

BREVI RIFLESSIONI CRITICHE SULL'AZIONE COME DIFESA DEL DIRITTO ATTRAVERSO IL DIRITTO ROMANO*

RICCARDO CARDILLI
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

RESUMEN

La construcción de la acción como un acto de defensa del derecho subjetivo tiene como base el condicionamiento del sistema construido en torno a la noción de derecho subjetivo. Dicha concepción de la acción debe ser revisada históricamente, dentro del contexto de la experiencia, en miras a evitar un anquilosamiento de dicha noción en el devenir temporal.

Palabras clave: *acción - derecho subjetivo - defensa - revisión histórica*

ABSTRACT

The construction of the action as an act of defense of the subjective right has as base the conditioning of the system constructed around the notion of subjective right. Such conception of the action must be historically revised, in the context of the experience, in order to avoid the ankylosis of such notion in the time becoming.

Key words: *action - subjective right - defense - historical revision*

1. IL "PROBLEMA DELL'AZIONE"

"Il problema dell'azione" –come ha avuto modo di affermare autorevolmente Riccardo Orestano nel 1959– è questione strettamente intrecciata con i condizionamenti concettuali e gli svolgimenti del sistema romano soprattutto degli ultimi due secoli¹.

È problema che non può adeguatamente chiarirsi se non sciogliendo la fitta trama di significati che emergono nella costruzione del sistema borghese di diritto privato, dagli archetipi giusnaturalisti, al ruolo dell'azione nel *System* di Savigny e agli edifici dei pandettisti, con i condizionamenti che ne sono derivati nei Codici civili e di procedura civile dell'ottocento e del novecento².

* Intervento presentato al *XII Colloquio dei romanisti dell'Europa Centro-Orientale e dell'Asia*, Irkutsk, Federazione Russa, 14-17 ottobre 2009. Mi è grato dedicare questo breve contributo al Prof. Bernardino Bravo Lira, dall'interesse del quale non sono esclusi i temi del rapporto tra *iudicium* e *ius*; vd. dell'onorato, *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*, Santiago, s.n., 2006.

¹ ORESTANO, R. "Azione I. L'azione in generale", in: *Enc. Dir.* N° IV, Milano: s.n., 1959, p. 785 ss.

² TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna, I Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, s.l., 1976, p. 97 ss.; WEACKER, F., *Storia del diritto privato moderno*, Milano: s.n., 1980, N° 1,

2. L'AZIONE COME DIFESA DEL DIRITTO SOGGETTIVO: LA NECESSITÀ DI UNA RIPULITURA CONCETTUALE.

La concezione dell'azione come atto di difesa del diritto soggettivo di cui si chiede la tutela, concezione che trae spunto da intuizioni giusnaturaliste, ma portata a "saldatura" nel *System* di Savigny, deve essere ricollocata storicamente nel suo contesto di esperienza, al fine di evitare una proiezione di essa all'indietro ed in avanti, quasi a farne una nozione stabile e immutabile nel tempo. Si tratta, come ha avuto modo di indicare con lucidità Pierangelo Catalano da tempo, di uno dei compiti del Diritto Romano oggi e del suo insegnamento, quello cioè di "liberare il giurista dalle deviazioni e sovrapposizioni concettuali connesse all'evoluzione moderna del sistema..."³.

La costruzione dell'azione come atto di difesa del diritto soggettivo, infatti, parte da un condizionamento del sistema costruito intorno alla nozione di diritto soggettivo e alla posizione ancillare che si riconosce all'azione rispetto ad esso⁴.

L'azione diviene cioè la "particolare forma che ogni diritto prende in seguito ad una sua lesione" (Savigny)⁵, o come descriveva la dottrina italiana della fine dell'ottocento "il diritto stesso in movimento per farsi valere"⁶.

Tenendo quindi conto, sia del sistema di diritto privato costruito nell'ottocento intorno al tripode 'soggetto di diritto' (persona fisica e persona giuridica), 'atto giuridico' e 'rapporto giuridico', sia della centralità del dogma della volontà (negozio giuridico) come motore dinamico di questo sistema, l'azione viene 'ideologicamente' attratta (fingendo si tratti di attrazione 'naturale') all'interno di un aspetto del diritto soggettivo, come sua espressione dinamica in caso di lesione e quindi assumendone l'immagine necessaria della "difesa": *l'azione diviene cioè la difesa del diritto soggettivo*.

3. PERVASIVITÀ DELLA COSTRUZIONE DELL'AZIONE COME DIFESA DEL DIRITTO SOGGETTIVO: CODICI E GIURISTI IN ITALIA

2.1. CODICE CIVILE ITALIANO DEL 1942

Come è stato puntualmente segnalato in dottrina, la previsione di un VI libro del Codice civile italiano del 1942 titolato "*Della tutela dei diritti*", è frutto di un notevole sforzo di razionalizzazione della materia che nel Codice civile post-unitario del 1865 aveva invece ricevuto una collocazione sparsa ed irrazionale⁷. La scelta del codificatore del 1942 viene così spiegata nella relazione al re:

pp. 427 ss., 493 ss.; N° II, pp. 47 ss, pp. 123 ss.; CAPPELLINI, P., *Systema iuris, I. Genesi del sistema e nascita della scienza delle "Pandette"*, Milano, s.n., 1984, p. 91 ss.; ORESTANO, R., *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna, s.n., 1987, p. 239 ss.

³ CATALANO, P., *Diritto e persone* anno I, Torino, s.n., 1990, p. VII.

⁴ ORESTANO, R., *Azione...* (n.1), 788-789; NÖRR, K. W. "La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni", in: *Riv. di Dir. Proc.* anno 36, s.p., s.n., 1981, p. 23 ss.

⁵ VON SAVIGNY, K.F., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, s.n., 1841 (rist. anast. Aalen, 1981), V, 4.

⁶ MILONE, F., *Programma del corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli, s.n., 1905, p. 199. Di "mezzo fornito al cittadino per ripetere dallo Stato la difesa del proprio diritto sconosciuto" parla BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, s.n., 1925⁸, p. 104. Vd. altresì SCIALOJA, V. *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, Roma, s.n., 1936, p. 66.

⁷ RESCIGNO, P., *Introduzione al Codice civile*, Bari, s.n., 1991, p. 207 ss.

“tutti i diritti soggettivi, se pur variamente, secondo la loro varia natura e le varie possibili contingenze, richiedono infatti una protezione, che sarà più o meno intensa, più o meno affidata o condizionata all’iniziativa delle parti interessate, ma senza della quale la loro efficacia o il loro vigor pratico si dissolverebbe o rimarrebbe esposto ad offese senza rimedio”.

Il dato trova piena conferma nel titolo iv “*Della tutela giurisdizionale dei diritti*”, dove all’art. 2907 si specifica che “*Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l’autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero*”.

2.2. COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA DEL 1948

La costruzione non è smentita, ma anzi trova ulteriore rafforzamento nella Costituzione repubblicana del 1948, nell’art. 24, 1° comma, nel titolo sui “*Rapporti civili*”: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”. Il primo comma dell’art. 24 esprime la fusione proposta dal Bozzi dei tre articoli proposti rispettivamente da Giovanni Leone, Gennaro Patricolo e Piero Calamandrei. L’operazione concettuale risponde ad un’esigenza storica indifferibile, quella di rendere l’azione non imbrigliata entro un sistema di diritti pubblici di prestazione, ma di renderla espressione irrinunciabile di un diritto fondamentale della persona, cioè espressione - secondo le parole del Mortati nella sua Relazione all’Assemblea Costituente - dei mezzi di garanzia dei diritti al fine di “*dare concretezza alla tutela delle libertà*”⁸. Di nuovo motivi ideologici e storici si intrecciano per realizzare una saldatura concettuale di ampia forza evocativa.

2.3. I GIURISTI: TRA PROCESSUALCIVILISTICA E GIUSROMANISTICA ITALIANE

I primi decenni del Novecento, sono anni nei quali il dibattito sulla differenza tra concezione materiale dell’azione e concezione astratta della stessa troverà piena espressione proprio in Italia, venendo ad approfondire la distinzione pandettistica tra *Klage* e *Anspruch*, tra azione in senso stretto e pretesa/ragione⁹. Si vive nel concreto della riflessione alta del diritto la drammatizzazione di un passaggio, dal diritto dei codici come procedura civile al diritto dei giuristi come diritto processuale civile. Per Salvatore Satta si trattava di di “*un profondo rivolgimento di pensiero*”, dove lo sguardo del giurista non si limita più a “*studiare l’apparato esteriore della tutela del diritto*”, dando così per “*scontata la dipendenza del processo dal diritto, il suo valore meramente strumentale*”, ma esprime una “*potente affermazione, accanto al diritto, dell’azione concepita come un altro diritto, quindi indipendente da quello e soggetto a proprie regole, che nel loro complesso formano un sistema*”¹⁰.

⁸ Relazione all’Assemblea Costituente, I, p. 93. Vd. sul punto, COMOGLIO, L. P., *Rapporti civili Art. 24*, in BRANCA, G., [ed.] *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, s.n., 1981, p. 1 ss.

⁹ WINDSCHEID, B., *Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf: s.n., 1857, in particolare p. 1-8; MÜTHER, TH., *Zur Lehre von der römischen actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in Obligationen*, Erlangen: s.n., 1857, per la critica a Windscheid p. 7-34, per la sua concezione p. 35 ss.; la replica di Windscheid fu immediata; *Die actio. Abwehr gegen Theodor Muther*, Düsseldorf, s.n., 1857. Il dibattito è ora pubblicato in un solo volume da Scientia [Aalen, s.n., 1984].

¹⁰ SATTA, S., “La dottrina del diritto processuale civile”, in: *Riv. del Dir. Proc.*, anno 47, s.l.: s.n., 1992, p. 703 ss., le parole riportate sono da p. 704; si tratta dell’ultima fatica di S. Satta, dettata per il terzo programma della RAI, che lo mandò in onda alle 20,15 del 3/Maggio/1974.

Questa profonda trasformazione avrà un'eco nella giusromanistica, nel mutamento di pensiero di Emilio Betti sul punto. Per segnalare sinteticamente alcune tappe, direi che ad una prima fase in cui Betti aderisce alla nozione tradizionale del "diritto concreto di azione" nel contributo *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*¹¹, fa seguito la maturazione di un concetto di azione come diritto di natura specificamente processuale, conferito dalla legge processuale in ordine a una *ragione affermata soltanto*, indipendentemente dalla circostanza che essa ragione sia poi riconosciuta dal giudice siccome *in fatto fondata*», espressa per la prima volta nelle *Osservazioni sul progetto del cod. proc. civ.*¹² e poi ripresa sia nelle lezioni di *Diritto processuale civile* del 1931-32, sia nel lavoro su *Ragione e azione*¹³. Si segnala, a mio avviso, uno sviluppo nel pensiero di Betti, sulla la nozione di azione, una lenta maturazione che egli esprime entro un dibattito scientifico in atto nella scienza processualciviltistica (si pensi soltanto alla polemica Windscheid, Muther in Germania e al sistema di Chiovenda¹⁴, o agli studi del Carnelutti¹⁵)¹⁶.

4. COMPLESSITÀ DEL RUOLO DELL'ACTIO RISPETTO AL IUS NEL DIRITTO ROMANO E SUA IMPORTANZA NEL SISTEMA

4.1. PREMESSA

Se si seguono le considerazioni critiche dei precedenti paragrafi, è forse possibile cogliere il senso dell'operazione concettuale che deve accompagnare la valutazione del ruolo dell'azione all'interno di un diritto adeguatamente pesato nel suo contesto storico. Questo vale sia si voglia esaminare il ruolo dell'azione all'interno di un singolo ordinamento (ad esempio, italiano o russo o cileno), sia si voglia esaminare lo stesso all'interno di un sistema - cosa evidentemente più complessa - sebbene in questo secondo caso si dovrà essere disposti ad abbandonare alcuni concetti propri della dottrina degli ordinamenti giuridici come il principio d'effettività e il complesso normativo come visione statica dell'ordinamento. Nel sistema, infatti, vigenza e dinamicità temporale e spaziale sono presupposti concettuali ineliminabili¹⁷. Se poi si intende,

¹¹ Pavia: s.n., 1919.

¹² In: "Annuario di diritto comparato e di studi legislativi", anno II, s.l.: s.n., 1927.

¹³ In: *Riv. di dir. processuale civile* anno IX, s.l.: s.n., 1932, p. 205 ss.

¹⁴ CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile, Le azioni. Il processo di cognizione*, rist. inalt., Napoli: s.n., 1965.

¹⁵ CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936-1938. t. I-II.

¹⁶ Dibattito nel quale Betti è a pieno titolo coinvolto, con la consueta finezza dogmatica mai disgiunta dal concreto, che sarebbe svilente considerare soltanto in termini di conferimento della «autorità di romanista all'avviso che l'azione è astratta»; così, ad es., FAZZALARI, E., "La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994)", in: *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLIX, s.l., s.n., 1994, p. 911 ss. in particolare p. 916. D'altronde, col fondamentale studio di PUGLIESE, G., *Actio e diritto subiettivo* (rist. ora nella Collana *Antiqua*, con Prefazione di VACCA, L. e Postfazione di BRUTTI, M.), mi sembra che si consolidi definitivamente la separazione tra discussione sulla nozione romana di azione, comunque operata all'interno della cd. concezione materiale di azione, e dibattito nella scienza processualciviltistica, dove in particolare la tesi di Liebman viene ad innestare nuove dinamiche interpretative; vd. da ultimo, per un bilancio, COLESANTI, V. "Enrico Tullio Liebman e la dottrina dell'azione e dell'eccezione", in: AA.VV., *Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un maestro*, Milano: s.n., 2004, p. 19 ss.

¹⁷ CATALANO, P., *Il sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965; *Idem.*, "Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina", in: *Roma e America* anno 18, 2004, p.19 ss.

cosa ancora più ardua, esaminare questo ruolo e significato all'interno del sistema giuridico che più di altri –ed anzi autorevolmente se ne è voluta evidenziare la vera ed unica natura di sistema giuridico nel mondo– ha costruito e condizionato i vari diritti poi confluiti nei singoli ordinamenti (senza rompere però l'unità del sistema), si deve necessariamente procedere *ad exempla* e cogliere aspetti di una complessità storica e dogmatica di difficile ricostruzione.

4.2. COMPENETRAZIONE TRA AGERE E IUS NELLA ETÀ PIÙ ANTICA

Se si volge lo sguardo al ruolo dell'*agere* nel diritto arcaico non si avrà difficoltà a scorgere una netta compenetrazione tra il momento dell'affermazione rituale del cittadino o dell'insieme dei cittadini (azione popolare) e la sua percezione nella comunità in termini di *ius* –giammai in accezione soggettiva, ma– in accezione oggettiva o meglio onnicomprensiva. Si è cioè posti di fronte ad una percezione che mette in crisi la contemporanea costruzione dell'azione come difesa/tutela del diritto soggettivo e che invece privilegia nella stessa sostanza del *ius* il suo momento dinamico di affermazione verbale e gestuale. Al riguardo, recentemente, si è parlato di “concezione strumentalistica del *ius*”¹⁸, accentuando il momento rituale come consustanziale al *ius* stesso. Aspetto questo che si evidenzerebbe con forza sia nel *ius civile Papirianum*, sia nel *ius civile Flavianum*, sia, infine, nel *de usurpationibus* di Appio Claudio.

La costruzione concettuale, almeno nella sua più recente espressione, evidenzia la necessità di una pulitura concettuale del rapporto tra *actio* e *ius* nel diritto romano arcaico, al quale è estranea la concezione ottocentesca dell'azione come atto di difesa del diritto soggettivo. Ad essa sembra invece attagliarsi una nozione dinamica del *ius* nella quale il momento di attuazione non assume l'immagine della pertinenza o dello strumento accessorio, ma al contrario quello della struttura.

Dati che confermano la stretta compenetrazione tra *agere* e *ius* nella concezione arcaica oltre a quelli già indicati sono: l'*agere (lege)* predecemvirale, la nozione ampia di *actio*, includente non solo atti del rito ‘processuale’, ma anche atti *tout court* come i c.d. *gesta per aes et libram* o gli atti compiuti davanti alle *curiae*, i *Tripertita* di Sesto Elio ed il rapporto intessuto in essi tra XII Tavole, *interpretatio* e *actiones* come *partes* del *ius civile*¹⁹, la centralità della *lex publica* nella nuova concezione della *legis actio* dopo le XII Tavole²⁰, l'originaria assimilazione delle azioni introdotte dal pretore col suo editto e per decreto nel *ius civile* in senso ampio, espressione primaria del *dicere ius*, senza che ciò venga inizialmente sentito come un corpo di regole estraneo e separato dal *ius civile* in termini di *ius praetorium*²¹.

4.3. LO IUS COME ACTIO

Affermare che la *res* o la *persona* è mia *ex iure Quiritium secundum suam causam* nell'*agere sacramento in rem* o affermare che tu a me *centum dari oportere* potrebbe quindi non esprimere

¹⁸ SANTORO, R., “Appio Claudio e la concezione strumentalistica del *ius*”, in: AUPA anno XLVII, s.l.: s.n., 2002 (*Studi con B. Albanese*, I), p. 293 ss. La tesi dell'Autore era già proposta in *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in: AUPA anno XXX, 1967, p. 103 ss., e ripresa in *Il tempo ed il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, in: AUPA anno XLI, s.l.: s.n., 1991, p. 283 ss.

¹⁹ Sul rapporto tra *lex* ed *interpretatio* nei *Tripertita*, mi si permetta di rimandare a quanto dico in “*Lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio*”, in: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a F. Hinestrosa*, Bogotá: s.n., 2003, p.199 ss.

²⁰ Sul problema vd. ora CASCIONE, C. ‘*Lege agere*’ e ‘*Poena capitis*’: qualche spunto ricostruttivo”, in: *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2001, t. I, p. 511 ss.

²¹ GALLO, F., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, s.n., 1997, p. 53 ss.

necessariamente una priorità del “diritto soggettivo” sull’azione (dato su cui insistono con differenze sia Grosso che Pugliese)²², quanto la realizzazione propria del diritto (in accezione oggettiva) alla quale partecipa la persona. L’*actio* non sarebbe né un elemento del diritto soggettivo funzionale alla sua difesa, né un elemento strumentale del diritto in accezione oggettiva, ma struttura del *ius*: il *ius* come *actio*. L’intuizione non è esclusiva della riflessione storico-giuridica, ma come si legge in una lucida affermazione di Salvatore Satta “l’azione non è un diritto, ma è il diritto stesso che si concreta nell’azione, non ha altro contenuto che l’azione, non è altro che azione”²³. Semmai è la persona col suo *agere* ad essere strumentale a tale realizzazione. La difficoltà è connessa a pensare il diritto come un qualcosa di fluido ed in movimento, nel quale si sostanzia la dinamicità dell’agire umano, del dire e del fare, in quanto condizionati dalla concezione del diritto come insieme statico di norme costruito a sistema e preesistente nella sua fissità al momento della tutela. L’*actio* è quindi uno dei momenti caratteristici del diritto in accezione oggettiva, uno dei suoi momenti di manifestazione, come lo è la *lex publica* o l’esplicazione di *dicere ius* del pretore.

4.4. LA DEFINIZIONE CELSINA DI ACTIO

Lo sforzo concettuale di individuare la caratteristica dell’azione si legge ancora nei *Digesti* e nelle Istituzioni di Giustiniano nella famosa definizione di Celso.

D. 44, 7, 51 Celsus, libro tertio digestorum

Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

Institutiones Iustiniani 4, 6 pr.

Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur.

La definizione tradisce uno sforzo di sintesi, all’interno di un contesto topico, reso evidente dal *nihil aliud est actio quam*²⁴. Agli occhi del giurista Celso, vissuto in età adrianea,

²² PUGLIESE, G., *Actio e...* (n. 16) dove il Maestro di Asti rifiutava un modello interpretativo monistico del rapporto, come voleva ad es. Muther, e optava per una differenziazione del rapporto tra *ius* e *actio* nella concezione arcaica, ipotizzando una priorità storica dell’*actio* nei rapporti obbligatori e una priorità della posizione di potere del *pater familias* sull’*actio* nei rapporti assoluti. GROSSO, G., *I problemi dei diritti reali nell’impostazione romana, Lezioni universitarie*, Torino, s.n., 1944, p. 75-76, 224-227, 225-226 n. 1 tende, invece, ad accentuare la priorità del *ius* sull’*actio* nel *ius civile* ed una priorità dell’*actio* sul *ius* nel *ius honorarium*.

²³ *Diritto Processuale Civile*, Padova: s.n., 1987.

²⁴ Di “nozione comprensiva... per interpretare correttamente una specifica disposizione, forse dell’Editto” parla PUGLIESE, G., “Azione (Diritto Romano)”, in: *Novissimo Digesto Italiano*, anno II, s.l.: s.n., 1958, p. 24 ss., p. 28; per MARTINI, R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano: s.n., 1966, p. 186, il *nihil aliud est* “appare molto appropriato, per il suo carattere incisivamente polemico, ad una definizione adoperata come argomento per risolvere un caso concreto”. D’altronde, sul temperamento polemico di Celso figlio, vd. per tutti, WIEACKER, F., “*Amoenitates Iuventianae. Zur Charakteristik des Jurist Celsus*”, in: *Iura* N° 13, s.l.: s.n., 1962, p. 1 ss.; BRETONE, M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli: s.n., 1982, p. 191 ss. Per CERAMI, P., “La concezione celsina del *ius*”, in: AUPA, anno XXXVIII, s.n., s.l., 1995, p. 132 ss. [cito da estratto], la definizione di Celso potrebbe essere collegata al parere dello stesso ora in Ulp. *18 ad ed. D. 9,2,27,14*, nel quale il giurista adrianeo prospettava, per il caso di specie, l’inopportunità per la parte di esercitare l’*actio ex lege Aquilia* e l’*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*, preferendo il ricorso ad un’*actio in factum sui generis*. L’ipotesi, anche se non dimostrabile, è interessante perché tenta di collocare la definizione di Celso all’interno di una dialettica di esercizio dell’azione tra una azione fondata sul *ius civile*, un’azione *in factum ad exemplum legis Aquiliae*, all’età di Celso probabilmente inclusa nell’editto del Pretore, ed infine un’azione decretale.

il *corpus* delle azioni era essenzialmente costituito dalle *formulae*, *in ius* o *in factum*, incluse negli *edicta* dei pretori. Tale *corpus*, con la codificazione dell'Editto Perpetuo da parte di Giuliano, giurista contemporaneo a Celso, non doveva che rafforzare una percezione definita delle azioni concesse dai magistrati giusdicenti. Ciò, per altro, ne permetteva quasi sempre il collegamento esplicito, nei *verba concepta* della *formula*, con la ragione fondante dell'azione, quanto appunto Celso esprime col *quod sibi debeatur*²⁵.

Si trattava di un insieme tipico e, per lo più, nominato di azioni, di fronte al quale il giurista opera una individuazione comune del *genus*. E Celso non ha dubbi ad ascrivere l'*actio* nel genere *ius*. La differenza specifica dell'*actio* che egli individua nel genere *ius* è che con essa si fa valere nel processo quanto ci sia dovuto²⁶.

Quindi, secondo Celso, l'azione non è processo, ma diritto. L'ambito di attrazione di *actio* evoca altro luogo ed altro tempo rispetto allo *iudicium*. L'idea è confermata anche in Paolo *l. 14 ad Sab. D. 1, 1, 11*, da diversa prospettiva, dove il *ius* è anche il *locus in quo ius redditur*²⁷. Tra *actio* e *iudicium* c'è la stessa differenza che intercorre nella concezione romana tra *ius dicere* e *iudicium*. La differenza fondamentale è che il *dicere ius* è proprio del magistrato eletto dal popolo con tale specifico compito, mentre l'*actio* è propria del cittadino (e nel processo formulare del non cittadino) ed è il modo caratteristico col quale egli partecipa, dandone impulso, al *dicere ius* magistratuale. L'*actio* cioè, come momento propulsivo, partecipa al circuito di produzione del diritto proprio del *ius dicere*.

Il rapporto che quindi si instaura tra *ius persequendi* ed il *iudicium* è quello di una canalizzazione nel *ius* della possibile *vis* come autodifesa²⁸.

Entra in crisi la stessa lettura della definizione quale rapporto tra il *quod sibi debeatur* ed il *ius iudicio persequendi* in termini di tutela del diritto soggettivo. Potrebbe in essa invece echeggiare ancora la carica dinamica di stretta compenetrazione tra *actio* e *ius*. La posizione giuridica soggettiva evidentemente c'è, ma è per così dire sullo sfondo, è quanto l'attore ritiene gli sia dovuto – sia perché già tutelato dall'ordinamento sia perché ne senta l'impulso di giustizia – che spinge lo stesso a farsi strumento dell'ordinamento nella sua piena realizzazione. L'elemento forte della definizione sarebbe allora questa inclusione dell'*actio* nel *ius*. Perdono così forza anche tutte le difficoltà di interpretazione della definizione in rapporto alla natura del diritto soggettivo affermato, che sembrava limitata alla sola obbligazione in base al *quod sibi debetur*²⁹.

²⁵ Al contrario, per WLASSAK, M., "Actio", in: PWRE anno I, N° 1, s.n., s.l., 1892, coll. p. 303 ss., in particolare col. 306, la definizione di Celso coglie l'azione soltanto quale "*volksrechtliche anerkannte* ("civile") *Forderungsrecht*". Il punto non è di poco rilievo ed a mio avviso ha condizionato la discussione sul significato da riconoscere al *quod sibi debeatur*. E' chiaro infatti che partendo da una visione statica dell'azione quale tutela del diritto soggettivo, il *quod sibi debeatur* sembra necessariamente evocare un riconoscimento preesistente all'azione di una situazione giuridica soggettiva, venendo altresì ad imporre, nel voler riconoscere alla frase una forza descrittiva di detta situazione, un suo circoscritto significato rispetto esclusivamente all'*actio in personam*; vd. ad es. BONIFACIO, F., "Ius quod ad actiones pertinet", in: *Studi Betti*, anno II, p. 97 ss., in particolare p. 103; meno perentorio, PUGLIESE, G., *Azione (Diritto..)*, (n. 24), p. 28.

²⁶ Forzata, quindi, la lettura di WINDSCHEID, B. *Die actio des römischen Zivilrechts* (n. 9), 1-8 che ritiene di poter trovare conferma anche nella definizione di Celso della sua costruzione dell'azione come pretesa, poi ripresa da una parte della scienza romanistica con precisazioni. Puntuale la critica di PUGLIESE, G. *Actio e...* (n. 16), p. 179 ss.

²⁷ Sul luogo e sul tempo dell'*actio* Vd. ora SANTORO, R., *Il tempo ed il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, cit., 283 ss.

²⁸ Segnalo ora la brillante definizione di *ius* come "ordinamento [*rectius*: sistema?] per la promozione della pace", che si legge ora in BRUTTI, M., *Diritto privato nell'antica Roma*, Torino, s.n., 2009, p. 2.

²⁹ Con discussione della letteratura Vd. CERAMI, P. *La concezione ...* (n. 24), p. 132 ss.

5. IMPORTANZA DELLA LETTURA DI RICCARDO ORESTANO: L'AZIONE, L'UNITÀ DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO E SUO SIGNIFICATO NEL SISTEMA

Queste ultime precisazioni permettono anche di evidenziare un possibile momento di approfondimento nella posizione di Riccardo Orestano. Perché se si segue la chiave di lettura qui proposta, il *ius-actio* non può ridursi, quantomeno nella concezione romana, all'attuazione dell'ordinamento giuridico o quanto meno tale riduzione a sua volta svela la sua carica ideologica.

L'*actio*, almeno nell'ambito del *ius gentium*, ma non solo, spetta al cittadino come al non cittadino di fronte ai magistrati della *res publica* ed è attuazione concreta di *ius* nel suo significato più ampio. Dire ad es. che il compratore (romano o non romano) esercitando l'*actio ex empto* dà forma concreta all'ordinamento giuridico romano sarebbe un non senso giuridico. Più corretto è, a mio avviso, parlare di *actio* come momento di attuazione del *ius*-sistema romano nella sua piena vocazione universale (quanto meno nell'ideologia che sostiene la creazione di questo sistema da parte dei pontefici prima e dei giuristi laici poi) e non limitabile in chiave di effettività ad un territorio quale caratteristiche proprie di un ordinamento giuridico (si pensi ad es. al principio di *bona fides*).

La riconsiderazione critica qui proposta potrebbe esprimere uno spunto ricco di svolgimenti, in itinerari del diritto privato post-statalista sempre più estesi, perché con essa è forse possibile ricollocare l'azione in una sua concreta dialettica –come evidenziava nuovamente Orestano– tra libertà e responsabilità³⁰, nella quale l'*agere* umano diviene struttura stessa del *ius* come strumento di superamento dei rapporti tra gli uomini fondati sulla *vis*. Sarà quindi la compito della scienza giuridica a dover dare concretezza in termini di *actio* esercitata dai singoli al *ius*-sistema, dando così forza a quei principi portanti che lo alimentano e ciò a prescindere ed indipendentemente dai singoli ordinamenti giuridici e dalla loro codificazione dell'azione come difesa dei diritti soggettivi in essi formalmente riconosciuti.

³⁰ ORESTANO, R., *Azione...* (n.1), p. 817 ss.