

Avv. PIERO CALAMANDREI  
PROF. ORDINARIO NELL' UNIVERSITÀ DI FIRENZE

# STUDI SUL PROCESSO CIVILE

VOLUME QUINTO

TEORIA GENERALE E METODO  
QUESTIONI DI DOTTRINA E DI GIURISPRUDENZA  
LEGISLAZIONE COMPARATA (1938-1943).



PADOVA  
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1947

DEDALUS - Acervo - FD



20400021538

## La relatività del concetto d'azione (\*)

SOMMARIO: 1. - La polemica sugli « orientamenti pubblicistici » del processo, e sua giustificazione storica. — 2. - Il problema dell'azione come uno degli aspetti della relazione tra l'individuo e lo Stato. — 3. - La funzione pratica dell'azione nel diritto processuale positivo. — 4. - Le teorie sull'azione: l'azione come proiezione del diritto soggettivo sostanziale. — 5. - La teoria del *Rechtsschutzanspruch*. — 6. - La teoria del diritto potestativo. — 7. - L'azione come esercizio di pubblica funzione. — 8. - L'affievolirsi del diritto soggettivo in alcuni aspetti processuali. — 9. - Il ciclo storico dell'azione: da diritto privato a potere pubblico. — 10. - Conclusione: la polemica sull'azione nella crisi dell'ordinamento giuridico.

1. — La polemica intorno ai cosiddetti « orientamenti pubblicistici » della scienza del processo <sup>(1)</sup>, che di recente ha messo di fronte due giovani processualisti tra i più valorosi (è possibile che già uno di essi, il nostro Cristofolini, abbia taciuto per sempre?) assume oggi, all'infuori della preferenza che si possa avere per

(\*) Pubbl. negli *Studi in onore di Santi Romano* e nella *Riv. di dir. proc. civ.* 1939, I, 22. [cfr. recensione di B. CROCE, sulla *Critica* del 1939, pag. 445].

<sup>(1)</sup> SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1937, I, 32; Id., *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, col. 276; Id., *Riflessi tributari della teoria generale del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, pag. 192; CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 105, e *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, ivi, pag. 282; cfr. anche la prefazione dello stesso SATTA al suo libro *L'esecuzione forzata* (Milano, 1937), e la recensione sull'11a medesima del CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pag. 201. Per un ritorno a una concezione privatistica del processo civile, cfr. anche FERRARA (*junior*), *Interferenza tra diritto sostanziale e processo in materia commerciale* (Siena, 1936), nn. 7-8.

l'una o per l'altra delle opinioni contrastanti, un valore di sintomo: il fatto che proprio oggi, mentre l'indirizzo « pubblicistico » del processo civile sembra vicino a trionfare nelle leggi, si possa tornare a discutere con tanto ardore il fondamento di una concezione che sembrava ormai definitivamente acquisita, da più di mezzo secolo, alla scienza giuridica, rivela in maniera tipica come anche la dogmatica processuale, che malamente si volle considerare come puro giuoco tecnico indifferente ai travagli della politica, non si apparti dalla crisi del pensiero contemporaneo, e si senta anch'essa inclinata, ora che la esperienza dimostra a quali estreme conseguenze posson logicamente portare, messe in libertà nella pratica, le teorie allevate ed accarezzate per un cinquantennio nel chiuso delle biblioteche, agli esami di coscienza ed alle nostalgiche perplessità.

Ridotta al suo nucleo centrale, la polemica può riassumersi in questo dilemma: si deve vedere nel processo civile un servizio che lo Stato rende al cittadino, fornendogli il mezzo per attuare il suo diritto soggettivo, ovvero un servizio che il cittadino rende allo Stato, fornendogli l'occasione per attuare il diritto oggettivo? Intorno a questo problema essenziale la polemica ha rimesso in discussione tutti i concetti primi della nostra scienza, giurisdizione, azione, rapporto processuale, loro natura giuridica e loro scopi; ma in realtà alla base di ogni discussione su questi molteplici aspetti della polemica il vero problema di cui si discuteva, era, sia pur tradotto in termini di tecnica processuale, uno solo: quello, che riaffiora oggi in tutti i campi del pensiero, delle relazioni tra interesse individuale e interesse pubblico, tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità.

La polemica ha dunque uno sfondo essenzialmente politico; questo avviene, ed è bene che avvenga, anche se non sempre i giuristi se ne accorgono, in ogni elaborazione sistematica degli istituti giuridici: nell'interpretare i quali i tecnici, anche quando credono di essere fedeli alla lettera delle disposizioni positive, non possono esimersi dall'esaminarli contro luce al chiarore di certe fondamentali tendenze, alle quali essi pensano che si ispiri, o vorrebbero che si ispirasse, l'ordinamento entro il quale quel diritto positivo è collocato. Le ricostruzioni della dogmatica sono dunque, in ogni caso, il risultato di un compromesso tra il diritto positivo e le premesse tendenziali a cui il giurista lo ricollega: ed

è così, coll'evolversi di queste mobili premesse, che la dogmatica riesce a ringiovanire perennemente gli istituti giuridici, e ad adeguarli, anche se la lettera delle disposizioni rimane immutata, alla realtà sociale che sempre si rinnova. Esempio ormai classico di questa funzione di adeguazione politica che la dogmatica esercita sul diritto positivo, è dato proprio, come altrove ho notato <sup>(1)</sup>, dall'opera scientifica di Giuseppe Chiovenda: il quale è riuscito a costruire un sistema nettamente orientato su principi pubblicistici ed in un certo senso autoritari, prendendo come base proprio quel Codice del 1865 che volle essere ai suoi tempi espressione di tendenze nettamente individualistiche e liberali. A tanto può, attraverso l'interpretazione evolutiva, servire la dogmatica: a costruire con vecchi materiali architetture in armonia coi nuovi tempi, ossia a dar l'illusione che circoli nell'interno delle vecchie leggi uno spirito nuovo che in realtà vi è proiettato dal di fuori, dalla sensibilità politica dell'interprete; la stessa illusione dei colori, che sembrano dentro le cose, e sono invece nella luce che su di esse si riflette.

2. — Questi rilievi possono servire a dare una spiegazione storicistica, per limitarci ad un solo aspetto della polemica, alla disputa sempre rinascante intorno al concetto di azione: del quale è vana fatica ricercare la vera definizione, quasi che ve ne fosse una sola da considerarsi assolutamente esatta di fronte a tutte le altre da considerarsi errate, mentre in realtà anche questa definizione è in funzione di quel rapporto tra interesse individuale ed interesse pubblico che sotto diverse apparenze si ripresenta in tutti i campi della scienza giuridica, ed è quindi soggetta a variare, essa definizione, secondo che nel rapporto si accentui per considerazioni politiche la prevalenza di uno dei termini, e si sposti quindi, in un senso o in altro, il punto di equilibrio tra i due.

In un recente saggio sull'azione che, quantunque presentato come voce di un'enciclopedia, costituisce in realtà il contributo più originale e più penetrante che sia stato scritto sull'argomento dopo la classica prolusione di Giuseppe Chiovenda, è stato di-

<sup>(1)</sup> In questi *Studi*, vol. IV, pag. 244 (nel saggio *Giuseppe Chiovenda, Il maestro*).

mostrato dal Pekelis <sup>(1)</sup> che la polemica sul problema dell'azione, dibattutasi tra i giuristi tedeschi del secolo scorso, non è stata che un aspetto, storicamente parallelo, della più vasta polemica sul problema dello Stato; e che di conseguenza il ciclo delle teorie sull'azione ha seguito la stessa cronologia della storia politica del secolo XIX.

Ma io credo che, anche senza risalire al passato, una interpretazione storicistica delle teorie sull'azione sia possibile anche per chi si fermi a considerare il presente: questo implacato rinascere nella dottrina processualistica contemporanea di un dibattito che non si riesce a concludere, questo riaffacciarsi con rinnovati sussulti di vitalità di concezioni che parevano tramontate da un secolo, non ha la sua origine in un vuoto gusto dialettico dei giuristi; esso è, piuttosto, la proiezione nel campo del processo di un travaglio che si svolge nella realtà sociale, in cui il problema fondamentale dei rapporti tra cittadino e Stato non ha avuto ancora, e forse non potrà aver mai, una soluzione unica, in luogo della quale lo stesso ordinamento giuridico si appaga di una pluralità di soluzioni pratiche provvisorie e spesso contraddittorie, che sembrano fatte apposta per alimentare la polemica delle teorie.

Se in questo periodo di accelerati trapassi che il mondo vive, sembra evidente in tutti gli Stati una generale tendenza a ridurre in limiti sempre più ristretti il campo del diritto soggettivo individuale, è certo che questo innegabile processo di « pubblicizzazione » che è in atto d'intorno a noi <sup>(2)</sup>, non si compie collo stesso ritmo, e non si trova quindi allo stesso grado di maturazione, in tutte le zone del territorio giuridico: e chi potesse abbracciar con uno sguardo, come nella carta topografica di una regione, il piano spie-

<sup>(1)</sup> PEKELIS, *Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. 1; e su di essa la recensione di B. CROCE, sulla *Critica* del 20 novembre 1938 (anno XXXVI, fasc. VI), pagg. 457-458.

<sup>(2)</sup> Che poi non soltanto nel nostro tempo, ossia da cinquant'anni a questa parte, ma addirittura in ogni tempo la storia ideale del diritto si riduca ad essere la storia della sua pubblicizzazione (come sostiene l'AL-LORIO, nella sua prolusione *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, pubbl. in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 185 e segg.), non oserei credere: e ho il sospetto che l'A. abbia, senza volere, peccato proprio contro la storia, scambiando il nostro tempo con l'eternità.

gato dell'ordinamento giuridico per spiarmi i progressi della colorazione pubblicista che è in corso, si accorgerebbe che è sommamente difficile tracciare i confini delle varie zone, perchè, se vi sono larghi campi sommersi dalla marea ed isole ancora solidamente emergenti, in altri territori vi è soltanto per ora una infiltrazione sotterranea, che lascia incerto il colore

« che non è nero ancora e il bianco muore ».

In un momento storico cosiffatto, in cui è rimesso in discussione il concetto stesso di diritto soggettivo, e in cui non si può dire con sicurezza se questo concetto corrisponda ancora alla realtà dei rapporti sociali, poichè in diversi campi dello stesso ordinamento giuridico esso resiste o sta per crollare o è già crollato secondo il diverso progredire della evoluzione in atto, è naturale che questa crisi delle istituzioni viventi abbia le sue ripercussioni sulla dogmatica, e che la dottrina dell'azione risenta delle stesse perplessità e degli stessi dissensi che si concentrano intorno al concetto di diritto soggettivo.

Lo scopo di questo mio saggio è appunto quello di dimostrare come le varie teorie che ancora si contendono il campo intorno al concetto di azione trovino tutte quante la loro giustificazione storica nel momento presente, in quanto ciascuna di esse dev'essere intesa come relativa ad una tra le diverse concezioni (si potrebbe anche dire tra le diverse fasi di maturazione) dei rapporti tra cittadino e Stato, che si trovano oggi conviventi in zone limitrofe dello stesso ordinamento giuridico: sicchè ciascuna teoria non può essere detta in sè nè assolutamente vera, nè assolutamente falsa, perchè serve a cogliere da un diverso punto di vista una diversa particella di verità, e a far brillare un istante, prima che sia superata, una delle innumerevoli sfaccettature di quel metallo ancora in fusione che si cola entro l'armatura dello Stato.

3. — Qualunque appaia, tra le varie teorie in contrasto, quella preferibile, certo è che l'azione, prima di essere una costruzione dogmatica dei teorici, è una realtà pratica accolta dal diritto di tutti gli Stati civili, il cui ordinamento processuale non può essere inteso per quello che è nella sua struttura positiva ed apparente, se nel descriverlo non si considera come uno dei suoi caposaldi

proprio questa azione, intorno alla quale si sbizzarriscono tante teorie: la quale è una realtà, che può comportare le più svariate interpretazioni dogmatiche, ma colla quale tuttavia deve fare i conti chiunque voglia capire *com'è fatto*, nella civiltà contemporanea, il processo.

Il processo dei popoli moderni, civile o penale, è essenzialmente un *processo su azione (Klageverfahren)* <sup>(1)</sup>, cioè un processo in cui l'organo giudiziario non prende in considerazione la realtà sociale per conoscerla o per modificarla nei suoi aspetti giuridici, se non nei limiti della proposta presentatagli dal soggetto che esercita l'azione.

Una giurisdizione esercitata d'ufficio, alla quale l'organo giudicante procedesse di propria iniziativa, senza attendere la sollecitazione del soggetto agente, repugnerebbe al concetto che modernamente ci siano fatti della funzione del giudice, il quale, per conservarsi imparziale, deve attendere d'esser richiesto e limitarsi a render giustizia a chi la domanda: e se ci raccontassero che un magistrato, senza esser richiesto da alcuno, si è messo in viaggio alla scoperta dei torti da raddrizzare, saremmo portati a considerarlo, piuttosto che un eroe della giustizia, un maniaco pericoloso, sullo stampo di don Chisciotte o del leggendario calzolaio di Messina.

Nell'ordinamento vigente, dunque, la giurisdizione presuppone l'azione; questa è almeno la regola generalissima *in iure condito*, di fronte alla quale i pochissimi casi di « giurisdizione senza azione » <sup>(2)</sup>, che la dottrina riesce non senza qualche dubbio a isolare, costituiscono oggetto di curiosità, come rari campioni fossili di una flora antidiluviana. Non si può escludere dal regno delle ipotesi la possibilità di un sistema giudiziario in cui l'istituto dell'azione fosse interamente abolito <sup>(3)</sup>, e in cui, caduta ogni distinzione fra giustizia e polizia, fosse concentrato in un solo organo il potere di proporre le liti e quello di risolverle (un precedente storico di cosiffatto connubio si ha nel processo penale inquisitorio, di non felice

<sup>(1)</sup> Cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch*, pag. 225.

<sup>(2)</sup> CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, I (*Clasole di rinuncia alla giurisdizione italiana*), pag. 178; CRISTOFOLINI, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931 I, pag. 331.

<sup>(3)</sup> Cfr. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (in *Suggi*, I, pag. 3 e segg.), n. 2.

memoria); ma è prevedibile che, fino a quando la giustizia sarà resa da uomini, l'onnipotenza dello Stato non potrà distruggere la necessità logica e psicologica (specialmente imperiosa nella fase di cognizione) di affidare a due diversi organi quelle due funzioni complementari ma ben distinte e tali da non poter essere confuse senza ridurre la giustizia a un puerile soliloquio, che sono rispettivamente la funzione di chiedere e quella di rispondere, di proporre un problema e di risolverlo, di denunciare un torto e di ripararlo <sup>(1)</sup>.

L'azione costituisce dunque *in iure condito*, in civile e in penale, un limite e una condizione della giurisdizione. La portata pratica di essa azione non è soltanto visibile nel momento iniziale del processo, in quanto l'organo giudiziario, nella fase di cognizione o in quella di esecuzione, non si mette in moto se non dietro richiesta dell'organo agente (*nemo iudex sine actore*); ma si rivela anche nel seguito del processo e specialmente nel momento conclusivo di esso, poichè il giudice, messo in moto dall'organo agente, non può prendere in considerazione, come materia della sua indagine, se non quel profilo della realtà su cui l'attore richiama la sua attenzione, e non ha altra scelta che quella tra il far propria o il respingere quella proposta che l'attore gli presenta, già pronta per esser trasformata in provvedimento giurisdizionale. L'azione è dunque, praticamente, non soltanto il potere di dar la prima spinta alla giurisdizione che altrimenti rimarrebbe inerte; ma altresì il potere di preparare per il giudice la materia ed il programma del suo provvedimento <sup>(2)</sup>. Non si tratta soltanto di una messa in moto, in virtù della quale la giustizia, superata la fase di inerzia, sia poi libera di seguire le sue vie; ma di una perdurante collaborazione, mediante la quale per tutto il corso del processo l'attore continua a segnare la rotta, a cui il giudicante si deve attenere.

In virtù di questa collaborazione la cognizione del giudice, invece di investire direttamente la realtà sociale in cui vive il rapporto controverso, la colpisce solo di rimbalzo, in quei termini ed in quegli aspetti con cui la controversia si trova isolata e rappre-

<sup>(1)</sup> Cfr. le pagine fondamentali del WACH, *Struktur des Strafprozesses* (in *Fest. f. Binding*, München, 1914), pag. 6 e segg. dell'estratto.

<sup>(2)</sup> Cfr. SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto* (in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 809 e segg.), pag. 819.

sentata dalla parte nel suo programma di provvedimento: tra il giudice e la realtà sociale si frappone così l'opera intermediatrice del soggetto agente, simile a quella dell'assistente che allo scienziato curvo sul microscopio porge i vetrini contenenti i preparati da esaminare. Per questo io continuo a ritenere che la svalutazione, e si potrebbe dire lo scolorimento del concetto di azione a vantaggio di quello di « lite », che sta a base del *Sistema* carneluttiano, urti contro la realtà del processo odierno, in cui il giudice è messo a contatto non colla « lite », ma coll'azione, in quanto è chiamato non a stabilire quale sia il regolamento giuridico che meglio corrisponda al rapporto sociale direttamente osservato, ma semplicemente a decidere se meriti di essere accolta, in relazione ad una fattispecie già inquadrata dall'agente in uno schema giuridico, la proposta di provvedimento che gli è presentata dal suo necessario collaboratore.

Sul terreno pratico di questa collaborazione cresce rigogliosa la polemica delle teorie. Si tratta di vedere quale sia lo scheletro giuridico che regge e muove questa collaborazione: quale sia, tra questi interessi che collaborano, quello dominante.

4. — Dominante è senza dubbio l'interesse individuale in quel concetto di azione, caro ai civilisti del secolo scorso <sup>(1)</sup>, che il Chiovenda chiama *misto* o *improprio*: il concetto secondo il quale l'azione non sarebbe che un aspetto o un momento dello stesso diritto soggettivo sostanziale, un potere immanente di reazione contro il torto, o, come si usava dire con circonlocuzioni altrettanto pittoresche quanto poco impegnative, il diritto soggettivo « alla seconda potenza », o il diritto soggettivo « sul piede di guerra ».

Ma queste frasi così vaghe e inconcludenti in sè stesse, che rappresentano l'azione come un'ombra fuggevole proiettata dal diritto soggettivo sullo schermo del processo, sono in realtà l'espressione molto significativa di quella concezione liberale dello Stato, che poneva al centro del sistema giuridico l'idea, fortemente sentita, del diritto soggettivo. Là dove la funzione giuridica dello Stato si concepisca come orientata soprattutto a promettere protezione agli interessi individuali e a tener pronti i mezzi pratici per assi-

(<sup>1</sup>) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione*, cit., pagg. 6-7, e note 11-13.

curare che tale protezione sia effettiva, il diritto soggettivo, costruito come un'arma per realizzare la prevalenza e si potrebbe dire la sovranità dell'interesse individuale protetto su quello sacrificato, offre a chi può servirsene il vantaggio di un doppio congegno; in quanto, se la soddisfazione dell'interesse prevalente non è raggiunta attraverso il meccanismo normale del volontario adempimento, l'avente diritto può arrivare ugualmente alla propria soddisfazione, ricorrendo all'esecuzione forzata, che costituisce contro il debitore inadempiente come un colpo di riserva. Tutto si svolge dunque, in ambedue questi momenti, nell'ambito di un conflitto tra due interessi individuali: e se nel secondo momento, quello dell'assoggettamento forzato, la forza che soccorre non è quella privata del creditore ma quella pubblica dello Stato, lo Stato non interviene di sua iniziativa a tutela dei propri fini, ma si affaccia come un personaggio di terzo piano che, a richiesta del creditore, gli presta man forte per aiutarlo ad aver ragione del suo avversario, ed a raggiungere così i suoi fini individuali. In tutto questo l'interesse pubblico non c'entra, o c'entra soltanto in quanto giova alla pace sociale evitare che i privati vengano direttamente alle mani. In sostanza qui lo Stato si batte per il creditore, e la forza pubblica si mette al servizio dell'interesse privato; ma i personaggi del dramma rimangono due, il creditore e il debitore, e lo Stato non vi figura che come ausiliario e sostituto del primo <sup>(1)</sup>: il che vuol dire, per uscir di metafora, che, anche nel momento dell'azione, i due soggetti originari del rapporto giuridico rimangono invariati.

Si può ora sicuramente affermare che tale idea essenzialmente privatistica dell'azione, alla quale era coeva la concezione, che poneva lo scopo del processo civile nella *tutela dei diritti soggettivi* <sup>(2)</sup>, abbia perduto ogni possibilità di giustificazione nel diritto positivo vigente? Non direi. Rimangono ancora nel diritto sostanziale, specialmente nel territorio delle obbligazioni, vaste zone in cui l'idea del diritto soggettivo vive in tutta la sua originaria

(<sup>1</sup>) Esattamente osserva il MENESTRINA, v. *Azione (Azione civile)*, in *Enc. It.*, V, pag. 207, che la concezione privatistica dell'azione aveva come presupposto il « tenere in poco conto il grave fenomeno dell'intervento dell'autorità statale nelle controversie dei cittadini ».

(<sup>2</sup>) Sulla quale cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 66; ROCCO (Alfr.), *La sentenza civile*, n. 9.

gagliardia, e in cui l'azione di condanna (l'unico tipo di azione che si presta ancora a giustificare questi ritorni a vecchie teorie) può apparire anche oggi, per cui la consideri *a parte creditoris*, nient'altro che lo strumento dell'interesse individuale in un conflitto tra privati: difronte al quale lo Stato, lungi dall'assumere la parte di protagonista del processo, si contenta di « assumere il ruolo di terzo »<sup>(1)</sup>, che mette i suoi giudici e i suoi carabinieri al servizio di chi ha ragione.

5. — La teoria che più ha contribuito a portare sul primo piano la figura di questo « terzo », sull'intervento del quale è imperniata la efficacia pratica del diritto privato, ed a chiarire che il vero *punctum pruriens* del problema dell'azione è proprio quello che concerne la posizione giuridica di questo terzo che le teorie precedenti lasciavano in ombra, è stata com'è noto, la teoria del *Rechtsschutzanspruch*, enunciata, sulle orme del Muther, dal Wach<sup>(2)</sup>: la quale ha concepito l'azione non più come un duplicato, intercorrente tra gli stessi soggetti, del diritto soggettivo privato, ma come un diritto soggettivo di per sé stante, indirizzato verso un diverso soggetto passivo, che non è più il debitore originario ma lo Stato, e mirante ad una diversa prestazione, che non è più l'adempimento ma la tutela giurisdizionale.

Con questa teoria, l'azione è posta francamente nel campo del diritto pubblico, come espressione di un rapporto intercorrente non più tra privato e privato, ma tra cittadino e Stato. Ma non per questo l'interesse individuale cessa di essere, anche qui, primario e predominante: si direbbe anzi che questa teoria del Wach sia riuscita a dare la formulazione tecnicamente più perfetta e più energica di quella concezione essenzialmente liberale secondo la quale il processo civile non è altro che uno strumento di attuazione dei diritti soggettivi privati<sup>(3)</sup>. E' vero infatti che questa teoria riuscì per prima a dimostrare, col celebre esempio delle azioni di mero

(1) SATTA, *Orientamenti pubblicistici*, cit., pag. 45.

(2) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione*, nn. 4-6.

(3) La più esauriente illustrazione di questa concezione è nel famoso saggio di R. SCHMIDT, *Prozessrecht und Staatsrecht* (Karlsruhe, 1904); cfr. anche la prefazione di J. GOLDSCHMIDT all'opera *Der Prozess als Rechtslage* (Berlin, 1925), pag. V-VI.

accertamento, che il diritto d'azione inteso come diritto alla tutela giuridica può esistere indipendentemente dalla preesistenza di un diritto sostanziale insoddisfatto<sup>(1)</sup>; ma è vero altresì che anche qui l'azione continuava ad esser considerata come strumento e garanzia dell'interesse individuale (tanto che il Bülow rimproverò al Wach di perpetuare l'asservimento del processo al diritto privato), e soprattutto è vero, e degno di nota, che questo diritto pubblico del cittadino verso lo Stato era costituito secondo lo schema civilistico del rapporto giuridico intercorrente tra un avente diritto e un obbligato, e che in questo schema la posizione di soggetto attivo aspirante ad una prestazione (tutela giuridica) era assunta dal cittadino, mentre la posizione di soggetto passivo obbligato alla prestazione era riservata allo Stato. In questa costruzione, dunque, che rappresentava lo Stato come *obbligato* ad eseguire una prestazione a servizio del cittadino, era esplicitamente consacrata la preminenza dell'interesse individuale e la subordinazione ad esso dell'interesse pubblico: se l'azione, considerata come un diritto soggettivo di per sé stante, non poteva più confondersi col diritto soggettivo privato, essa non aveva in realtà, secondo questa concezione, altra funzione che quella di costituirne la salvaguardia.

Il significato teorico di quella collaborazione pratica tra soggetto agente e giudice, dalla quale siamo partiti, era dunque trovato, con questa teoria, in un dichiarato asservimento dell'interesse pubblico all'interesse individuale.

6. — A Giuseppe Chiovenda, che idealmente se non cronologicamente sta a mezza strada fra il Wach e il Klein<sup>(2)</sup>, va senza dubbio il grande merito di aver saputo trovare, colla sua concezione dell'azione come diritto potestativo, il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse individuale, l'incontro dei quali è stato rappresentato da lui non come la subordinazione dell'uno all'altro, ma come la coordinazione armonica dei due, realizzante in maniera

(1) Cfr. CHIOVENDA, *L'azione*, n. 6.

(2) Sulla contrapposizione del WACH al KLEIN, come rappresentanti rispettivamente di due opposte concezioni del processo civile (concezione liberale e concezione autoritaria) cfr. SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht* (Berlin, 1938), pag. 3.

perfetta il contemperamento della libertà coll'autorità <sup>(1)</sup>. Questa teoria di Giuseppe Chiovenda costituisce l'apice di una curva ideale: prima di essa (nelle teorie che abbiamo già ricordate) l'azione si costruisce con una certa prevalenza dell'interesse privato su quello pubblico, dopo di essa (come tra poco vedremo) l'equilibrio si rompe a favore dell'interesse pubblico, che nettamente comincia a prevalere su quello privato.

L'idea feconda, la « scoperta », si potrebbe dire, di Giuseppe Chiovenda, si concentra soprattutto in ciò: nell'aver visto che l'azione, se pure si deve considerare come un diritto soggettivo di per sé stante, non si presta ad essere inquadrata nello schema tradizionale del diritto soggettivo in senso civilistico, il cui fulcro è costituito dalla prestazione rispettivamente pretesa e dovuta, e in cui la prevalenza dell'interesse del creditore ha come sua immancabile contropartita il sacrificio dell'interesse del debitore. In realtà quando lo Stato rende giustizia, si muove non per rendere con proprio sacrificio un servizio a chi glielo chiede, ma per adempiere con ciò ad uno dei fini essenziali dello Stato, cioè per servire un interesse essenzialmente pubblico <sup>(2)</sup>. L'interesse individuale e quello pubblico non si possono dunque considerare nel processo come due forze in contrasto, ma piuttosto come due aspirazioni alleate e convergenti, ciascuna delle quali, lungi dal cercare guadagno a scapito dell'altra, considera il soddisfacimento dell'altra come condizione del proprio.

La teoria del Chiovenda è indubbiamente orientata verso un rafforzamento del principio di autorità nel processo, che ha il suo più diretto ispiratore del Klein <sup>(3)</sup>: lo Stato, che in veste di legislatore si limita a formulare volizioni per classi, destinate a trasformarsi da generiche ed astratte in specifiche e concrete solo

(1) Sulla posizione di GIUSEPPE CHIOVENDA nella scienza del diritto processuale, la cui storia « si svolge tra il processo visto come mezzo e il processo visto come fine; il processo visto come attuazione dell'obbligazione « e il processo visto come attuazione della legge », mi sembrano degne di meditazione le belle pagine di G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo* (in *Riv. int. di filosofia del dir.*, 1938, pag. 252 e segg.).

(2) Cfr. REDENTI, *Profili pratici del dir. proc. civile* (Milano, 1938), pag. 94.

(3) Cfr. KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs* (1927), pag. 186 e segg..

quando si verifichi nella realtà una fattispecie appartenente alla classe ipotizzata, senza che il valore pratico della propria autorità non è tanto in quell'astratto comandare a vuoto che è proprio del momento legislativo, quanto nel mantenere l'osservanza della legge quando viene il momento di applicarla, ossia nel vigilare a che sia attuata, caso per caso, quella volizione resa specifica dalla realtà, che con terminologia chiovendiana si suol denominare la « concreta volontà di legge »: sicchè, quanto più l'idea dello Stato si rafforza tanto più la funzione indirizzata a mantenere l'osservanza del diritto appare preordinata a difendere l'autorità dello Stato, che nella inosservanza della legge vede, prima che la lesione di un interesse individuale, una ribellione al suo comando e quindi una menomazione del suo prestigio. Ma poichè può darsi appunto che la norma nell'osservanza della quale lo Stato sente in gioco la sua autorità, sia posta a tutela di un interesse individuale, sicchè la contravvenzione al diritto oggettivo si presenti nello stesso tempo al privato come violazione di un suo diritto soggettivo, ecco che l'azione, con cui questo privato si rivolge allo Stato per chieder la tutela del suo interesse lesso, offre allo Stato l'occasione per riconfermare la sua autorità, minacciata dalla contravvenzione alla legge: in questo modo il privato, cercando la soddisfazione del suo interesse individuale, collabora all'attuazione del diritto oggettivo, mentre lo Stato, adoprando a restaurare le legge, difende nello stesso tempo il diritto soggettivo del privato.

Questo rapporto di collaborazione, che, fino a quando l'azione era concepita come un diritto alla prestazione rivolto contro lo Stato, portava alla assurda costruzione di un avente diritto che coll'esigere la prestazione rende un servizio all'obbligato, e di un obbligato che coll'adempiere l'obbligazione soddisfa prima di tutto l'interesse proprio, ha trovato per merito del Chiovenda la sua coerente sistemazione nella figura del diritto potestativo, che appare ancora come un diritto individuale (in quanto, a parte actoris, si presenta come una *facultas* a servizio di un interesse privato), ma non è più un diritto *ad una prestazione*, perchè l'attività giurisdizionale, dalla quale l'attore attende la soddisfazione del proprio interesse individuale, è concepita non più come adempimento di una prestazione dovuta al singolo, ma come l'esercizio di una pubblica funzione.

Il Chiovenda concepisce questo diritto potestativo come diretto verso l'avversario <sup>(1)</sup>, in quanto al diritto di una parte di provocare l'attuazione giurisdizionale della legge, corrisponderebbe, dal lato del soggetto passivo, non un dovere, ma la soggezione agli effetti giuridici di tale attuazione. Ma l'aspetto che in questa concezione sembra rimanere in ombra meno esplorato, e dal quale necessariamente dovevano sorgere gli ulteriori sviluppi delle teorie, è, anche qui, quello che riguarda il rapporto che passa fra il titolare dell'azione e lo Stato. Insegna il Chiovenda che il titolare dell'azione in tanto ha il potere di provocare la soggezione dell'avversario in quanto sa di poter contare sull'attuazione della legge da parte dello Stato, ossia in quanto egli, titolare dell'azione, si trova in un certo « rapporto... colla legge e coi poteri dello Stato », che funge « come « mezzo nelle sue mani rispetto al suo rapporto coll'avversario ». Orbene (ecco il punto che in questa teoria sembra rimanere alquanto in ombra) in che consiste questo rapporto del titolare dell'azione collo Stato, che nelle sue mani « funge come mezzo » contro l'avversario? E che cosa vuol dire, tradotto in termini giuridici, che « il titolare dell'azione... può contare sull'attuazione della legge »? Come si può definire giuridicamente, se si esclude la figura del diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale, questo « poter contare » su quel comportamento dello Stato che porterà all'assoggettamento dell'avversario? Anche nella bella illustrazione che di questa teoria del diritto potestativo dà il Redenti <sup>(2)</sup> mi par di trovare lo stesso *hyatus*: egli dice che, al diritto di azione non corrisponde un'obbligazione del giudice, perchè questo « non adempie ad una prestazione specifica verso la parte, ma « entra in funzione in modo automatico, per l'attuazione del suo « proprio compito istituzionale di organo dello Stato ». Ma che cosa significa propriamente, in termini giuridici, questo « entrare in funzione in modo automatico »? La figura del diritto potestativo cesserebbe di essere un concetto giuridicamente afferrabile, se non avesse carattere giuridico la relazione in cui si trova l'avente diritto di fronte a quell'organo dello Stato, il cui funzionamento « automatico » gli è indispensabile per produrre la soggezione dell'avversario: dalla semplice affermazione di questa automaticità di

<sup>(1)</sup> Cfr. *L'azione cit.*, n. 8; cfr. anche REDENTI, op. cit., pag. 94.

<sup>(2)</sup> *Profili pratici*, pag. 95.

fatto, sulla quale la teoria del diritto potestativo ha bisogno di poter contare, bisogna dunque procedere oltre, per veder di esprimere questa automaticità in termini di diritto.

Ma, se si esclude che questa relazione tra il soggetto dell'azione e lo Stato si possa definire come un diritto soggettivo pubblico alla prestazione giurisdizionale, questo singolo che ha il potere di creare colla propria manifestazione di volontà la condizione necessaria e sufficiente per far sì che l'organo giurisdizionale si metta in moto nell'interesse pubblico, e di adoprarsi così a dare occasione e direzione a un'attività che persegue pubblici fini, appare sempre più chiaramente come un ausiliario o addirittura come un investito di una pubblica funzione: ed è in questa direzione che si colma lo *hyatus* giuridico che sta al centro della teoria del diritto potestativo.

7. — All'idea, già racchiusa in germe nella teoria del diritto potestativo, che l'azione sia da considerarsi non più come un diritto soggettivo, ma addirittura come un potere attinente ad una pubblica funzione <sup>(1)</sup>, si avvicinano infatti, anche da noi, autorevoli giuristi, tra i quali il Carnelutti, più esplicito, considera addirittura il soggetto dell'azione come un organo dello Stato <sup>(2)</sup>: ma forse a quell'itinerario ideale che egli traccia dal *diritto soggettivo privato* al *potere*, attraverso il ponte del *diritto soggettivo pubblico*, si potrebbe aggiungere una tappa intermedia, costituita dalla figura del diritto potestativo, che sta in mezzo tra il diritto soggettivo

<sup>(1)</sup> L'insigne maestro al quale questo studio è dedicato, classifica l'azione civile tra le *potestà*, non tra i veri e propri diritti (cfr. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, pag. 339).

<sup>(2)</sup> In *Studi di diritto processuale*, vol. I, pag. 14 (*Arbitrato estero*) e pag. 111 (*Incapacità processuale degli austriaci*); *Sistema*, I, nn. 76 e 180 (su di che cfr. ALLORIO, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, pag. 66); contro, ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, pagg. 63-65. Una fine analisi della posizione presa dal *Sistema* carneluttiano nel contrasto tra orientamenti privatistici e pubblicistici, si trova nel ricordato scritto dell'ALLORIO (pagg. 66-67), dal quale si rileva che mentre sotto certi aspetti il *Sistema* accentua la colorazione pubblicistica di alcuni concetti (per es., del concetto di azione), sotto altri aspetti segna un ritorno a concezioni individualistiche, come sarebbe quella della giurisdizione intesa come composizione di « liti » (cfr. dello stesso ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pag. 17).

pubblico e il vero e proprio potere, svincolato da ogni riferimento all'interesse individuale.

A questo logico sviluppo era fatale che la dottrina si avviasse, quasi per una china, dopo raggiunto il punto di equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, che è rappresentato, come si è visto, dalla teoria del Chioyenda.

Il trionfo dell'autoritarismo nell'ordine costituzionale ha portato a mettere sempre più in evidenza nel diritto oggettivo la volontà dello Stato, il comando, lasciando nell'ombra la funzione, già preminente, di garanzia ed equilibrio degli interessi individuali: e anche nel processo civile, in cui lo scopo pubblicistico di attuazione del diritto oggettivo si afferma sempre più soverchiante, il diritto soggettivo perde di consistenza, e si rassegna ad essere a poco a poco l'ombra di sè stesso, retrocesso al grado di interesse occasionalmente protetto. Così tutta la giurisdizione civile insensibilmente si avvia a diventare giurisdizione di mero diritto oggettivo.

Non dico, si capisce, che questa concezione della giustizia civile sia già prevalente, o che sia da preferirsi: qui mi basta rilevare, da un punto di vista storico, come una siffatta concezione abbia potuto essere enunciata. In materia giuridica, del resto, è assai difficile distinguere tra realtà e teoria: e spesso enunciare una teoria vuol dire creare una realtà. Sotto questo profilo mi pare che soprattutto sia interessante, come estremo sviluppo della curva percorsa dal concetto di azione, la teoria del cosiddetto *diritto astratto d'agire*, la quale mi sembra espressione tipica di quella concezione autoritaria della giustizia civile, che cerca nel processo soltanto il raggiungimento di un fine pubblico, e che taglia con un colpo netto ogni superstite raccordo tra l'azione e il diritto sostanziale.

Nell'azione concepita in senso astratto, cioè non più come garanzia e strumento di una concreta situazione di diritto sostanziale, ma come potere spettante a chiunque *uti civis* si rivolga al giudice per provocare (magari a vuoto) la giurisdizione, non si avrebbe più, come nella teoria del diritto potestativo, la coordinazione di due ben distinti interessi, quello individuale e quello pubblico, convergenti verso lo stesso fine, ma si avrebbe un totale dissolvimento dell'interesse individuale nell'interesse pubblico. L'interesse che muove l'azione concepito in senso astratto non deriva, in modo specifico e concreto, dalla posizione individuale in cui l'attore si trova in un certo rapporto di diritto sostanziale intorno al quale

o ciò come  
dritto astratto  
per mezzo  
pubblico

Chioyenda

egli possa sperare un provvedimento a sè favorevole, ma si confonde con quell'interesse generico e si potrebbe dire « disinteressato », che ogni cittadino ha, come tale, al funzionamento della giustizia, e che rimane ugualmente appagato qualunque sia il contenuto del provvedimento che il giudice emana. Ma questo non sarebbe altro che lo stesso interesse dello Stato all'attuazione del diritto oggettivo: non sarebbe un interesse individuale convergente con quello pubblico, ma sarebbe proprio lo stesso interesse pubblico, di cui il cittadino che esercita la azione si fa, *uti civis*, momentaneo portatore.

In questo modo tutti i ponti tra l'azione e il diritto soggettivo sono rotti: a forza di insistere sulla indipendenza del diritto processuale dal diritto sostanziale, si è giunti a tirar su, tra di essi, una muraglia senza finestre.

Il diritto soggettivo, di cui un tempo l'azione era apparsa come la scorta vigile ed armata, rimane, secondo questa teoria, appartato ed inerme, poichè l'azione non è più concepita come uno strumento per far vincere chi ha ragione, ma come uno strumento posto ugualmente al servizio di chi ha ragione e di chi ha torto: sicchè essa ormai, anzichè garanzia del diritto oggettivo, si riduce ad essere, come argutamente fu detto, « il diritto di aver torto » (1) col quale il cittadino può togliersi il gusto, invero molto platonico, di far accertare il diritto oggettivo contro di sè,

« per ricavarne una vittoria poi  
« che giovi al vinto e al vincitore annoi ».

In conclusione, dunque, questo diritto meramente astratto di provocare un provvedimento contrario al proprio interesse o non ha senso giuridico, o, se deve averlo, ciò non può avvenire che sotto il profilo dell'esercizio privato di una funzione pubblica.

8. — Questa continuata e paziente opera di erosione alla quale da un secolo la dottrina ha sottoposto gli elementi corporei del concetto di azione, fino a ridurlo come un puro spirito staccato dalla materia e fluttuante nell'empireo dell'interesse pubblico, trova i suoi punti di rispondenza nel diritto positivo, in cui (come si

(1) CHIOYENDA, *L'azione*, pag. 13.

è avvertito all'inizio di queste pagine) si susseguono, e talora si alternano e si intrecciano, istituti che sembrano giustificare, a volta a volta, l'una o l'altra delle teorie sopra ricordate, e che si possono ricollegare tra loro come altrettante tappe di questo graduale impoverimento del diritto soggettivo di cui l'evoluzione del concetto di azione non è che un riflesso teorico.

I limiti di questo scritto non consentono più che una schematica enumerazione degli aspetti più significativi rintracciabili nel diritto processuale positivo di questo cammino che verrebbe voglia di intitolare « grandezza e decadenza del diritto soggettivo »: li indico come temi di studio, di cui forse potrebbe essere utile approfondire l'interpretazione storico-dogmatica, per ritracciarne sempre meglio la progressione e la continuità lungo la linea ideale sopra indicata.

a) Il tradizionale rapporto strumentale tra il diritto soggettivo e l'azione, secondo il quale questa è destinata a entrare in giuoco in un secondo momento, come rimedio dell'inadempimento, quando e perchè in un primo momento il diritto soggettivo non è riuscito a conseguire la sua normale soddisfazione nello spontaneo adempimento dell'obbligato, si trova profondamente alterato, anzi addirittura distrutto, in quel gruppo di situazioni di diritto sostanziale, nelle quali, mancando ai privati il potere di disporre negozialmente dei loro rapporti, questi non possono essere modificati se non coll'intervento del giudice (sentenze *constitutive necessarie*) <sup>(1)</sup>. In questi casi, il cui numero va sempre crescendo nel diritto positivo attuale, via via che considerazioni cosiddette di « ordine pubblico » sottraggono alla libera disponibilità dei singoli, e quindi al diritto privato, sempre nuove categorie di rapporti, non si può più parlare, a rigor di termini, di un diritto soggettivo sostanziale preesistente all'azione, perchè qui, non potendo l'interesse alla modificazione giuridica essere appagato altro che da una pronuncia del giudice, l'unico diritto che compete all'interessato, è, *fino dal primo momento*, l'azione.

Il ricorso al giudice non è più, dunque, un *posterius*, di cui l'inadempimento sia il *prius*: il diritto sostanziale non ha più, in

(1) Cfr. in questi *Studi* vol. II (*Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*), pag. 334-335.

sè stesso, i mezzi fisiologici per arrivare alla normale soddisfazione degli interessi individuali, ma rinvia senz'altro all'azione, come unico e primario mezzo per la propria attuazione; talchè sembra difficile, di fronte a questa categoria di rapporti, continuare a parlare di « sostituzione » o di « secondarietà » come carattere essenziale della giurisdizione <sup>(1)</sup>, o di giurisdizione come « applicazione di sanzioni » <sup>(2)</sup>.

Tutto questo è il portato, com'è facile intendere, di un accrescimento dell'ingerenza dello Stato nei rapporti individuali, per modificare i quali non basta più la volontà del singolo, ma occorre, caso per caso, l'intervento e il controllo dello Stato, rappresentato dall'organo giudiziario: siamo dunque ai margini tra la vera e propria giurisdizione, e la cosiddetta giurisdizione volontaria; ma questa emigrazione di sempre nuove categorie di rapporti dal campo della giurisdizione civile al campo della giurisdizione volontaria, che in sostanza è amministrazione, è uno dei modi in cui indirettamente ma efficacemente si compie l'assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico <sup>(3)</sup>.

b) Nello stesso senso si può interpretare la tendenza, affiorante qua e là nelle leggi, ad accrescere i poteri discrezionali ed equitativi del giudice e ad allargare di conseguenza la categoria delle sentenze *determinative* o *dispositive* <sup>(4)</sup>. Per chi respinge la opinione secondo la quale anche nei giudizi di equità il giudice non farebbe altro che dichiarare una norma equitativa preesistente <sup>(5)</sup> e ritiene invece che qui al giudice spetti in sostanza il potere di creare il diritto per il caso singolo <sup>(6)</sup>, mi par che sia logico concludere che anche in questi casi all'azione non preesiste più alcun diritto soggettivo, e che tutto quello che resta per la tutela

(1) CHIOVENDA, *Principii*, § 13.

(2) REDENTI, *Profili pratici*, cit., § 6 e segg.: cfr. pag. 74.

(3) BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (in *Zeits. der Ak. f. D. Recht*, 1938, 583).

(4) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 57; CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 40.

(5) Cfr. in questi *Studi*, vol. II (*Significato costituzionale delle giurid. di equità*), pag. 28 e segg.; CAMMEO, in *Studi in onore di Chiovenda*, pag. 177 in nota.

(6) Cfr. CRISTOFOLINI, *Contro i disorientamenti*, cit., pag. 284, ed i richiami ivi contenuti.

dell'interesse individuale è l'azione; la quale non è più il mezzo per attuare, in via secondaria, una tutela giuridica già formulata *a priori* nel diritto sostanziale, e destinata normalmente a funzionare nei limiti di questo, ma è il mezzo per creare *a posteriori* nel processo una tutela giuridica primaria che fino a quel momento non esisteva. Anche qui, se non erriamo, va di pari passo con questo aumento dei poteri dispositivi del giudice una proporzionale diminuzione dell'autonomia privata nel campo sostanziale: in luogo della norma creata *a priori* in forma generale ed astratta, che lascia al singolo la elasticità ed il respiro del diritto soggettivo, qui si ha su ogni concreto rapporto il controllo imminente ed incombente del giudice, che, formulando proprio per quel caso una apposita volontà dello Stato, costringe il privato a ritrovarsi, direttamente ed individualmente, a faccia a faccia col legislatore.

c) In un altro campo, com'è noto, si è già compiuto da tempo il distacco dell'azione dal diritto soggettivo: alludo alla giustizia amministrativa, nella quale il ricorso proposto dal cittadino contro l'atto amministrativo illegittimo non serve altro che indirettamente alla tutela dell'interesse individuale, il quale è sfruttato a fine pubblico, come uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa nella pubblica amministrazione. Qui siamo di fronte a una giurisdizione tipicamente di diritto oggettivo, di fronte alla quale il diritto di ricorso del singolo interessato, perduto ogni riferimento strumentale al diritto soggettivo, si presenta come mera azione <sup>(1)</sup>. Ma quello che più conta rilevare è che un siffatto distacco dell'azione dal diritto si estende ogni giorno a nuove categorie di rapporti, oggi progressivamente attratte, dal territorio del diritto privato al quale fino a ieri appartennero, sotto il controllo della pubblica amministrazione; quanto più il diritto amministrativo allarga i suoi confini a zone finora pertinenti al diritto privato e si arricchisce con ciò, a spese della giurisdizione ordinaria, la materia

(<sup>1</sup>) CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 7, h (pag. 25); e *Principii*, pag. 66, e pag. 358; REDENTI, *Profili pratici*, cit., § 101; e gli autori citati in nota da ZANOBINI, *La giustizia amministrativa*, pag. 237 (*Corso di dir. amm.*, vol. II, Milano, 1937), il quale però nel testo insegna che anche la giurisdizione del consiglio di Stato ha per fine la tutela di interessi soggettivi. Cfr. anche R. HÖHN, *Das subjektive öff. Recht und der neue Staat* (in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, pag. 49 e segg., specialmente pagg. 60-61).

della giustizia amministrativa (si pensi, per dare un esempio solo, al r. decr. l. 17 luglio 1937, n. 1400 per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia), l'azione si depura sempre più, anche in questi campi, dai suoi aspetti sostanziali, e sempre più chiaramente diventa un mezzo per mantenere l'osservanza del diritto oggettivo, mentre il diritto soggettivo retrocede al grado di un interesse occasionalmente protetto, che non è più oggetto della tutela, ma mera condizione di legittimazione.

d) E, infine, un altro aspetto di questa tendenza dell'azione a scindersi dal diritto soggettivo mi par che si possa cogliere in quei casi, il numero dei quali è in costante aumento anche nelle nostre leggi, in cui il potere di provocare il provvedimento giurisdizionale è conferito a persone diverse dai soggetti del rapporto sostanziale controverso: si pensi, per esempio, a certi provvedimenti che nel campo dei diritti di famiglia possono essere provocati da persone non direttamente interessate nel rapporto, ma appartenenti a una categoria di legittimati che la legge in certi casi fa coincidere con una ristretta cerchia familiare, ma che in certi altri casi può allargarsi fino a comprendere genericamente tutti gli interessati (per es. art. 104 cod. civ.), o addirittura, come avviene nella figura limite dell'azione popolare, a *quisquis de populo*. Di solito la collocazione sistematica di questi casi viene cercata sotto il profilo della legittimazione e della sostituzione processuale <sup>(1)</sup>; ma forse essi meriterebbero di essere posti meglio in luce, al centro della teoria generale dell'azione, poichè in molti di questi casi è difficile precisare quale sia il diritto altrui che il sostituto farebbe valere in giudizio per mezzo dell'azione a lui spettante, e tutto appare più semplice quando nel potere di azione conferito a questi legittimati si veda semplicemente l'esercizio di un pubblico potere, preordinato ad assicurare l'attuazione del diritto oggettivo in certe zone dell'ordinamento giuridico, in cui non si può più contare sul funzionamento del diritto soggettivo.

Da questi casi di legittimazione generica per categorie, il passo è breve per arrivare alla ultima fase dello sviluppo, che è l'azione apertamente attribuita, come funzione pubblica, a un organo dello Stato. E quando si arriva a quella estrema espressione del-

(<sup>1</sup>) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 142.

*ricorso ab*

*Def. ma susi vol.*

*in famiglia de de famiglia*

l'azione civile, che è l'esercizio della medesima da parte del p. m., forse è vano affaticarsi a ricercare la spiegazione di questa figura in un fenomeno di sostituzione <sup>(1)</sup> e di considerare in questi casi il p. m. come legittimato a far valere un diritto soggettivo altrui; mentre può darsi che anche qui la spiegazione più semplice, e forse storicamente più esatta, consista nel riconoscere che l'azione si è ridotta ormai ad un potere pubblico indirizzato unicamente alla attuazione del diritto oggettivo <sup>(2)</sup>.

9. — Partita dalla tradizionale concezione privatistica, l'azione civile va dunque a sboccare, alla fine del suo ciclo, a quella stessa foce cui è giunta da tempo l'azione penale: la quale sembra che abbia ormai raggiunto quell'estremo grado di pubblicità e di astrattezza, oltre il quale non sarebbe pensabile altro passo all'infuori di quello che consistesse, come si osservava da principio, nella sua abolizione. In verità, i vari tentativi che sono stati fatti per costruire l'azione penale sullo schema dell'azione civile considerandola come strumento di un concreto diritto soggettivo di punire, sembrano decisamente superati dalla concezione, oggi prevalente, dello Stato autoritario. Il diritto soggettivo di punire non esiste che come potere, attribuito al p. m., il provocare da parte degli organi competenti l'attuazione del diritto penale oggettivo; ma l'accusatore non aspira in realtà a soddisfare un interesse diverso da quello che perseguono i giudici, sicchè tra esso e l'organo giudicante si deve vedere soltanto una divisione di lavoro che dà luogo a una diversità di posizioni psicologiche, non ad una distinzione giuridica di scopi <sup>(3)</sup>.

Chi considera la fluidità del concetto di azione e le oscillazioni a cui esso è soggetto secondochè nel diritto sostanziale prevalga la considerazione degli interessi individuali o di quello col-

<sup>(1)</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, n. 145; e questi *Studi*, II, pag. 349.

<sup>(2)</sup> Cfr. in questo senso le belle pagine del CRISTOFOLINI, *Sulla posizione e sui poteri del p. m. nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, pag. 23 e segg.

<sup>(3)</sup> Cfr. il già citato scritto del WACH, *Struktur des Strafprozesses*, (passim); ed ora F. SCHAFFSTEIN, *Das subjektive Recht im Strafrecht* (in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, pag. 39 e segg.); e da noi MAGGIORE, *Principii di diritto penale*, vol. I, n. 5.

lettivo, deve persuadersi che farebbe una fatica vana se cercasse una definizione assoluta dell'azione, tale da potersi ugualmente adattare all'azione civile ed all'azione penale privata ed a quella pubblica: le teorie dell'azione, come diritto concreto, dal *Rechtsschutzanspruch* al diritto potestativo, non hanno senso altro che nel campo civilistico, mentre di azione penale si può parlare nel nostro ordinamento solo come potere e solo in senso astratto. Questo è benissimo detto dal Redenti, che pure nel processo civile è fautore dell'azione in senso concreto: « Nulla di tutto questo e « nulla di simile può valere per l'azione pubblica in genere e meno « ancora per l'azione pubblica penale. L'agire in questo campo è « funzione istituzionale (perpetua, costante, indeclinabile) e non può « neppure immaginarsi come materia di diritto soggettivo » <sup>(1)</sup>.

Ma, nel fatale cammino che porta il processo civile ad avvicinarsi sempre più a quello penale <sup>(2)</sup>, anche l'azione civile segue questa traiettoria: da diritto soggettivo privato a puro potere pubblico. Questa direttiva è evidente in quei vari momenti dello sviluppo che, come sopra si è visto, si possono cogliere nel diritto positivo; mentre nei primi due momenti (sub a e sub b) l'interesse individuale, pur non avendo più fuori del processo una preesistente tutela che lo elevi al grado di diritto soggettivo sostanziale, può tuttavia trovare una concreta tutela nella pronuncia del giudice, sicchè si può dire che l'azione tenga qui il luogo del diritto soggettivo sostanziale e che in questi casi affiori il valore positivo di quelle teorie recentissime secondo le quali il diritto soggettivo sta tutto nell'azione <sup>(3)</sup>, negli altri due momenti (sub c e sub d) si vede che l'azione non si può più neanche considerare come un mezzo predisposto a tutela dell'interesse individuale, il quale può trovare nell'azione soltanto una protezione occasionale e riflessa. Anche qui il ciclo, che da tempo è stato concluso per l'azione penale, sta per compiersi nello stesso epilogo per l'azione

<sup>(1)</sup> *Profili pratici*, cit., pag. 95.

<sup>(2)</sup> Cfr. ora SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 4. Si noti peraltro che già in qualche ordinamento sembrano delinarsi i primi curiosi sintomi di un ritorno del processo penale verso concezioni privatistiche: cfr. GRODZINSKY, *Die Privatklage im Sovietrecht* (in *Zeitschrift für Ostrecht*, IV, novembre 1930, pag. 1055 e segg.).

<sup>(3)</sup> PEKELIS, *Azione*, cit.; BINDER, *Prozess und Recht* (Leipzig, 1927).

civile: se, come scopo preminente del processo civile si pone l'attuazione del diritto oggettivo, sembra fatale che lo Stato si senta portato a rivendicare ad un proprio organo, anche nel campo del processo civile, l'iniziativa per il raggiungimento di tale scopo, essenzialmente pubblico.

10. — Consiglia Leonardo ai pittori, per meglio cogliere le proporzioni e i rapporti, di guardare il quadro riflesso in uno specchio: così, in quello specchio del diritto sostanziale che è il processo, è possibile cogliere nitidamente, espressa in questo irrequieto fluttuare di teorie sull'azione, la crisi dell'ordinamento giuridico contemporaneo, e di quel concetto di diritto soggettivo, che finora ne costituiva il pilastro centrale. Il movimento per riformare il processo civile in modo sempre più aderente alle sue finalità pubblicistiche, considerate come sempre più prevalenti, appare in Germania come uno degli aspetti della aperta guerra che una parte della dottrina ha dichiarato contro il concetto di diritto soggettivo: *Kampf wider das subjektive Recht* (1). Di questa lotta è stato primo bersaglio l'azione: la teoria del *Rechtsschutzanspruch*, che fino a pochi anni fa era prevalente tra i processualisti tedeschi, si considera come una concezione, geniale ma superata, conciliabile soltanto coll'idea dello Stato liberale (2); si nega che nello Stato autoritario possano sussistere diritti soggettivi pubblici, è quindi un'azione concepita sotto questo profilo (3); si arriva addirittura a proporre l'abolizione del processo civile e la sua totale trasformazione in giurisdizione volontaria (4), la riduzione della funzione giurisdizionale a funzione di polizia, la retrocessione del diritto d'azione a semplice facoltà di denuncia (5). I poteri d'ini-

L'abolizione del processo

(1) Cfr. W. SCHOENFELD, *Der Kampf wider das subjektive Recht*, in *Zeits. d. Ak.*, cit., 1937, pag. 107 e segg.; e gli articoli che sui vari aspetti dell'argomento sono stati pubblicati da diversi giuristi tedeschi in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Berlin, 1935), ed in *Deutsche Rechtswissenschaft*, I (Hamburg., 1936).

(2) SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, pag. 3.

(3) Cfr. HÖHN, *Das subjektive öff. R.*, già cit. (1936).

(4) BAUMBACH, scritto cit. (su cui la mia nota *Abolizione del processo civile?* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, n. 4; ed in questo Vol., pag. 285).

(5) *Ibidem*.

ziativa del p. m. nel campo civile diventano sempre più estesi e sempre meno eccezionali (1).

Ma in altri Stati il ciclo è ancor più progredito. Nell'ordinamento del processo civile attualmente vigente in Russia, non soltanto appare ricalcata sul modello del processo penale l'istruttoria dominata dal principio inquisitorio (2), ma sono conferiti all'avvocatura dello Stato (p. m.) poteri di iniziativa così ampi, che quasi fanno scomparire ogni distinzione pratica fra azione civile e azione penale (3). Il p. m. infatti è legittimato (secondo l'art. 2 del cc.d. proc. civ., del 10 luglio 1923, riformato nel 1936) a far valere in giudizio qualsiasi pretesa civile, « quando a suo avviso «ciò sia richiesto nell'interesse dello Stato o della massa lavoratrice»: e se il privato, formalmente titolare di questa pretesa, rimane inerte o magari si dimostra contrario all'esercizio della medesima, il p. m. ha il potere di farla valere ugualmente, senza e magari contro la volontà del creditore (4), e di sottoporre a esecuzione forzata il debitore per incamerare i suoi beni a favore dello Stato (5). Così il diritto soggettivo, se continua ad essere nominalmente ricollegato a un interesse del singolo, ha cessato ormai, attraverso questa legittimazione processuale conferita in ogni caso al p. m., di essere lo strumento tradizionale della volontà individuale.

Ma il processo coopera anche per altra via a questo graduale affievolimento del diritto soggettivo: in quanto, anche se in certe materie si continua a parlare di diritti individuali, la possibilità di farli valere in via giudiziaria non è più preventivamente garantita, perchè, secondo l'art. 1 del cod. civ., i diritti sono tutelati dalla legge solamente in quanto « non si cerchi di realizzarli in «contrasto col loro scopo economico-sociale» (6).

(1) Cfr., p. es. la legge tedesca 12 aprile 1938 a modificazione e integrazione del diritto di famiglia, su cui riferisce la mia *Rassegna* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 268, ed in questo Vol., pag. 291 e segg.

(2) MAURACH, *Das Beweisverfahren im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zeitschrift für Ostrrecht*, I, pag. 773 e segg.; POPOV, *Grundsätze des Zivilprozesses des Sovietunion*, ivi, I, pag. 897 e segg.

(3) MAURACH, *Die Rolle des Staatsanwalts im sovietrussischen Zivilprozess*, in *Zeit. f. Ostr.*, II, 721 e segg.

(4) *Id.*, scritto cit., pag. 723.

(5) *Id.*, scritto cit., pag. 737.

(6) *Id.*, scritto cit., pag. 723; FREYMAN, *Die Prinzipien der Rechtsspre-*

Dal diritto non scaturisce dunque senz'altro l'azione: questa può essere concessa e rifiutata caso per caso dal giudice, in base a criteri politici di opportunità: il che equivale a dire non soltanto che non esiste più in sostanza alcun diritto soggettivo privato, in quanto la tutela dell'interesse individuale non è più preventivamente assicurata dalla legge ma è condizionata volta per volta all'umore del giudice, ma che non esiste più neanche un diritto di azione, perchè il giudice può sempre, a chi gli chiede giustizia, rispondere discrezionalmente « *actionem non dabo* » (1).

storico

Non sembra, dunque, che sia troppo arditamente la conclusione di chi ritiene che, quantunque così discordanti tra loro, tutte le teorie sull'azione possono trovare la loro giustificazione e la loro corrispondenza in uno dei mutevoli aspetti della realtà storica, così ricca e complessa, che si muove d'intorno a noi.

Progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento dei poteri discrezionali del giudice; annabbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso (2) — tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio: nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo.

*chung in Sovietrussland*, in *Zeits. für Osteurop. R.*, II, 1926, n. 4, pagina 435.

(1) MAURACH, *Leitende Gedanken des Zivilprozesses in der Sowjetunion*, in *Zeits. f. Osteurop. R.* (nuova serie), I, 1934, pag. 35 e segg.

(2) Cfr. le bellissime e presaghe pagine di JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, in *Arch. giur.*, 1932.

## Il giudice e lo storico (\*)

SOMMARIO: 1. Somiglianze tra l'attività storiografica e l'attività giurisdizionale. — 2. Di un recente libro di G. Calogero e di alcune critiche ad esso rivolte. — 3. Inerzia istituzionale del giudice. — 4. *Iura novit curia*. — 5. Limitazioni poste dalla legge processuale all'indagine del giudice sui fatti della causa. — 6. Relatività dell'accertamento giudiziario dei fatti. — 7. Affinità fra le regole probatorie e la metodologia storica. — 8. L'applicazione del diritto al fatto: la giurisdizione come accertamento di « concrete volontà di legge » preesistenti. — 9. Critica: l'atto giurisdizionale come atto di volontà. — 10. Formulazione legislativa e formulazione giudiziaria del diritto: giustizia e politica. — 11. La sentenza come parere tecnico. — 12. Conseguenze pratiche che possono derivare dal considerar la sentenza soltanto come atto di volontà. — 13. Tendenze della dottrina e possibili pericoli.

1. — E' comune tra i processualisti, specialmente nella sistematica della fase di cognizione, l'uso di espressioni che ravvicinano l'attività del giudice all'attività dello storico. Anche il giudice, come lo storico, è chiamato a indagare su fatti del passato e ad accertarne la verità; anche del giudice, come dello storico, si dice che non deve fare opera di fantasia, ma opera di scelta e di ricostruzione su « dati » preesistenti (1). Nella storia e nel processo si parla

(\*) Pubbl. negli *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta* e nella *Riv. dir. proc. civ.* 1939, I, pag. 105 [cfr. recensione di B. CROCE, in *Critica*, 1939, 4 pag. 445].

(1) Cfr. per es. REDENTI, *Profili pratici del dir. proc. civile* (Milano, 1938) il quale insegna che la formazione della convinzione del giudice è di regola governata da « metodi intellettuali pregiudiziali od extragiuridici, come può avvenire di qualunque persona normale, di fronte ad un quesito o ad un dubbio di ordine storico » (pag. 444).