sensu*; d) *Puissance paternelle et tutelle*; e) *Régimes matrimoniaux*; f) *Obligations et contrats*; g) *Succession*. — 4. La femme dans le droit pénal: a) *Adultère*; b) *Viol et rapt*; c) *Prostitution*; d) *Infanticide*; e) *Avortement*. — 5. La femme dans la procédure civile et pénale. — 6. La femme dans la vie économique et sociale. — BIBLIOGRAPHIE.

1. Lorsqu'on étudie l'histoire du droit chez les différents peuples, on considère d'habitude l'appartenance au sexe féminin parmi les causes physiques limitant la capacité juridique. C'est parce que, dans les différents systèmes juridiques, on a généralement attribué à la femme un degré de capacité inférieur à celui de l'homme.

Comme on le sait, pendant des siècles on ne pourra parler d'un état national italien; de ce fait les institutions seront différentes et variables suivant les temps et les lieux. Il sera donc particulièrement difficile d'exquisser un tableau de la condition de la femme dans l'histoire du droit italien.

Ces institutions relevaient de l'influence concurrente et alternative de droits différents, de différents degrés de développement, du particularisme législatif, etc..

Malgré cela nous essaierons de saisir les aspects particuliers du problème qui est l'objet de notre exposé, d'après la présence et parfois même d'après la confluence de trois éléments ou facteurs fondamentaux de l'histoire juridique italienne; à savoir: le romain, le canonique et le germanique.

Lorsqu'en 554 la *Pragmatica sanctio* étendait à l'Italie la codification Justinienne la condition de la femme italique, qui avait vécu selon le droit Théodosien, avait déjà évolué remarquablement vers l'égalisation des sexes. Ce qui avait largement contribué à cela, c'était le christianisme. Ayant annoncé le

principe de l'égalité entre homme et femme dans tous les rapports de famille, il avait lié tous les membres de celle-ci à des devoirs mutuels, reconnaissant au mariage les caractères d'une institution divine et indissoluble et attribuant au père et à la mère des droits réciproques, des devoirs communs et la même autorité sur les enfants. On accordait donc à la femme une condition et une dignité nouvelles.

Toutefois on considéra bientôt l'égalité chrétienne entre les deux sexes plutôt dans le domaine spirituel et moral que dans le domaine pratique. Ce furent les propositions de l'ascétisme chrétien, considérant le mariage comme une sorte de mal nécessaire, blâmant les secondes noces et exaltant le célibat; ce furent les opinions de certains pères de l'Eglise, très sévères à propos de l'éducation de la femme, qui ternirent l'éclat de l'égalité qu'on venait de proclamer. Saint Paul d'ailleurs avait déjà averti qu'il fallait considérer la femme semblable à l'homme, dans l'idée abstraite de personne et de capacité, mais qu'elle devait rester soumise à l'homme et qu'elle ne devait pas prendre part à la vie extérieure, surtout publique, devant accomplir sa fonction naturelle dans la cercle de sa famille. Tout cela favorisait en réalité le retour sinon vraiment à l'ancienne *manus*, du moins à une nouvelle forme de soumission de la femme; soumission qui, consacrant le principe de la supériorité de l'homme, confirmait l'axiome romain: « *in multis articulis iuris nostri deterior est conditio foeminarum quam masculorum* » (1).

Si l'on ajoute en outre aux bases éthiques se rapportant à la position naturelle de la femme qu'on vient de considérer, les préjugés toujours bien vivants sur sa faiblesse physiologique et psychologique — tels les classique *imbecillitas sexus, infirmitas consilii, animi levitas* (2) — on peut comprendre aisément comment la femme continuait à jouir d'une capacité juridique

(1) D. 1, 5, 9.

(2) v. C. 9, 8, 5, 3; GAIUS, I, 144 et 190; Cicero, *Pro Murena*, XIII.

limitée, malgré l'égalité proclamée en principe et les audacieuses réformes de Justinien.

L'invasion lombarde, introduisant une idée nouvelle de famille, introduisit aussi des conditions nouvelles et plus restrictives pour la femme. Il est universellement connu que les sociétés fondées sur une organisation de type militaire réservent à la femme des conditions absolument inférieures à celles de l'homme.

Comme elle n'était pas apte à porter les armes — ce qui était la condition fondamentale pour être sujet de droit — la femme lombarde était soumise à la tutelle perpétuelle de son père, de ses parents, de son mari, ou, en défaut, du Roi qui était le tuteur suprême. Cela tenait à la nature même de la société, selon laquelle l'autorité sur la femme prenait le caractère d'un droit de famille d'aspect patrimonial, correspondant d'ailleurs à un intérêt public.

Tant que dura le système de la personnalité de la loi et, par conséquent, la concomitance des professions de loi romaine ou germanique, la femme lombarde vécut à côté de la femme romaine dans une condition remarquablement inférieure. Le rencontre des deux civilisations, tout en favorisant l'élévation de la femme lombarde, provoquait en même temps la décadence de la femme romaine et, par conséquent, elle causait un certain recul des conditions réciproques relativement aux positions justiniennes. La féodalité ne put améliorer cet état de choses, et sous certains aspects, pas même la législation communale où, pour des raisons surtout économiques on fixa des principes selon lesquels on préféra garder la femme dans cet état limité de capacité et de liberté, qui est resté le même presque jusqu'à l'époque contemporaine.

Au fur et à mesure que les éléments romain, ecclésiastique et germanique se rapprochaient, se superposaient et fusionnaient, ces éléments laissaient derrière eux un dépôt de préjugés de caractères différents qui ne favorisèrent certainement pas l'amélioration des conditions de la femme, et dont ne furent pas

exempts les juristes et les législateurs. Cela peut paraître assez étonnant dans un pays où, par exemple, l'histoire de la poésie lyrique coïncide, en grande partie, avec l'histoire de l'amour envers la femme, avec l'histoire de l'exaltation de la femme. Mais, évidemment, les hommes de loi préféreraient ajouter foi aux traits peu respectueux des conteurs, plutôt qu'aux adorations et aux rêves des poètes. Les juristes, en effet, ne furent jamais très tendres envers les femmes. Odofredus (... 1226-1265) disait qu'elles étaient pleines de fatuité, immodestes et malicieuses <sup>(3)</sup> et les canonistes en méprisaient la déposition, parce qu'ils la considéraient changeante et variable: « *nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit* ». Parmi les juristes versés dans le droit civil, qui répétaient les thèmes romains de l'*imbecillitas sexus*, Paulus Castrensis (... 1394-1421 ...) pensait que les femmes, *genus avarissimum*, étaient dépourvues de fermeté d'opinions, Franciscus Sfortia (1401-1466), duc de Milan, justifiait la curatelle à perpétuité à laquelle les femmes, par son arrêt, étaient soumises, en disant qu'elles ne comprenaient pas ce qu'elles faisaient et que, par conséquent, elles pouvaient très facilement être trompées et frustrées: « *cum non intelligant quid faciant, propter quod multae deceptae et fraudatae fuerunt* ». Le criminaliste Prosperus Farinacius (1544-1618) disait que leurs dépositions judiciaires valaient la moitié, ou même un tiers, des dépositions masculines parce qu'elles étaient douées de moins de raisonnement: « *in foemina minus est rationis* » <sup>(4)</sup>.

Et les propos calomnieux ne s'arrêtaient pas là. Pour ne pas parler de la « *Sylva nuptialis* » de Johannes Nevizanus (c. 1490-1540), débordante d'injures, nous arrêterons la série des

<sup>(3)</sup> v. N. TAMASSIA, *Odofredo*, dans *Atti e memorie della R. Deputazione di storia patria per le provincie di Romagna*, série III, vol. XIII (1894), p. 216.

<sup>(4)</sup> v. aussi, par exemple, d'après M. ROBERTI (*Il Collegio padovano dei dottori giuristi. I suoi consulti del secolo XVI - Le sue tendenze*, dans la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXXV, 1903, pp. 56-57) une consultation donnée, au XVI<sup>e</sup> siècle, par le Collège des Juristes de Padoue, où l'on lit que « *foemine in criminalibus non sunt integrae personae sicut mares et minoris fidei* ».

citations qu'on pourrait multiplier, en rappelant une définition de la femme, donnée par le Collège des Juges de Padoue : « *Quid est mulier? Hominis confusio, insocialibus bestia, continua sollicitudo, indeficiens pugna, cotidianum damnum, domus tempestatibus, sollicitudinis impedimentum, viri incontinentis naufragium, adulterii vas, perpetuum praelium, animal pessimum, aspis insanabilis, humanum mancipium* » (5).

Nous admettons parfaitement qu'il s'agissait pour la plupart d'exagérations, dépourvues en elles-mêmes de toute valeur, et que certaines boutades n'avaient pas de suite, mais il est pourtant certain qu'elles constituent pour nous une marque évidente du peu de considération, sinon vraiment du mépris, dont on entourait les capacités féminines. Il s'ensuivait qu'on jugeait opportun de garder la femme dans des conditions de capacité juridique limitée.

2. Le problème de la femme dans le droit public et dans l'activité politique est dominé, au cours des siècles qui nous intéressent, par le principe justinien : « *Foeminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt; et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere* » (6). Ce n'est qu'à la suite de l'évolution des principes qui réglaient la succession féodale, que la femme fut parfois introduite dans l'exercice de la juridiction et, par conséquent, de droits publics. La valeur de la succession féodale avec caractère patrimonial ayant été, en effet, reconnue, la femme qui avait succédé dans le fief à son père ou à son mari, en exerçait les attributions normales, prenant part aux assemblées baroniales, gouvernant au nom d'un droit de suzeraineté avec le pouvoir d'imposer des tributs, de frapper monnaie, de rendre justice et d'exercer tout autre droit régalien.

(5) v. E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, 1931, p. 133-134.

(6) D. 50, 17, 2.

On ne manque pas d'exemple. Nous nous bornons à rappeler parmi les plus connus, ceux de Béatrix (c. 1015-1076), marquise de Toscane, de sa fille Mathilde de Canossa (1046-1115), de Blanche de Savoie (1336-1387) et de Catherine Sforza (c. 1463-1509).

Quant à l'exercice du droit de vote, nous pouvons rappeler le cas, unique à notre connaissance, du petit village piémontais de Cravenna, établissant en 1304 que, dans un certain cas, il fallait décider selon la majorité de tous les habitants, y compris les femmes <sup>(7)</sup>.

3. a) *Majorité*. — Nous avons déjà fait allusion à une différence de condition, au temps de la personnalité de la loi, entre la femme vivant selon la loi lombarde et la femme vivant selon la loi romaine. La femme germanique, en effet, étant soumise pour toute sa vie au *mundium*, ne pouvait accomplir aucun acte juridique, si elle n'était pas assistée par son *mundualdus*. Elle était donc incapable, comme un mineur, d'aliéner, d'administrer, de comparaître en justice. D'autre part dans les territoires qu'on disait exempts du germanisme, tels ceux de Rome, de Venise et de Ravenne, et même en plein territoire lombard, les femmes qui vivaient sous la loi romaine, étaient en principe absolument capables d'accomplir tout acte de la vie juridique, en atteignant leur majorité.

Tandis que la rencontre des deux systèmes opposés, que l'influence de l'Eglise favorisait, adoucissait d'une part la rigueur originaire du *mundium*, d'autre part elle provoquait son évolution vers une forme de simple institution protectrice de la femme. Quoiqu'elle gardât dans certaines régions le nom de *mundium*, cette institution, qui fut accueillie même chez les populations italiennes, se manifesta en effet comme une sorte de tutelle

(7) v. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*<sup>2</sup>, III (*Storia del diritto privato*), Torino 1894, p. 43, n. 15.

et d'assistance à la femme pour l'accomplissement de certains actes.

En opposition aux principes justiniens remis en honneur par la renaissance des études juridiques, les statuts municipaux accueillirent généralement et perpétuèrent la nouvelle institution. En bornant la capacité et la liberté de la femme mariée ou célibataire, elle s'accordait parfaitement avec les principes informateurs de la politique économique communale, qui voulait absolument éviter toute émigration de capitaux. En effet, la libre disponibilité d'elle-même et de ses biens de la part de la femme, pouvait porter à un déplacement de richesses vers d'autres lieux par suite de mariages avec des étrangers. En outre l'agnation, pour laquelle la femme représentait une menace pour l'intégrité du patrimoine de la famille, favorisait l'institution et le maintien de la tutelle sur la femme. Ce patrimoine aurait été appauvri si les droits de succession des femmes avaient été pareils à ceux des hommes, et si elles avaient pu disposer pleinement d'une part des biens paternels. Par conséquent on dota insuffisamment la femme, on réduisit ses raisons héréditaires, et parfois même on la déshérita. On la destina souvent à la vie religieuse, et malgré les lois et les principes canoniques, on décida à volonté de sa destinée matrimoniale. On a donc très justement remarqué que cette conception très étroite de parenté rendit pire, surtout après le XVI<sup>e</sup> siècle, la condition de la femme qui fut limitée également dans la possibilité de disposer des quelques biens qu'on lui avait laissés. L'autorisation du mari ne fut pas toujours et partout suffisante, parce qu'en effet, les actes de la femme, même mariée, et surtout ceux d'aliénation, devaient être approuvés par les agnats ayant la direction du groupe familial. Son droit d'exercer la tutelle de ses enfants, quoique généralement reconnu, eût souvent des limitations.

De la même façon on limita son droit de recevoir par testament, tandis qu'on l'obligea souvent à faire son testament selon la volonté de ceux qui la protégeaient.

Cette situation qui s'imposait pratiquement parfois même au dessus des dispositions de la loi, dura, en plusieurs régions d'Italie, environ jusqu'à la Révolution.

b) *Mariage, divorce, répudiation*. — Quoique l'Eglise, autorité en matière matrimoniale, considérât le consentement des deux époux comme l'élément subjectif essentiel du mariage, et qu'elle eut en ce sens influencé la législation, à partir de la dernière période lombarde, les statuts de plusieurs communes imposèrent parfois l'obligation du consentement au mariage du *mundualdus*, ou tuteur. C'étaient, comme nous l'avons dit, des raisons économiques qui l'emportaient, jusqu'à prohiber aux femmes riches de se marier avec des étrangers, sous peine d'être dépouillées d'une partie de leur fortune. On comprend donc les raisons de cette imposition. Nous savons d'ailleurs que, par habitude, la femme n'osa presque jamais se passer du consentement de ses parents lors de son mariage.

Ayant été fermement combattu par l'Eglise, en général le divorce n'a jamais été admis en Italie. En revanche, l'institution de la séparation de corps a trouvé chez nous une large application. Il est toutefois possible de trouver des documents appartenant à des époques et à des lieux différents, qui parlent de divorce par consentement mutuel, avec ou sans la faculté de contracter un nouveau mariage. Comme la condition de la femme lombarde allait s'améliorant, on lui permit par exemple de quitter son mari, lorsque celui-ci avait accompli contre elle des actes qui lésaient son honneur. Ainsi, pendant la période carolingienne et féodale, elle put l'abandonner en cas d'adultère, mais avec l'interdiction de se marier de nouveau.

Pendant la période communale aussi, on a peu d'exemples de dissolution de mariage par les soins de magistrats de la ville.

Les causes de dissolution étaient en général l'adultère, l'absence et la lèpre. On en trouve quelques exemples à Venise au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle.

Toutefois il ne semble pas qu'on puisse toujours considérer

ces cas comme des divorces réels, parce qu'il s'agit plutôt de répudiations ou de séparations, plus ou moins ratifiées par l'autorité ecclésiastique, ou d'actes arbitraires de quelques magistrats de la ville. La volonté de la femme se manifeste librement dans l'institution de la séparation de corps *thorum et mensam*, qui est entrée dans les différentes législations, surtout après le Concile de Trente, et dans le système canonique des déclarations de nullité par violence ou peur erreur, menant à la dissolution du lien coniugal.

c) *Puissance maritale stricto sensu*. — Lorsque l'autorité du *mundualdus*, se transformant d'un droit en un devoir de protection et de défense, rapprocha toujours davantage la condition de la femme germanique de celle de la femme romaine, elle perdit en grande partie son caractère de pouvoir pour prendre celui de *reverentia*. Cependant, surtout dans les classes inférieures, toutes pénétrées d'une faible considération pour la femme, les devoirs de celle-ci n'en furent pas moins durs, et la violation de ces devoirs n'en fut pas moins sévèrement punie. Le droit de correction de la part du mari correspondait aux devoirs de fidélité, d'obéissance et de cohabitation etc. de la femme. Les différentes législations étendaient diversément ce droit, suivant les circonstances: il allait des simples meurtrissures aux coups de bâton et même aux blessures et à la délibitation d'un membre. En cas d'adultère, la femme, prise en flagrant délit, pouvait même être tuée impunément.

Beaucoup de législations, surtout en des temps plus proches de nous, limitèrent considérablement le droit de punition dont usait le mari.

Quant à la condition sociale de la femme mariée, on peut dire qu'elle était intimement liée à celle du mari, avec quelques situations particulières, qui confirmaient, néanmoins, le principe de la suprématie du sexe masculin. En effet, si la femme était à l'origine d'une condition plus élevée que celle de son mari, à la suite du mariage, elle était, en tout cas soumise à

son autorité, et sa condition devenait la même que celle du mari. Si, au contraire, elle était de condition inférieure, le mariage avec un homme de haute noblesse ne pouvait pas l'élever à la condition de son mari et à tous les droits des autres femmes.

d) *Puissance paternelle et tutelle.* — Quoique le dernier droit romain eût prévu l'exercice de la tutelle de la part de la mère, on ne peut dire en réalité que celle-ci ait jamais exercé l'autorité paternelle au vrai sens du mot, ou qu'elle y ait pris part; à moins qu'on ne veuille confondre la tutelle maternelle avec l'autorité paternelle. Cette tutelle, admise par la législation statutaire, ne fait que remplacer en quelque sorte l'autorité paternelle. Si on exclut, en effet, des considérations de caractère plus sentimental que juridique, on peut affirmer que la tradition, la législation et la doctrine italienne ne se dégagèrent jamais des principes romains. Malgré cela, pendant le haut moyen âge, s'établit une coutume testamentaire par laquelle le père, en mourant, léguait à sa veuve sa fortune et l'autorité sur les enfants. La valeur discutable de ces actes de volonté privée ne trouvait d'ailleurs pas d'appui le système juridique. C'est pourquoi la doctrine du moyen âge dut avouer, après de graves et pénibles discussions: « *Est igitur concludendum intrepide, filios in potestate matris non esse constitutos* »<sup>(8)</sup>.

Sauf donc l'apport sentimental et moral inévitable par lequel la mère prend part normalement à l'autorité paternelle, on peut affirmer sans hésitation que l'histoire de l'autorité paternelle de la mère, en tant qu'institution juridique, ne commence en Italie, qu'au siècle dernier, lorsqu'elle y fut introduite, surtout à cause des influences françaises.

L'institution tutélaire, même masculine, étant inconnue aux lombards, les statuts municipaux prévirent l'attribution de la

---

(8) v. ASCANIUS CLEMENTIUS AMERINUS, *Tractatus de patria potestate*, cap. IV, nu. 18 circa medium, vers. « *Secundo fallit* », dans les *Tractatus Illustrum... Jurisconsultum*, tom. VIII, pars II [= vol. IX: *De ultimis voluntatibus*], Venetiis 1584, f. 100<sup>r</sup>, col. 1.

tutelle à la mère d'après la codification justinienne. On accordait en général cette tutelle lorsqu'il n'y avait pas d'autre disposition testamentaire du père décédé, et parfois on prévoyait un cotuteur à côté de la mère. Les fonctions et les limites étaient celles du droit romain: la *gestio* jusqu'à la septième année du pupille et l'*interpositio auctoritatis* ensuite. Ayant été conçue souvent dans les statuts les plus anciens comme quelque chose de semblable à la vigilance normale, cette tutelle fut ensuite mieux réglée par l'attribution *ex lege, ex testamento* et par le juge. Les secondes noces faisaient perdre à la mère sa tutelle, pour éviter que le nouveau mari pût bénéficier des avantages économiques prédisposés pour la mère tutrice et les copartager.

e) *Régimes matrimoniaux*. — L'existence de biens appartenant à la femme était liée au degré de pénétration des idées romaines, c'est-à-dire au degré de liberté accordée à la femme. Là où elle était plus capable, il n'est pas rare de la trouver maîtresse d'une fortune, ne provenant pas de sa dot, avec la possibilité d'en disposer. Certains statuts municipaux admettaient en effet la propriété exclusive de la femme sur ses biens extradotiaux. Elle pouvait consentir à ce que son mari administrât ces biens dont il percevait quand même l'intérêt. Tout cela se produisait naturellement là où le *mundium*, ou tutelle sur la femme, avaient désormais perdu toute vigueur, et quand la femme pouvait choisir librement son *mundualdus*, ou tuteur, pour être simplement assistée dans l'accomplissement d'actes déterminés. Le cas le plus fréquent était celui de la femme marchande. Normalement toutefois l'administration de ces biens revenait au mari ou au *mundualdus*. Dans certains cas la libre disposition n'était accordée à la femme que pour des biens peu importants.

f) *Obligations et contrats*. — Quant à la capacité de la femme de contracter des obligations il faut toujours se référer aux conditions dans lesquelles elle se trouvait. Si elle était *sui iuris* selon les principes romains, elle pouvait s'obliger valablement sans l'intervention de personne, *excepto Velleiano*. Cela se vé-

rifiait, à partir de la fin de la période lombarde, un peu partout mais principalement à Gênes et dans le territoire Vénitien. En général, toutefois, pour les raisons que nous venons d'exposer, la femme ne pouvait s'obliger sans l'assistance de son *mundualdus* ou tuteur, de son mari, d'un procureur ou du juge appelé à interroger les parents sur le caractère plus ou moins avantageux de l'obligation que la femme voulait contracter. On faisait ainsi malgré que la législation statutaire admit ces limitations *de iure communi* seulement pour les femmes mineures ou mariées.

Seul l'exercice du commerce faisait exception à de telles limitations, ainsi que nous l'avons dit. Il s'agit là d'un phénomène qui tire son origine de la mentalité marchande qui caractérise la vie communale. Comme pour les hommes l'exercice du commerce était devenu un moyen de se soustraire à l'autorité paternelle, de même pour la femme il devient une raison de conquête de la capacité de s'obliger librement. En se consacrant au commerce, la femme était libre d'administrer ses biens et d'en disposer, d'entrer dans les corporations d'arts et métiers, d'ester en justice, de séparer sa propre responsabilité de celle de son mari, en cas de faillite.

g) *Succession*. — À cause de la préférence qu'on accordait aux descendants de sexe masculin on fit en sorte que le droit de succession de la femme se confondit avec le droit de constitution d'une dot. Cette dot fut de plus en plus considérée comme tenant lieu de droits successoraux des filles. Les statuts, en effet, considérant évidemment la dot comme un succédané de la légitime, obligeaient le père, l'aïeul, la mère, les frères à la constituer, suivant les temps et les lieux, selon une mesure qui allait du montant de la légitime à une somme établie, aux termes de la loi, par le juge, ou, conventionnellement, par les parents. Ce principe fut appliqué si largement que certains statuts obligeaient les descendants légitimes à assigner la dot, en la défalquant des biens héréditaires, au cas où celle-ci n'avait pas été assignée. D'ailleurs l'avarice des frères était telle que dans certains cas

on arriva à exclure la soeur de la succession, même si sa dot avait été constituée par des étrangers. En général, toutefois, on reconnut toujours le droit à la dot, avec exclusion, par conséquent, de tout autre droit héréditaire. On reconnut, en outre, le droit aux aliments, défalqués des biens héréditaires, pour la soeur célibataire.

Ce régime d'*exclusio propter dotem*, qui semble rappeler d'un côté le droit au *faderfium* de la femme germanique, tirait, d'autre part, son origine de la coutume romaine, jamais éteinte, d'exiger des pactes de renonciation de la fille qui allait se marier, et cela constituait une forme de succession payée d'avance.

De la fusion du système romain de la dot avec le système germanique des assignations maritales, tira son origine une nouvelle situation par laquelle, à la mort du mari, la veuve pouvait, en général, compter sur sa dot, et, surtout, sur le douaire et sur d'autres droits qu'on lui fixait *ex lege* ou, conventionnellement, par testament de son mari, si la législation locale n'en disposait pas autrement. C'était toutefois le douaire qui constituait la base assurée du veuvage. Ce douaire, légal ou coutumier, né de la rencontre entre la *donatio propter nuptias* et les assignations maritales germaniques, avait justement la fonction de constituer une prévoyance du mari en faveur de sa femme survivante. Ce douaire avait une valeur, un caractère et un nom différents, selon les lieux et les temps, mais quoiqu'il fût constitué dans les formes variables de l'*antefactum*, *contrapactum*, *incontrum*, *vidualitium*, *dotalitium* ou *dotarium*, il ne changeait pas sa fonction et il était acquis en propre par la veuve et, le plus souvent, en usufruit, s'il y avait des enfants.

La succession intestate ne réservait, en général, aucun droit à la veuve sur les biens de son mari. Elle ne succédait, la plupart des fois, qu'à défaut d'agnats et de cognats. Et d'ailleurs la loi limitait souvent la faculté du mari de disposer de ses biens par testament en faveur de sa femme. Certaines lois, toutefois, lui réservaient une part *uxoria*, au cas où elle serait pauvre, sans dot.

4. Si dans le droit privé le principe de la *infirmetas sexus* valait comme cause de limitation de la capacité juridique féminine, dans le droit pénal le principe du *favor sexus* était cause d'atténuation de la responsabilité. L'ancien droit lombard, qui n'admettait pas une différente évaluation du délit à cause de la diversité de sexe, ayant été dépassé, Liutprand introduisit un nouveau système de peines, pour lequel les crimes commis par des femmes étaient punis moins sévèrement. D'autre part, on pourvut à protéger davantage la femme, surtout au cas d'abandon de la part de son mari, et on prescrivit le devoir de l'homme à la fidélité conjugale.

Les statuts municipaux aussi, accueillirent presque toujours la nouvelle orientation. Ils prévirent pour les femmes des peines plus légères que d'ordinaire, en réduisant les peines pécuniaires, ou en mitigeant les peines corporelles, ou en laissant au gré du juge leur détermination. Dans les crimes les plus graves, toutefois, et dans ceux contre les lois divines, le sexe féminin ne fut pas considéré un motif d'atténuation du crime, quoiqu'on jugeât communément qu'il fallait pardonner *mulierum imbecillitati*.

a) *Adultère*. — L'adultère qui avait été puni de mort chez les lombards, et qui fut reconnu plus tard également pour l'homme si sa complice était mariée, était un crime que pouvaient juger aussi bien les juges séculiers que les ecclésiastiques, le mariage ayant un caractère sacramental. On avait toujours recours aux juges ecclésiastiques lorsqu'on voulait que l'accusation d'adultère eût comme conséquence la séparation personnelle des époux. Les peines variaient selon les différentes législations. La part de la dot en était la conséquence civile immédiate, tandis que, par droit canon, la femme était excommuniée et enfermée dans un couvent, jusqu'au moment où son mari lui pardonnerait et l'accueillerait de nouveau chez lui. Dans les statuts les plus anciens, on admettait parfois la vengeance, en permettant au mari l'assassinat des deux adultères, si la complice était de basse

conditions, et le même droit de vengeance était réservé au père de la femme, si l'adultère avait lieu chez lui. En général toutefois, les peines pour la femme adultère, *propter sexus fragilitatem*, étaient la fustigation et l'exil. Plus tard ces peines furent encore mitigées et elles n'eurent plus, parfois, qu'un caractère pécuniaire avec des suites d'ordre social.

b) *Viol et rapt*. — Les peines prévues pour le viol variaient suivant les circonstances. Si le crime était consommé avec la violence, *ex iuri communi*, le coupable était passible de la peine de mort et, parfois même, de la confiscation de ses biens. En réalité toutefois, on appliquait des peines plus indulgentes.

Si, au contraire, il n'y avait pas de violence, le crime, d'après les principes canoniques acceptés par plusieurs législations, était puni: le coupable s'engageait alors à épouser la femme, ou à la doter convenablement, ou était condamné à des peines pécuniaires, ou bien on laissait la peine au gré du juge. En tout cas le mariage successif portait à la remise, ou, du moins, à la mitigation de la peine.

La peine de mort applicable aux responsables et à leurs complices, était prévue en principe même pour le rapt. Mais les statuts sanctionnaient en général des peines pécuniaires, quoiqu'il ne manque pas des exemples d'application de la peine capitale. En effet, en pratique, les juges décidaient selon la gravité et les circonstances de chaque cas. Naturellement la peine était en général plus indulgente, si le rapt n'était pas suivi du viol et, dans ce cas aussi, le mariage successif pouvait mitiger ou même remettre la peine.

c) *Prostitution*. — De nombreuses et sévères mesures de police furent prises par les communes contre la prostitution, pour garantir les bonnes mœurs.

Tout d'abord les prostituées étaient chassées de la ville, et l'on permettait à n'importe qui de les offenser impunément, mais non pas de les battre, du moins d'une façon grave. Plus tard on leur défendit d'habiter auprès des lieux sacrés, et l'on

consentit à les éloigner d'un certain endroit, sur instances de leurs voisins. Depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, prévalut la coutume de légaliser et, par conséquent, d'organiser la prostitution, considérée un mal inévitable.

On enferma donc les femmes de mauvaises mœurs dans des maisons spéciales, louées au plus offrant, et contrôlées par des officiers de police. Les femmes ne pouvaient exercer la prostitution que dans ces lieux. Elles pouvaient en sortir rarement, et seulement pour se rendre dans certains quartiers de la ville. Elles étaient aussi habillées d'une façon particulière. Parmi la grande variété de règlements et de sanctions, il ne manque pas non plus quelques exemples de faveur et de protection, inspirés de la conviction d'une certaine utilité sociale de la prostitution du moins comme remède contre des maux plus graves.

d) *Infanticide*. — Les lois les plus anciennes ne s'occupent guère du crime d'infanticide, mais certains statuts le punissent par le supplice du feu, donc encore plus sévèrement que l'homicide. En général, toutefois, il était comparé à ce dernier crime, et il était puni par les mêmes peines. En considération de l'état physique et moral de la femme pendant l'accouchement, et des raisons qui pouvaient avoir déterminé l'infanticide, les législations plus proches de nous prévirent des peines plus indulgentes. On remarque la même évolution dans les peines établies pour l'abandon des enfants de la part de leurs mères.

e) *Avortement*. — L'avortement était en général puni comme l'homicide, et, parfois, encore plus sévèrement. Mais avec le temps pour ce crime aussi, considéré tel depuis la législation lombarde, des punitions plus légères, tenant compte des circonstances particulières de chaque cas, remplacèrent des peines très dures, telle la peine capitale pour la mère et ses complices.

5. L'incapacité de la femme lombarde à ester en justice, relevait de la nature même du *mundium*. Celui-ci impliquait, en effet, outre le devoir de la défense dans le duel judiciaire, le

droit du *mundualdus* à intervenir dans tout acte de la femme, pour sauvegarder les intérêts de ses parents.

L'intervention d'un *advocatus*, à côté de la femme romaine, surtout au X-XII<sup>e</sup> siècle, avait, au contraire, comme but de venir en aide à l'*infirmitas sexus*; dans l'intérêt même de la femme. Sous la poussée de nouvelles conceptions, nées de l'élaboration de vieux principes, l'incapacité de la femme à ester en justice fut en partie justifiée comme un privilège. Après le XIII<sup>e</sup> siècle, en effet on croyait que le *pudor sexus* consentait à la femme de ne pas être obligée à ester personnellement en justice. Elle devait donc être remplacée par son mari, par ses parents ou par un procureur. En réalité, toutefois, le fameux privilège n'était dans les statuts qu'une prohibition de comparaître en justice, tantôt limitée aux femmes mariées, tantôt étendue à toutes les femmes.

Ce n'était que la profession de commerçant qui, nous le savons, faisait exception, ainsi que les causes matrimoniales, selon le droit canon.

A partir de la période communale, les femmes, qui avaient été exclues pendant longtemps de la possibilité de rendre témoignage et de prêter serment, en tant qu'incapables d'ester en justice, furent admises à témoigner dans les affaires civiles. Ce ne fut pas de même pour les affaires capitales et féodales et, d'après le droit canon, pour toutes les affaires criminelles. Ensuite ces limitations aussi tombèrent, mais le témoignage féminin ne cessa pas pour cela d'être moins considéré que celui de l'homme.

6. Nous n'avons pas beaucoup à dire à propos des activités économiques de la femme italienne au moyen âge, ce problème ayant été d'ailleurs très peu étudié. Nous avons déjà parlé de la femme marchand, ce qui n'était pas, du reste, un cas fréquent. La tradition de la vie italienne préférait en effet la femme d'intérieur, ou, tout au plus, lorsque c'était possible, la femme

occupée à aider ses parents dans l'exercice d'un métier quelconque. Par conséquent, les lois ne nous aident pas beaucoup. Il est possible toutefois de citer quelques exemples de veuves d'artisans, auxquelles on permettait de continuer l'activité du mari, mais avec l'aide d'un maître ouvrier. Il est aussi possible de trouver des dispositions qui se proposaient de discipliner le salaire quotidien, la nourriture, le tableau des heures de travail des ouvrières. La défense du *pudor sexus* suggérait parfois la promulgation de lois qui, par exemple, empêchaient aux marchands de vin d'employer des femmes pour la vente ou pour le service des clients. En ce qui concerne l'exercice des arts libéraux, nous dirons que cet exercice était tout à fait exceptionnel, quoiqu'on ne manque pas, surtout aux temps modernes, d'exemples de femmes qui atteignirent un degré remarquable d'habileté, et même la célébrité, dans les sciences et les arts. \*.

### BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE. — E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova 1931, p. 130-135; Id., *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Padova 1933, p. 129-180; G. BÖHNE, *Zur Stellung der Frau im Prozess- und Strafrecht der Italienischen Statuten*, dans *Gedenkschrift für Ludwig Mitteis*, Leipzig 1926 [= *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Heft 11], p. 89-124; F. BRANDILEONE, *Studi preliminari sullo svolgimento storico dei rapporti patrimoniali fra coniugi in Italia*, dans l'*Archivio giuridico*, LXVII (1901), p. 201-281, et maintenant dans *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, Bologna 1931, p. 229-319; A. BRIGANTI, *La donna commerciante a Perugia*, dans les *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Perugia*, XXVI (1911); C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, III (*Diritto privato*), Firenze 1891, p. 37-41, 127, 131, 149-155; Id., *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze 1895, p. 24-31, 142-148, 188-189, 194-196, 282-285; F. CICCAGLIONE, *Manuale di storia del diritto italiano*<sup>2</sup>, Milano s.a. [mais 1901], I, p. 352-353, 422-424 et 465, et II, p. 319-322, 413-421 et 431-439; E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, dans la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VIII, sez. III, a, IX-X (1955-56), p. 323-474; F. CRISCUOLO, *La donna nella storia del diritto italiano*<sup>2</sup>, Napoli 1889; P. DEL GIUDICE, *Il mundio sulle donne nella legge longobarda*, dans *Nuovi studi di storia e diritto*, Milano 1913, p. 27-56; A. DEL VECCHIO, *Le seconde*

(\*) Comunicazione presentata a Leiden il 1° X 1956 nel corso della X<sup>a</sup> Riunione della Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions.

nozze del coniuge superstite, Firenze 1885; F. ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell'Italia superiore*, dans l'*Archivio giuridico*, LXXX-LXXXI (1908), p. 395-490 et 34-148; C. F. GABBA, *Della condizione giuridica delle donne*<sup>2</sup>, Torino 1880; A. GAUDENZI, *Le vicende del mundio nei territori longobardi dell'Italia meridionale*, dans l'*Archivio storico per le Province napoletane*, XIII (1888), p. 95-118; C. GIARDINA, 'Advocatus' e 'mundwaldus' nel Lazio e nell'Italia meridionale, dans la *Rivista di storia del diritto italiano*, IX (1936), p. 291-310; P. S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna 1933, p. 48-52, 84-105, 278-280, 284, 287-288; Id., *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, I (*Diritto delle persone e di famiglia*), Milano 1941, p. 95-101, 152-160, 177-222 et II (*Diritti reali e di successione*), Milano 1943, p. 187-193, 206-215; C. LESSONA, *La 'Sylva nuptialis' di Giovanni Nevizzano giureconsulto astigiano del secolo XVI*, Torino 1886; L. A. MURATORI, *Antiquitates Italicae Medii Aevi sive Dissertationes*, diss. XX (*De actibus mulierum*), [tom. IV, éd., Arretii 1774, p. 187-256]; C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino 1902, p. 12-19, 182-196, 236, 240, 541-542, 547-552, 578; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*<sup>2</sup>, III (*Storia del diritto privato*), Torino 1894, p. 302-370, 408-409 et IV (*Storia del diritto privato*), Torino 1893, p. 45-65, 91-119 et V (*Storia del diritto penale*), Torino 1892, p. 150, 164, 272-273, 367, 408 et VI, 1 (*Storia della procedura*), Torino 1900, p. 259-260, 443 et VI, 2 (*Storia della procedura*), Torino 1902, p. 363, 378 et passim; M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*<sup>2</sup>, Padova 1935, I, p. 130-138 et II, p. 198-257, 356-358, 361-366; Id., *Ricerche intorno alla tutela dei minori*, Padova 1904; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*<sup>3</sup>, Torino 1930, p. 347-353, 404, 437; Id., *La condizione giuridica delle donne a Genova nel secolo XI*, dans la *Rivista di storia e filosofia del diritto*, I (1897), p. 198-206; F. SCHUPFER, *L'autorizzazione maritale. Studi sugli statuti municipali italiani*, dans le vol. *Pel cinquantesimo anno d'insegnamento del professore Francesco Peperè*, Napoli 1900, p. 5-11; L. SICILIANO-VILLANUEVA, art. *Mundio*, dans *Il Digesto Italiano*, XV, 2, Torino 1904-11 [1908], p. 1018-1023; A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*<sup>2</sup>, Milano 1918, p. 370-374, 396-416, 384, 997-1004; Id., *La condizione privata della donna e la giurisprudenza longobarda dell'Italia meridionale*, dans l'*Archivio giuridico*, LXVIII (1902), p. 279-333, et maintenant dans *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma 1937, p. 453-506; N. TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli XV e XVI*, Milano-Palermo-Napoli, s.a. [mais 1911], p. 196-219 e 266-350; Id., *Il testamento del marito*, Bologna 1905; Id., *Il capitolo XXII delle leggi di re Liutprando*, dans la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXV (1898), p. 84-98; P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato: Le persone*, Milano 1946, p. 118-124; Id., id.: *La famiglia*, Milano 1947, p. 83, 117-136; P. VACCARI, *Dote e donazione nuziale nell'ultima età romana e nel medioevo italiano*, dans le vol. *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Milano 1938, p. 251-274.

## INDICE

|   |     |
|---|-----|
| FRANCESCO FORTE, <i>Alcune osservazioni sulla personalizzazione delle imposte reali sul reddito</i> . . . . .   | I   |
| SERIO GALEOTTI, <i>La nuova costituzione francese (Appunti sulla recessione del principio democratico nella V<sup>a</sup> Repubblica)</i> . . . . .     | 29  |
| CRISANTO MANDRIOLI, <i>La tecnica dello strumento rappresentativo nel processo civile</i> . . . . .   | 81  |
| ALESSANDRO MIGLIAZZA, <i>Problemi generali relativi al processo innanzi alla Corte di Giustizia delle comunità sopranazionali europee</i> . . . . .     | 179 |
| ENRICO PALEARI, <i>La natura della sentenza canonica di nullità di matrimonio</i> .   | 237 |
| FRANCO PASTORI, <i>La genesi della stipulatio e la menzione della bona fides nella lex de Gallia Cisalpina con riferimento all'actio ex stipulatu</i> . | 257 |
| GUIDO ROSSI, <i>Le statut juridique de la femme dans l'Histoire du droit italien (Epoque médiévale et moderne)</i> . . . . .                            | 285 |

*Direttore responsabile:* prof. CARLO BO

*Redattore:* prof. avv. FRANCO PASTORI

---

Autorizzazione del Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950, n. 24



